

UNIVERSIDAD DE BELGRANO



**“LA GUARDA DE HECHO Y LA REALIDAD HUMANA
SILENCIADA POR LA LEY”**

Alumna: González Raisa Aracelli del Luján

Matrícula: 101- 32002.

2020

“Este trabajo está dedicado a mis padres Herminio y Viviana. A mis hermanos Antonella, Fatima y Tomas. A mi abuela Damiana.

Porque me hacen desear el mismo amor para todas las familias.”

ÍNDICE

INTRODUCCION.....	6
Hipótesis.....	7
Marco Metodológico.....	8
Marco Teórico.....	8
Concepto de Guarda de Hecho.....	9
DESARROLLO.....	10
Postura del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.....	10
Posturas de los proyectos de ley.....	11
Postura del proyecto de Pinedo Federico y Boyadjian Miriam Ruth.....	12
Proyecto de ley presentado por Pereyra Guillermo Juan.....	16
Proyecto de ley de Regidor Belledone, Estela Mercedes, Dindart Julián, Molina Karina Alejandra, Goicochea Horacio.....	17
El rol de los progenitores.....	19
El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia ampliada.....	22
Definición de Interés Superior del Niño.....	25
Los Dictámenes del Ministerio Publico Fiscal ante la Corte suprema de Justicia de la Nación estipulan respecto del Interés Superior del Niño.....	27
Afecto en el vínculo con los guardadores por el transcurso del tiempo.....	30
La facultad de los jueces.....	33
Objetivo del Art. 611 del Código civil y Comercial de la Nación.....	35
La ilegalidad.....	36
Planteo de Inconstitucionalidad.....	39

Marco Normativo.....	42
Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849.....	42
Comentario de Farith Simon.....	43
Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849.....	46
Comentario de María Victoria Famá.....	46
Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849.....	47
Comentario de María Bacigalupo de Girard, María Julia Feierherd y Cecilia Queirolo.....	48
Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849.....	49
Comentario de Noris Pignata.....	49
Artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849.....	50
Comentario de Nadia Anahí Tordi.....	51
Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849.....	52
Comentario de Norberto Garrote.....	52
Artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849.....	53
Comentario de Alejandro Javier Siderio.....	54
Artículo 1° de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061.....	55
Artículo 7° de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061.....	55
Artículo 9° de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061.....	56
Artículo 24 de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061.....	56
Artículo 33 de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061.....	57

Artículo 34. de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061.....	57
Artículo 35 de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061.....	57
Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción.....	59
La autora Ignacio Graciela, comenta el Fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes.....	62
Estadísticas.....	66
CONCLUSION.....	67
BIBLIOGRAFIA.....	71

INTRODUCCION

En los últimos meses fuimos testigos de diversas discusiones referidas a las modificaciones de diversas leyes de nuestro ordenamiento jurídico.

Más precisamente, a partir del impacto social del proyecto de ley de la interrupción voluntaria del embarazo, resurgieron históricos planteos como solución a esta problemática y para reafirmar luchas en busca de nuevos derechos. Una de ellas es la que trataré en este trabajo.

La Guarda de Hecho vuelve a estar en la mira como consecuencia de varios proyectos de ley que intentan ampliar las opciones y agilizar los tiempos.

Mi curiosidad por esta temática surgió al ver la fuerza que tomaron los movimientos que reclaman nuevas reformas, en especial los representados por los pañuelos rojos (que son quienes piden una nueva Ley de adopción), ya que no tenían la atención masiva de los medios de comunicación como el resto de las luchas.

Esto desencadenó mi curiosidad respecto de si las leyes actuales satisfacen las problemáticas que se suscitan.

Si bien conozco solo dos historias referidas a esta temática, una de una adoptante y otra de una adoptada, ambas son de gran impacto emocional.

Adentrándome en esta cuestión, advertí que, en los proyectos de reforma, se destaca la disconformidad con la prohibición de la guarda de hecho y la adopción directa. En razón de que, frente a los presentes reclamos, pasarían a conformar el principal punto del cual derivan las soluciones para proteger la vida de la persona por nacer.

Hipótesis

De aquí surgen mis interrogantes con respecto a la guarda de hecho.

- ¿La guarda de hecho otorgada por decisión de los progenitores es una solución para agilizar los procesos?
- ¿La nueva reforma de nuestro Código Civil no satisface a los pretensos adoptantes? ¿Y al pretense adoptado?
- ¿Cuál es el límite de priorizar a la familia de origen?

A pesar de la reforma de nuestro Código Civil y Comercial con respecto a la Adopción, los pretensos adoptantes parecen no encontrarse satisfechos con estas normas, o en la realidad no se plasma lo que estas establecen, para dar cuenta de esto, nos adentraremos en esta discusión para saber lo que ocurre y como se podría solucionar esta problemática para obtener un régimen eficiente.

Cuando inicie mi primera búsqueda para el desarrollo de este trabajo, dialogue con una señora en la biblioteca, la cual se vio atraída hacia mi búsqueda y me menciona la historia de una de sus amigas que se puso al frente de una ONG que tiene como objetivo apoyar a los niños en su desarrollo físico, emocional, psicológico y social, actuando como acogimiento familiar con ayuda de profesionales.

Me conto que los jueces de nuestro país muchas veces toman decisiones propias de personas desinformadas del caso puntual. Que la prioridad de mantener al niño con la familia de origen se torna tan absurda que luego de haber vivido episodios de grave violencia y abusos, deciden dejarlos con ellos nuevamente. Esto me preocupó y me di cuenta en que temática me estoy sumergiendo. En este trabajo advertiré si se prioriza más la familia de origen y las cuestiones potenciales de ilegalidad, que la celeridad del proceso y el interés superior de estos niños que están creciendo sin una familia y con situaciones de desfavorable impacto psicológico.

Marco Metodológico

El método de investigación ha sido el Documental ya que se llevó a cabo con documentos que aluden a la temática.

El tratamiento de la información fue transcriptiva ya que se citan autores que refieren a la guarda con fines de adopción, narrativa porque cuento como suceden estas problemáticas en la actualidad y Expositiva ya que queda demostrado el método elegido.

El enfoque fue cualitativo en razón de que analice los puntos de vista más opuestos y relevantes.

Marco Teórico

Esta investigación recaerá sobre el art. 611 de nuestro actual Código Civil y comercial:

“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.

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.¹”

¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Libro Segundo – Relaciones de Familia - Título VI. Adopción. Capítulo 3. Guarda con fines de adopción. Art 611.

Para adentrarnos en el tema, será de gran utilidad comenzar con el concepto que será de gran importancia ya que sobre él se desarrollará este trabajo:

Concepto de Guarda de hecho:

“La guarda de hecho es la que se produce a partir de que los progenitores de un niño se desligan de las funciones de crianza, quedando el niño a cargo de terceras personas sin ningún tipo de intervención judicial.

Nace con la entrega del niño, acto que puede tener como antecedente algún grado de parentesco o afectividad entre los adultos; o no tenerlo en absoluto y estar sustentado en necesidades de esos adultos y de des-subjetivización del niño, que es puesto en un lugar de objeto.

Aparece en situaciones muy disímiles como puede ser la entrega directa y la inscripción como propio de un hijo ajeno, el desprendimiento de la crianza y consolidación de vínculo en situaciones de desequilibrio socioestructural entre la familia que entrega y la que recibe (vulnerabilidad social), o puede ser también una elección materna o paterna fundada en el conocimiento o vínculo previo, sea este de confianza o de parentesco.

En esos supuestos el contacto entre las familias y la convivencia del niño en la que no es la de origen, da comienzo por fuera del sistema judicial.”²

² Código Civil y Comercial de la Nación. Libro Segundo – Relaciones de Familia - Título VI. Adopción. Capítulo 3. Guarda con fines de adopción. Art 611.

DESARROLLO

Postura del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina:

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

El desprendimiento de la crianza de un hijo por la entrega directa con el objeto de su futura adopción (se trate de un recién nacido o de mayor edad) es un acto de claudicación y abandono de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental.

Objetivamente, ese acto coloca al hijo en situación de vulneración o violación de derechos que dejan de serles provistos por sus principales responsables (los padres y otros miembros de la familia de origen) dando lugar a la intervención estatal.

La guarda de hecho a la que da lugar esa entrega nace por fuera del Sistema de Protección que tiene direccionado su desempeño a la restitución de los derechos de los niños, puntualmente, su derecho a la vida familiar, con control jurisdiccional (arts. 9º, 18, 20 CDN y concs.).

¿Puede un progenitor que abdica de ejercer la responsabilidad parental conservar el derecho de determinar con quién crecerá y se desarrollará su hijo siendo ese uno de los derechos a los que renuncia?

El mecanismo legal establecido en el código no deja fuera totalmente la autonomía personal de la progenitora, que en el ámbito del procedimiento de adoptabilidad tendrá ocasión de constituirse en parte y además entrevistarse con el juez competente exponiendo los motivos de su decisión, si se mantiene el recorte de la voluntad al prohibir las guardas de hecho.

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.

Además, conforme al concepto legal plasmado en el art. 594 CCyC, si el objeto de la adopción es que una sentencia judicial emplace a un niño en una familia porque la de origen no pudo cumplir con las funciones derivadas de la responsabilidad parental, la selección de quien satisfará ese cometido la hará el estado y no los progenitores.

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.³

Posturas de los Proyectos de Ley:

Para dar cuenta cuales son los debates que se llevan a cabo con relación al presente trabajo, observe los proyectos de leyes más recientes.

Como bien mencione anteriormente, debido al fuerte impacto social del Proyecto de interrupción voluntaria del embarazo y a su media sanción, surgieron diversos proyectos de ley con la finalidad de proteger a la persona por nacer y la asistencia a las progenitoras.

Según estos proyectos, la solución es reforzar la asistencia a las progenitoras y la protección del derecho a la vida de la persona por nacer. Se alude a que la mujer se encuentra en una situación de desprotección y vulnerabilidad por la ausencia del Estado desde la educación sexual, el transcurso del embarazo y

³ Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, 2015.

las barreras que se suscitan en los procesos de adopción. Incluso una idea que surgió recientemente es la de la posibilidad de adoptar a las personas por nacer.

Esto toca la temática de este trabajo porque se replantea la entrega directa como una solución para aquellas mujeres que no quieren asumir su responsabilidad parental y con esta toma relevancia la decisión de la progenitora de entregar en guarda a la niña niño o adolescente para su adopción.

A continuación, citare la postura del proyecto que pretende modificar el artículo que nos compete.

Postura del proyecto de Pinedo Federico y Boyadjian Miriam Ruth, Expte. S-1825/18 presentado el 31/05/2018:

Pretende sustituir el artículo 611 de nuestro Código Civil y Comercial de la siguiente manera en su artículo séptimo:

“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, con las excepciones de este artículo.

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectividad entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. El juez competente deberá arbitrar un proceso sumario a los fines de comprobar el nexo de parentesco o afectividad, el cual no deberá exceder de 10 días hábiles.

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, aunque siempre debe preservarse el interés superior del niño.”⁴

⁴ <http://www.maternidadvulnerable.com.ar/proyectos-ley/expte-s-1825-18-pinedo-y-boyadjian/>

La sanción del nuevo Código Civil mediante Ley 26994, introdujo modificaciones al sistema de adopción con el objetivo de agilizar las gestiones preadoptivas, eliminando las entregas de guardas directas, lo cual se diligenciaba en muchas ocasiones como actividades ilícitas, entre otras modificaciones.

La realidad judicial del interior de nuestro país, con muchos criterios según las jurisdicciones, muestran una demanda en modificar ciertos preceptos acordes a la realidad tanto del instituto de la adopción, como de la voluntad suprema de la madre de concebir y confiar a su hijo a una pareja adoptiva.

Es materia constante en las primeras audiencias en defensorías y juzgados de familia, donde las mujeres embarazadas que deciden entregar a sus hijos en adopción, quieran seleccionar algunas características de los futuros padres adoptivos. Esa circunstancia es tenida muy en cuenta entre los magistrados al momento de discernir el perfil de los padres adoptivos a seleccionar.

Vemos que tal circunstancia no es menor y la reglamentación debe priorizar la voluntad de la madre biológica que ha tomado la decisión racional, valiente y sentimental en confiar a su hijo a la crianza de otra familia.

La modificación que introdujo el art. 611 del nuevo Código Civil en prohibir las guardas directas de niños y niñas, salvo supuestos de relaciones de parentesco, generó innumerables limitaciones a la entrega voluntaria de madres que desean confiar la crianza de sus niños a personas que de manera directa o indirecta poseen una relación de afectividad.

El hecho que una mujer se encuentre gestando un embarazo no deseado y tome la decisión de continuar con el mismo y entregar a su hijo en adopción, debe estar acompañado con la posibilidad que la misma confíe tal responsabilidad a personas de su entorno afectivo, ya sea de manera directa o indirecta a relaciones de amistad o de confianza generadas en esos vínculos hacia terceras personas.

