



Repositorio Digital de
Trabajos finales y Tesinas



Esta obra es compartida bajo Licencia Creative Commons **CC BY-NC-SA 4.0**
Atribución/Reconocimiento-No Comercial -Compartir Igual:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Usted es libre de:

Compartir: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato.

Adaptar: remezclar, transformar y construir a partir del material.

El licenciente no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia.

Bajo los siguientes términos:

Atribución: Usted debe dar crédito de manera adecuada, brindar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo del licenciente.

No Comercial: Usted no puede hacer uso del material con propósitos comerciales.

Compartir Igual: Si remezcla, transforma o crea a partir del material, debe distribuir su contribución bajo la la misma licencia del original.



Universidad Nacional de Avellaneda



www.undav.edu.ar



UNIVERSIDAD NACIONAL DE AVELLANEDA

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS SOCIALES

ABOGACIA

TESINA

TITULO DEL TRABAJO:

Guarda con fines adoptivos: Problemáticas y criterios judiciales en las sentencias del Departamento Judicial de Lomas de Zamora (2015-2019).

CANTARERO MIRIAN PATRICIA

Legajo: 13035

miriancantarero@hotmail.com

NOMBRE Y APELLIDO DEL DIRECTOR: Dr. FERNANDO LUACES

FECHA DE PRESENTACION: 06/05/2024

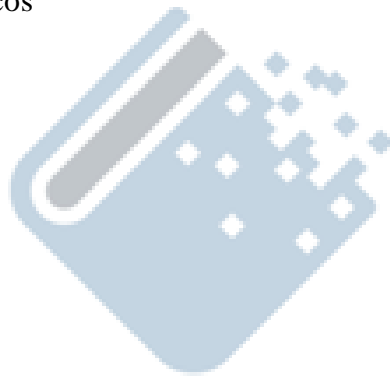
La presente tesina fue realizada a los efectos de cumplimentar con la aprobación final de la Carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Avellaneda.

Índice



	Pág.
Agradecimientos	
1. Resumen	5
2. Introducción	
2.1 Planteo del problema de estudio	7
2.2 Justificación del estudio	7
2.3 Objetivos de estudio	11
2.3.1 Objetivo general	11
2.3.2. Objetivos específicos	12
2.4 Antecedentes y marco teórico	12
2.5 Hipótesis de investigación	14
2.6 Estrategia metodológica	14
2.6.1 Método de trabajo	14
I. Capítulo 1: Reseña sobre la adopción en la Argentina	16
Ia. La historia	16
Ib. Los debates	16
Ic. Las prácticas previas a la sanción en la Ley de Adopción	18
Id. La sanción	18
I.e. El marco normativo	21
I.f. Normativa internacional.	21
I.g. Normativa nacional	24
II. Capítulo 2: La guarda y el proceso adoptivo	25
II.a Aspectos generales de la adopción	25
II.b Adopción plena	31
II.c El procedimiento- La guarda de hecho	32
II.d Situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente,	35
II.e. Guarda con fines de adopción	39
II.f. Juicio de adopción	41
III. Capítulo 3: Los criterios de subjetividad:	43
III.a Los datos recolectados a través de la jurisprudencia	43

III.b	La subjetividad a la hora del otorgamiento	58
III.c	La interpretación de las experiencias de los procesos de adopción desde la mirada de un Juez de Familia	60
IV.	Conclusiones	63
3.	Bibliografía	65
4.	Fuentes legislativas	66
5.	Listado de abreviaturas implementadas	67
6.	Artículos periodísticos	67



Repositorio Digital de Trabajos finales y Tesinas

Agradecimientos

Quisiera brindar en esta oportunidad mi más sincero y afectuoso agradecimiento a mi director de tesina Dr. Fernando Luaces por todo el apoyo y la orientación que me brindó durante el proceso de elaboración de mi tesina. Su guía y sus consejos fueron fundamentales para ayudarme a transitar este camino y alcanzar este logro tan importante en mi carrera.

También me gustaría extender mi gratitud a las autoridades y profesores de la Universidad Nacional de Avellaneda. Su cariño, dedicación y compromiso con la educación han sido clave para mi desarrollo académico y personal. Estoy profundamente agradecida por todo lo que hicieron por mí durante el tiempo transcurrido en la universidad.

Finalmente, quiero agradecer a mi familia por acompañarme incondicionalmente en todo momento. Su apoyo y amor me dieron la fuerza necesaria para seguir adelante, no podría haberlo hecho sin ellos.

Una vez más, gracias a todos por ser parte de este camino y por su apoyo inquebrantable.

Repositorio Digital de
Trabajos finales y Tesinas

1. **Resumen**

La guarda con fines adoptivos es receptada por nuestra legislación en la ley 24779 a nivel nacional y, en la Provincia de Buenos Aires, a través de la Ley 14.528. Así también en las Convenciones Internacionales a las que nuestro Estado ha adherido en favor de garantizar el cumplimiento del interés superior de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) que se encuentran en situación probable de adopción.

En tal sentido resulta de relevancia conocer qué criterios judiciales se implementan generalmente a la hora de decidir otorgar la guarda con fines adoptivos como así también identificar las problemáticas emergentes durante el trámite judicial.

