

VERSION PRELIMINAR
SUSCEPTIBLE DE CORRECCION
UNA VEZ CONFRONTADO
CON EL EXPEDIENTE ORIGINAL

DIRECCION GENERAL DE INVESTIGACIONES

(S-447/2021)

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1º: Modifíquese el artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente manera:

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

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso 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. También queda exceptuado cuando se verifique judicialmente, previo oír a los niños, niñas y adolescentes, que existe un vínculo afectivo análogo entre ellos y los pretendidos guardadores.

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. Salvo que se verifique judicialmente un vínculo afectivo análogo, teniendo en cuenta el interés superior del niño. En estos casos, previamente el juez deberá oír al menor.”

Artículo 2º: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Juan C. Marino

FUNDAMENTOS

Señora Presidenta:

La adopción en la Argentina es un camino de espinas, donde la burocracia judicial queda expuesta en cada paso del proceso.

Estudiando la miríada de situaciones que pueden presentarse en este tipo de casos, todo el plexo normativo y la legislación internacional a la que hemos adherido y en estos casos otorgado rango constitucional, es constante la vulneración directa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

EL interés superior del niño se ha transformado en una frase vacía. La trascendencia del sistema de adopción tiene su pilar en salvaguardar y dar contención a aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentran desamparados. El deseo y derechos de los progenitores, guardadores, de los adultos vinculados a estos procesos, y por supuesto, de todo el aparato judicial y auxiliar de la justicia, deberían quedar supeditados a la efectiva protección de los menores.

Sin embargo, basta leer los expedientes de adopción para ver la inoperancia de un sistema vetusto, que claramente la última modificación al Código Civil no ha subsanado. Los niños no son oídos, no se tiene en cuenta la situación de vulnerabilidad, ni sus deseos, ni su beneficio. Existe en el mejor de los casos, un exceso ritual manifiesto, apegándose a palabras vacías, interpretando la ley haciéndola decir lo que no dice, o generando efectos no buscados por el legislador. Y aun considerando que la ley sea impropia, inoportuna o injusta, valga recordar que basta un buen juez para restablecer aquello que por tiempo, por práctica o por la devastadora realidad de los casos concretos, no se pudo expresar en la norma.

El caso particular es la modificación del artículo 611 del Código Civil.

El artículo en cuestión prescribe la prohibición de la guarda de hecho. Sin embargo, el penúltimo y el último párrafo describen otro objeto. En el segundo párrafo se trata de la guarda de hecho para los casos donde los progenitores prevalezcan un lazo de parentesco. Y vale decir que resumir los casos posibles a aquellos que tengan un vínculo de parentesco, excluye vínculos afectivos que hacen en muchos casos a la salud integral del menor.

Este proyecto trata de incluir la posibilidad de que el niño, cuando se encuentre bajo la guarda de una persona o familia donde se sienta integrado y contenido, no sufra una vez más el desarraigo “porque la ley así lo dice”. Menos aún cuando esa desvinculación se funda en la carencia de una relación de parentesco. A fin de no redundar en conceptos acabadamente desarrollados por juristas y especialistas en la materia, solo me remitiré a sus efectos.

En cuanto a la modificación del tercer párrafo del artículo 611, es menester referir a dos cuestiones. Por un lado, el ámbito de aplicación se amplía: ya no refiere a la guarda de hecho sino que incluye a los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental.

Y por otro lado, el fundamento de esta prohibición. La inclusión de la salvedad al final del párrafo, otorga una herramienta efectiva al juez para que pueda omitir la prohibición cuando, tomando acabado conocimiento de la situación del niño, considerando el lazo, lugar de

residencia, condiciones, entorno familiar, y posibilidad de desarrollo en un ambiente saludable, entre otros, pueda estimar superador dejar al menor en el ambiente donde se encuentra viviendo hasta ese momento.

No podemos olvidar que mientras los adultos ponemos rótulos y etiquetas a cada etapa del proceso y al tipo de vínculo jurídico que atraviesa cada niño en el proceso de adopción, él está viviendo su vida. Y el fin de la ley, como principio deontológico del legislador, debería ser dar un marco de legalidad a los hechos de la vida cotidiana, protegiendo siempre al menor y adecuar y modificar todo precepto que se aleje de tal fin. Es lo que esta iniciativa pretende.

El caso de Mimi es reconocido públicamente. Se trata de una niña de tres años, que desde que tenía solo un mes fue acogida por una familia de abrigo. Durante esos años no fue visitada por los funcionarios judiciales, y ni por los auxiliares que intervienen en un proceso de adopción. Se las sacaron a los que ella llama papás, de una familia donde ya siente arraigo, su lugar de pertenencia.