La modificación que proponemos en flexibilizar la guarda directa a relaciones de afectividad entre la progenitora y los pretensos guardadores del niño, debe ir

acompañada de un estricto control del juez competente que deba dilucidar de manera sumaria ese vínculo afectivo de confianza, y así descartar maniobras delictivas de guardas simuladas en violación a la ley.⁵

En este sentido, considero que, actualmente en la sociedad hay un reclamo muy fuerte, manifestando la posibilidad de ampliar las alternativas para tomar decisiones respecto al embarazo, la responsabilidad parental y la vida, no previstas por nuestro ordenamiento. En este aspecto, al parecer muchas mujeres y hombres desean contar con la posibilidad de desligarse de su responsabilidad parental.

La entrega directa y posterior guarda de hecho judicializada últimamente se visualiza como una solución para todos aquellos que no desean ejercer su responsabilidad parental.

¿Por qué el artículo 611 del Código Civil y Comercial prohíbe la entrega directa como regla y no como excepción?

Observando el art. 611 y su pretendida modificación advierto que la discusión versa sobre el segundo párrafo.

Si bien el código habilita la posibilidad de la guarda de hecho, esta debe sustentarse en un vínculo parentesco. He aquí la problemática.

Los pretensos adoptados lo son porque su familia biológica decide desligarse de la responsabilidad parental. A simple vista veo muy factible que los demás integrantes de esta familia estén pasando por condiciones similares que le impedirían estar al cuidado del niño, niña o adolescente. Es por ello que contar con personas con vínculo afectivo fuera del entorno familiar biológico, muchas veces resultara lo más acorde al interés superior del niño.

Me parece perfecto que nuestro ordenamiento jurídico contemple la posibilidad de que la entrega directa de lugar a situaciones de ilegalidad, pero también es inevitable pensar que hay muchas personas con buen corazón que solo desean formar una familia.

⁵ <http://www.maternidadvulnerable.com.ar/proyectos-ley/expte-s-1825-18-pinedo-y-boyadjian/>

Nuestro sistema judicial ha acumulado críticas sobre sus carencias en cuestiones de celeridad y esto hace que el niño, niña o adolescente este con su guardador por un largo periodo. Esto genera una relación de afectividad ineludible que al pretender llevar a cabo la adopción de esta persona y no poder hacerlo, genera un daño psicológico irreversible para el pretense adoptado y sus guardadores por tener que despedir a la familia que no pudo ser.

Ahora bien, con respecto a la postura de nuestro Código Civil y Comercial, sugeriría que se haga más hincapié en los procedimientos de control, se investigue a los guardadores para asegurarse de que sus intenciones son legítimas, para que estos también tengan la posibilidad de adoptar a ese niño con el que forjaron un lazo de afecto en el largo tiempo compartido.

La prohibición como primera medida obstaculiza la posibilidad de conformar una familia, porque al arrancar al niño de sus guardadores con los que forjan fuertes lazos de afecto, no estaríamos priorizando el interés superior del niño, ni su integridad psicológica.

¿La familia biológica que decide el cese de la responsabilidad parental debe predominar sobre el afecto de los guardadores que decidieron llevar a cabo la tarea que los primeros no pudieron o no quisieron realizar?

¿Es factible que se presuma las intenciones ilegales de los guardadores hasta que se pruebe lo contrario? ¿No deberíamos ser todos inocentes hasta que se demuestre lo contrario? ¿Se escucha realmente la opinión del niño?

Sin ir más lejos, prendo el televisor y escucho en el noticiero que un bebe fué abandonado en un cochecito con una nota que decía “Lo dejo porque estoy en la calle” y los conductores del noticiero le hablaban directamente a la madre biológica para que vuelva a buscarlo y le decían que le iban a brindar ayuda. Después de ver esto me pregunto ¿De verdad es lo mejor que este niño vuelva al cuidado de la persona que lo abandono?

Cambiando de canal veo a un reconocido periodista de espectáculos, diciendo que hace más de siete años que está inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos, y que si hubiera alquilado un

vientre en otro país como hicieron los demás famosos ya tendría un niño de siete años, mientras envejece, se desvanece la posibilidad de ser padre. Me pregunto nuevamente, ¿a quién decidimos darle el cuidado de los pretensos adoptados? ¿A alguien que desea y espera cada día con ilusión que le otorguen a su cuidado un niño o a la persona que lo abandona? A mi criterio la familia se forja desde un sentimiento de cuidado y protección hacia otra persona.

Otra cuestión que se plantea en este proyecto de reforma del artículo 611 del Código Civil y Comercial es poner un término de diez días para que se efectúen las averiguaciones acerca de la idoneidad de los guardadores. Considero que esto es para no sumarle más lentitud a un proceso que de por sí ya es muy extenso y termina definiéndose en la mayoría de casos por los sentimientos forjados a través del tiempo para no afectar el ámbito psicológico de los involucrados.

Proyecto de ley presentado por Pereyra Guillermo Juan, Expte S-2001/18 presentado el 26/6/2018:

De este proyecto de “Ley especial sobre protección de la mujer con embarazo no deseado”, destaco los artículos correspondientes a la relevancia que se le da a la decisión de la progenitora y la idea de permitir la entrega directa como solución para evitar que se interrumpan los embarazos.

Art. 2: Toda mujer que curse un embarazo no deseado tiene derecho a realizar una adopción en proceso sumarísimo, a fin de resguardar cada una de las vidas.

Art. 3: Tramitación Previa al Nacimiento: Toda tramitación podrá iniciarse a partir que la mujer tome conocimiento de su situación de embarazo y tome la decisión libre e informada de que la persona por nacer pueda ser dada en adopción al momento de su nacimiento. En el caso que la mujer sea casada se requerirá la decisión libre e informada de su cónyuge. La adopción de la persona por nacer será irrevocable si nace con vida.

Art 6: Una vez que la mujer haya tomado conocimiento de la posibilidad de dar en adopción, y haya aceptado dar en adopción, o en su caso el padre o tutor,

deberá informar al Registro Único creado por ley 25854 y/o al organismo provincial correspondiente, y al Tribunal vinculado a su domicilio, su voluntad de dar en adopción.

Art. 7: Una vez que la mujer haya tomado la decisión de entregar en adopción, gozará de un período de arrepentimiento que finalizará el día que se produzca el nacimiento.⁶

En este sentido, considero que, este proyecto defiende la adopción directa y tiene como finalidad disminuir las prácticas abortivas, minimizando los trámites burocráticos.

Al surgir nuevos reclamos respecto de que la ley actual no satisface a los pretensos adoptantes, ni a los pretensos adoptados, ni a los progenitores, encuentro positivo que empiecen a surgir nuevas y diversas perspectivas acerca de cómo encontrar la forma en que a todas las partes se les simplifique concretar su finalidad.

Hace un tiempo, el punto de discusión estaba dado por solucionar los casos de ilegalidad a los que se llegaba mediante la entrega directa y la guarda de hecho. Pero a la luz de los nuevos reclamos, vuelve a considerarse si y la prohibición del artículo 611 es conveniente o no.

Como podemos observar las normas no pueden mantenerse estáticas frente a las realidades de las nuevas generaciones. Hay que buscar soluciones a los problemas actuales sin dejar de lado los que ya existían.

Proyecto de ley presentado el 10/5/18 por Regidor Belledone, Estela Mercedes, Dindart Julián, Molina Karina Alejandra, Goicochea Horacio. Expte. 2757-D-2018:

Destaco los siguientes artículos.

Art 5: En el marco de la contención integral a la persona embarazada y la preservación de la vida de la persona por nacer se deberá poner en conocimiento de manera oficiosa la alternativa de dar en adopción a la persona

⁶ <http://www.maternidadvulnerable.com.ar/proyectos-ley/expte-s-2001-18-pereyra/>

recién nacida, la misma deberá ser puesta en conocimiento de manera simple y sencilla, adecuándose al nivel de comprensión de la persona gestante.

Art. 6: La Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, a través de sus dependencias en todo el país de manera conjunta con los organismos provinciales de similar misión u objetivo deberán articular los medios necesarios para tomar conocimiento de modo inmediato respecto a los casos en los que los pacientes manifiesten cursar embarazos no deseados y/o intenciones de interrupción del embarazo.

Art. 7: Una vez se haya tomado conocimiento del caso deberá ofrecerse por parte del/los organismos intervinientes a la persona gestante toda la información respecto a la adopción como alternativa a la interrupción del embarazo.

Los artículos 6 y 7 de la presente ley serán de aplicación efectiva únicamente luego del consentimiento positivo prestado por la persona gestante, con respeto al derecho de la intimidad del paciente y el secreto profesional. En este proyecto, al igual que en el anterior, observo que se plantea la idea de que la progenitora opte por una adopción temprana.⁷

En cuanto a esta postura, considero que, se busca comprometer al Estado a llevar a cabo una atención integral de la mujer, así como del niño. Generar condiciones que propicien la continuidad del embarazo, al mismo tiempo que genera la alternativa de la adopción temprana para los casos en que la persona gestante no desee la continuidad de la maternidad.

Concluyo que la entrega directa, la adopción temprana y la guarda de hecho se visualizan como las soluciones a los reclamos actuales porque que brindan otras alternativas.

Si bien el art. 611 no fue modificado aún, a simple vista los debates que se suscitan en la actualidad, se dirigen en miras a esta finalidad.

⁷ <http://www.maternidadvulnerable.com.ar/proyectos-ley/expte-2757-d-2018-encabezado-por-regidor-belledone/>

A continuación, expongo las visiones de los doctrinarios actuales para recorrer cada punto del artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El rol de los progenitores

A continuación, observaremos los distintos puntos de vista de los autores al respecto:

Faraoni, Fabián E.

Se sostiene que más allá de la decisión que libremente pueden tomar los progenitores de proceder a la entrega en guarda de su hijo, por los motivos que ellos determinen, se prohíbe que sean ellos quienes "elijan" a los guardadores, salvo casos en que se demuestre la relación de parentesco o afectividad, entre éstos y los pretendidos guardadores del niño. De esta manera, se protege al niño de convertirse en objeto de negociaciones muchas veces con fines lucrativos, evitar el tráfico de éstos e impedir intermediaciones poco claras.⁸

Curti, Patricio J.

El mecanismo legal establecido en el Código no deja fuera totalmente la autonomía personal de la progenitora, que en el ámbito del procedimiento de adoptabilidad tendrá ocasión de constituirse en parte y además entrevistarse con el juez competente, exponiendo los motivos de su decisión.

Si el objeto de la adopción es que una sentencia judicial emplace a un niño o niña en una familia porque la de origen no pudo cumplir con las funciones derivadas de la responsabilidad parental, la selección de quien satisfará ese cometido la hará el Estado y no los progenitores.

La opción legislativa referida propicia la labor de los órganos administrativos y judiciales, que al ser leída junto con la prohibición de declaración en situación de adoptabilidad ante la existencia de su familia de origen o ampliados que ofrezcan asumir la guarda (art. 607 del Cód. Civ. y Com.), lo que será improbable que ocurra si el desprendimiento es realizado al margen del sistema previsto.

⁸ "La prohibición de la guarda de hecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación". Autor: Faraoni, Fabián E. Publicado en: RDF 58, 01 de Marzo de 2013, 107 Buenos Aires, Argentina.

La ley puede resultar insuficiente para dar solución a la vasta problemática familiar que plantea y únicamente será eficazmente abordada a la luz de los principios del derecho de las familias, originados en la Constitución y en los tratados de derechos humanos, actuando como mandatos de optimización, tendientes a corregir determinadas situaciones o dar coherencia a todo el ordenamiento jurídico. Caso contrario, se está desvirtuando por completo la misión específica de los operadores judiciales que, mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desatenderían las circunstancias del caso.⁹

Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos.

Están los que creen que la guarda de hecho es un derecho de la madre biológica como última expresión de la responsabilidad parental, otros que sostienen que tal decisión no puede ni debe ser tenida en cuenta y, por último, los que creen que la elección de los padres biológicos de los futuros padres adoptivos de su hijo es un derecho que recae sobre el menor de edad por aplicación del principio del “Interés Superior del Niño”.

La Cámara de Apelaciones de la Circunscripción I de la Provincia de Neuquén entendió que un factor a tener en cuenta era la elección de los pretendientes adoptantes que había efectuado la madre biológica, no obstante, de no estar en los primeros legajos de los inscriptos en el registro.

Debe evaluarse, si en el caso concreto, sustraer a la beba del ámbito familiar a que se encuentra adaptada, para conferir su tenencia pre-adoptiva a otro matrimonio, propuesto al efecto, conforma el paradigma de su interés superior o se trata de un rigorismo formal excesivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “M., M. S. s. Guarda”, 27-5-2015; RC J 3448/15, Ordeno urgente restitución de la niña a quien fuera guardadora desde su cuarto día de vida en virtud de la entrega directa efectuada voluntariamente por su madre biológica, pues la decisión de separar a la pequeña de la pretensora se tomó sin realizar las evaluaciones adecuadas, ni ponderar el impacto en el desarrollo de la niña, ni indagar cuál era su deseo,

⁹ “Un debate sin fin: guarda de hecho y adopción”. Autor: Curti, Patricio J. Publicado en: RDF 83, 19 de marzo 2018, 89. Buenos Aires, Argentina.

pese a su corta edad, en un plano en el que no se comprobó la comisión de delito alguno.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, con fecha 11 de febrero de 2016 en la causa C. 119.702, "P., A, guarda con fines de adopción" Resolvió mantener el statu quo del menor en el seno, de la familia guardadora y otorgándose validez al consentimiento de la progenitora para que su hijo sea dado en adopción, el cual fue prestado ante las Defensoras Oficiales, y plasmado en un convenio.¹⁰

En este sentido, considero que, Faraoni, Fabián E. da cuenta del temor que tenemos todos de que, en el caso de dar fuerza a la decisión de los progenitores de elegir, esto genere situaciones ilegales. Pero en el transcurso del ejercicio de la responsabilidad parental, se deben tomar infinidad de decisiones y siempre aceptamos tácitamente que estos toman acción hacia lo más conveniente para sus hijos. Aunque esta decisión sea deslindarse de dicha responsabilidad.

