

EL DESAFIO AL TIEMPO EN LA ADOPCIÓN

Silvia Eugenia Fernández¹.

2 de Diciembre de 2014

www.infojus.gov.ar

Infojus

Id Infojus: DACF140862

I. El tiempo como fenómeno inherente a la decisión judicial.

Los ‘tiempos del derecho’ constituyen una categoría subordinada al concepto genérico de ‘temporalidad’, entendida como sucesión de acontecimientos que, aplicada al campo jurisdiccional, exige un desarrollo de los procesos apto para la satisfacción del principio de seguridad jurídica; pero esta misma temporalidad inherente a la labor judicial plantea a su vez el complejo problema de una pretensión de balance entre ‘tempestividad’ y ‘justicia’.² Porque la justicia debe espejarse en tres tiempos diferentes y asimétricos: el legal de los Códigos, el que imponen los desvíos del principio procesal dispositivo y el que dicta la dimensión social y pública de los fines de la jurisdicción. Así, ‘el tiempo de la justicia’ es de fundamental importancia y la forma en que esta exigencia actúa resulta decisiva para diseñar un camino procesal seguro y funcional, a la vez que respetuoso de las exigencias constitucionales del proceso justo.³

La concepción humana acerca del concepto ‘tiempo’ ha variado en el pasado y presente, como consecuencia de múltiples visiones, históricas, filosóficas, sociales y culturales. Desde la filosofía griega se lo representó como un principio de orden, que fue perdiendo los rasgos de arbitrariedad hasta asumir la función de un juez

¹ Asesora de Incapaces del Depto. Judicial Mar del Plata; Especialista en Derecho de Familia (UNR); Especialista en Magistratura Judicial; docente de grado UAA y de posgrado UMDP.

² Arbones, Mariano, prólogo a la obra de Carranza Torres, Luis A. *Técnica de la perención o caducidad de instancia. Los tiempos que aniquilan procesos*. Alveroni, 2008 p. 9 y ss.

³ Morello, Augusto Mario. “El tiempo de la justicia”. *Tutelas procesales diferenciadas -II. Revista de Derecho Procesal*. Rubinzal Culzoni, 2009-1, p. 17 y ss.

cuyos dictados formaban una jurisprudencia segura e inapelable.⁴ Para Aristóteles, el presente es determinado por el modo de ser de la realidad, posiblemente diferente en función del cambio en esta realidad; así, el cambio originará un nuevo elemento en ese conjunto de partes en movimiento que es el tiempo.⁵ Ha sido también estudiado desde la física cartesiana como variable de medición, inserto en las nociones de creación o preservación continua.⁶

La perspectiva sociológica por su parte aporta la utilidad de esta noción en la explicación de cuestiones de las ciencias humanas en general.⁷ Norbert Elías advierte que la forma sustantivada del concepto 'tiempo' puede llevar a reflexiones equívocas; "si en castellano existiese una forma verbal del concepto tiempo (...) como se da en el inglés 'timing' (...) quedaría claro el carácter instrumental del tiempo. En lugar de esto, el vocabulario ofrece (...) expresiones verbales del tipo 'determinar el tiempo' o 'medir el tiempo', con las cuales se sigue dando la impresión de que hay algo, precisamente 'el tiempo', que se trata de determinar o medir (...) reforzando una vez más el mito del tiempo como algo que, en cierto sentido, se encuentra allí, existe y que, como algo presente, pueden determinar o medir los hombres (...)." No se pueden investigar las formas de la vivencia del tiempo como un aspecto aislado de las actitudes sociales de los hombres.⁸

El factor tiempo es también inherente a la ciencia jurídica y elemento determinante en el nacimiento y ejercicio de los derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha insistido acerca de la incidencia de la dimensión temporal en el derecho en general⁹ y en particular en el Derecho Internacional de

⁴ Solón (638 a. 558 a. C.) *La idea del hombre*, § 7 y 9, cit. por Nicol, Eduardo. "Los conceptos de espacio y tiempo en la filosofía griega" *Dianoia*, vol. 1, nro. 1, 1995.

⁵ Cfr. Aristóteles, *Physica*, IV, cit. por Alarcón, Enrique "Presente y acción en Aristóteles. *Revista de Filosofía Tópicos*, Universidad Panamericana. http://topicos.up.edu.mx/topicos/wp-content/uploads/2012/12/TOP17_Alarcon_presente_accion_aristoteles.pdf

⁶ "...El mismo poder y acción se requieren para preservar algo en cada momento individual de su duración, que el que sería necesario para crear esa cosa de nuevo si no existiera ya." Descartes, cit. por Monroy Nasr, Zuraya, "Creación continua y tiempo en la filosofía natural de René Descartes", *Anuario de Filosofía UNAM*, vol. 2, 2008.

⁷ Elías, Norbert. *Sobre el tiempo*. Fondo de Cultura económica, México-Madrid-Bs.As., 1989.

⁸ Elías, Norbert, *op. cit.*

⁹ Voto razonado del Juez Cancado Trindade, caso "*Blake vs. Guatemala*" (24/01/98).

los Derechos Humanos. Como expresara el juez Cancado Trindade en su voto concurente en la OC-16¹⁰, “*toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado (...) a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Ésto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano y de cierto modo, también al tiempo existencial de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo*”.¹¹

Dentro de este campo, el elemento tiempo reviste importancia peculiar en las cuestiones de infancia. En un primer aspecto, tal como explica Resta, el tiempo es inherente a la concepción misma de niñez; desde su raíz epistemológica, ‘infancia’ indica una edad de la vida y la condición neutra de un tiempo contrapuesto a otros; es término derivado del latín que define la edad en la cual no se habla o se habla mal. Es también inicio de una historia, algo que todavía no es y por ello vive de esperas; “es propiamente allí, en el estar en el tiempo, en el ser siempre en relación con otras edades y otras épocas, que el nudo de la infancia se disuelve. Es en una relación y en un (...) ‘estar entre’ que va leído y medido.”¹²

Desde una segunda perspectiva, el tiempo tiene una cualidad de inherencia a cada decisión jurisdiccional relacionada con un niño; algo que Resta define como ‘economía del tiempo’ y que refiere al desarrollo de los procesos en varias etapas que involucran meses o años: se trata de tiempos institucionales “que se presentan con su lentitud y sus improbables aceleraciones, con sus necesidades y con sus ritos y, no raramente, sus absurdos.”¹³

¹⁰ OC-16 /99 (1/10/99) “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”.

¹¹ Voto del Juez Cancado Trindade, OC-16 CIDH cit.; ver TEDH, “*Tyrer vs. Reino Unido*” 25.04.1978, Series A, n. 26, pp. 15-16, párr. 31; “*Loizidou vs. Turquía*”, 23.03.1995, p. 23, párr. 71.

¹² Resta, Eligio *La infancia herida*, Ad Hoc, Bs. As., 2008, p. 24 y 32.

¹³ Resta, Eligio, *La infancia herida*, cit. p. 78.

El tiempo presenta así un ‘efecto instituyente-destituyente’ en las relaciones de familia e infancia y en las decisiones jurisdiccionales, advirtiendo a los operadores que, además del presente fáctico, hay otro, un presente *posible* para ese niño.¹⁴

II. **Fragmentaciones del meta-concepto ‘tiempo’ en las intervenciones estatales de separación familiar de niñas, niños y adolescentes.**

La relación entre tiempo y procesos o, más ampliamente, entre tiempo e intervenciones estatales en la vida familiar de niñas, niños y adolescentes (NNA) se exhibe desde diversos aspectos sobre los que intentaremos reflexionar: 1) el tiempo de duración de procesos administrativos y judiciales –y de la toma de decisiones- de separación familiar-; 2) el tiempo como factor de justificación de sentencias de amparo a la vida familiar aún de hecho; 3) el tiempo en el aseguramiento anticipado de una inserción familiar oportuna; 4) el tiempo-factor que sella la ineficacia de restitución del derecho a la vida familiar y determina otras posibles respuestas de tutela de derechos relacionados con el origen familiar.