De esta manera en el estudio propuesto a continuación abordaremos, además de las teorizaciones sobre la materia, doctrina y jurisprudencia, un muestreo de sentencias situadas en el departamento Judicial de Lomas de Zamora durante el período 2015-2019 y una entrevista con personal del fuero de Familia. Este abordaje cualitativo ofrece un panorama amplio que contempla la perspectiva de todos los actores involucrados en el trámite judicial así como de las fuentes secundarias emanadas de éste.

En esta línea es factible la concreción del estudio propuesto ya que contamos con acceso a diferentes sentencias judiciales digitalizadas desde la mesa de entrada virtual de la provincia de Bs As. Es sabido que a partir de la letra del artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) se prohíben las guardas con fines de adopción a quienes no se encuentren registrados en el Registro Único de aspirantes a Adopción (en adelante RUAGA), lo cual permite cuestionar los criterios de valoración que regulan los aspectos que deben tenerse en cuenta al momento de otorgar la guarda con fines adoptivos y que requieren de un mayor esclarecimiento dado hasta la actualidad son escasos los estudios sobre la materia.

Palabras Clave: Guarda de tránsito; Interés Superior del Niño; Adopción.



Summary

Guardianship for adoptive purposes is received by our legislation in Law 24.779 at the national level and, in the Province of Buenos Aires, through Law 14.528. So also in the International Conventions to which our State has adhered in favor of guaranteeing compliance with the best interests of children and adolescents (hereinafter NNA) who are in a probable situation of adoption.

In this sense, it is relevant to know what judicial criteria are generally implemented when deciding to grant custody for adoptive purposes, as well as to identify the emerging problems during the judicial process.

In this way, in the study proposed below, we will address, in addition to the theories on the subject, doctrine and jurisprudence, a sample of sentences located in the Judicial Department of Lomas de Zamora during the period 2015-2019 and a series of interviews with law enforcement personnel of family of the same judicial department and with people who at the time managed guardians for adoptive purposes. This qualitative approach offers a broad panorama that contemplates the perspective of all the actors involved in the judicial process as well as the secondary sources emanating from it.

In this line, the realization of the proposed study is feasible since we have Access to different digitized judicial sentences from the virtual entrance table of the province of Buenos Aires. It is known that from the letter of article 611 of the Civil and Commercial Code of the Nation (hereinafter CCYCN) guardianships for adoption purposes are prohibited to those who are not registered in the Single Registry of Applicants for Adoption (hereinafter RUAGA), which allows questioning the assessment criteria that regulate the aspects that must be taken into account. Into account when granting custody for adoptive purposes and that require further clarification given that until now there are few studies on the subject.

Keywords: Adoptive guard; Interest of the Child; Adoption.



2. Introducción

*“Siembra en los niños ideas buenas, aunque no las entiendan.
Los años se encargarán de descifrarlas en su entendimiento
y de hacerlas florecer en su corazón”.*

María Montessori

A continuación, se presenta el plan de investigación inicial, tal cual fue elevado a la junta departamental para su correspondiente aprobación.

2.1 Planteo del problema de estudio

Como se ha dicho las Leyes de Adopción Nacional N° 24779 y Provincial N° 14528, junto a las convenciones internacionales a las que nuestro Estado ha adherido en favor de proteger el interés superior del niño, permiten cuestionar los distintos criterios que se implementan al momento de dictar una sentencia. Los cuales pueden alterar en algún modo la aplicabilidad de la ley.

En base a ello nos surge como interrogante, desde el punto de vista jurídico, el alcance de la letra del artículo 611 del CCyCN donde se prohíben las guardas con fines de adopción a quienes no se encuentren registrados en el Registro Único de aspirantes a Adopción (en adelante RUAGA). Y, desde el punto de vista social, el impacto de los criterios de valoración que regulan los aspectos que deben tenerse en cuenta al momento de otorgar la guarda con fines adoptivos.

Resultando de lo planteado un trabajo de investigación cuyo ordenamiento jurídico se focalice desde una mirada compartida con las ciencias sociales, contemplando las relaciones entre ley y fallo y estableciendo si el fallo empírico es acorde o no con la propuesta jurídica.

2.2. Justificación del estudio

Los requisitos para proceder a la adopción de NNA se basan en que los pretendientes adoptantes se encuentren inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción. A sabiendas de la prohibición de entregas directas como guardas de

hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que la inscripción en el Registro es un instrumento destacable, pero nunca decisivo para separar a un niño de sus guardadores si es que esta decisión afecta el interés superior del niño (Notrica, 2016).

La noción de Interés Superior del Niño deviene de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989. A partir de la cual se reconoce a los NNA como sujetos plenos de derecho, dignidad, libertad y no sólo como objetos pasivos de intervención por parte de la familia, el Estado y la sociedad. En base a lo cual el Interés Superior del Niño se encuentra expresamente reglamentado en dicha Convención, cuya normativa fue aprobada en todas sus partes por la Ley N° 23.849 e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, con jerarquía constitucional, a través del art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional. La normativa incorpora cuatro principios fundamentales: el interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia, al desarrollo, participación infantil y a la no discriminación.