Sabemos que no es cualquier decisión, posiblemente sea la decisión más importante y difícil que van a tomar en sus vidas, por eso debe ser supervisada como corresponde, asegurando que se priorice el interés superior del niño, niña o adolescente.

En segundo orden de ideas, Curti, Patricio J. precisa que la decisión judicial es fundamental y determinante tanto que debe reemplazar a la de los progenitores, por no asumir la responsabilidad que recae sobre ellos. Al respecto considero que todos tienen decisiones importantes, y que juntos deben contribuir a realizar los procedimientos correspondientes para lograr la finalidad en común.

Advierte que los principios son la luz del faro a la que debemos recurrir ante la insuficiencia de la ley, en lo cual coincido.

¹⁰ Revista de Derecho de Familia y de Las Personas. Autores: Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos. "Guarda de hecho. Entrega directa ¿prohibida o permitida?" Editorial Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Septiembre 2016. Pág 30 y 31.

Por ultimo considero que la visión de Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos es acertada ya que reconoce la diversidad de criterios, pero cita hechos reales, los que nos hacen ver que las circunstancias modifican todo lo que tenemos estructurado en la mente por la teoría.

Con el transcurso del tiempo los papeles del expediente se hacen más amarillos, siempre los juzgados pueden reconstruir un expediente, pero los niños crecen y no los podemos reconstruir, los primeros años de sus vidas son fundamentales para su formación psicológica, construyen una familia con los guardadores, de la cual son arrancados con el pasar de los años por falta de celeridad judicial.

Las condiciones en las que se va a desarrollar la vida del pretense adoptado deben ser evaluadas a priori y de manera inmediata, fijando un hogar permanente. No se puede convertir al niño, niña o adolescente en un sujeto nómada.

El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia ampliada:

Ursula C. Basset

Al utilizar un término tan amplio como "familia", nunca se sabe cuáles son los límites del órgano administrativo para intentar la revinculación (fuera de los temporales). Hubiera sido preferible establecer limitaciones derivadas del grado de parentesco. Por otra parte, Lidia B. Hernández, quien dice adherir a la voluntad procreativa como criterio para establecer la filiación, afirma que existe una contradicción con otras normas del CCC, puesto que se privilegia la voluntad procreacional en casos de fertilización asistida, pero en supuestos de abandono constatado se insiste en la revinculación, aun ante la falta de voluntad procreacional. Entre las paradojas, como las que señala Hernández, debe señalarse también la reflejada por alguna doctrina, en el sentido de que la madre biológica sólo puede prestar su consentimiento para adoptar luego de haber transcurrido 45 días desde el nacimiento, mientras que la gestante por sustitución (madre subrogada) tiene que entregar el niño inmediatamente luego de su nacimiento, sin poder decidir si lo conserva o no luego de 9 meses de gestación. La revinculación puede suponer una revictimización del menor en

más de un caso, prolongando un estado en el que la familia realmente no quiere asumir la crianza del niño. Finalmente, como señala Graciela Medina, la guarda de hecho que nace de esta preservación en el "centro de vida" o en la familia de origen no produce efectos jurídicos. No causa obligación alimentaria ni da derechos sucesorios. Para limitar estas guardas de hecho familiares o de extraños, Rodolfo Jáuregui formula una interesante propuesta, en el sentido de crear un deber de informar en 48 hs. a la autoridad competente, producida que sea una guarda de hecho. La idea nos parece muy buena, sólo que la informalidad en este campo es muy grande y sospechamos que será difícil que la norma se torne operativa. No obstante, consideramos que se trata de una buena idea. Tal vez haya que pensar en un mecanismo de sanción, con regulaciones para aplicar criterios de equidad.¹¹

En este sentido, considero que, lo que está sucediendo actualmente en el país es que, cuando cualquier persona decide llevar a cabo la creación de una familia, entre las opciones más efectivas no está la adopción, porque todos sabemos que el proceso dura muchos años, es un sistema con muchas carencias, puedes estar en el registro por muchos años, hasta que quizás llegues a una edad en la que no te sentís apto para llevar adelante la crianza de un niño, niña o adolescente.

Las técnicas de reproducción humana asistida cobraron una gran importancia ya que le permitieron llevar a cabo su proyecto familiar a muchas personas que no tenían la posibilidad. Pero nos lleva a la pregunta, ¿Por qué un donante de óvulos o espermatozoides tiene la elección de deslindarse de la responsabilidad parental y otorgársela a alguien más, pero un progenitor que decide dar a su hijo en adopción no? ¿Están en el mismo plano de igualdad?

La respuesta según cada uno puede ser distinta, pero la finalidad es la misma, ambos quieren ayudar a alguien más a construir una familia de la que no quieren formar parte.

¹¹ "La Adopción en el Nuevo Código Civil y Comercial" Por Ursula C. Basset. Página 7.

¿Si el pretense adoptado esta dentro del vientre de la progenitora no sería bien visto darlo en adopción, entonces se intentaría por todos los medios que siga a su cargo, pero si ese pretense adoptado esta afuera del útero para ser implantado en otro útero si está bien aspectado darlo en adopción? ¿Nuestra perspectiva cambia de acuerdo al estado de la existencia en la que se encuentra el pretense adoptado? ¿Por qué si lo observamos como gametos o embriones sin implantar en el vientre, tienen diferente responsabilidad, que un embrión en el vientre de la progenitora o recién nacido? Ambos son una persona, según el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, La existencia de la persona humana comienza con la concepción. Legalmente ambos son persona humana, ¿por qué la decisión acarrea más responsabilidad para unos que para otros?

Otra opción que está tomando mucha relevancia es la gestación subrogada, las personas que tienen las posibilidades económicas de hacerlo, lo llevan a cabo en el extranjero y luego vuelven al país. Hay un vacío legal al respecto, que quizás adquiera tal masividad que tenga que ser regulada de forma inminente.

Coincido en que la idea de imponer el deber de avisar sobre cada guarda de hecho, permitiría llevar un control más exhaustivo sobre cada caso, sabiendo que las decisiones que se tomen, los guardadores y adoptantes que queden seleccionados, determinan la vida de cada niño.

Pero siendo realistas, no es menor recordar las dificultades en cuanto a la celeridad de los procesos judiciales en nuestro país. Por más que existan las mejores intenciones, la cantidad de causas no permiten brindarle a cada una, la atención que precisan.

Siendo positivos, confiamos en que en estos tiempos en los que la tecnología tiene un peso imponente, se puedan crear un sistema mejorado que brinde la celeridad que nos merecemos.

Para ejemplificar la situación, actualmente yo hago procuración en los juzgados y tengo conocimiento de que se llevó a cabo la implementación del sistema para subir los escritos al expediente de forma digital, pero continúan pidiendo los escritos importantes en formato papel, lo cual no parece haber aportado gran diferencia a la celeridad del sistema, porque la demora es la misma. Esto

sumado a la feria judicial prolongada por la pandemia mundial, Coronavirus, denota un retraso abismal en las causas.

Definición de Interés Superior del Niño

La ley 26.061 en su artículo 3 define el interés superior:

Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;*
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;*
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;*
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;*
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;*
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.*

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.¹²

¹² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

La decisión final del juez nunca podrá violar el principio rector en la materia del interés superior del niño, y analizar, según el caso, como el afecto previo entre ambas familias y la decisión de una a favor de la otra para que se haga cargo de su hijo, es consecuencia de una situación socio afectiva que la ley no puede silenciar. Siendo que la identidad no solo la titularizan los niños sino también los adultos.¹³

La Convención de los Derechos del Niño (CDN), en el primer párrafo de su art. 3º, otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada; reconociéndolo como sujeto de protección.

La jurisprudencia, ha dicho que: "Encontrándose en juego la suerte de un niño, toda consideración formal pasa a segundo plano; en los procesos en que se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice; en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible".

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.¹⁴

Lo que no puede soslayarse es que el Estado argentino debe observar sus compromisos internacionales plasmados a nivel constitucional y, en consecuencia, velar por la protección de los derechos de los niños, niñas y

¹³ Revista de Derecho de Familia y de Las Personas. Autores: Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos. "Guarda de hecho. Entrega directa ¿prohibida o permitida?" Editorial Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Septiembre 2016. Pág 33.

¹⁴ "La guarda de hecho". Autor: Sasso, Marcela L. Publicado en: DFyP el 04 abril de 2018, 58 – LLLitoral el 18 mayo de 2018. Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina.

adolescentes evitando su vulneración cuando éstos son objeto de entregas directas sin acompañamiento ni control judicial.¹⁵

La Convención de los Derechos del niño establece en su art. 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”.¹⁶

Los Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte suprema de Justicia de la Nación estipulan respecto del Interés Superior del Niño:

En el caso se buscó determinar si, frente a un conflicto entre derechos de niños y de adultos, corresponde privilegiar a los primeros en aplicación del principio del interés superior del niño.

La niña B. M. G. nació el 23 de septiembre de 2011 en Posadas, Provincia de Misiones, y convivió en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud de la entrega efectuada por J. E. G., madre biológica de la niña, con el matrimonio constituido por S. M. D. y J. V. O. desde los tres días de vida y hasta el año y dos meses. El 10 de octubre de 2012, S. M. D. y J. V. O. iniciaron el proceso de guarda para lograr la adopción de la niña, oportunidad en la que manifestaron que la progenitora, quien era de su conocimiento y afecto, les había entregado a la recién nacida ante la imposibilidad de hacerse cargo de ella. En ese contexto, la Defensora de Menores e Incapaces y el representante ad litem de la niña, consideraron inadmisibles el pedido de adopción y la guarda previa, en función de las condiciones irregulares que habrían rodeado la génesis de la custodia de hecho. Consecuentemente, los funcionarios requirieron como medida cautelar el cese de dicha guarda y la derivación de la niña a un hogar de tránsito. La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó el pronunciamiento de la jueza de primera instancia que había hecho lugar a la medida cautelar propiciada por el Ministerio de la Defensa y dispuso el ingreso de la niña B. M. G. al hogar de tránsito o la familia de acogimiento

¹⁵ “La prohibición de la guarda de hecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Autor: Faraoni, Fabián E. Publicado en: RDF 58, 01 de Marzo de 2013, 107 Buenos Aires, Argentina.

¹⁶ Revista de Derecho de Familia y de Las Personas. Autores: Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos. “Guarda de hecho. Entrega directa ¿prohibida o permitida?” Editorial Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Septiembre 2016. Pág 30 y 31.

que resultare seleccionada por la Dirección General de Niñez y Adolescencia local. A su vez, la Cámara encomendó a la jueza actuante proveer las diligencias ulteriores, en particular, que se disponga el estado de adoptabilidad de la menor y el otorgamiento de la guarda pre-adoptiva a aspirantes seleccionados entre los legajos del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Contra ese pronunciamiento, S. M. D. y J. V. O. interpusieron un recurso extraordinario, que fue denegado, motivando la presentación de un recurso de queja. En su dictamen del 16 de septiembre de 2014, el Procurador Fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Marcelo A. Sachetta, opinó que correspondía hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario interpuesto y revocar el decisorio. En igual sentido se pronunció el Defensor Oficial ante la CSJN, para quien además se debía ordenar, sin más demora, la restitución gradual y paulatina de B. M. G. al matrimonio apelante. Con fecha 4 de noviembre de 2014, la CSJN declaró formalmente admisible el recurso extraordinario y revocó la decisión apelada. Para así decidir, compartió los fundamentos del dictamen del Ministerio Público Fiscal.¹⁷

Principales estándares del dictamen a) Ante un conflicto de derechos de igual rango, los jueces deben dar prioridad al interés superior del niño “... No puede soslayarse que el niño tiene derecho a una salvaguarda singular que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial; con lo cual, ante un conflicto de intereses de igual rango, esa Corte le confiere prioridad al interés moral y material del sujeto menor de edad como extremo de ponderación ineludible para los jueces (...) (v. Fallos 328:2870; 330:642; 331:147; 333:1376)”. b) El principio de interés superior del niño impone analizar cómo las decisiones judiciales afectan sus derechos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso “... La Corte Suprema de Justicia fija los alcances de esa doctrina federal en un sentido específico al señalar que la implementación del principio del mejor interés del niño debe realizarse

¹⁷ “Colección de dictámenes sobre derechos humanos” (Cuadernillo 7) “Los derechos de niños, niñas y adolescentes” Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2018) Dirección General de Derechos Humanos. Edición: Dirección de Relaciones Institucionales. Publicación: Octubre 2018 Pág. 16, 17

analizando sistemáticamente, cómo los derechos y ventajas de éste se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal, y no puede aprehenderse ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares de la causa (v. Fallos 328:2870; 330:642; 331:147; 333:1376)".

c) Los tribunales deben asignarle al principio de interés superior del niño un contenido preciso y razonable "También esa Corte ha sostenido que el mejor interés de la infancia es un concepto abierto y que, en consecuencia, los tribunales están llamados a asignarle contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenas razones acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales (v. Fallos 333:1776)". d) En supuestos de cuidado y de custodia, el principio de interés superior del niño exige evaluar comportamientos y riesgos específicos y reales, no especulativos "En línea análoga, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la determinación del interés superior del niño, en supuestos de cuidado y de custodia de personas menores de edad, se debe verificar a partir de la evaluación de comportamientos específicos, de daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios (Corte IDH, casos 'Atala Riffo y Niñas vs. Chile', sentencia del 24/02/12, párrafo 109; y 'Fornerón e hija vs. Argentina', sentencia del 27/04/12, párrafo 50; entre otros)".¹⁸

En este marco, estimo que, es indignante solo el hecho de leer que prefieran que la niña vaya a un Hogar de Transito, a que siga con su familia de hace un año y dos meses que son los guardadores. Estos últimos no son los culpables de haber asumido la responsabilidad que la progenitora no pudo asumir, todo lo contrario, todo lo contrario, es meritorio que la progenitora los haya considerado idóneos y ellos hayan asumido la responsabilidad de conformar la familia.