1. **Tiempo y procesos administrativos y judiciales de separación familiar.**

La cuestión de los tiempos en los procesos de desmembración familiar de NNA –más específicamente, de adopción- ha sido tema de preocupación del legislador nacional. Si bien ésta resultaría materia propia al derecho procesal, la regulación sustancial entendió necesaria una unidad reglamentaria que da cuenta de la íntima vinculación entre “forma y fondo” en materia de adopción. Esto se observa en la ley 24.779 y en el diseño del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación¹⁵, que profundizó las cuestiones instrumentales unificando *el modo* en que las decisiones deben ser dictadas; en especial, “en qué tiempos”.

La adopción, como institución dirigida a materializar el derecho constitucional de NNA a la vida familiar¹⁶ (art. 20 CDN), opera con carácter subsidiario¹⁷

¹⁴ Ballarín, Silvana. *La eficacia de la sentencia en el sistema de comunicación entre padres e hijos*. Librería Editora Platense. p. 417 y 439.

¹⁵ Ingresado a la Cámara de Senadores de la Nación en fecha 8/6/2012, Exte. 884-PE-2012.

¹⁶ Que debe primero satisfacerse en el ámbito de origen, conf. exigencia constitucional de garantizar al niño el derecho “a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos” (art. 7), la “preservación de las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas” (art. 8), la no separación de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto en interés superior del niño (art. 9). Fernández, Silvia “Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los

debiendo agotarse previamente las posibilidades de reintegro al ámbito de origen.¹⁸ Por ello, técnicamente no resulta apropiado partir de una mirada recortada del 'proceso de adopción' para analizar el desarrollo de las intervenciones estatales, obviando el abordaje previo y más determinante.

En la regulación vigente –ley 24.779 y 26.061- el proceso de adopción es precedido por otras instancias iniciales en que se decide administrativa-judicialmente la separación temporal del NNA de su ámbito familiar –Medidas excepcionales de protección de derechos, ley 26.061- y, frente al fracaso de las estrategias de restitución, la inserción en familia alternativa con miras a adopción.

Este íter legal exhibe un vacío relativo al momento en que se adopta la decisión de desvinculación familiar definitiva del niño. Esta ausencia posibilitó la diagramación de intervenciones diversas; bajo la vigencia del Patronato de Estado –ley 10.903 nacional y 10.067 Pcia. de Buenos Aires- la actuación discrecional de los Jueces de Menores permitió la separación familiar definitiva de NNA sin cumplimiento de las normas del debido proceso en relación a la familia de origen. La jurisprudencia procuró modificar estos modos de intervención a través de la creación pretoriana de la “declaración en estado de adoptabilidad”, resolución que importa una seria limitación a la responsabilidad parental¹⁹, dirigida a dos objetivos: a) fijar un hito que determine la dirección de la intervención²⁰ y b)

procesos de adopción.” *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, nro. 58, p. 83 y ss.

¹⁷ Herrera, Marisa. *El derecho a la identidad en la adopción*. Universidad, 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.

¹⁸ Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria; Herrera, Marisa. *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes*. Ediar, p. 572. El Proyecto establece como objetivo de la adopción la protección del derecho de NNA a vivir en familia, cuando los cuidados “no le pueden ser proporcionados por su familia de origen” (art. 594); menciona entre sus principios: “el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada” (art. 595 inc. c), la improcedencia de declaración de adoptabilidad “si algún familiar o referente afectivo” ofrece asumir su guarda o tutela “y tal pedido es considerado adecuado en el interés de este” (art. 607).

¹⁹ 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.

²⁰ Herrera, Marisa, *El derecho...* cit p. 492, SCBA 2/04/03, Ac 78.013, CCCom sala 2º La Plata, 26/10/04, CCCom sala 2º San Isidro 5/6/05; CCCom Bahía Blanca 13/12/05, entre otros.

hacerlo en tiempo oportuno; sin perjuicio del cumplimiento de la garantía constitucional de defensa de los progenitores en este proceso (art. 18 CN).²¹

Tal como expresamos en otra oportunidad²², el problema de los tiempos²³ no se ubica en el proceso adoptivo, sino en sus etapas previas: las que reconocen su antecedente en la operatividad del Sistema de Protección Integral de Derechos de NNA (SPID) en cuyo marco fueron adoptadas las Medidas de Protección de Derechos Excepcionales (art. 39 y ss. ley 26.061²⁴) ante cuyo fracaso se habilitan las acciones dirigidas a una futura inserción familiar. Este punto temporal se visualiza como la “fase crítica” de la intervención, al involucrar la necesidad de certeza de la decisión de separación en el interés del niño (art. 9 CDN).

Durante este “tiempo de decisiones”²⁵ el NNA se encuentra alojado en ámbito familiar alternativo o espacio institucional; “¿cuánto tiempo espera el NNA?, ¿el tiempo de la espera (...) ¿es compatible con el tiempo del hacer operativo jurisdiccional?”.²⁶ Determinar un lapso idóneo para estas decisiones resulta tarea compleja, pues detrás de la indefinición de los tiempos 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 del debido proceso de sus progenitores. Esto pone en juego trascendentes intereses: los de los niños, los de los pretensos adoptantes y los padres biológicos cuya

²¹ Que exige la existencia de su eventual consentimiento mediante un proceso integrado por acciones que apuntan a brindar asistencia, apoyo y escucha. Herrera, Marisa, op. cit., p. 360.

²² Fernández, Silvia, op. cit.

²³ Recomendamos excelente trabajo de Grosman, Cecilia; Herrera, Marisa. “¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del Alto Tribunal”. JA, 05/10/2005, p. 26.

²⁴ 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.*”

²⁵ Cárdenas, Eduardo. “Hogares de tránsito y adopción. ¿Compartimentos comunicados o estancos?”, DJ 2004-3, p. 1153 y ss.

²⁶ Obligado, Clara A. “La niñez institucionalizada. El tiempo de la espera. El tiempo de la decisión. El tiempo del proceso. La construcción semiótica del fenómeno.” *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, nro 56, Abeledo Perrot, p. 83.

parentalidad se extinguirá.²⁷ Toda duración excesiva de un proceso conspira contra la efectividad de la justicia, aunque en materia de tan severa afectación de derechos como la adopción, justicia ‘rápida’ no debe confundirse con justicia ‘apresurada’ y, tal vez, viciosa. Más que hablar de rapidez del proceso, la eficacia de la justicia exige ‘tempestividad’²⁸, es decir, oportunidad de las intervenciones.

La eficacia de la tutela judicial es un standard del derecho internacional humanitario²⁹ relacionado con las garantías fundamentales de acceso a la justicia, el plazo razonable para la determinación de los derechos³⁰ y el derecho a una decisión oportuna (arts. 8, 25 CADH, art. 2 PIDCyP, art. 18 CN, art. 15 CPBA). En palabras de la CIDH, el nuevo *corpus juris* de derechos humanos impide ser indiferentes “...al tiempo existencial; las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos”.³¹

Así, entre los nuevos derechos y garantías incorporados para la protección del individuo³² y la adecuada defensa judicial de los derechos³³, surge la garantía de

²⁷ STConstitucional Español, sala 2, 75/2005, 4/4/2005, 58/2008, 28/4/2008, RDF 40-2009, Lex Nova, Valladolid, p.139.