En la República Argentina la adopción fue adquiriendo mayor relevancia a partir del año 1971, mediante la Ley Nacional N° 19.134 que distinguió la adopción simple de la adopción plena con el propósito de desarraigar diferentes prácticas ilegítimas. Desde 1997 entró en vigencia la Ley Nacional N° 24.779 que, por su parte, requirió que los pretendientes adoptantes demostraran que tenían al menos cinco años de residencia en el país (evitando de esa manera la extradición de los menores a otro país). A través de ésta última se creó entonces el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva, invitando a las provincias a acogerse a la nueva normativa (Petrelli, 2017). Esta nueva normativa contiene una expresión mucho más clara respecto de sus restricciones, disponiendo en su artículo 611 que

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. (Cataldi, 2016, p.1).

Por su parte, la vigente Ley Nacional N° 26.994 del año 2014 regula y define el proceso de adopción en su artículo 594 de la siguiente manera

La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de

niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones del CCyCN. (Ley 26.994, 2014).

Esta última ley de adopción es más coactiva en materia de guarda de hecho en el campo de la filiación adoptiva. Debido a que han surgido grandes problemas de "vicios del consentimiento" y pedidos de nulidad de escrituras públicas de "entrega" de niños en vigencia de la antigua Ley Nacional N° 19.134.

El CCyCN vigente, no obstante, optó por seguir la Ley Nacional N° 24.779 reforzando lo dispuesto en el derogado artículo 318 del anterior Código Civil. De esta manera en su primer párrafo establece que la guarda directa está prohibida y su vulneración faculta al juez a separar al niño de su pretense guardador, siempre de acuerdo con el interés superior del niño.

Las guardas de hecho, por su parte, en la mayoría de los casos se dan cuando los progenitores evadiendo la responsabilidad parental entregan al niño eludiendo toda norma legal. Muchas veces los magistrados se ven en la disyuntiva de aceptar dichos casos que están fuera del marco legal y colocarlos en situación de adoptabilidad, como así también de tomar la decisión de separar al niño de la vinculación familiar aun habiendo transcurrido un tiempo determinado en ésta (Cataldi, 2016).

El artículo 640 del CCyCN regula las figuras legales que derivan de la responsabilidad parental y en ese sentido menciona la guarda a terceras personas, pero nunca con la mirada puesta en una futura adopción. En este mismo orden, el artículo 611 determina de manera expresa la prohibición de la entrega en guarda de NNA mediante escritura pública, acto administrativo o por intermedio de los progenitores y/o familiares. Respecto de lo cual la jurisprudencia encontrada ha sido crítica respecto de sus contradicciones e inconstitucionalidades.

Bajo estos lineamientos se observa el fallo de la Dra. Myriam Cataldi de fecha 15 de julio de 2016, "*L. G. M. s/control de legalidad - Ley 26.061*". Este alude que no alcanza con una guarda judicial para garantizar el bien supremo de NNA y que

únicamente se logra estabilidad en el seno de una relación de filiación otorgada por el instituto de adopción. Requiriendo una respuesta jurisdiccional a las posibles injusticias de la aplicación del art. 611. (Petrelli, 2017:4). El fallo referenciado remite a una causa de una niña de 7 años de edad alojada en un Hogar Convivencial a causa de hechos de violencias ejercidas por su madre, a la que se describió como de alto riesgo psiquiátrico para la niña. La madre fue citada en diferentes ocasiones a entrevistas pero no se presentó. El órgano administrativo también intentó estimular sus visitas a su hija. No obstante, progresivamente en un lapso de 5 años se desvinculó de la niña. Después de un tiempo un matrimonio concurrente del Hogar, conoció a la niña y estableció una relación afectiva a partir de compartir con ella los fines de semana, fiestas navideñas, vacaciones. Tras lo cual se solicitó la adopción como "referentes afectivos", con el impedimento de que no podían comenzar los trámites de adopción por no estar inscriptos en el RUAGA. (Petrelli, 2017). Como al entrevistar la jueza a la niña quedó expresado su deseo de vivir con ese matrimonio, las circunstancias requerían afrontar las vicisitudes referidas al art. 611 del CCyCN y la falta de inscripción en el RUAGA. (Petrelli, 2017).

Respecto de lo precedente Notrica afirma que el CCyCN en su artículo 595 modifica sustancialmente los principios jurídicos de la adopción, como así también sus procesos. Prestando especial atención en el interés superior del niño, el derecho de todo NNA a vivir en el seno de una familia, a respetar el derecho a su identidad, el derecho a ser oído y acelerar los tiempos administrativos y judiciales que eviten perjuicios irreparables. (Notrica, 2016:1).

Los principios de la adopción, retomando a Petrelli, "*... son las ideas fuerza, el marco interpretativo básico ineludible al que debe remitirse ante cualquier contradicción que pueda llegar a surgir*" (Petrelli, 2017:5). Basada en estos principios, la jueza en cuestión plantea la inconstitucionalidad del art. 611 por ser contradictorio al interés superior del niño, al no considerar y revalorizar los lazos afectivos de la menor. Según el autor la mayor virtud del fallo y su fundamentación no deja lugar a dudas jurídicas sobre la interpretación que se efectúa del art. 611 de parte de la jueza, evitando que la menor experimente un nuevo abandono al ser entregada en adopción a otra familia registrada como aspirante (Petrelli, 2017).