¹⁸ "Colección de dictámenes sobre derechos humanos" (Cuadernillo 7) "Los derechos de niños, niñas y adolescentes" Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2018) Dirección General de Derechos Humanos. Edición: Dirección de Relaciones Institucionales. Publicación: Octubre 2018 Pág. 16, 17

¿La Defensora de Menores e Incapaces y el representante ad litem de verdad priorizan el interés superior del niño? Cuando el niño o niña tiene un año, ya aprendió a caminar en la mayoría de los casos y le dice “mamá” y “papá” a sus guardadores.

Mis respetos al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, pero no podemos cambiar el desarrollo de los hechos en la realidad, que es que la niña ya tiene padres y estos son los guardadores.

Celebro que en este caso, la conclusión arribada haya sido la correcta y la más conveniente al interés superior del niño, pero lamentablemente hay muchos otros casos en los que no llegan al mismo desenlace y con esto destruyen una familia conformada, junto con la integridad psicológica de los guardadores y del pretense adoptado. No digo que en este caso particular no haya sido así, porque hay que dar cuenta que atravesar por todas las instancias existentes para defender la unión familiar adquirida por el transcurso del tiempo, es desgastante y doloroso para los guardadores y el pretense adoptado.

Los jueces deben conocer la realidad de las circunstancias para llegar a conclusiones más humanas.

Afecto en el vínculo con los guardadores por el transcurso del tiempo

Curti Patricio J.

El art. 611 del Cód. Civ. y Com. valora la preexistencia de vínculo de parentesco, 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.

Tal como lo señala el profesor Ricardo Pérez Manrique, el "afecto" debe participar como elemento estructurante en este ámbito del derecho. El desconocimiento de su incidencia y centralidad en el desarrollo de las conflictivas familiares implicaría un abordaje tecnicista y normativista erróneo, en tanto nos alejaría de la toma de decisiones con justicia. La consideración de la existencia del afecto es así una orientación imprescindible, que se funda

tanto en principios como la dignidad humana, la no discriminación y la libertad de la forma de relacionarse las personas entre sí.

En estos casos se pone en duda la decisión de separar al niño o no de su/s guardador/es, entrando en juego dos variables: la nueva desvinculación y otro desarraigo en cruce con los lazos familiares consolidados por el transcurso del tiempo. En cuanto a este último factor, se ha señalado: "el respeto por el derecho a la vida familiar implica que las futuras relaciones familiares de un niño no sean determinadas por el mero transcurso del tiempo".

La mayor crítica en la que se apoya este posicionamiento ante la norma del Cód. Civ. y Com. se encuentra centrada en que "la norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho construidos por los propios niños son la voz cantante del derecho".¹⁹

Lo importante es distinguir cuando los pretensos adoptantes tienen un real deseo de formar una familia, donde se pueda garantizar su protección, bienestar, desarrollo emocional, psico-afectivo.

Un niño que se encuentra en esta situación no tiene la construcción psicológica para afrontar un doble duelo, por un lado la de su familia biológica que lo abandono y por el otro lado, de su referente afectivo. El daño psicológico resulta irreversible y los lleva a desconfiar de los adultos generando trastornos de conducta.²⁰

Faraoni Fabián E.

Antes y después del Código Civil y Comercial, el referente afectivo es una figura valiosa para el niño, siendo enaltecido y equiparado a un familiar ya en el año 2006, conforme al art. 7º del dec. 415/2006, reglamentario de la ley 26.061, y a partir del Código Civil y Comercial, si ello resulta beneficioso para el niño, tendrá derecho de comunicación (arts. 556 y 557) y obstaculizará el estado de

¹⁹ "Un debate sin fin: guarda de hecho y adopción". Autor: Curti, Patricio J. Publicado en: RDF 83, 19 de marzo 2018, 89. Buenos Aires, Argentina.

²⁰ Revista de Derecho de Familia y de Las Personas. Autores: Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos. "Guarda de hecho. Entrega directa ¿prohibida o permitida?" Editorial Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Septiembre 2016. Pág. 32 y 33.

adoptabilidad si ofrece cuidar del niño (art. 607, última parte), y en todo caso debe ser preferido antes que quienes son extraños al menor.

Dicho sea de paso, por ello no se comprende la insólita contradicción de que haya quedado fuera de la previsión legislativa de la delegación, de la guarda judicial y de la guarda preadoptiva (arts. 642, 657 y 611).

Las excepciones a la prohibición son claras y precisas, debe tratarse de una relación de parentesco o afectiva entre los progenitores biológicos y los guardadores, enunciación que resulta comprensiva de la generalidad de los casos factibles, dado que el sentido común descarta la posibilidad de la entrega de un hijo a un extraño o a una persona ajena al afecto del progenitor que la concreta, por la propia excepcionalidad de tal evento.²¹

La guarda de hecho a la que da lugar esa entrega nace por fuera del sistema de protección que tiene direccionado su desempeño a la restitución de los derechos de los niños, puntualmente, su derecho a la vida familiar con control jurisdiccional (arts. 9º, 18, 20 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño).²²

En este aspecto, leyendo las posturas anteriores, quiero agregar que queda claro que el factor afectivo, debe ser determinante en la decisión judicial.

Los hechos de la realidad hicieron que fuera necesario legislarlos, entonces no pueden ignorar las circunstancias de cada caso, por el solo motivo de encajar en el tipo legal.

Con los avances tecnológicos de los últimos años, podemos notar la cantidad de actividades que no están legisladas. Intentemos empaparnos de realidad y guiarnos por los principios, para llegar a conclusiones acertadas.

No esta de mas decir que comparto que todo esto se lleve acabo asegurando que la guarda de hecho se haya efectuado en un tiempo prolongado, imposible

²¹ “La prohibición de la guarda de hecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Autor: Faraoni, Fabián E. Publicado en: RDF 58, 01 de Marzo de 2013, 107 Buenos Aires, Argentina.

²² “Un debate sin fin: guarda de hecho y adopción”. Autor: Curti, Patricio J. Publicado en: RDF 83, 19 de marzo 2018, 89. Buenos Aires, Argentina.

de ignorar por el carácter afectivo desarrollado entre el guardador y el niño, porque es el interés superior del niño lo que debe primar en las decisiones.

Comparto que la guarda de hecho debe ser evaluada y controlada, certificando que se haya llevado a cabo con la intención de conformar una familia y no con intenciones maliciosas de ilegalidad.

La facultad de los jueces

Curti, Patricio J.

La reglamentación resulta categórica, la guarda adoptiva sólo puede recaer en manos de los jueces y sólo ellos pueden determinar si una guarda de hecho otorgada en contravención con la ley puede excepcionalmente habilitar la situación de adoptabilidad, siempre la guía para ello es la satisfacción del mejor interés del niño.

Una vez consolidado el vínculo afectivo entre el niño y su guardador tal situación debe ser atendible, el juez deberá razonablemente evaluar las circunstancias del caso, el tiempo transcurrido y, primordialmente, el interés superior del niño.

La norma contempla la posibilidad de una separación transitoria entre el niño y sus guardadores, lo cual consideramos viabilizará el examen acerca de la conveniencia o no de convalidar esa situación de hecho, mediante la exhaustiva intervención del órgano jurisdiccional, de los equipos técnicos interdisciplinarios y, en su caso, de la adecuación de los guardadores a las demás exigencias legales contempladas.

La norma 611 establece la regla y la excepción, por tanto, si bien la entrega directa se encuentra prohibida y su transgresión faculta al juez a separar al niño de su pretense guardador, esto no significa que el juez se encuentre obligado a hacerlo en todos los casos.

Hay que destacar que principalmente se ha entendido sobre la norma (en cuanto a la separación del niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador) una "facultad" y no una obligación, que podría justificarse en el caso concreto acorde a las particulares circunstancias especiales de él y en miras al

interés superior del niño, niña o adolescente involucrado, es decir, lo que tiene que primar.²³

Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos

El juez debe merituar la relación ya establecida entre los futuros adoptantes y el adoptado, aun cuando los primeros no se encuentren inscriptos.²⁴

Será el juez el que deberá analizar en el caso concreto la existencia de un delito oculto en esa entrega directa.²⁵

Sasso, Marcela L

Siendo así, debe además considerarse la regla reiterada por nuestro Máximo Tribunal, en el sentido de que "los jueces no pueden limitarse a decidir los problemas humanos que encierran los asuntos de familia, mediante una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (...) Lo contrario importaría la aplicación mecánica de normas fuera del ámbito que le es propio haciendo gala de un ciego ritualismo incompatible con el debido proceso adjetivo".

Desde esta perspectiva la doctrina de familia ha destacado la necesidad de contar con jueces más activos, que dejando de lado un papel de meros observadores neutrales, intervengan enérgicamente en el proceso.²⁶

A este respecto, conceptúo que los jueces tienen la decisión final, que determina el resto de vida del pretense adoptado. Esta sentencia determina el primer vínculo y el más importante de la vida de una persona. Entonces, las

²³ "Un debate sin fin: guarda de hecho y adopción". Autor: Curti, Patricio J. Publicado en: RDF 83, 19 de marzo 2018, 89. Buenos Aires, Argentina.

²⁴ Revista de Derecho de Familia y de Las Personas. Autores: Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos. "Guarda de hecho. Entrega directa ¿prohibida o permitida?" Editorial Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Septiembre 2016. Pág 33.

²⁵ Revista de Derecho de Familia y de Las Personas. Autores: Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos. "Guarda de hecho. Entrega directa ¿prohibida o permitida?" Editorial Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Septiembre 2016. Pág 30 y 31.

²⁶ "La guarda de hecho". Autor: Sasso, Marcela L. Publicado en: DFyP el 04 abril de 2018, 58 – LLLitoral el 18 mayo de 2018. Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina.

circunstancias deben ser observadas minuciosamente, realizando los controles pertinentes a los guardadores de hecho, para contemplar el tiempo transcurrido, las intenciones sinceras de conformar una familia y el cuidado adecuado al menor.

Un progenitor que es sincero con sus posibilidades y decide dar en guarda de hecho al niño, niña o adolescente, tiene que ser oído, ya que elige a las personas que considera idóneas para afrontar la responsabilidad que ellos mismos no pueden asumir. El juez es quien debe evaluar que esta decisión no sea viciada por instigación, violencia, coacción y demás situaciones inaceptables.

Pero tanto los jueces, los progenitores y los guardadores deben entender, que como punto de partida, están los menores, quienes deben ser priorizados y protegidos. Todas las decisiones que se tomen, deben ser tendientes a preservar la integridad humana, psicológica, social y afectiva de ellos.

Que ni la ley, ni los intereses personales o maliciosos de los adultos, nublen y dificulten las posibilidades de los menores de concretar un entorno familiar.

Objetivo del Art. 611 del Código civil y Comercial de la Nación.

El alcance del art. 611 del Código Civil y Comercial, esta direccionado a prevenir y evitar, en el demarcado ámbito del proceso de adopción, que el desprendimiento del hijo y la libre elección de los guardadores por parte de sus progenitores se concrete mediante procedimientos no regulares, anteponiendo para ello el control judicial en todo lo atinente a ese desprendimiento familiar, a los efectos de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes y despejar o descartar toda sospecha encubierta en el proceso de entrega.