²⁸ Término empleado por Arbones, op. cit.

²⁹ Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, art. XVIII; art. 8 Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3, inc. a, b y c; art. 8 CADH: “...*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, ...en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...*”; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 6: “*toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella*”; art. 37.d CDN: “*d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, ...y a una pronta decisión...*”

³⁰ Sin perjuicio de la entidad en materia familiar de los precedentes “*Fornerón*” (27/4/12) y “*Furlán*” (31/08/12), la CIDH había condenado a la Argentina por violación a la garantía de plazo razonable en “*Torres Millacura y otros vs. Argentina*”, 26/8/11 y “*Bayarri vs. Argentina*”, 30/10/08.

³¹ Voto Juez Cancado Trindade, OC-16 CIDH cit.

³² CIDH OC-9/87, 6/10/87, Serie A No. 9; párr. 27; OC-8/87, 30/1/87, Serie A No. 8; párr. 25

³³ CIDH OC 9/87, cit. p. 28; OC-16/99; casos “*Genie Lacayo*”, 29/1/97, Serie C No. 30; párr. 74; “*Loayza Tamayo*”, 17/9/97, Serie C No. 33; párr. 62.

plazo razonable, calificada por la CIDH como inherente al acceso a la justicia: *“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”*³⁴, las que resultan exigibles en materia penal, civil, laboral, o de cualquier carácter.³⁵

Sin embargo y como también alerta la CIDH, el concepto de plazo razonable no es de sencilla definición. Según la Corte Europea de Derechos Humanos³⁶ para determinar la razonabilidad del plazo debe efectuarse un análisis global del procedimiento que permita precisar si se afectó esta garantía según las características de cada caso. Siguiendo a su par europea, la CIDH afirmó que para determinar la razonabilidad del plazo se deben considerar: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada.³⁷ La imposibilidad de medir “un tiempo” fijo para todos los procesos lleva a aplicar una idea íntimamente relacionada: la noción de *“dilaciones indebidas”*, a evitarse para satisfacer la exigencia de eficacia.³⁸

Específicamente en relación a nuestra materia, la CIDH expresó 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”*.³⁹ *“...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.”*⁴⁰

³⁴ CIDH *“Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago”*. 21/9/2002, p. 145

³⁵ CIDH OC 11/90; 10 de agosto de 1990.

³⁶ TEDH *“König”*, 28/6/78, Serie A nº 27; *“Zimmermann y Steiner”*, 13/7/83, Serie A nº 66.

³⁷ CIDH, *“Genie Lacayo”* cit.; *“Suarez Rosero”* 12/11/1997; *“Furlán”*, 31/8/2012.

³⁸ Gozaini, Osvaldo Alfredo *“El plazo razonable en los procesos constitucionales.”*
<http://dpccgozaini.blogspot.com.ar/2010/08/el-plazo-razonable-en-los-procesos.html>

³⁹ CIDH, *“L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay”*, Resolución 1/07/2011, p. 16.

⁴⁰ CIDH, *“Fornerón L. e hija vs. Argentina”* 27/4/2012.

Desde la perspectiva nacional, la Corte Suprema de Justicia reforzó en varios pronunciamientos los estándares sentados tiempo atrás en el caso "Ataka"⁴¹, perfeccionando el concepto de privación de justicia⁴² juzgando inconstitucional la prolongación indefinida del proceso⁴³ e incluyendo al "principio de razonabilidad de la duración de los procesos judiciales" dentro de la "tutela judicial efectiva".

Sin embargo, la garantía de plazo razonable no es exclusivamente direccionada al órgano jurisdiccional. Los destinatarios pasivos de este deber son el legislador (deber de protección normativa), el Juez (deber de tutela jurisdiccional), el Ejecutivo (deber de dotación).⁴⁴ Así, el derecho al plazo razonable involucra también la actividad de la autoridad administrativa, tal como han expresado la CSJN⁴⁵ y la CIDH en punto a que la exigencia convencional del derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos comprende a cualquier autoridad pública que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones; es decir, cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional.⁴⁶

Observador de estos postulados, el Proyecto de Código CCom introduce la fijación de plazos concretos en los procesos adoptivos. La declaración judicial en situación de adoptabilidad (art. 607) se dicta: a. cuando un NNA no tiene filiación establecida, o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares

⁴¹ CSJN "*Ataka Ltda. c. Gonzalez Ricardo y otros*", 20/11/73 LL. 154-85. CSJN, "*Matte*" Fallos 272:188 (1968), "*Mozzatti*", Fallos 288:403 (1974)

⁴² Fallos 312:2434; 311:1604; 305:913; 331: 287; 330:518; 328:4615; 322:662; 315:1940; 306:431; 300:983; 300:1115; 291:540.

⁴³ CSJN Fallos 333:1639; 332:1512; 330:1261; 328:2833; 326: 2868; 324:1944; CSJN, 06/05/2008.

⁴⁴ Guilherme Marinoni, Luiz. "Derecho fundamental a la duración razonable del proceso." http://www.academia.edu/218539/Derecho_Fundamental_a_la_Duracion_Razonable_del_Proceso

⁴⁵ CSJN, "*Losicer, Jorge y otros c/BCRA-Resol. 169/05*", 26/6/2012: "el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas resulta un corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.(...) cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento pueda erigirse en óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial" debiendo respetarlas "todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales."

⁴⁶ CIDH, "*Tribunal Constitucional vs. Perú*", 31/1/2001, p. 71; "*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*", 2/2/01, p.124 y 127.

de origen por el organismo administrativo *en un plazo máximo de 30 días, prorrogables por igual plazo fundado*; b. cuando los padres toman la decisión libre e informada de que el NNA sea adoptado, lo que sólo será válido *luego de los 45 días del nacimiento* (bajo pena de nulidad relativa, art. 635); c. cuando las medidas excepcionales dirigidas a que el NNA permanezca en su familia de origen, *no dan resultado en un plazo máximo de 180 días*.⁴⁷ Vencido estos plazos, el organismo administrativo debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad *en 24 hs.*, aplicando el juez el “procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción”⁴⁸, finalizando con la sentencia que declara la situación de adoptabilidad y dispondrá las medidas pertinentes para, *en un plazo máximo de 10 días*, seleccionar postulante del Registro de adoptantes.⁴⁹

Por su parte, la guarda con fines de adopción no es un proceso independiente, sino un paso intermedio entre la situación de adoptabilidad y la adopción, dirigido a cumplir la finalidad de evaluación del vínculo afectivo entre los pretendientes adoptantes y el niño⁵⁰ cuyo plazo será fijado por el juez y *no puede exceder 6 meses*. La celeridad es reflejada también en el proceso de adopción, imponiendo su promoción aún de oficio cumplido el plazo de guarda (art. 616).⁵¹

2. El tiempo como factor justificante (determinante) de decisiones de separación familiar o de convalidación de situaciones de hecho.

Los efectos del transcurso del tiempo han sido tomados en cuenta a la hora de adoptar decisiones eventualmente modificatorias del status quo de NNA

⁴⁷ El plazo es el establecido por la ley 26.061 y decreto 415 (90 días para la MPDE, prorrogable por causa fundada por igual lapso (art. 39. Se alude a un plazo *máximo*).