Con respecto a la falta de inscripción en el RUAGA, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires brinda una solución más profunda. Ya que entiende que los menores son sujetos y no deben tratarse como objetos al ser colocados en distintas familias y que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño. Si bien es un requisito esencial la previa inscripción en dicho Registro, no obstante, el fallo ordena al matrimonio realizar una evaluación en el RUAGA con la finalidad de ser declarados "aptos" para adopción y su consecuente inscripción a posteriori (Petrelli, 2017).

Por todo lo expuesto, el 19 de Marzo del 2021 se presentó un proyecto ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (Expediente 0832-D-2021 "Proyecto de Ley Mimí") que busca modificar el artículo 611 del CCyCN que determina en el tercer párrafo que "... *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*" (Ley N° 26994, 2014). Dicho proyecto propone incorporar el artículo 611 bis sobre adopción e introduce una nueva figura que ampara a los menores y a la familia de guarda; su sumario plantea la limitación de seis meses para los hogares de tránsito, en caso de prolongación la posibilidad de otorgar la guarda a las personas que fueron cuidadoras. De esta manera se intenta resolver situaciones en las que los NNA permanecen por un plazo mayor al establecido legalmente con la familia de guarda, evitando ser separados de dicho ambiente familiar en el que han establecido lazos afectivos. Tal como fue el caso testigo de "Mimí" de 3 años, que fue concedida en guarda cuando tenía 30 días de vida y luego de 3 años (superado ampliamente el plazo de seis meses) fue separada del hogar de la familia que la acogió en guarda.

2.3. Objetivos de investigación

2.3.1 Objetivo general:

El objetivo general del presente estudio intenta establecer, mediante el análisis pertinente de una selección de sentencias llevadas a cabo en los Juzgados de Familia del Departamento Judicial de Lomas de Zamora entre el periodo 2015-2019, los criterios judiciales generales asumidos a los fines de otorgar la guarda con fines adoptivos en concordancia con el interés superior del niño.

2.3.2 Objetivos específicos:

1. Analizar el sistema de ponderación de los hechos y el derecho por parte de los jueces al momento de resolver la aplicación o no de la regla del artículo 611 CCyCN;
2. Comprobar de qué modo las sentencias dictadas interpretan el interés superior del niño y cuáles son los mecanismos a tales fines;
3. Establecer qué principios de los procesos de adopción han sido utilizados por los jueces en las sentencias;
4. Observar cómo juega el margen de subjetividad judicial, con respecto al criterio que adoptan al momento de otorgar la guarda con fines adoptivos.

2.4. Antecedentes de investigación y marco teórico

El presente enfoque se abreva de diversos estudios y lineamientos sobre las definiciones conceptuales de guarda de hecho, familia, derechos de los NNA respecto de su identidad y adopción.

Desde hace largo tiempo la guarda de hecho se constituye como uno de los temas más debatidos en el derecho de familia por encontrarse entrelazado con la figura de la adopción (Herrera, 2020). Para Belluscio “la guarda es el derecho a tener los hijos consigo” (Belluscio, 1991, pág. 300). Zannoni, por su parte, define a la guarda como “un derecho- deber de los padres que está caracterizado por el reconocimiento legal de su autoridad y que deriva en el derecho-deber de convivir con los hijos y la obligación de éstos de habitar con sus padres.” (Zannoni, 1989, pág. 711). D’Antonio entiende que “la guarda es para los padres un medio integrante de la protección del menor”. En este sentido el autor indica que en el caso en que los padres por alguna razón no puedan ejercer este derecho, la guarda presupone una actividad de custodia, defensa o conservación de la persona del menor otorgada a terceros o institutos tutelares (D’Antonio, 1997, pág. 69). Bajo este mismo lineamiento Medina define a la “guarda de hecho” como la condición en la cual un NNA se encuentra bajo el cuidado de un guardador hasta llegar al proceso de adopción (Medina, 2016). Finalmente Díaz Guijarro la supone como un acto opcional. Dicho acto se puede dividir en dos formas distintas: la primera cuando los padres biológicos otorgan a su hijo a un tercero de forma extrajudicial, pudiéndose tratar de un familiar; la segunda cuando un NNA es

abandonado por sus progenitores y una persona lo acoge ejercitando la delegación de la responsabilidad parental en forma ilegal (Díaz de Guijarro, 2008).

De esta manera la familia es considerada la principal responsable de asegurar a los NNA el pleno disfrute y ejercicio de sus derechos, es decir, como “núcleo central de protección de la infancia” (Moretti y Torrecilla, 2019:3).

Otro estudio de carácter etnográfico se focaliza en las formas como fueron implementadas las políticas públicas de protección de los NNA con respecto a dos derechos principales: el de vivir en el seno de una familia y la participación de los adultos cuando se produce un cambio de responsabilidad parental con respecto a esos niños (Ciordia, 2020). Las políticas públicas deben asegurar el bienestar de los NNA en sus grupos familiares y sólo en el caso de no poder cumplirse las estrategias tendientes a la permanencia con sus familias se decide su separación de éstas. De acuerdo con la autora uno de los principales objetivos de estas transformaciones es el interés por mantener a los NNA dentro de su ámbito familiar. En caso de no ser viable dicha posibilidad se busca un adulto responsable de su cuidado en el mismo seno de sus lazos afectivos y sociales. Por su parte, los hogares destinados a la convivencia deben considerarse “como una realidad que no debería existir”, dado que son transitorios y el objetivo es que luego esos NNA sean incluidos dentro de un grupo familiar. Ello resalta el interés mencionado de que los NNA residan en el seno familiar y tengan un espacio social fundamentado en la adopción como “solución”. Sostiene Ciordia que por ello en los últimos años se han implementado, además, programas similares a modalidades institucionales de “acogimiento familiar” por considerarlos métodos alternativos a la institucionalización y a la adopción (Ciordia, 2020).