Obvio es señalar que no es materia propia del Código Civil abordar ni regular las contingencias penales o punitivas que puede acarrear tal situación, ya sea para el progenitor que realiza la entrega directa, para quien o quienes lo reciben o para quienes intermedian en dicha operación y como ideólogos se benefician lucrando con las probables necesidades económicas de los padres biológicos y el deseo o ansiedad de los pretensos guardadores, pero sí garantizar

que el proceso de adopción desde su génesis esté inmerso en un marco de absoluta claridad y transparencia, con pleno respeto de los derechos fundamentales del niño o niña y de su familia de origen.²⁷

Actualmente, la solución legal queda explicada en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial (conf. Comisión 191/2011): "El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño". El desprendimiento de la crianza de un hijo por la entrega directa con el objeto de su futura adopción (se trate de un recién nacido o de mayor edad) es un acto de claudicación y abandono de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental. Objetivamente, ese acto coloca al hijo en situación de vulneración o violación de derechos que dejan de serles provistos por sus principales responsables (los padres y otros miembros de la familia de origen), dando lugar a la intervención estatal.²⁸

El derecho no puede ignorar la existencia de las guardas de hecho. El desafío está en lograr el mejor diseño asistencial, legal y judicial que logre asegurar el destierro de prácticas delictivas, como el tráfico, sustitución del estado civil u otros.²⁹

La ilegalidad

Al leer el siguiente artículo de Lucila A. Pombo, tome conciencia del motivo por el que se optó en colocar la prohibición como principio general en nuestro Código Civil y Comercial:

La Sra. Carola acusa en sede penal que, mientras se encontraba embarazada, la Sra. Beba se contactó con ella y, mediante engaños, la convenció para que, luego de que naciera su hijo viajara desde la República del Paraguay a nuestro

²⁷ "La prohibición de la guarda de hecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación". Autor: Faraoni, Fabián E. Publicado en: RDF 58, 01 de Marzo de 2013, 107 Buenos Aires, Argentina.

²⁸ "Un debate sin fin: guarda de hecho y adopción". Autor: Curti, Patricio J. Publicado en: RDF 83, 19 de marzo 2018, 89. Buenos Aires, Argentina.

²⁹ Revista de Derecho de Familia y de Las Personas. Autores: Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos. "Guarda de hecho. Entrega directa ¿prohibida o permitida?" Editorial Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Septiembre 2016. Pág 33.

país, con la finalidad de trabajar como empleada doméstica. A su vez, el matrimonio de Sonia y Luis Miranda le había pedido a la Sra. Beba que les consiguiera un menor de edad para inscribir como hijo propio. Cuando la Sra. Carola dio a luz a Santino en Paraguay, el Sr. Miranda junto a Beba viajaron para ir a buscarlos.

Una vez que regresaron al país, la Sra. Beba y el Sr. Miranda se retiraron del lugar con el menor, previo apoderarse ilegítimamente de su partida de nacimiento, certificado médico y cédula de identidad.

Así las cosas, el matrimonio de Sonia y Luis Miranda logró inscribir al niño como hijo propio, presentando un certificado de nacimiento apócrifo. Al tomar conocimiento de la denuncia el matrimonio se dio a la fuga.

Luego se logró la detención del Sr. Miranda, momento en el cual el niño ingreso a un hogar convivencial, en virtud de una medida excepcional.

El juez resolvió la vinculación progresiva y supervisada entre Carola y Santino con resultado negativo, ya que ella tenía un fuerte vínculo de dependencia económico-social con el matrimonio Miranda.

Posteriormente Carola presto su consentimiento libre e informado para la adopción de su hijo Santino. Se resolvió que el niño se encontraba en situación de adoptabilidad.

Finalmente se otorgó al matrimonio Montero la adopción plena de Santino, sentencia que se encuentra firme y consentida.

La declaración indagatoria de la Sra. Miranda intenta conmovier, justificando su proceder delictual. Puede observarse un discurso en el que el matrimonio juega un papel excepcional y su actuar aparece digno de ser honrado. No reconocen haber violado la ley y se conceden a si mismos autorización para hacerse cargo de un bebé.

Santino, no fue Santino. Fue Juan. Un objeto arrasado de su historia para satisfacer el deseo del matrimonio Miranda.

La historia de vida de Carola ha sido atravesada por una compleja trama de conflictos familiares que le han ido cercando su estructura psíquica transformándose en una sobreviviente de esta realidad.

Posteriormente se decidió la vinculación de Carola y el niño, ya que no puede pasarse por alto el derecho de conocer a su progenitora. Al efecto se consideraron sus constantes manifestaciones de deseo de recuperar a su hijo.

Los guardadores de Santino fueron seleccionados del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

Es importante que los postulantes puedan diferenciar la paternidad biológica de la adoptiva. Debe darse participación al equipo técnico del hogar en que se encuentran los niños, como también a sus terapeutas para la selección del perfil de adoptantes.

Para concluir con la historia de Santino, cabe decir que se ha logrado una muy buena vinculación entre el niño y el matrimonio Montenegro que posibilita un ambiente óptimo para su evolución psíquica. Si bien queda mucho por transitar, parece que ha recuperado su identidad y comienza a disfrutar de una vida en familia.³⁰

En relación con esto, evalúo que el juez se encuentra con situaciones diferentes en cada caso de guarda de hecho. Evidentemente, este es un caso de intenciones ilegales. Algunas personas, por su deseo inconmensurable de formar una familia, pierden el eje principal que es salvaguardar los derechos del menor y no ven el daño que pueden llegar a causar.

La causal de la prohibición de la guarda de hecho en el Código Civil y Comercial de la Nación, esta originado por la existencia de estos casos, en que la dependencia en muchos sentidos, genera situaciones de desequilibrio y desigualdad.

³⁰ Derecho de Familia N°76. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. "Guardas Puestas. Una mirada Psicosocial y Jurídica a una problemática compleja". Autor: Lucila A. Pombo. Editorial: Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. Agosto 2018. Pág 173 a 181.

Me gusta leer que el juez no haya perdido el foco del interés superior del niño y se haya dado cuenta de que la progenitora no era la adecuada. Pero me decepciona, que para llegar a esa conclusión el niño haya tenido que ir de casa en casa, a “prueba y error” hasta dar con el resultado. A simple vista sabemos que la progenitora no está capacitada para llevar adelante la crianza del menor, porque permanecía bajo la dependencia de las personas que actuaron fraudulentamente. ¿Por qué insistimos tanto con el lazo sanguíneo en las circunstancias en las que sabemos que no es lo más adecuado? A mi criterio, sometieron al menor a una situación innecesaria. Paso por tres casas y por dos nombres. ¿Estamos protegiendo al menor con estas decisiones?

Planteo de Inconstitucionalidad

Sasso, Marcela L

En el siguiente fallo, la Sra. S. A. Q. se presentó con patrocinio letrado solicitando el otorgamiento de la guarda del niño N. E. R. con fines de adopción. Fundó su petición en el hecho de que se encuentra ejerciéndola desde que el niño tenía quince días de vida (agosto de 2014). En dicha oportunidad la madre biológica decidió entregar a su bebé a la Sra. Q. (con quien la unía un vínculo de amistad) por no poder hacerse cargo de él, encontrarse separada del progenitor y no contando con familiares que pudiesen hacerse cargo del pequeño.

Así las cosas, le fue confiada la guarda mediante un acuerdo celebrado en fecha 22 de agosto de 2014 ante funcionarios del Hospital Escuela "Eva Perón" donde naciera el niño, con la intervención del equipo de Trabajo Social y con noticia a la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, la que calificó ese hecho como una "medida de protección integral".

A partir de entonces, ella se ha encargado de la crianza y educación de N. (quien naciera con ciertos problemas de salud) junto con su conviviente desde hace más de cinco años (el Sr. L. G. M), mientras que los padres del niño se desentendieron por completo de sus responsabilidades parentales.

La madre y el padre de N. fueron citados al proceso y, con patrocinio letrado, prestaron su conformidad. Asimismo, se designó abogada del niño quien planteó la inconstitucionalidad de los arts. 600 inc. 2º, 611 y 634 inc. h) del Cód. Civ. y Com. por considerar que los mismos vulneran los derechos constitucionales de N. y son contrarios a su superior interés.

Por último, en atención al tiempo transcurrido, el Defensor General Civil solicitó se declare a N. en situación de adoptabilidad (art. 607 inc. b] del Cód. Civ. y Com.), se les conceda a la actora y su conviviente la guarda con fines de adopción del niño y se resuelva otorgándoles la adopción plena del niño, declarándose la inconstitucionalidad del art. 611 inc. b) del Cód. Civ. y Com.

El Tribunal consideró que se encontraba frente a un niño cuya familia de origen no puede proporcionarle los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades subjetivas, su situación se subsume en los supuestos de declaración de situación de adoptabilidad enunciados en los incs. a) y c) del art. 607 a las que debe sumarse la equivalencia otorgada a la sentencia de privación de la responsabilidad parental que establece el art. 610 del Cód. Civ. y Com. y, por último, la conveniencia de generar un vínculo filial adoptivo desde la perspectiva del interés superior del niño.

En cuanto a la selección de la familia adoptiva, los sentenciantes abordaron la prohibición de la guarda directa prevista en el art. 611 del Cód. Civ. y Com. y la intervención excluyente del Registro Único de Aspirantes a Guardas con fines Adoptivos (RUAGA) de conformidad con lo dispuesto en los arts. 600 inc. b), 609 inc. c), 613, 634 inc. h) del Cód. Civ. y Com. En efecto, la aplicación literal de las normas descriptas llevaría en principio al rechazo de la pretensión.

Sin embargo, el Tribunal también tuvo en cuenta que el Anteproyecto del Código Civil y Comercial brindaba una solución a situaciones como las del presente caso, dado que habilitaba la adopción por entrega directa a aquellos casos en que se comprobara la existencia de un vínculo afectivo entre los progenitores y los pretendidos adoptantes (art. 611 segundo párrafo). En efecto, los peticionantes quedan en una situación de desigualdad respecto de otros parientes del niño que podrían haber obtenido la adopción por la guarda directa, con el solo hecho de ostentar un vínculo de parentesco.

Asimismo, entendió que no puede soslayarse que la entrega directa se llevó a cabo durante la vigencia del Código Civil anterior, en el que no se encontraban prohibidas y que los participantes tuvieron el aval del Estado en tanto y en cuanto tuvo lugar en un ámbito público (efector de salud pública), en presencia de funcionarios públicos y con el consentimiento de la autoridad de aplicación de la ley 12.967.

Principalmente, el Tribunal valoró que la norma del Código no admite la aplicación de una norma superior que la integre sin contradecirla, como lo es la Convención Internacional de los Derechos del Niño (principalmente los arts. 8º y 21) y la CN, en tanto y en cuanto tal Convención tiene jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN), dado que vulnera el principio de superior interés del niño y del derecho a una familia (a otra familia). Y en este sentido, los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. son los que marcan el sendero por donde debe transitar la interpretación de las normas señaladas en vinculación con el caso concreto.

Por lo expuesto, se resolvió declarar a N. en situación de adoptabilidad; declarar la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 611, art. 600 inc. b) y art. 634 inc. h) del Cód. Civ. y Com.; otorgar la guarda con fines de adopción del niño a los Sres. S. A. Q. y L. G. M., y tener por cumplimentado el período de vigencia de la misma. Otorgar la adopción plena de niño a los convivientes.³¹

Sobre el particular, quiero agregar que, casos como este me llevaron a decidir realizar esta tesis, los progenitores que admiten la imposibilidad de llevar adelante la responsabilidad parental, no teniendo familiares que deseen suplirlos en este rol.

Guardadores responsables que se desempeñaron correctamente, protegiendo al niño, niña o adolescente y a sus derechos.

³¹ “La guarda de hecho”. Autor: Sasso, Marcela L. Publicado en: DFyP el 04 abril de 2018, 58 – LLLitoral el 18 mayo de 2018. Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina.

¿Por qué el tercer párrafo del artículo 611 debe eliminar la posibilidad de que esta familia conformada por los guardadores y el menor se mantenga unida? Este artículo es inconstitucional a todas luces.

No desarmemos familias reales por un renglón escrito en el Código Civil y Comercial de la Nación, sin antes contemplar las circunstancias de la realidad y haber observado los principios que nos rigen.

Si se llega a la conclusión de que los guardadores obraron de manera fraudulenta, priorizando sus intereses sobre el interés superior del niño, niña o adolescente, entonces si, se debe recurrir al Registro de Adoptantes quienes cumplen los requisitos para estar ahí.

Yo le agregaría al art. 600 el inciso c) que estaría redactado de la siguiente forma: Pueden adoptar los guardadores de hecho que hayan obrado priorizando el interés superior del niño, niña o adolescente. Sin intenciones fraudulentas, maliciosas o ilegales. Habiendo sido controlados y supervisados por los jueces que intervienen en la causa.

Marco normativo:

A continuación, observamos algunos de los artículos que amparan el interés superior del niño y los comentarios que dejan reflejada su implementación en la realidad.

Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.³²

Comentario de Farith Simon:

El cuidado emocional es una necesidad básica; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales, se deben tomar medidas para que los niños creen lazos afectivos seguros. Ellos necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecerle un entorno estable.