⁴⁸ Son partes el NNA con edad y madurez suficiente con asistencia letrada, los padres/ representantes legales, el organismo administrativo, el Ministerio Público. Sin revestir carácter de partes, pueden participar parientes y referentes afectivos (art. 608). La competencia corresponde al juez que ejerció el control de legalidad de la MPDE (art 609). .

⁴⁹ La selección desde el Registro es esencial, bajo pena de nulidad absoluta, art. 634 inc. h).

⁵⁰ Herrera, Marisa, “El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc” *Suplemento Especial “El derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil”*, Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa (coord.), JA 2012-II, 20/06/2012, p. 84 y ss.

⁵¹ Son parte los pretendientes adoptantes, el adoptado con edad y grado de madurez, con asistencia letrada, el Ministerio Público y la autoridad administrativa (art. 618). El pretense adoptado debe ser oído y tener en cuenta su opinión, bajo pena de nulidad relativa, art. 635. C). Es recaudo de nulidad absoluta requerir el consentimiento del adoptado mayor de 10 años (art. 634 inc i).

provisoriamente separados de su familia. Sea a los fines de resolver la admisibilidad de pedidos de restitución efectuados por los progenitores, sea para decidir la eventual convalidación de situaciones de hecho consolidadas aún por fuera de los mecanismos legalmente impuestos para una futura adopción.

Desde el primer aspecto, se ha resuelto favorablemente el reintegro a los progenitores cuando transcurrió tiempo escaso de separación. Ha sostenido el TEDH que hace al interés del niño mantener su relación con su familia y que romper este lazo implica privarlo de sus raíces; conforme el interés del niño sólo ante circunstancias excepcionales en que la familia haya demostrado no ser la adecuada, resulta justificada la rotura de los lazos familiares.⁵²

La CIDH ha asumido intervención anticipada bajo el encuadre de medidas preliminares, sosteniendo que *“el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual (...) El paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña.”*⁵³

Estas valoraciones han fundamentado decisiones de reintegro familiar en el ámbito local.⁵⁴ El Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero⁵⁵ revisó la sentencia que priorizó el tiempo de convivencia del niño con sus guardadores (8 meses); valorando el cuestionamiento del consentimiento de los padres en legal forma (conf. art. 21 ap. a) CDN) "bajo pena de nulidad" (art. 317 CC inc. a), consideró que ante la corta edad del niño debía darse prevalencia al vínculo biológico, acogiendo la medida cautelar de reintegro. El fallo definió al interés superior del niño en el caso como la necesidad de evitar la prolongación de la interrupción de los lazos de origen, sin excluir una eventual vinculación con los

⁵² TEDH *“W. vs. United Kingdom”*, 1987.

⁵³ En el marco habilitado por el art. 63.2 CADH: *“En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.”* CIDH *“L., M. Medidas provisionales respecto de Paraguay”* 1/7/2011.

⁵⁴ CNCiv sala M, 12/05/2004. elDial.com-AA6BEF; CCom Cruz del Eje. 14/06/00, elDial.com-AA6B94; J. Fam. San Martín n° 1 24/9/2007 *RDF* nro. 39 p 184 y ss. Cám. Apelac. Noroeste del Chubut (disidencia Dr. Margara) 08/07/2004, elDial.com-AA225C.

⁵⁵ STJ Santiago del Estero Sala Civ. y Com., Exte. 16.017/2006 "M. M. M. de L. y otro, 11/12/2006.

guardadores mediante un régimen de comunicación adecuado y controlado. El fallo fue confirmado por la Corte Suprema Nacional, *fijando plazo a efectos de su ejecución* –no más de 60 días- con el auxilio interdisciplinario necesario.⁵⁶

A la inversa, el tiempo ha sido factor determinante de resoluciones que importaron la convalidación judicial de situaciones de hecho consolidadas aún por fuera de los mecanismos legales para la constitución de una adopción. Al amparo de la pretendida satisfacción del “interés superior” del niño se han fundado decisiones que en verdad se asientan en la observancia del tiempo transcurrido y la altísima dificultad de revertir situaciones que el tiempo “ha sentenciado”.⁵⁷

Un conocido precedente de la CSJN expresó que “*la regla del derecho interno (...) que desaconseja separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos es, en el caso de autos, justamente la excepción, pues el interés superior de C.S. consiste en no modificar su actual situación fáctica por el trasplante le originaría un perjuicio que debe evitarse.*”⁵⁸

También ha sido el tiempo el que ha justificado la convalidación de situaciones de nacimiento irregular, vgr. en supuestos de guarda de hecho y desprendimiento del niño por fuera del mecanismo legal de previa inscripción en el Registro de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción (RUA, ley 25.854). Así, más allá de la prohibición de entrega en guarda directa (art. 318 C.C.) que da apertura al contractualismo⁵⁹ -contrario el orden público en materia de adopción⁶⁰ - y eventual tráfico, muchas situaciones fácticas han sido judicialmente justificadas⁶¹ valorando

⁵⁶ CSJN, “M., M. M. de L. y otro”, 04/09/2007.

⁵⁷ En palabras de Grosman y Herrera “El tiempo sentencia...” cit.

⁵⁸ C.S.J.N., “S., C. s/ adopción”, 2-VIII-2005, *RDF* 2006-I-13, revocando la sentencia de la SCBA que había resuelto el reintegro a la familia de origen. CSJN A. 418. XLI. “A., F. s/ protección de persona”, 13/03/2007, Dict. del Procurador General.

⁵⁹ Art. 35 CDN: “*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.*”

⁶⁰ Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad...cit.* p. 380.

⁶¹ Levy, Lea. *Régimen de adopción. Ley 24779.* Astrea, p. 64; Cédola Carolina y Jorge, Carina “El derecho del niño a que los padres de origen elijan a la familia adoptante” ponencia XVII Congreso internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata, 22/ 26 de octubre, 2012. 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”. *Revista de Derecho de Familia y Persona*, diciembre 2009 p. 110 y ss.

la guarda de hecho junto con el factor tiempo, acreditando la vinculación y el mejor interés del niño en el caso concreto.⁶²

No todas las sentencias que han hecho prevalecer el factor tiempo a la hora de convalidar situaciones de hecho nacidas fuera del mecanismo del RUA, han discriminado la situación de “entrega directa vincular” –modo en que referimos a aquellas en que existe vínculo afectivo o parentesco previo entre las partes y/o con el niño⁶³- de aquellas directamente relacionadas con el rol-objeto del niño y su comercialización⁶⁴ –independientemente de la cualidad de retribución⁶⁵-, circulándolo de un núcleo familiar a otro, carente de lazo biográfico o histórico.⁶⁶

Las guardas de hecho plantean en su aproximación a la justicia, la necesidad de una seria evaluación que pone en jaque la injerencia estatal como garante de los derechos del niño en el marco de un paternalismo justificado⁶⁷ y el alcance de las “autonomías” personales en materia de adopción. Se miden factores como la situación del niño en ese grupo familiar -consolidada o no⁶⁸-, el origen de la

⁶² La integración familiar y afectiva de un niño consolidada durante el período de guarda de hecho difícilmente podrá ser revertida, salvo que el juez advierta que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no consulta su interés. Minyersky, Nelly; Levy, Lea “La autonomía de la voluntad y la adopción” *RDF* 15, p. 69 y ss.; Mizrahi, Mauricio “Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores” LL 2003-F-1146

⁶³ CCom Mercedes 29/07/05, *RDF* 2006-I-163.

⁶⁴ Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad...* op cit p. 375.