Por lo expresado la adopción se visibiliza de forma legal, respetando los derechos de todo NNA a tener una familia. Este criterio se agrupa con otro elemento sustancial de la adopción desde la perspectiva de derechos humanos, que contempla el período de tiempo entre que un NNA es separado de su familia de origen hasta que se concreta el proceso de adopción (Herrera y Molina de Juan, 2021). No obstante, el mayor problema que se presenta en estas situaciones es que los grupos familiares de procedencia de los NNA que están orientados a la adopción pertenecen a clases sociales vulneradas con grandes déficits estructurales (Ciordia, 2017).

Finalmente, ciertas propuestas recuperan nociones que abordan la problemática de los derechos de los NNA en relación al conocimiento de su identidad, así como del rol de los progenitores a poner en claro dicha identidad con el fin de que los adoptantes tengan derecho a la protección de una vida familiar pacífica y a la preservación de su intimidad (Villamayor, 2007).

2.5 Hipótesis de investigación

- Suponemos que la aplicación del artículo 611 del CCyCN genera criterios divergentes a la hora de ponderar hechos y derechos;
- En base a lo cual, y aun cuando el principio rector al momento de otorgar un menor en adopción es el interés superior del niño, interviene también el margen de subjetividad judicial;
- Finalmente consideramos que las sentencias dictadas interpretan el interés superior del niño de forma situada y a partir de entonces orientan los criterios y mecanismos utilizados en cada proceso de adopción.

2.6 Estrategia metodológica

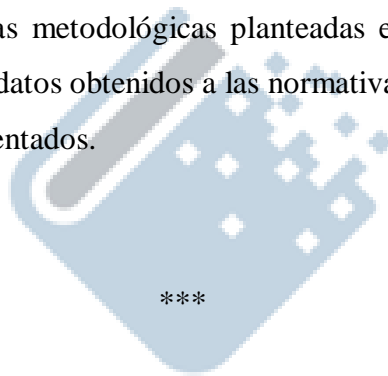
La estrategia a implementar en el presente estudio responde a un diseño de tipo cualitativo que consta de dos momentos metodológicos. En un primer momento exploramos el campo jurídico teniendo la particular consideración de las sentencias de guarda con fines de adopción resueltas en los tribunales del Departamento Judicial de Lomas de Zamora durante el periodo 2015-2019 y, a partir de la lectura de estas fuentes secundarias, interpretaremos los criterios y mecanismos argumentales de la causa en base a los principios del proceso de adopción. En una segunda etapa realizaremos entrevistas semi-estructuradas con profesionales del fuero de Familia del Departamento Judicial de Lomas de Zamora y con personas que en algún momento gestionaron guardas con fines adoptivos, para recuperar las diversas percepciones de todos los actores involucrados en el trámite judicial acerca de las situaciones de adoptabilidad.

2.6.1 Método de trabajo

El método de producción de datos mediante la entrevista semi-estructurada se basa en

un formulario que presenta una serie de preguntas abiertas y programadas con anticipación a la entrevista. Esta cualidad del formulario estructura y orienta la búsqueda de información sobre la tramitación de la guarda hasta llegar a la adopción definitiva, pero a la vez permite que el interlocutor se encuentre habilitado para realizar observaciones asociadas que no estaban explicitadas. Bajo el supuesto que la entrevista es una forma de comunicación interpersonal entre el investigador y el sujeto de estudio a fin de obtener respuestas verbales a los interrogantes planteados sobre el problema propuesto (Amador, 2009).

De esta manera las estrategias metodológicas planteadas en su conjunto remiten a la necesidad de contraponer los datos obtenidos a las normativas vigentes o, en su efecto, a los criterios jurídicos implementados.



Repositorio Digital de Trabajos finales y Tesinas

I. Capítulo 1: Reseña sobre la adopción en la Argentina

I.a. La historia

En nuestro país en el año 1948, a raíz de una serie de proyectos que se fueron presentando y de diversos debates, se sancionó la primera ley que regulaba la adopción. De esta manera, el Estado mediante esta nueva normativa empieza a comprometerse en las prácticas de transmisión de responsabilidades sobre niños menores de edad.

Para entonces la adopción era definida como una institución cuyo fin era el resguardo de aquellos menores que no tenían familia o que habían sido abandonados, como así también evitar la criminalidad. Se trataba de una institución cuyo fin era social ya que se encargaba principalmente del orden público.