Considerar las situaciones concretas de vulnerabilidad que no serán las mismas de todos los niños en la misma situación. Se deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única; esto implica que debe realizarse una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario, y deben establecerse ajustes razonables en función de todo su proceso de desarrollo.

El derecho del niño a expresar su propia opinión. Debe lograrse que participen de manera provechosa en la determinación de su interés superior; debería informarse a los niños, niñas y adolescentes sobre el proceso y los posibles servicios y soluciones duraderas, reunir información proporcionada por los niños y pedirles su opinión. Cuando el niño desea expresar su parecer y este derecho se ejerce mediante un representante, la obligación de este es comunicar con precisión las opiniones del niño. Cuando la opinión del niño entra en conflicto con la de representante, se debe establecer un procedimiento para que el niño pueda acudir a una autoridad a fin de determinar otra fórmula de representación (por ejemplo, un curador ad litem), si es necesario.

³² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

La determinación de los hechos y la información pertinente para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados. Entre otras formas de recolección de información, se pueden mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que estén en contacto con el niño a diario y con testigos de determinados incidentes.

La información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de utilizarlos en la evaluación del interés superior del niño o los niños.

Debe tenerse en cuenta la percepción del tiempo en los niños, niñas y adolescentes. Los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos particularmente adversos en la evolución de los niños.

Conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos que están relacionados con los niños o los afectan y ultimarlos en el menor tiempo posible. La decisión se debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarlo, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evoluciona su capacidad para expresar su opinión.

La participación de profesionales cualificados. Los niños constituyen un grupo heterogéneo, y cada cual tiene sus propias características y necesidades que solo pueden ser evaluadas adecuadamente por profesionales especializados en cuestiones relacionadas con el desarrollo del niño y el adolescente. El proceso de evaluación del interés superior del niño debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro con profesionales capacitados, entre otros temas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva.

La necesidad de que los niños, niñas y adolescentes cuenten con representación letrada, además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes en la decisión.

Exigencias concretas de argumentación jurídica. Cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. La motivación

debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. No “basta con afirmar en términos generales que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño”; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso.

En toda decisión deben hacerse constar los mecanismos para examinar o revisar las decisiones de forma periódica.

En cada decisión debe hacerse constar cómo impactará en los derechos del niño en concreto.³³

Al efecto, valoro que las normas se dirigen hacia las instituciones públicas y privadas, otorgándoles el deber de hacer ejercicio del interés superior del niño.

Farith Simon trata la perspectiva más interesante a mi criterio que es el cuidado emocional y la importancia que esta conlleva. La importancia de los vínculos y las situaciones concretas de cada individuo a temprana edad.

Este comentario nos deja ver el procedimiento de cómo implementar los derechos a la realidad, por ejemplo, el derecho a ser oído. Recaudar la información pertinente y ejercerlo a través de un representante.

Juega un rol fundamental en la recopilación de información a la hora de tomar las decisiones. Yo la divido en cuatro partes:

- 1) Profesional: la información debe ser recopilada por una persona idónea
- 2) Entorno: las personas que forman parte del día a día del niño, niña o adolescente son la principal fuente de recopilación.

³³ Convención sobre los Derechos del niño. Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. “Interés superior del niño: derecho, principio y garantía”. Autor: Farith Simon. Pág 42-75. Comentario art. 3. Edición concluida en noviembre de 2019.

- 3) Tiempo: tener en cuenta que cada minuto cuenta en el crecimiento de los menores y que las decisiones se deben tomar con celeridad.
- 4) Impacto: evaluar los efectos y consecuencias que tendrán esas decisiones en el niño, niña o adolescente. Ya que estas decisiones determinan cómo será el resto de su vida.

Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.³⁴

Comentario de María Victoria Famá:

La autonomía progresiva constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta.

La búsqueda de este equilibrio, presenta una dificultad constante cuya solución varía en función de los distintos derechos en juego, resultando complejo establecer una solución universal y uniforme. Basta aquí decir –por ahora– que la promoción y apoyo del ejercicio de una autonomía progresiva y responsable involucra tres aspectos: a) la evolución, reconociendo en qué medida la realización de los derechos enunciados en la CDN promueve el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía del niño; b) la participación, destacando el derecho del niño a que se respeten sus capacidades y transfiriendo la responsabilidad del ejercicio de derechos de los adultos al niño en función de su nivel de competencia; y c) la protección, admitiendo que dado que las facultades del niño se siguen desarrollando durante toda su infancia, este tiene

³⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

derecho a recibir la protección de sus progenitores o representantes y del Estado contra la exposición a situaciones que puedan serle perjudiciales.³⁵

A tal fin, leyendo lo anterior, juzgo que los adultos no pueden decidir de forma perjudicial y en contra de la voluntad del menor, argumentando que es una “responsabilidad de los adultos”.

Sus responsabilidades deberán ser respetadas siempre que su principal motor sea el respeto por el interés superior del niño, niña o adolescente.

Debe evaluarse que la decisión del menor sea tendiente a su preservación emocional y a generar una mejor calidad de vida.

Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

³⁵ Convención sobre los Derechos del niño. Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. “Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes”. Autor: María Victoria Famá Pág. 119- 136. Comentario art. 5. Edición concluida en noviembre de 2019.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.³⁶

Comentario de María Bacigalupo de Girard, María Julia Feierherd y Cecilia Queirolo:

Es que, más allá de los distintos tipos de familia que puedan existir, el Estado debe garantizar la protección de los derechos fundamentales de cada uno de los miembros que la componen; en particular, el derecho de las NNyA y todo aquello que sea en su mejor interés. Este es el derecho que tienen los niños, protegido por la constitucionalidad, la convencionalidad y la legislación argentina. Una familia, eso es lo que necesitan para crecer y desarrollarse.

El órgano jurisdiccional necesita de esos apoyos para poder sostener a las familias en conflicto. La tarea es ardua, pero si el objetivo está puesto en la protección de los niños y su derecho a vivir en familia, se puede lograr. En eso confiamos y en eso trabajamos día a día.³⁷

A tal fin, reflexiono que, el primer inciso de este artículo es una de los temas que me impulso a llevar adelante esta investigación, la existencia de ese afán caprichoso por tomar partido por los lazos sanguíneos sin importar las

³⁶ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

³⁷ Convención sobre los Derechos del niño. Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. “La Convención sobre los derechos del Niño y el derecho de vivir en familia de niñas, niños y adolescentes” Autor: María Bacigalupo de Girard, María Julia Feierherd y Cecilia Queirolo. Comentario art. 9. Edición concluida en noviembre de 2019. Pág 177.

deplorables condiciones en las que se encuentran los menores, el maltrato y los abusos que sufren en la realidad.

Hay que ser coherentes, observar los hechos y tomar la decisión que favorezca emocional y físicamente al niño, niña o adolescente.

Además, en el inciso tres dice que el menor debe mantener contacto con los padres “salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Si tener relación con los padres biológicos, genera un efecto contraproducente en los menores, ¿por qué insistir tanto con un entorno nocivo?

Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.³⁸

Comentario de Noris Pignata:

El derecho a ser oído es el reconocimiento más claro del Estado del/la niño/a en su calidad de sujeto de derecho. Lo dota de palabra, de voz, deja de ser un infante para ser una persona hablante.

La obligación del Estado es ser la garantía para que el/la niño/a pueda expresar su opinión libremente, brindándole la información suficiente para que pueda formar su propia opinión.

Es un derecho que se concreta en el propio acto de la manifestación, lo que no implica que el contenido obligue al resto de las personas, más allá del respeto a la libre manifestación de su opinión.

³⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

No es posible tomar una decisión sin que el/la niño/a tenga la oportunidad de manifestarse.

Una sociedad que internaliza la escucha de un/a niño/a, con respeto y dignidad, es más democrática y potencialmente más justa.³⁹

A este respecto, concluyo que, este artículo me parece fundamental porque como venimos diciendo la postura del menor, es crucial, ya que es el destino de su vida el que se está decidiendo.

Siempre que el procedimiento sea breve y protegiendo su integridad psicológica. No me parece correcto someter a los menores a años de procedimientos judiciales innecesarios, cuando ellos en su gran mayoría saben discernir bien en donde y con quien quieren estar.

Muchas veces las formalidades nublan la visión de la realidad, produciendo desenlaces catastróficos.

Artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

³⁹ Convención sobre los Derechos del niño. Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. "Derecho a ser escuchado" Autor: Noris Pignata. Comentario al art. 12. Pag 244. Edición concluida en noviembre de 2019.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.⁴⁰

Comentario de Nadia Anahí Tordi:

Se trata de un proceso de naturaleza voluntaria en el que el juez no ejerce función jurisdiccional, ya que se limita a constatar una situación y declara su existencia.

Se prevé expresamente que el ejercicio de la responsabilidad parental solo puede ser delegado a un pariente, y que para su procedencia es ineludible oír al niño, independientemente de su edad; su palabra resulta de vital importancia para comprender la necesidad y viabilidad de la delegación. Se establece que debe ser por un plazo de un año, pudiendo renovarse por igual período, con intervención de las partes, y para ello se deberá ordenar la celebración de una nueva audiencia a fin de analizar los motivos que impiden a los progenitores asumir el ejercicio de su responsabilidad parental.⁴¹

Por ello, encuentro que, este rol del Estado de crear espacios para ayudar a la crianza es positivo. Todo lo que contribuya a crear mejores condiciones para el desarrollo de los menores está bien.

Considero que, además, el Estado debe mejorar el sistema judicial, para que este tenga mayor celeridad, este es el que define el rumbo de la vida de muchos niños, niñas y adolescentes, que muchas veces tienen que sufrir las consecuencias del tiempo, de las malas decisiones de los adultos, de priorizar condiciones perjudiciales y daño en su integridad psicológica.

Que la prioridad del Estado sea brindarles a los menores una familia.

⁴⁰ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

⁴¹ Convención sobre los Derechos del niño. Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. "Rol del Estado argentino como garante en el ejercicio efectivo de la coparentalidad". Autor: Nadia Anahí Tordi. Pág. 317. Edición concluida en noviembre de 2019.

Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.⁴²

Comentario de Norberto Garrote:

La Nación ha ido aportando el marco legal para que los niños, niñas y adolescentes gocen de los derechos y garantías vinculados al resguardo y protección de los malos tratos y abusos desplegados en su entorno familiar. No obstante, aún, lamentablemente vemos cómo a diario se vulneran esos derechos y en los servicios asistenciales de la salud se presentan niñas, niños y adolescentes víctimas de las acciones u omisiones que comprometen su desarrollo integral.

La deuda pendiente con la infancia debe saldarse con educación y prevención por medio de políticas públicas destinadas a tal fin.⁴³

Por consiguiente, creo que, el estado debe investigar si las situaciones aberrantes que tienen como víctima al menor, se produjeron bajo la custodia de

⁴² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

⁴³ Convención sobre los Derechos del niño. Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. "Protección contra el maltrato y abuso". Autor: Norberto Garrote. Pág 335. Edición concluida en noviembre de 2019.

personas que, por más que pusieron todos sus esfuerzos, no pudieron evitar el acontecimiento de los hechos.

Porque si después de haber sufrido abusos, el niño permanece en una familia que actúa de forma negligente, es evidente que los cuidados no están siendo proporcionados como deberían.

A mi criterio debe mencionarse la intervención judicial en el primer inciso, no al final del segundo inciso como ultima ratio. Hay que proteger a los menores desde el primer momento, verificando que se encuentren en las condiciones idóneas para su desarrollo.

Además, dice “según corresponda, la intervención judicial” como si en algunos casos que menciona el artículo, no correspondiera la intervención.

¿Qué es más importante para la justicia que proteger a los menores desde el primer momento?

Artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ley N° 23.849

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.⁴⁴

⁴⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

Comentario de Alejandro Javier Siderio:

El derecho a formar una familia no es igual al derecho del niño a tener una familia.

Mientras que para los adultos el deber del Estado es no interferir en el plan de vida y obstaculizar la posibilidad de formar una familia, lo que demanda una actividad positiva del Estado, en virtud del compromiso internacional asumido, es buscar una familia para un niño privado de cuidados parentales; ningún instrumento obliga al Estado a buscar o facilitar hijos para los adultos que no puedan concebirlos.

Ello es importante destacarlo, pues el niño no es un objeto susceptible de producción o apropiación por quienes tienen una “demanda incontenible de dar afecto” –revelador tal vez incluso de la propia falta de idoneidad para entender y acceder a una adopción en condiciones adecuadas–; de allí que no pueda demandarse la obligación del Estado a facilitar la “producción” o “adquisición contractual” de un hijo.

Es función indelegable del Estado la evaluación y selección de postulantes para recibir un niño en adopción, pues las características del vínculo adoptivo requieren condiciones particulares para acceder a este tipo de filiación. No basta con querer ser padres adoptivos, se necesita una especial preparación y evaluación para garantizar que la incorporación del niño a esta nueva familia sea una instancia superadora de los daños que ha sufrido y no lo exponga a nuevos sufrimientos. Por eso la evaluación de postulantes y su inscripción en un Registro no son una mera formalidad que solo tiene fundamento en la no menos importante razón del tránsito por la ciudadanía, la legalidad y la prevención del tráfico de niños e influencias, sino que importan la posibilidad de garantizar la idoneidad psíquica y social para formar parte del crecimiento saludable de niños vulnerables. La familia adoptiva es un medio para alcanzar el desarrollo de todos los derechos inherentes al NNA; no es un fin en sí mismo pues, si el costo de ser integrado a una familia es el maltrato o el sufrimiento,

deberá evaluarse cuidadosamente si es la solución adecuada para restituir derechos.⁴⁵

Al leer esto, pienso que, me hubiera gustado que en lugar se la frase “tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado” diga “el Estado tiene el deber de protección y asistencia”.