⁶⁵ Múltiples significados exceden la noción de “compra” de un niño. Se ha defendido la honestidad, desinterés, solidaridad, de quienes aportan dinero a la madre, asumen los costos de parto, del proceso de adopción, cuando se trata muchas veces de la captación de mujeres en condiciones de miseria, a quienes se les ofrece paliar su situación. Carminati, A. y Ventura, A. *Guardas puestas: cuando se convalida algo más que una entrega*, Bs. As., 2003. El “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” (AGONU, Res. A/RES/54/263, 25/5/00) define la venta de niños como “*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.*” (art. 2)

⁶⁶ Ver doctrina SCBA, C. 115.696, "N.N. o A, G. M. s/ Medida de abrigo", 11/4/12.

⁶⁷ Garzón Valdés “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol XIII Bs As 1987.

⁶⁸ CNCiv sala K 27/12/05, LL 2007-B-623.

guarda, la existencia de contraprestaciones en la entrega⁶⁹, la vinculación preexistente entre madre y peticionantes⁷⁰ y sin dudas, el tiempo transcurrido. El conflicto se plantea al momento de decidir la eventual separación del niño de ese ámbito familiar cuando transcurrió un plazo considerable, reparando desde una mirada interdisciplinaria en algo más que la norma: el impacto del tiempo como forjador de vínculos entre el niño y los guardadores.

Resulta complejo trazar una solución única para estos casos; cada cual requerirá una mira individualizada. Pero no es válida la sola invocación del transcurso del tiempo para forzar la convalidación; *“con solo la guarda de hecho y un plan de los pretensos adoptantes dirigido para que la justicia homologue este procedimiento con el único requerimiento de citar a la madre (...) no alcanza para tener derecho a acceder a la adopción (...) La justicia 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 al 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).”*⁷¹

Pero es cierto que una lectura de varios precedentes que convalidaron guardas nacidas por fuera del mecanismo legal permite observar que la construcción del “interés superior del niño” en el caso concreto ha sido desde la observación del tiempo como forjador de lazos afectivos familiares⁷² que desaconsejan la separación.⁷³ Genéricamente, es el reparo a los eventuales daños que causaría al niño una separación frente a un tiempo extenso en guarda de hecho, lo que ha sostenido decisiones judiciales aprobatorias, aún frente a la inexistencia de vínculo

⁶⁹ *“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.

⁷⁰ SCBA, C. 115.696, 11/4/12.

⁷¹ C. 115.696, “N.N. o Areco, Giovanna Martina. Medida de abrigo”, 11/4/12.

⁷² CSJN 19/02/08, RDF 2008-III-1, disponiendo el otorgamiento de guarda preadoptiva a quienes recibieran en guarda directa a una niña a los pocos días de nacida; no conocían a la madre biológica siendo contactados por terceros. En mérito al tiempo la Corte convalida la guarda.

⁷³ Las decisiones muchas veces condicionan el bienestar futuro de un niño por un presente que silencia las irregularidades; en beneficio de la duda del daño se renuncia a la legalidad para evitar la escena –insoportable– invadida por el afectivismo, de separarlo de quienes lo han cuidado. Siderio, Alejandro. “Una excepción que...¿Confirma o hace peligrar la regla?”. RDF 2009-II.41.

afectivo, violación de las normas del Registro para adopción⁷⁴, prestaciones en especie en favor de la madre al desprendimiento del hijo⁷⁵, etc-.

Frente a este complejo debate la Reforma de CCom prohíbe la entrega directa en su 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, 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 solución es coherente con la sanción de nulidad absoluta que provoca la violación de la selección de postulantes del RUA⁷⁶ y se relaciona con la exigencia de agotar las posibilidades de permanencia en la familia de origen (art. 607), que exige permitir la labor de los órganos administrativos y judiciales dirigida a evitar la separación y procurar la permanencia del niño en el ámbito familiar ampliado.⁷⁷

La paradoja del factor tiempo fue puesta de manifiesto por la propia Corte Interamericana en el caso “Fornerón”, luego de expresar 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*

⁷⁴ SCBA, AC 73814 S 27-9-2000, DJBA 159, 193; SCBA, AC 84418 S 19-6-2002: *“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.”* CSJN 16/9/2008: esta inscripción no puede constituirse en un recaudo que se sobreponga al principio central del interés superior del niño.

⁷⁵ CCom La Matanza, sala I, 30/06/2011, “*NN o A., G. s/abrigo*”, AR/JUR/29891/2011, validando la permanencia con los guardadores de hecho –durante 7 meses- interpretando su actuar como “un deber de gratitud y dependencia a favor de la madre biológica *por la guarda delegada.*”

⁷⁶ SCBA 02/04/03, *RDF* 2004-III. p. 75. CCom Mercedes sala I 23/12/04; CCom Mar del Plata sala II 23/9/99, ED 186-235; SCMendoza sala I 25/11/02; STJ Formosa 04/02/03 LLLitoral 2003, julio 707; CSJN, 16/9/08, L 2009-A-450; CCom Santiago del Estero sala 1 19/02/10, LL on line, AR/JUR18623/2010. STJ Misiones, 28/004/03, LL Litoral 2004-890. CCom Lab Minería Neuquén sala I 31/03/09, *RDFyP* diciembre 2009-110.

⁷⁷ Art. 7 dec. 415, ley 26.061 Según la CIDH la CADH no protege un concepto cerrado de familia y el término “familiares” abarca todas las personas vinculadas por un parentesco cercano, OC-17/02.

legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”, 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.”

Desde una perspectiva de derechos humanos se criticó esta conclusión señalando “que la medida de reparación, que en principio hubiera sido la adecuada para una violación de derechos humanos (la restitución), no puede decretarse no por una circunstancia de hecho sino por el efecto de lo que en definitiva es otra violación de derechos humanos. De modo adicional sobre este primer punto resulta lamentable que la Corte Interamericana no haya tomado la oportunidad para señalar que esta situación no es el resultado exclusivamente del accionar de la República Argentina, sino también de la dilación con la que la denuncia fue tratada por el sistema interamericano de derechos humanos.”⁷⁸

El TEDH ha señalado que el respeto efectivo del derecho a la vida familiar implica que las futuras relaciones familiares de un niño no sean determinadas por el mero transcurso del tiempo.⁷⁹ El art. 8 CEDH requiere que las autoridades nacionales establezcan un equilibrio justo entre los intereses del niño y los de los padres, debiendo darse especial importancia al interés superior del niño. Sin

⁷⁸ La petición fue presentada por la víctima el 14/10/2004, la Comisión se expidió sobre su admisibilidad el 26/10/2006, emitió el informe de fondo el 13/7/2010 y sometió el caso a la Corte el 29/11/2011, quien dictó sentencia el 27/4/2012 (8 años). Barreiros, Lucas; Uman, Nadia. “Algunos apuntes sobre la adopción desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.” *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, nro. 58 p. 17.