Es importante que se sepa que Mimi representa a miles de niños que se encuentran en situaciones similares. Así el caso de Nerea y su hermano Aaron, y de tantos niños que contando con una posibilidad real de ser adoptados, la justicia expone excusas írritas, inconducentes y en todos los casos, contrarias a la voluntad de los menores, quienes no son oídos siquiera por los defensores.

En un pormenorizado racconto, el Código Civil y Comercial de la Nación Comentado relata el origen del actual artículo 611. Y expone dos posturas enfrentadas en cuanto a la adopción de hecho, una que pretende la no prohibición expresa, y la que finalmente quedara plasmada en el articulado que prohíbe expresamente dicha opción.

La guarda de hecho se produce cuando los progenitores de un niño se desligan de las funciones de crianza, dejando al niño a cargo de terceras personas. Y aquí aparecen dos opciones: que exista relación de parentesco, cuestión ampliada por medio de la presente iniciativa al caso de relación de afectividad; o que se trate de necesidades de adultos y de desobjetivización del niño, colocándolo en “objeto” de un contrato entre adultos. Esta última opción fue la que inspiró a la prohibición planteada en el artículo 611.

Sin embargo, el principio de primacía de la realidad debiera imponerse. Más aún cuando se trata de niños que si son oídos y cuentan con la debida intervención y atención dentro del proceso judicial, generalmente son concluyentes en su voluntad. Y aquí la efectiva y eficiente intervención profesional puede dar un marco de suficiente legalidad a lo que los niños deseen.

Es inaudito a esta altura de la evolución de los derechos del niño, niña y adolescente, desoír sin más la voluntad y la experiencia de estos niños. Pero más denostable es aún contar con normativa que fundándose en evitar supuestos fraudes o posibles contratos espurios entre adultos, olviden el interés del que dicen proteger. Valga reafirmar “el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos”, tal como afirma Miguel Cillero Bruñol en su obra “El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño”.

Tal como explicitan los Dres. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso en el código comentado precitado, la ley “no puede silenciar estas relaciones gestadas a partir de un “ahijamiento” irregular, pero que en definitiva, en muchos casos están fundadas en una socioafectividad genuina que se va consolidando con el tiempo. En estos casos, se procede a declarar la situación de adoptabilidad a partir de una transgresión de un adulto ya que la guarda de hecho está prohibida, pero dado el fuerte vínculo afectivo que se gesta entre el guardador o guardadores con el niño, se prosigue con el proceso de adopción.”

Asimismo, refieren al artículo anterior a la reforma, que ya establecía este concepto: la solución legislativa pretende reafirmar la prohibición que ya observaba el derogado art. 318 cc, colocando las cosas en su sitio exacto: es el derecho del niño a desarrollar su personalidad en un ámbito familiar propicio —garantizado con control estatal organizado a esos efectos— el que cobra relevancia, por aplicación del principio nodal de su interés superior, autónomo e independiente de los adultos. Finalmente, el art. 611 ccyc valora la preexistencia de vínculo biográfico o consanguíneo —el término “parentesco” incluye a la consanguinidad y a la afinidad— supuesto en el cual permite de manera expresa y como excepción la convalidación de la guarda de hecho. en todo caso, esos parientes que pretenden asumir la crianza deberán ser evaluados, a efectos de que se certifique su aptitud adoptiva.”

Y como el “vínculo afectivo” aún no está plasmado en la ley, este proyecto subsanaría esa omisión, otorgando al magistrado una herramienta válida para proteger en definitiva, los derechos del menor.

Asimismo, vale resaltar la subsidiariedad que debiera tener el Estado en estos casos, donde una posibilidad real de plasmar en vínculos legales los ya gestados en los hechos, no hace más que otorgar más derechos al niño.

Otra cuestión a resolver será la de la perentoriedad de los plazos, siendo menester sancionar debidamente el incumplimiento de la

observación de los mismos, por parte de todos los funcionarios involucrados en un proceso judicial.

Es evidente que la norma debiera ser cumplida en primer lugar, y por una cuestión de especificidad, por los mismos funcionarios que administran justicia. Pero por desgracia, los hechos demuestran lo contrario, exponiendo a los menores a años y años institucionalizados, siendo meros números para un sistema que los invisibiliza. Es impostergable la situación. Requiere de una solución integral de todos los actores del Estado y la sociedad en su conjunto.

Es por estas razones, y las que expondré al momento de su tratamiento en el recinto, que solicito a mis pares me acompañen con la presente iniciativa.

Juan C. Marino

DIRECCION GENERAL DE PUBLICACIONES