Este es un artículo habla de soluciones, porque si los niños están privados de su medio familiar, es porque este no asumió sus responsabilidades.

En el tercer inciso habla de llevar a delante la búsqueda de una nueva familia que lleve adelante su cuidado como corresponde.

Artículo 1° de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061: Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.⁴⁶

Artículo 7° de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061: Responsabilidad Familiar. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

⁴⁵ Convención sobre los Derechos del niño. Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. “Cuidados alternativos y adopción” Autor: Alejandro Javier Siderio. Pág. 341-342. Edición concluida en noviembre de 2019.

⁴⁶ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.⁴⁷

Artículo 9° de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061: Derecho a la Dignidad y a la Integridad Personal. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.⁴⁸

Artículo 24 de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061: Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;

⁴⁷ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

⁴⁸ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.⁴⁹

Artículo 33 de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061: Medidas de protección integral de derechos. Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.⁵⁰

Artículo 34. de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061: Finalidad. Las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.⁵¹

Artículo 35 de la Ley de protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes. Ley N° 26.061: Aplicación. Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con

⁴⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

⁵⁰ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

⁵¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

relación a las niñas, niños y adolescentes. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.⁵²

A mi criterio, esta ley va en correcta consonancia con la Convención de los Derechos del Niño.

El objeto está sustentado en el interés superior del niño que es el punto de partida para todas las decisiones.

Habla de la responsabilidad familiar y la contribución del Estado. Lo cual me parece correcto, pero pudieron haber agregado las medidas que el Estado propone para suplir esta responsabilidad si no es llevada a cabo.

El artículo 9 en su anteúltimo párrafo, involucra a toda la sociedad a contribuir con la protección del niño, niña o adolescente, ya que todos tenemos el deber de comunicar a la autoridad local si tomamos conocimiento de hechos que amenacen la integridad del menor.

Esto me parece indispensable, porque muchas veces la sociedad omite ayudar y hace oídos sordos a los acontecimientos porque “cada casa es un mundo”, “no me voy a meter en la vida ajena”, “no quiero problemas” y un montón de frases armadas. Que la protección de los menores sea un compromiso de todos, para que los menores puedan tener una familia responsable y el entorno adecuado que se merecen.

En el último párrafo del artículo 24 también encuentro el compromiso que debemos tener como sociedad cuando dice que el derecho a opinar y ser oído se extiende a todos los ámbitos. Tanto los que comparten su vida cotidiana con menores y como los que comparten solo algunas situaciones, deben estar atentos a sus necesidades para poder ayudar.

⁵² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

En el último párrafo del artículo 33 remarca que las circunstancias económicas no son un motivo para separar a los menores de sus familias, es atinada esta aclaración y resulta sumamente actual debido a que, en este momento, en el mundo estamos atravesando una pandemia por coronavirus y muchas familias están pasando circunstancias económicas lamentables.

Celebro que en el artículo 35 se haya agregado una solución para estas desafortunadas circunstancias, que es que el Estado tiene el deber de ayudar a estas familias económicamente, para que conserven la unión y el menor se desarrolle en un entorno acorde a sus necesidades.

Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción

Se erige como un organismo destinado a llevar una lista de centralizada de aspirantes que podrán ser seleccionados por los magistrados para convertirse en padres y madres adoptivos. No obstante, su función es la de constituirse en un registro de segundo orden, pues tanto la inscripción como la evaluación de los requisitos y capacidades exigidas estarán a cargo de los respectivos registros provinciales. De allí que el dec. 1328/2009 alude al Registro nacional como una verdadera red de registros, con el loable objetivo de evitar la dispersión de esfuerzos, la superposición de intervenciones y los continuos desplazamientos.⁵³

Silvana Raquel Ballarin

La normativa prevé la necesidad de reinscripciones y nuevos exámenes en forma periódica: en tal sentido el Reglamento del Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción de la Provincia de Buenos Aires, dispone que las inscripciones efectuadas mantendrán su vigencia durante el término de dos años calendario.

No resulta infrecuente en la experiencia judicial que al tiempo de convocar a las personas de un legajo, estos refieran que no están interesados en ese momento en iniciar una vinculación en razón de diversos acontecimientos:

⁵³ “Un debate sin fin: guarda de hecho y adopción”. Autor: Curti, Patricio J. Publicado en: RDF 83, 19 de Marzo 2018, 89. Buenos Aires, Argentina.

enfermedades, separaciones, hechos que afectaron significativamente el nivel de vida de pareja. Y es que el concepto de idoneidad es dinámico.

No puede hablarse de idoneidad para cualquier niño, sino que, si se es idóneo para un ofrecimiento concreto, ya que las capacidades y recursos que son necesarios para la adopción son distintos dependiendo de las características de cada niño.

Como el derecho es incapaz de construir un vínculo de afecto por sentencia, detectados indicadores desfavorables en la relación de niño niña o adolescentes y adultos, debe el juez revocar la guarda que hubiera otorgado.

En algunos casos tal revocación incidirá en la valoración de aptitud de los adultos en relación con otros niños; así al detectarse altos indicadores de agresividad, preocupantes niveles de tolerancia a la frustración y muy bajos niveles de flexibilidad. El juez puede revocar la guarda y dar de baja la solicitud, dejándose constancia en la comunicación pertinente al Registro que lo era por evaluación desfavorable.

En otros casos en que la revocación se produce por circunstancias que no ponen en duda la aptitud genérica de los adultos, solamente se revocara la guarda.⁵⁴

Los siguientes artículos dan cuenta de esto:

El art. 7 del Reglamento del Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, autoriza a los magistrados del fuero de Familia a implementar políticas de acompañamiento de postulantes, así como también organizar reuniones informativas y/o de divulgación.

El art. 19 de la ley 14.528 de la Provincia de Buenos Aires: “Audiencia. En la audiencia, los postulantes ratificarán su voluntad de constituirse en guardadores con fines de adopción y, el Juez, articulará las medidas previas para favorecer la vinculación de aquéllos y el niño, niña o adolescente. Dichas medidas, de acuerdo a las circunstancias del caso, podrán tratarse de visitas y

⁵⁴ Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Autor: Silvana Raquel Ballarin. “Adopción: declaración de idoneidad y análisis de aptitud en relación a las necesidades de cada niño” Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Abril de 2015. Pág 29 y 30.

encuentros graduales, audiencias interdisciplinarias e interinstitucionales, planificación de estrategias en conjunto con todos los operadores que intervengan, acompañamiento y apoyo psicológico, entre otras.

El Juez de Familia tendrá debidamente en cuenta las opiniones del niño, niña o adolescente y, en el caso que existan descendientes de los guardadores, también deberán ser oídos por el magistrado.

El equipo técnico participará de la audiencia y hará el seguimiento de las medidas adoptadas, y elaborará un informe final que elevará al Juez en el plazo que éste determine y que constará en el acta de la audiencia”.

El código civil en sus arts. 609 y 617 aluden a la obligatoriedad de la entrevista personal del juez con el Niño niña o adolescente. No dispone de igual manera la entrevista personal del Ministerio Publico con su representado.

El art. 609 de Código Civil y Comercial refiere al pedido de remisión que en la sentencia de declaración judicial de situación de adoptabilidad realiza el juez: “La sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda”.

Procedería la remisión de un único legajo cuando el Registro no contara con más postulantes para la situación particular de un Niño, niña o adolescente. En tal sentido el art. 613 alude a la selección que realizara el juez de la nómina remitida por el registro de adoptantes.⁵⁵

En la inteligencia de que el niño en concreto es centro y eje del sistema de adopción, y de que lo que más le conviene a ese niño es la pauta primordial, resulta lógico que la inscripción en el RUAGA como "recurso instrumental" no pueda tener primacía sobre el interés superior del niño en concreto, ya que lo contrario, como se dijera jurisprudencialmente, significaría "el interés superior del registro" y deviene en un contrasentido. Por lo tanto, los arts. 609, inc. c), y 613, que imponen al juez la elección de los guardadores entre los registrados bajo pena de nulidad absoluta (art. 634, inc. h), no pueden aplicarse si

⁵⁵ Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Autor: Silvana Raquel Ballarin. “Adopción: declaración de idoneidad y análisis de aptitud en relación a las necesidades de cada niño” Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Abril de 2015. Pág 31 y 32.

contradicen el interés superior del niño en concreto, por inconstitucional y anticonvencional, por su mirada limitada, que deja afuera al guardador no inscripto que pueda ser beneficioso para el niño concreto cuyo destino se somete a consideración judicial, quien en todo caso deberá ser evaluado por el juzgador.⁵⁶

La autora Ignacio Graciela, comenta el Fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes:

Un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes revocó la sentencia del inferior que había rechazado in limine un pedido efectuado por la guardadora de hecho, de que se le confiera la guarda judicial preadoptiva de un niño entregado en guarda de hecho por la progenitora de origen, a los pocos días de nacido, mediante un instrumento privado del septiembre del año 2013, por haber considerado que la demanda tenía un objeto "improponible", con orden al Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño para que adopte una medida de abrigo del niño y a la UFI de turno para que investigue si se había cometido un delito. Previo al rechazo, se encontraba acreditada en autos la manifestación judicial de la madre de origen de entregar al niño en adopción, la inexistencia de parientes de origen que solicitaran la guarda del niño, el contacto posterior entre la madre de origen, el niño y la guardadora, la relación cariñosa y amorosa entre el niño y la guardadora a quien llamaba "mamá", y el bienestar del niño derivado de la crianza efectuada por la guardadora. También constaba aprobada la inscripción de la guardadora en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (RUAGA) como aspirante idóneo, si bien para la reinscripción se había omitido informar que ya existía la guarda de hecho. Apelada la decisión por el guardador, el superior requirió un informe ambiental y revocó el decisorio del inferior, considerando que la cuestión "no merece un rechazo in limine", a la vez que destacó que "no surge de autos elemento

⁵⁶ "Guarda con fines de adopción y guarda de hecho precedente". Autor: Ignacio Graciela. " Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. 9 de agosto de 2018.

alguno que lleve a sospechar que el niño B. fue 'vendido' por la madre a la peticionante".⁵⁷

Por otra parte, en lo que al caso concierne, la guardadora contaba con inscripción aprobada, y si bien al tiempo de la reinscripción omitió consignar que ya tenía al niño bajo su cuidado, el tribunal consideró que en nada modificaba su idoneidad. Resulta sensato este razonamiento, ya que si un aspirante fue considerado idóneo para la guarda con fines de adopción, por cumplir con los requisitos y aprobar las evaluaciones psicológicas y ambientales a cargo de profesionales expertos, en nada se modifica esa idoneidad por tener o no tener un niño a su cuidado en los hechos.⁵⁸

En el caso que nos ocupa, el tribunal consideró al guardador como referente afectivo, y no cabe duda de que la guardadora encuadra en la normativa, ya que es una figura importante de autoridad y cuidado en la historia del niño y, más que eso, porque le dice "mamá", lo cual evidencia una realidad familiar dinámica que forma parte de la identidad familiar del niño, que debe protegerse, como derecho humano fundamental. El vínculo afectivo del niño con el guardador es un elemento de peso a considerar para establecer el vínculo parental.⁵⁹

Comenzamos señalando que puede adoptar la persona que se encuentre inscripta en el registro de adoptantes, conforme lo previsto en el art. 600 inc. b) del Cód. Civ. y Com. Tal es su importancia que la sentencia de declaración de situación de adoptabilidad debe disponer que se remita al juez interviniente el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a fin de dar inicio al proceso de guarda con fines de adopción en forma inmediata (art. 609, inc. c] del Cód. Civ. y Com.) y seleccionar de allí a los pretensos adoptantes de acuerdo a las pautas y procedimientos establecidos en el art. 613 del Cód. Civ. y Com.

⁵⁷ "Guarda con fines de adopción y guarda de hecho precedente". Autor: Ignacio Graciela. " Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. 9 de agosto de 2018.

⁵⁸ "Guarda con fines de adopción y guarda de hecho precedente". Autor: Ignacio Graciela. " Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. 9 de agosto de 2018.

⁵⁹ "Guarda con fines de adopción y guarda de hecho precedente". Autor: Ignacio Graciela. " Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. 9 de agosto de 2018. Pág 2

Ahora bien, en principio, la adopción obtenida en violación a este requisito adolece de nulidad absoluta de acuerdo a lo previsto en el art. 634 inc. h) del Cód. Civ. y Com.