⁷⁹ TEDH “*Görgülü vs. Alemania*” 24, 24/2/2004. El demandante reclama al Estado alemán por no permitirle establecer un vínculo con su hijo extramatrimonial, quien había sido dado en adopción por la madre al nacimiento. A los dos meses de este hecho, el demandante reclamó su paternidad, se ofreció para el cuidado y efectuó reconocimiento de paternidad; no obstante se lo derivó a la iniciación de procesos judiciales y la confirmación de su paternidad mediante pruebas genéticas. Las instancias de origen fueron determinado vinculaciones provisionales pero el Tribunal de Apelaciones las suspendió. La Corte distrital resolvió el reintegro del niño a su padre en marzo de 2001. En junio de 2001, la Corte de Apelaciones de Naumburg revocó la decisión. El TEDH concluyó que la Corte partió de una premisa equivocada al dar más importancia a la relación del niño con sus padres adoptivos, sin considerar que la anulación total de toda relación de un hijo con su padre únicamente puede justificarse en circunstancias excepcionales, que no se daban allí.

embargo, el art. 8 CEDH obliga a procurar reunir a un padre con su hijo.⁸⁰ En el caso “*Görgülü vs. Germany*” el Tribunal admitió que una separación inmediata de la familia adoptiva y el niño podría haber tenido efectos negativos sobre su estado físico y mental; sin embargo, teniendo en cuenta que el solicitante era el padre biológico y se mostró dispuesto y capaz de cuidar de él, consideró que el Estado nacional no examinó entre las posibles soluciones la viabilidad de unificación padre e hijo con el menor daño para este último; por el contrario, *sólo se centró en los efectos inminentes que la separación de sus padres de acogida tendría en el niño, pero no tuvo en cuenta los efectos a largo plazo que una separación permanente de su padre natural podría tener en el niño*, violando así el derecho a la vida familiar del solicitante (art. 8 CEDH).

A similares conclusiones llegó en el caso “*Saleck Bardi*”⁸¹ recordando que “*para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar.*” Reiteró que el respeto a este derecho exige que las relaciones futuras entre padre e hijo se regulen sobre la base del conjunto de elementos pertinentes y no por el mero paso del tiempo, habiendo constatado falta de diligencia en el procedimiento por las autoridades españolas y la inaplicabilidad de sanciones frente a las actitudes obstruccionistas de la familia de acogida.

En el caso “*K.A.B.C. c/ España*”⁸², el Tribunal Europeo declaró la violación al art. 8 del CEDH, ampliando el concepto de “vida familiar” extendiéndolo a la

⁸⁰ TEDH “*K. y T. v Finlandia*”, no 25702/94, p.178, “*Johansen c/ Noruega*”, 7/8/96, Repertorio de sent. y res. 1996-III, p. 1008, p. 78; “*Olsson c/ Suecia*” 24/3/88, serie A núm. 130. p 36, p. 81.

⁸¹ TEDH “*Saleck Bardi v/ España*”, 24/5/2011. Se trataba de la demanda interpuesta por la Sra. Saleck Bardi contra España alegando violación a su derecho a la vida familiar (art. 8) y a un proceso equitativo y justo (art. 6). Saleck vivía en un campo de refugiados de Argelia y en 2002, en el marco de un programa de vacaciones organizado por la Federación de Asociaciones de Amigos del Pueblo Saharaui dejó a su hija de 10 años al cuidado de una familia de acogida. La estancia se prolongó aduciendo razones de salud, hasta que en 2004 la madre reclamó formalmente. Ante la oposición de la familia, la Administración declaró el estado de desamparo, otorgó la custodia alegándose el distanciamiento de su madre. Éta no fue citada. Cuando pudo efectivizarse un encuentro con su hija, ésta ya tenía 15 años y prefirió quedarse con los guardadores.

⁸² TEDH, 10/4/2012. Dos nigerianos y su hijo de 1 año se hallaban instalados en España. El padre migró por trabajo a 400 km. La madre fue expulsada y el niño institucionalizado (2001). En el año 2002 se presentó el padre y ante la exigencia de practicar el examen biológico que no pudo abonar, el niño fue dado en guarda. El progenitor se opuso a la adopción y promovió reconocimiento de paternidad (2004), logrando que una ONG abone el estudio con el que probó su paternidad. En el año 2007 se otorgó la adopción.

relación potencial que habría podido desarrollarse entre un padre y su hijo. En el caso, el derecho a la reagrupación del demandante con su hijo se incluye en el art. 8 CEDH según la Corte, pues no obstante que el demandante expresó en sucesivas ocasiones su deseo de restablecer el contacto con su hijo, las autoridades nacionales ignoraron su derecho a la vida familiar.

3. El tiempo en el aseguramiento de una inserción familiar oportuna: herramientas de tutela anticipada.

La Doctora Marisa Herrera refiere al impacto del tiempo en la implementación de las acciones de inserción familiar, afirmando que “pasada la emergencia que da lugar a la institucionalización del niño, éste se invisibiliza.”⁸³ La jurisprudencia por su parte ha expresado que “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.”⁸⁴

La exigencia constitucional de debido proceso de los adultos –centralmente padres biológicos- exige no obstante dotar a los operadores judiciales de diseños oportunos que permitan, *en situaciones excepcionales necesarias*, sobreponerse al tiempo en avance, readecuando el proceso en razón de la situación del niño.

Así surge la aplicación en este campo de la “tutela procesal diferenciada”⁸⁵ como mecanismo de realización del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 114.6 CN, 15 CPBA)⁸⁶ del interés superior del niño.⁸⁷ En materia de protección de derechos de NNA el Estado tiene obligación de legislar mecanismos

⁸³ Herrera, Marisa, op. cit. T. II p. 463.

⁸⁴ Trib de Fam. N° 2 Mar del Plata, “A., Y. S/ materia a categorizar”, 30/8/2010.

⁸⁵ 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, 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.

⁸⁶ Provenzani Casares, Ariel. “Consideraciones procesales a la función tutelar de los jueces” *Sup. Doctrina Judicial Procesal*, 01/03/2010, 26; Berizonce, Roberto. “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas.” *Revista de Derecho Procesal cit.*, p. 35 y ss

⁸⁷ STConstitucional de España, sent 75/2005, 4/4/2005

de restitución de derechos y también un deber de celeridad⁸⁸ en la protección a la vida familiar (arts. 9 y 18 CDN), en especial en la primera infancia.⁸⁹

En esta línea, un fallo bonaerense⁹⁰ materializó una intervención jurisdiccional anticipada disponiendo la guarda en ámbito familiar como medida cautelar, considerando que “no resulta satisfactoria la institucionalización más allá de un plazo razonable (...) corresponde (...) 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.”

Si bien el esquema normativo diseñado por el SPID así como por la Reforma, postula la prevalencia del niño en su ámbito de origen y la subsidiariedad de la adopción, la *tutela judicial efectiva en tiempo útil* (art. 8 CADH) es también garantía constitucional vinculada con el principio de eficacia del proceso y por ende del derecho material.⁹¹ Aquí las medidas urgentes anticipatorias pueden constituir –con delicada prudencia en su uso- herramientas útiles contra la esterilidad del tiempo de decisiones, donde el niño no permanece con su familia de origen pero tampoco en un espacio familiar alternativo, implicando una vulneración del derecho a vivir en familia y también del derecho a la identidad, forjado en sentido dinámico durante la primera infancia.⁹²

4. Tiempo y tutela de otros derechos constituyentes de la vida familiar.

La imposibilidad de satisfacción principal del derecho a la vida familiar a través de la restitución al ámbito de origen del NNA, no impide respuestas judiciales de aseguramiento de otros derechos integrantes de aquél y que también son

⁸⁸ TEDH, “*Bajarami c/ Albania*”, 12/12/06.

⁸⁹ OG N° 7, 2005 “*Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia*”, 12/9/05.

⁹⁰ CCCom La Matanza sala I, “NN o Axel s/ medida de abrigo” 9/12/09, DFyP 2010, agosto, p. 145.

⁹¹ De los Santos, Mabel, “La flexibilización de la congruencia”, LL *Suplemento especial, Cuestiones procesales modernas*, octubre, 2005, p.80. La CIDH ha dicho 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.*” CIDH in re “Fornerón” cit.