Esta primera Ley que fue sancionada a lo largo del primer gobierno peronista (1946-1951), crea un beneficio social para la infancia, ya que además se incorporó la adopción de los "hijos ilegítimos". Proclamando a la adopción a través de los distintos sectores sociales y convirtiendo en prioridad la situación de aquellos niños que eran entregados a asilos o en custodia a "familias honorables" que asumían el rol de crianza y educación a través del ejercicio de las sociedades de beneficencia. (Villalta, 2003)

I.b. Los debates

En las primeras décadas del siglo XX comienza a desarrollarse una leve preocupación sobre el tema de la infancia abandonada y/o delincuente. Menores que al no tener una vigilancia familiar se convertían casi con seguridad en caldo de cultivo para la criminalidad. Como consecuencia se crearon establecimientos de reclusión para niños y jóvenes que dependían de ministerios nacionales (Villalta, 2003).

Durante la década de 1930 comenzaron a hacerse notorios los debates sobre la necesidad de sancionar una ley de adopción. Este debate cuestionaba la defensa de la familia legítima y un mayor control estatal sobre las instituciones privadas (Villalta, 2003). En ese contexto, la familia era concebida como aquella formada en el matrimonio legal, cristiano e indisoluble -según la definición normativa- donde los hijos producto de esa unión tenían derecho de herencia. Según el derecho romano la patria potestad solo se reconocía a los hombres. Los hijos se dividían según fueran legítimos e ilegítimos, estos

últimos en naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Solamente a los hijos naturales se les reconocían algunos derechos, a los demás se les negaba todo derecho sucesorio y de patria potestad. En ese momento había una gran influencia de la Iglesia católica, la cual justificaba que no se debía sancionar una ley de adopción ya que la misma sería una intromisión en el "santuario familiar" (Villalta, 2003).

Como señala Guy (1995) había una resistencia a sancionar una legislación sobre la adopción, dirigida a la preservación de la familia legal como garantía de los derechos hereditarios y de propiedad y con el mero fin de señalar una fuente de ética moral para la sociedad.

No obstante, durante la década de 1930 fueron presentados en el Congreso Nacional dos proyectos de ley: el instituto de la adopción y la Comisión Especial de Reformas al Código Civil. El autor de los proyectos presentados al Parlamento en 1933 y 1938 Dr. Coll señalaba que, si la adopción se presentaba por escritura pública o en el registro civil mediante el consentimiento de los padres, constituiría un acuerdo de voluntades. Esta forma puramente contractual fue cuestionada por no tener la participación del Estado en la formación de las relaciones de familia (Villalta, 2003).

Hacia la década de 1940 surgieron desde diferentes sectores una amplia gama de proposiciones para dar sustento jurídico a la adopción, debido a la falta de intervención estatal sobre distintos procedimientos mediante los cuales los menores eran entregados a familias para ser criados como hijos propios. Dichas prácticas estaban en manos de las sociedades de beneficencia y eran conocidas como "colocación de menores " en calidad de "hijos" o "para el servicio doméstico" (Villalta, 2003).

En ese momento eran habituales dos tipos de prácticas adoptivas: la primera de ellas consistía en "anotar como propio al hijo ajeno" por temor a que los verdaderos progenitores los reclamaran, la segunda era la colocación de menores. Los partidarios de que se sancione una ley de adopción sostenían que esas falsas inscripciones eran un hecho gravísimo ya que incorporaban a las familias a un heredero forzoso del progenitor y legítimo de los demás parientes. (Coll y Estivill, 1947, p.58).

Otro hecho fortuito, como fue el terremoto de San Juan en el mes de enero de 1944, intensificó los debates sobre la adopción con el fin de ayudar a los miles de huérfanos de dicha tragedia. La agilización de la sanción de una ley de adopción con vistas a modificar

algunos puntos menos contemplados hasta dicha fecha intentaba que la adopción ya no se identificara como caridad o beneficencia de las señoras de la oligarquía, sino como una medida de justicia social (Villalta, 2003).

I.c Las prácticas previas a la sanción de la Ley de Adopción

En el año 1931, se creó el Patronato Nacional de Menores, organismo público que tenía como fin organizar las distintas instituciones destinadas a la minoridad. Su presidente era el Dr. Jorge Eduardo Coll, autor de los dos proyectos de ley de adopción que se presentaron ante la Cámara de Diputados en los años 30. El mismo aseguraba que la beneficencia debía estar dirigida por un organismo estatal (Villalta, 2003).

Para el año 1939, la Sociedad de Beneficencia porteña registraba un gran número de colocaciones de menores que se dividían en entregas para "servicio doméstico", y otras "en calidad de hijos". Para ello se firmaba un "contrato de colocación", sin embargo los menores quedaban bajo la tutela legal de la sociedad. Transcurrido un tiempo, y si las benefactoras lo creían conveniente, la tutela era transferida a las personas guardadoras. (Villalta, 2003)

Simultáneamente, las mismas prácticas eran ejercidas por otra institución porteña creada en el año 1892, el "Patronato de la Infancia", cuyos objetivos principales eran proteger, asistir y darle tutela a la niñez abandonada. (Villalta, 2003)

Asimismo, las Defensorías de Menores porteñas eran las encargadas de "colocar en hogares" a los menores que se encontraban en la vía pública abandonados y eran llevados a estas dependencias por la policía. (Villalta, 2003)

I.d La sanción

En 1944 el diario *Crítica* (entre los meses de febrero y marzo) realizó una encuesta que versaba sobre la ausencia de una ley de adopción eficaz destinada a NNA en situación de orfandad o abandono. Esta fue motivada por la realidad de los huérfanos que quedaron como saldo tras el terremoto de San Juan en dicho año. Mediante la cual se interpeló la necesidad de encontrar soluciones concretas a la problemática de poblaciones de NNA cuyos progenitores habían fallecido y por ello se esperaba una pronta modificación del Código Civil. Instaurada esta preocupación, durante los años 1946 y 1947 el Poder

Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de Ley en el que solo se contemplaba a los menores huérfanos y abandonados (Villalta, 2003).