"El objetivo de los Registros de Adoptantes es llevar adelante un listado con las personas que pretendan adoptar, para lo cual éstas deben ser evaluadas de manera interdisciplinaria. Se trata de una herramienta de suma importancia para la selección de los guardadores, pero no puede constituirse en un requerimiento ritual, sino que debe ser interpretado y aplicado con arreglo al interés superior de niños, niñas y adolescentes. La nueva regulación en materia de adopción parte de un punto de partida claro, procurar que todo niño que no puede vivir en su familia, pueda hacerlo en otra que brinde satisfacción a sus necesidades afectivas y materiales, por lo que cualquier situación que no encuentre su debida respuesta en la ley, debe ser resuelta a la luz de los principios básicos expresamente enunciados en el art. 595".

"El fundamento de la creación de este registro se basa en la transparencia y publicidad del Sistema de Protección, que cuenta con la información centralizada de quienes se encuentran en condiciones de adoptar, a fin de que los jueces con competencia en asuntos de familia elijan entre los inscriptos al más idóneo en interés del adoptado".

Sin embargo, existen jurisdicciones que no admiten la inscripción posterior de guardadores de hecho, como es el caso de la provincia de Santa Fe donde se dictó el fallo que anotamos; quedando exclusivamente a cargo de los jueces (con apoyo multidisciplinario) la evaluación y valoración de la aptitud pretensos adoptantes.

Como podrá advertirse, el vínculo de parentesco entre los progenitores y los pretensos adoptantes es una excepción a la condición prevista en art. 600, el inc. b) del Cód. Civ. y Com. antes señalada. Sin embargo, el Anteproyecto en su redacción original no solo preveía la existencia de parentesco sino también la de un "vínculo afectivo comprobable", siendo esto último suprimido en la discusión en el Senado, con el objeto de que la afectividad no sea utilizada en violación al espíritu de la reforma.

En consecuencia, aplicando los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., normas constitucionales y convencionales involucradas, el sentenciante se pronunció declarando la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 611, art. 600, inc. b), art. 634 inc. h) del Cód. Civ. y Com., y otorgando la adopción plena del niño en favor de la actora y su conviviente. Asimismo, dispuso notificar al registro de adoptantes y a la Defensoría General Civil actuante.⁶⁰

Por lo tanto, contemplo que, la posición de los que conforman el Registro de Adoptantes es una de las más frustrantes y engorrosas, ya que tienen que renovar su inscripción cada dos años, viendo como las circunstancias de sus vidas van cambiando en el transcurso del tiempo, hasta en la mayoría de los casos hacerse imposible el sueño de conformar su familia.

Escuchar historias tristes de las personas que permanecen inscriptas en el Registro de Adoptantes por muchos años, fue otro de los motivos que me impulsó a llevar adelante esta investigación.

En el caso que leímos precedentemente, deja implícita la importancia que tiene que los guardadores de hecho se anoten en el Registro de Adoptantes, para que el juez, al contemplar el caso, no tenga dudas de sus idoneidades para llevar a cabo la crianza de los pretendidos adoptantes.

Si bien la ley se presume conocida por todos, estos temas no tienen gran difusión. Sería una buena idea hacer campañas informativas para concientizar a los guardadores de hecho, la importancia de demostrar su idoneidad anotándose en el Registro de Adoptantes y cumpliendo con los requisitos correspondientes. Esto aportaría un poco de celeridad al proceso de adopción.

⁶⁰ “La guarda de hecho”. Autor: Sasso, Marcela L. Publicado en: DFyP el 04 abril de 2018, 58 – LLLitoral el 18 mayo de 2018. Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina.

Estadísticas brindadas por el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

- En la Ciudad, hoy hay 1100 inscripciones de personas y/o parejas que quieren adoptar.
- El 58% son parejas. El 37% son mujeres que se inscriben de manera individual, y el porcentaje restante (5%), corresponde a postulaciones individuales de varones.
- Históricamente, el RUAGA registró un 82,3% de legajos admitidos con disponibilidad para adoptar niños de hasta 1 año de edad.
- El 76% de los postulantes informa su predisposición a adoptar niños sin enfermedades. No hay postulaciones para niños con patologías complejas.
- La mayoría de los niños en estado de adoptabilidad son chicos de 6 años o más. Sólo el 1% de los chicos tiene menos de un año.⁶¹

⁶¹ <http://www.buenosaires.gob.ar/cdnnya> Mail: prensacdnya@buenosaires.gob.ar

CONCLUSIÓN

Voy a concluir el presente trabajo otorgando respuestas a las hipótesis que me plantee al inicio del mismo:

- ¿La guarda de hecho otorgada por decisión de los progenitores es una solución para agilizar los procesos?

La búsqueda de celeridad es una de las principales búsquedas actuales, sin soluciones plasmadas en la realidad.

Si bien la entrega directa y guarda de hecho están prohibidas, se siguen realizando y cuando se judicializan, se espera que las sentencias tengan como finalidad principal, hacer primar el interés superior del niño. Esto muchas veces no condice con lo que textualmente establece la norma, pero el paso del tiempo y los afectos que se originan, juegan un papel principal.

Los nuevos proyectos de ley sugieren repensar la prohibición del art. 611 para dar solución a los nuevos reclamos sociales. Esta es una discusión vigente, que va a dar lugar a nuevas investigaciones ya que las decisiones de los progenitores pasaron a un primer plano social.

- ¿La nueva reforma de nuestro Código Civil no satisface a los pretensos adoptantes? ¿Y al pretense adoptado?

La nueva reforma en cuanto a esta temática, tuvo intenciones de mejorar la institución de adopción, pero aun las partes no se encuentran satisfechas ya que hay muchos niños institucionalizados, muchos pretensos adoptantes esperando la oportunidad de conformar una familia y un sistema lento que resuelve de acuerdo a las consecuencias que surgen por el paso del tiempo.

Los pretensos adoptantes que no tienen un vínculo de parentesco con el niño y no están inscriptos en el registro, se presumen con intenciones ilegales, cuando en muchos casos no es así. Los jueces deben analizar cada caso puntual con eficacia, tener en cuenta el Interés Superior del Niño sobre todas las cosas, sin descuidar la posibilidad de intenciones

ilegales, investigar a las partes, contar con un grupo de profesionales que contengan e informen durante todo el proceso.

- ¿Cuál es el límite de priorizar a la familia de origen?

Lo que debe priorizar el juez es el Interés Superior del Niño por sobre la del registro, los progenitores y guardadores.

Todos los acuerdos internacionales a los que adherimos como país, dejan en claro cuál es el punto fundamental. El sistema debe priorizar al niño, niña y adolescente sobre todo lo demás.

Están en una situación vulnerable de desprotección, en búsqueda de una familia, en una edad en la que los impactos psicológicos son más profundos.

Deben garantizar la protección de los derechos del Niño, Niña o Adolescente y su desarrollo en condiciones óptimas porque son los protagonistas del futuro del país y por el solo hecho de hacer valer la vida y la dignidad de las personas. Todos necesitamos y merecemos una familia y amor para crecer. ¿Qué le queda a la humanidad si no podemos hacer valer los derechos primarios?

Me parece correcta la elaboración del artículo 611, solo modificaría prohibición como regla y la pondría como una medida de control obligatoria para combatir situaciones de ilegalidad. Ya que si bien, es correcto prevenir todos los casos que tengan como finalidad cuestiones ilegales, el proceso se vuelve lento y engorroso en muchos casos para las personas que quieren lograr una guarda de buena fé.

Adhiero a que se abra el debate acerca de si la guarda de hecho y la entrega directa deberían ser permitidas bajo supervisión y control adecuado.

La prioridad principal es que el niño niña o adolescente, tenga una familia que lo proteja y le permita desarrollarse en un ambiente de contención y protección. Es por ello que lograr una celeridad en los procesos y decidir a quién otorgar la guarda definitiva, es importante. Ya que las guardas se terminan decidiendo por los lazos afectivos que se suscitan por el paso del tiempo que llevan conviviendo con sus guardadores sin que haya una sentencia.

El niño debe ser oído. El vínculo biológico es importante para conocer la identidad, pero es más importante el afecto y la protección. Muchas veces son los guardadores que no tienen un vínculo de parentesco los que dan la protección, el afecto y el cuidado que se necesita para formar una familia.

El Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de adopción es una herramienta necesaria para otorgarle seguridad al sistema. Pero hay casos de guarda de hecho en la que los guardadores no se inscribieron y aun así forjaron lazos afectivos con el niño. Creo que en estos casos deben predominar los vínculos afectivos para darle al pretense adoptado lo que necesita.

Igualmente se debe fomentar e informar la importancia de inscribirse en el registro.

La inconstitucionalidad del artículo que tratamos en el presente, fue planteada en diversos casos, esto es porque como Estado, se deben observar con énfasis los acuerdos internacionales con jerarquía constitucional a los que hemos adherido.

Por otro lado, considero atinado que los progenitores formen parte del proceso, manifiesten su voluntad de renunciar a la patria potestad y den una opinión acerca de quien creen que sería el mejor guardador por ostentar vínculos afectivos con el niño.

Considero que socialmente se va a seguir reclamando poder de decisión de los progenitores sobre sus hijos, por esto, en el futuro va a tener que ser revisada la prohibición de la entrega directa, ya que decidir si van a renunciar o no a su patria potestad es una decisión sobre cómo quieren que sea su futuro. Son circunstancias de la realidad que hay que prever.

Al visualizar las estadísticas doy cuenta de que hay pretensos padres para adoptar niños que no existen, bebés sin enfermedades y menores de un año. Mientras que la mayoría de niños que esperan una familia son mayores de seis años y que tienen enfermedades. Quizás si a los pretensos adoptantes les contaran la historia de cada uno de los niños que espera una familia, y no hicieran llenar formularios de cómo quieren que sea ese niño que sueñan,

podrían capacitarse para contener a estos niños y formar esa familia que ambos anhelan.

BIBLIOGRAFÍA

- “La prohibición de la guarda de hecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Autor: Faraoni, Fabián E. Publicado en: RDF 58, 01 de Marzo de 2013, 107 Buenos Aires, Argentina.
- “Un debate sin fin: guarda de hecho y adopción”. Autor: Curti, Patricio J. Publicado en: RDF 83, 19 de Marzo 2018, 89. Buenos Aires, Argentina.
- “Guarda con fines de adopción y guarda de hecho precedente”. Autor: Ignacio Graciela. ” Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. 9 de agosto de 2018.
- “La guarda de hecho”. Autor: Sasso, Marcela L. Publicado en: DFyP el 04 abril de 2018, 58 – LLLitoral el 18 mayo de 2018. Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina.
- “La Adopción en el Nuevo Código Civil y Comercial” Por Ursula C. Basset.
- Estado de Adoptabilidad en el nuevo Código. Autor: Karina A. Bigliardi. Publicado en: LA LEY. Buenos Aires, Argentina. Diciembre 2015.
- “Guardas Puestas. Una mirada Psicosocial y Jurídica a una problemática compleja”. Autor: Lucila A. Pombo. Editorial: Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. Agosto 2018.
- “Adopción: declaración de idoneidad y análisis de aptitud en relación a las necesidades de cada niño”. Autor: Silvana Raquel Ballarin. Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Abril de 2015.
- “Guarda de hecho. Entrega directa ¿prohibida o permitida?”. Autores: Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos. Editorial Thomson Rauters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Septiembre 2016.
- Convención sobre los Derechos del Niño Comentada. Ministerio Público Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. Autores: Farith Simon, María Victoria Famá, María Bacigalupo de Girard - María Julia Feierherd - Cecilia Queirolo, Noris Pignata, Nadia Anahí Tordi, Norberto Garrote, Alejandro Javier Siderio, María Soledad. Edición concluida en noviembre de 2019.

Códigos

- Código Civil y Comercial de la Nación. Libro Segundo – Relaciones de Familia - Título VI. Adopción. Capítulo 3. Guarda con fines de adopción. Art 611.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Libro Segundo – Relaciones de Familia - Título VI. Adopción. Capítulo 3. Guarda con fines de adopción. Art 611.
- Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, 2015.

Revistas Jurídicas

- Derecho de Familia N°76. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. “Guardas Puestas. Una mirada Psicosocial y Jurídica a una problemática compleja”. Autor: Lucila A. Pombo. Editorial: Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina. Agosto 2018.
- Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Autor: Silvana Raquel Ballarin. “Adopción: declaración de idoneidad y análisis de aptitud en relación a las necesidades de cada niño” Editorial: Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Abril de 2015.
- Revista de Derecho de Familia y de Las Personas. Autores: Karina A. Bigliardi e Hipólito R. Vallejos. “Guarda de hecho. Entrega directa ¿prohibida o permitida?” Editorial Thomson Rauters La Ley. Buenos Aires, Argentina. Septiembre 2016.

Dictámenes:

- “Colección de dictámenes sobre derechos humanos” (Cuadernillo 7) “Los derechos de niños, niñas y adolescentes” Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2018) Dirección General de Derechos Humanos. Edición: Dirección de Relaciones Institucionales. Publicación: Octubre 2018.

Páginas WEB:

- <http://www.maternidadvulnerable.com.ar/proyectos-ley/expte-s-1825-18-pinedo-y-boyadjian/>
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>
- <http://www.buenosaires.gob.ar/cdnnya>
- E-Mail: prensacdnya@buenosaires.gob.ar
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>
- <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>