⁹² Schiro, María Victoria. “El derecho a vivir en familia y los tiempos del derecho.” *RDF*, 2011-III-19 y ss. Grosman, Cecilia. “La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes.” JA 2007-IV-1090/1091. Fernández, Silvia “Protección cautelar en el derecho familiar” en Camps, Carlos, *Tratado de las medidas cautelares*, La Ley, 2012.

influenciadas por el factor tiempo. Nos referimos a aquellos casos en que el peso del tiempo selló el destino familiar del NNA, pero no por ello debe impedir el diseño de respuestas que amparen otros derechos diversos a la custodia, comprendidos en la macro-noción de “vida familiar”, vgr. el derecho de vinculación con la familia biológica, previo acceso al conocimiento del origen personal.

El TEDH ha expresado que las decisiones de separación de la familia de origen y la relativa a la conservación de un derecho de acceso al niño son asuntos que exigen diferente consideración⁹³; así, la privación injustificada de un derecho de comunicación o visita de los padres biológicos constituye violación al derecho de respeto a la vida privada⁹⁴ y familiar (art. 8 CEDH)⁹⁵. Por razones de espacio no podremos extendernos en este punto, mencionando sólo algunos ejemplos.

La sentencia de la CIDH en el caso “Fornerón” es una muestra de esta situación. El progenitor pidió como medida de reparación (art. 63 CADH⁹⁶) la restitución de la niña, pretensión altamente dificultosa en función de su edad (12 años) y el tiempo transcurrido, siendo por ello rechazada por el Estado. La Comisión solicitó a la Corte ordene al Estado adoptar todas las medidas necesarias para reparar de manera integral las violaciones a los derechos humanos sufridas por el señor Fornerón y su hija y afirmó que la medida de reparación más importante la constituía el relacionamiento padre-hija conforme el interés superior de la niña. La Corte decidió que si bien los procesos internos que culminaron con la adopción violaron los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, protección de la familia y los derechos del niño, todo lo cual

⁹³ TEDH “*W. vs. United Kingdom*”, application 9749/82p. 81

⁹⁴ CIDH “Fornerón” cit.: *“La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. (...) el hecho que en todos estos años M no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar.”* (p. 123).

⁹⁵ TEDH, “*E., R. vs Italy*”, application 31.127/96.

⁹⁶ Art. 63: *“1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”*

debería provocar dejar sin efecto las decisiones internas –restituir la niña a su padre- “no puede obviar lo excepcional de este caso, esto es, 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.” (p.156). De tal modo fijó como media de reparación –entre otras- el establecimiento por el Estado de un procedimiento de efectiva vinculación padre-hija⁹⁷ en sentido amplio, progresivo, comprensivo de su involucración como padre biológico⁹⁸, a través de una serie de pautas como el nombramiento de expertos, apoyo terapéutico, recursos materiales, presentación de informes y, fundamentalmente, la consideración de la opinión de la niña en relación a la vinculación con su padre.⁹⁹

El TEDH¹⁰⁰ en el citado caso “Görgülü vs. Germany”, explicitó que el amplio margen de apreciación de que gozan las autoridades nacionales en las decisiones sobre custodia de niños, exige no obstante un escrutinio más exigente en las limitaciones adicionales como las restricciones impuestas a la parentalidad, y también salvaguardias jurídicas para garantizar protección efectiva del derecho de padres y niños a su vida familiar. En este caso, el Tribunal valoró negativamente la separación del niño de su familia adoptiva, pero consideró que las autoridades nacionales no habían examinado todas las soluciones posibles al problema frente al ofrecimiento de custodia y disposición del padre biológico, entendiendo así violado el derecho a la vida familiar, pues el art. 8 CEDH obliga a procurar reunir a un padre con su hijo¹⁰¹.

A nivel nacional, la sentencia ya mencionada de la Corte Suprema argentina¹⁰² -que revocó la que ordenara el reintegro de la niña a su familia biológica- dispuso

⁹⁷ “...Ello implica un proceso de acercamiento progresivo de manera de comenzar a construir un vínculo entre padre e hija quienes, en casi doce años, solo se encontraron una vez por aproximadamente cuarenta y cinco minutos. Dicho proceso (...) debe estar orientado a que, en el futuro, ambos puedan desarrollar y ejercer sus derechos de familia, como por ejemplo el derecho a vivir juntos, sin que ello suponga un conflicto con la familia adoptante de M.” (p. 160).

⁹⁸ “En el proceso de vinculación se deben considerar mecanismos idóneos para que el señor Fornerón se involucre en la vida de M en función de su condición de padre biológico.(...) debe recibir información periódica sobre los distintos aspectos de la vida de M y su desarrollo.” (p. 166).

⁹⁹ “...los expertos a cargo del proceso de vinculación deberán asegurar que M tenga conocimiento de sus derechos y tendrán en cuenta la voluntad y opinión de la niña, en consideración de su grado de desarrollo y del nivel de autonomía personal.” (p. 165).

¹⁰⁰ TEDH “Görgülü vs. Alemania” 24, 24/2/2004, cit.

¹⁰¹ Conf. TEDH “K. y T. v Finlandia”, “Johansen c/ Noruega”, “Olsson c/ Suecia” cits.

¹⁰² CSJN “S., C s/ adopción”, 02/08/05, la niña contaba con 7 años al momento de la decisión.

la permanencia con la familia guardadora con quien vivía desde su nacimiento; no obstante estableció que "la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación, especialmente para la menor, es acudir al llamado 'triángulo adoptivo', con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor."

El diseño de un proceso de vinculación reparatorio del derecho familiar quebrantado requerirá previamente –en caso de desconocerse- el acceso a la información acerca del verdadero origen del NNA. Este derecho derivado de la dignidad¹⁰³, es altamente significativo en casos de adopción, autónomo a la filiación y por ello presenta operatividad independiente al goce del derecho a la vida familiar, esto es, a la restitución del niño, su custodia y aún a la vinculación parental biológica.

Así puede visualizarse en el caso Fornerón, en que la CIDH marcó que "*la importancia de hacer conocer a M. la verdad sobre su origen, (...) debe incluir lo ocurrido con el proceso de guarda y adopción y los esfuerzos y la búsqueda de su padre biológico de ser reconocido como tal y recuperarla para sí y para su familia.*"

Recientemente la SCBA¹⁰⁴ revocó las decisiones de las instancias inferiores que rechazaron el pedido efectuado por quien se alegaba padre biológico de un niño cuya adopción plena fue declarada y solicitaba el inicio de un proceso de revinculación, la conformación de un 'triángulo adoptivo' entre niño, solicitante y adoptantes. La Corte distinguió el emplazamiento adoptivo pleno y sus consecuencias, de la pretensión de acceso al origen biológico¹⁰⁵, derecho no exclusivo de la adopción simple y ubicado en un plano superior, como derivado de

¹⁰³ En el conocido caso "Odièvre vs France", TEDH, 13/2/03, la Corte rechazó la petición de la Sra. Odièvre de acceder a la identificación de su madre, en razón de su nacimiento bajo el sistema de parto anónimo. Según la Corte, la cuestión no debía encuadrarse desde la perspectiva del "derecho a la vida familiar" sino del derecho "a la vida íntima". Comentando el fallo, Kemelmajer de Carlucci reflexiona que la Convención Europea reconoce el derecho a "la vida familiar"; el derecho es del individuo, no de la familia como un ente distinto; la Convención dice que "toda *persona* tiene derecho a la vida familiar". Así, si bien la cuestión afectaba el derecho a la vida íntima de Odièvre - no pretendía vínculos de filiación, solo conocer sus orígenes- la autora se pregunta si la solución habría variado en caso que la actora buscara su identidad y su familia. Kemelmajer de Carlucci, Aída. "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso "Odièvre c/France".

www.jus.mendoza.gov.ar/informacion/novedades/AIDA_KEMELMAJER.htm

¹⁰⁴ SCBA 26/2/2013, C. 109.059, "R., V. D.V.;R., Y. N.; R.S. s/art. 10 ley 10.067".