En el año 1948 la Comisión de Legislación General de Diputados presentó un proyecto que finalmente se convirtió en la primera Ley N° 13.252 de adopción en nuestro país. La misma acordaba la adopción de cualquier menor de 18 años, daba la patria potestad al adoptante, los adoptados tendrían los mismos derechos que los hijos legítimos y además permitía la adopción de un hijo en carácter de ilegitimidad. Con una cláusula que no permitía que un matrimonio que tuviese descendencia pudiera adoptar resultando el adoptado parte legítima de la familia del adoptante (Villalta, 2003).

Con la sanción de esta última Ley el debate parlamentario tenía un doble fin, por un lado, brindar amparo a los menores y, por otro, dar una familia legal a quienes no tenían una familia natural. De esta manera, se definía a la adopción como una institución social en donde el estado a través de ella concebía vínculos de familia. (Villalta, 2003).

Una de las consecuencias directas de la sanción de esta Ley fue que las sociedades de beneficencia se disolvieron y los establecimientos que la conformaban fueron absorbidos por el Estado. Otra fue que, a partir de entonces, los jueces comenzaron a regirse con mayores facultades y procedimientos más formales (Villalta, 2003).

Dicho proceso de adopción contemplaba tanto la figura del adoptante como la de los padres del menor, en caso de que no hubiesen perdido la "patria potestad". Y exigía el cumplimiento de una guarda previa de dos años. El concepto de "patria potestad" es semejable al de "responsabilidad parental" (CCyCN), que refiere al representante legal del/a NNA (en dicha Ley mencionado como "menor"). Estas denominaciones fueron mutando a partir de las propuestas de la Convención sobre los Derechos del Niño, que se afianzaron luego en la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Herrera, 2019).

Recién en 1971 se promovió la Ley 19.134 o segunda Ley de adopción, que derogó a la Ley 13.252 pero igualmente incorporó elementos sustanciales de dicho cuerpo jurídico. Tal vez el aspecto más importante que merece ser resaltado es que introdujo un doble tipo de adopción: plena y simple. De esta manera, se incorporaba al derecho argentino la adopción plena, estableciéndose en el art. 14 que

La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo. (Herrera, 2019, p. 610)

La adopción plena era considerada irrevocable. En cuanto a los requisitos, la ley 19.134 resultó mucho más accesible que la Ley 13.252 que disponía un límite de edad de los adoptantes (debían ser mayores de 35 años, presentar al menos cinco años de matrimonio e infertilidad alguno de sus miembros). Además de suprimir el límite de edad, facilitaba la adopción a personas cuya única condición fueran no tener hijos/as. No obstante, mantuvo la diferencia de edad de 18 años entre adoptado y adoptante. Aunque el requisito no era necesario en el supuesto de que el cónyuge supérstite adoptara al hijo adoptado del premuerto (Herrera, 2019).

Otra diferenciación fue que la guarda previa se disminuyó de dos a un año y se permitió la entrega de NNA por acto administrativo o instrumento público. Concesión ésta muy juzgada por la doctrina que dio lugar a una nueva modificación legislativa en el año 1997 con la sanción de la Ley 24.779. Esta última mantuvo el doble régimen adoptivo (simple y pleno) pero prohibió la guarda por escritura pública o acto administrativo para iniciar un proceso de adopción (Herrera, 2019). También estableció un doble proceso judicial -guarda y juicio de adopción- y puso en orden el derecho esencial del adoptado a poder conocer su "realidad biológica" (art. 328), es decir, su identidad.

La ley 25.854/03, por su parte, regula el RUAGA (Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos). En la órbita del Ministerio de Justicia de la Nación funciona un registro nacional que tiene por finalidad enunciar una lista de aspirantes a guardas con fines de adopción. Este listado se denomina 'Nómina de Aspirantes'. Se trata de una nómina que introduce cada provincia adherida a este registro nacional, mediante una terminal informativa de datos de los pretensos adoptantes que se inscribieron en cada registro local y obtuvieron una evaluación satisfactoria (Herrera, 2019)

Para ello, el art. 7° crea un "Libro de Aspirantes" en el que deben constar los siguientes datos o información mínima: a) Número de orden, fecha de inscripción, apellido, nombre, lugar y fecha de nacimiento, sexo, estado civil y, en su caso, acta de matrimonio,

profesión u oficio, en caso de imposibilidad de concebir se deberán exhibir los estudios médicos correspondientes y certificado de reincidencia; b) Datos completos de hijos si los hubiere, indicando en cada caso: apellido, nombres, fecha de nacimiento, si es biológico o adoptado y, en su caso, si la adopción es simple o plena, si vive o no, si habita con el aspirante y domicilio legal. Número de niños que estaría en condiciones de adoptar, edades, si acepta menores con discapacidad, si acepta grupos de hermanos, si previamente ha tenido menores en guarda y resultado de ella; c) Evaluación jurídica, médica, psicológica y socio-ambiental de los postulantes y su núcleo familiar inmediato; indicación de la documentación acompañada; d) Constancia del trámite que se debe entregar a los aspirantes en los que surja: número de legajo adjudicado, fecha de inscripción, organismo interviniente y transcripción del art. 14 que expresa: "Las inscripciones de admisión de aspirantes mantendrán su vigencia durante el término de un año calendario, al cabo del cual deberán ratificarse personalmente por los interesados, operándose caso contrario, la exclusión automática de los mismos (Herrera, 2019, p.611)