¹⁰⁵ Distinción considerada por C.S. de Santa Fe, "L., A. K.", 30/11/2004, LL Litoral, 2005, junio, 438.

la dignidad personal e identidad. Así ordenó que en primera instancia debería practicarse la prueba genética a fin de verificar el vínculo biológico, como cuestión previa necesaria para dotar al actor de legitimación. Cumplido esto, debería evaluarse la posibilidad de revinculación, teniendo en cuenta la opinión del niño según su edad, grado de madurez, y conveniencia (contaba once años de edad).

En los casos ejemplificativos citados se observa cómo el transcurso del tiempo obturó las alternativas de restitución y crianza en la familia de origen; no obstante se procuraron respuestas en algún punto equilibradoras de derechos, al proponer desde una visión integral del concepto “vida familiar”, la construcción de procesos de vinculación que posibiliten otras formas de relación ajenas a la disyuntiva “origen/adopción”. A su vez, la eficacia de estas decisiones, nuevamente, se ve prioritariamente direccionada por el tiempo: no es posible una restitución vincular abrupta por mera imposición de una sentencia -aún dictada por un órgano internacional-, pues los procesos de revinculación son justamente eso, procesos, y requieren un desarrollo paulatino y respetuoso del acomodamiento estructural psíquico del NNA, en función del imperativo de respeto de su edad, madurez y grado de desarrollo para afrontar esta situación familiar, debiendo su opinión ser tenida debidamente en cuenta.

Por otra parte, aún el condicionante temporal para la eficacia práctica de las pretensiones de revinculación familiar, no debe impedir la satisfacción del acceso al conocimiento del origen –si bien la apertura a este derecho está sujeta a las condiciones normativas establecidas por cada Estado conforme al art. 7 CDN¹⁰⁶-.

5. Conclusión

Zygmunt Bauman¹⁰⁷ señala que “la intensa atención prestada hoy en día a la cuestión de la identidad es en sí misma un hecho cultural de gran importancia”. Y

¹⁰⁶ Art. 7.1: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Esta cuestión no regulada en la legislación vigente es prevista en el Código Proyectoado, al enunciar entre los Principios de la adopción el respeto por el derecho a la identidad del adoptado (art. 595 inc. b) y el derecho a conocer los orígenes (inc. e). Incorpora en el art. 596 el “derecho a conocer los orígenes” a favor del adoptado con edad y grado de madurez suficiente, permitiendo el acceso al expediente judicial y administrativo de adopción y/o cualquier otro expediente administrativo, con el auxilio interdisciplinario del organismo administrativo y RUA, añadiendo la acción autónoma para el acceso al conocimiento del origen, a favor del adoptado adolescente (13 años), que debe contar con asistencia letrada a este fin.

¹⁰⁷ Bauman, Zygmunt, “La cultura como praxis” Barcelona, Paidós, 2002, p. 51

que las propias culturas, en sentido de totalidades orgánicas, deslindadas unas de otras, se han ido borrando en un mapa mundial cada vez menos posible de ser dividido nítidamente en áreas culturales homogéneas, en el que las líneas divisorias son líneas trazadas en la arena, sólo para ser borradas y redibujadas al día siguiente.¹⁰⁸

Esta misma plasticidad tiene el concepto de identidad.

La identidad y la mayoría de las decisiones personales se definen en función del proyecto vital personal, que se determina de un modo incierto¹⁰⁹ no sólo como una posibilidad “entre diferentes mundos sociales” sino también, como la “realización sucesiva de una serie de posibles identidades.”

Como Expresa Carlos Pereda “con la palabra identidad en gran medida indicamos ese proceso mediante el cual la persona va elaborando a lo largo de su historia una caracterización de sí misma que no deja de reconsiderar mientras vive. (...) ningún presente está encapsulado; todo ahora psicológico se ‘impregna’ por varios ayeres y por varios mañanas, por lo que ha sucedido y por lo por venir.” Pereda compara la conformación de la identidad personal a un tapiz: “Cuando se aplica a los seres humanos el concepto de identidad nos encontramos, pues, ante un concepto multi-referencial. La identidad personal no es una identidad simple — la que podría proporcionar, por ejemplo, un metafísico, como propuso Descartes— sino compleja, como la identidad de un tapiz. Con respecto a un tapiz no se pueden modificar *todos* los hilos sin que se pierda totalmente la identidad del tapiz, pero en alguna medida se puede modificar *cualquier* hilo; sin embargo, en relación con ello hay que tener en cuenta que los hilos son de diferente grosor, color, largo y fuerza y contribuyen de modos radicalmente variados a los dibujos del tapiz. Algo similar sucede con la identidad. La identidad personal consiste en esas cambiantes configuraciones de ‘hilos’ corporales, psicológicos, sociales: una configuración que aunque persiste también cambia a través del tiempo.”¹¹⁰

Las posibles identidades de un niño y luego de un hombre, vienen determinadas en una medida significativa por el efecto del tiempo como constructor de la realidad en que cada niño se inserta; en tal sentido entonces, el tiempo es un regulador de identidad. Ésta medida en principio “externa”, impacta en el diseño de aquellos atributos aparentemente más “internos” que conforman la noción de identidad, aquello que una persona “es” y que no se determina

¹⁰⁸ Bauman, Zygmunt , op. cit. p. 88

¹⁰⁹ Berger, P.L.; Berger, B.; Kellner, H. *Un mundo sin hogar, Modernización y conciencia*, Santander, Sal Terrae, 1979, p. 75. cit por Martínez Sahuquillo, Irene “La identidad como problema social y sociológico” *Revista Arbor, Ciencia, pensamiento y cultura*. CLXXXII 722 noviembre-diciembre (2006) p. 811 y ss.

¹¹⁰ Pereda, Carlos “La identidad en conflicto” , RIFP/10(1997) pp. 23-45

unidireccionalmente por el ser en sí, sino en relación a otros, a un contexto, un espacio y una época.

La dimensión e impacto del tiempo en la escena jurídica recibió la alerta de los tribunales internacionales de derechos humanos y no es un dato menor que los dos últimos casos de condena a la Argentina lo sean en materia de protección de derechos de la niñez¹¹¹. Sin embargo, esta “máxima consagración” de derechos – como puede entenderse a su declaración por el órgano internacional-, es nuevamente atravesada por el tiempo: las sentencias no pudieron imponer otra cosa que soluciones alternativas a una reparación integral.

No hay auténtico “desafío al tiempo” desde la perspectiva de la reparación sustitutiva. Y cualquiera que sea ella, también estará limitada en su eficacia en función del tiempo, pasado y futuro. Porque *“el porvenir es tan irrevocable como el rígido ayer. No hay una cosa que no sea una letra silenciosa de la eterna escritura indescifrable cuyo libro es el tiempo”*.¹¹²

¹¹¹ Casos ya citados, CIDH *“Fornerón Leonardo e hija vs. Argentina”*, 27/4/12; *“Furlán Sebastián y fliares vs. Argentina”* 31/8/12. Si bien Sebastián Furlán era ya mayor a la época de la sentencia de la CIDH, los hechos que dieron lugar al reclamo internacional ocurrieron durante su menor edad, sumándose por su parte su condición de persona con discapacidad.

¹¹² Jorge Luis Borges.