En la actualidad tanto la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como todas las provincias que integran el territorio nacional se encuentran adheridas a este registro. Motivo por el cual aquellas personas con intención de adoptar deben inscribirse en su respectivo registro local (de acuerdo con su domicilio) y, automáticamente, quedan registrados en el RUAGA (Herrera, 2019)

I.e El marco normativo

A continuación, se presentan las bases normativas que dan sustento a los juicios por adopción. Las cuales resultan de suma relevancia para entender los mecanismos que operan a la hora de determinar un proceso adoptivo. Este cuerpo legal ilumina las perspectivas nacionales vigentes en torno a los procedimientos jurídicos, así como las internacionales de las cuales el Estado argentino forma parte.

I.f Normativa Internacional

El instrumento internacional que tuvo mayor adhesión y ratificación de todos los países del mundo a excepción de Estados Unidos de América y Sudán del Sur es la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN).

Dicha Convención establece una sucesión de disposiciones donde prioriza el rol de la familia en el cuidado de NNA y hace responsable al estado de avalar su continuación dentro de la familia de origen. De esta manera se focaliza en el interés superior del niño (art. 3), la igualdad y la no discriminación (art. 2), el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo (art. 6), la identidad (art. 8) y la escucha del menor (art. 12), entre otros principios rectores. También en el art. 9 reconoce el derecho de NNA a vivir en una familia y establece que

Los Estados Parte 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 Parte 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. 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 Parte se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas (MPT-CABA, 2018, p.16).

Por otro lado, el órgano interpretativo de la Convención, también llamado “Comité de Derechos del Niño”, manifiesta lo siguiente

Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la

separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres (MPT-CABA, 2018, p.16).

Y en paralelo

En caso de separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada, cuando sea posible, por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada, de conformidad con el artículo 9 de la Convención, a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño (MPT-CABA, 2018, pp.16-17).

Conforme el artículo 18 de la Convención el derecho a vivir y desarrollarse en una familia debe ser garantizado por el Estado, el mismo expone que

Los Estados Parte 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 Parte 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. (MPT-CABA, 2018, p.17).

Existen otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado argentino en los que se resguarda este derecho, entre ellos se pueden mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 17 inc. 1 y 19, Protocolo de San Salvador, arts. 15 inc. 1 y 16, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10 inc. 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 23 inc. 1 y 24, inc. 1; entre otros.

De esta manera, la Convención y los demás instrumentos internacionales ponen en manos de los Estados el compromiso de avalar que los NNA puedan convivir con sus

familias, agotando todas las alternativas posibles para preservar ese derecho; pensándose al concepto de convivir con sus familias como aquella que abarca a la familia ampliada. (MPT-CABA, 2018).

Este compromiso internacional asumido implica la obligación de cada Estado de adecuar la normativa interna y de legislar en función del respeto y la promoción de los estándares internacionales (MPT-CABA, 2018, p.17).

I.g Normativa nacional

En correspondencia con lo señalado por la normativa internacional y como se mencionó anteriormente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador amparan los derechos de NNA y de protección de la familia a nivel local.

Dichos instrumentos interpelan al Estado nacional a cumplir con las obligaciones acordadas y, a su vez, a tomar las medidas adecuadas que se requieran de acuerdo con las situaciones particulares de los menores en nuestro país (MPT-CABA, 2018).

Repositorio Digital de
Trabajos finales y Tesinas

II. Capítulo 2. La guarda y el proceso adoptivo

II.a Aspectos generales de la adopción

La definición de adopción se fundamenta en los principios establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, conocido como el modelo de "protección integral de derechos". Desde una perspectiva sistémica del sistema jurídico, ninguna regulación de la adopción puede contradecir ni omitir las normas relacionadas con los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Esto incluye no solo la Convención sobre los Derechos del Niño y la Opinión Consultiva nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica del Niño, que forman parte del "*bloque de la constitucionalidad federal*" y, por lo tanto, tienen aplicabilidad directa a nivel nacional, sino también leyes "paraguas" como la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la cual profundiza en su plano interior los principios de la Convención sobre los derechos del niño. (Herrera, 2019).

Por lo expresado se considera que la adopción

(...) es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código (Herrera, 2019, p.612).

Este concepto sólo se refiere a la llamada "adopción de amparo", o sea, aquella que brinda amparo a NNA cuando no lo puede hacer su familia de origen. Dejando fuera legalmente la adopción de mayores de edad y la adopción de integración, que también están reconocidas en nuestra codificación jurídica (MPT-CABA, 2018).

Por su parte, el Código expone los principios generales sobre los cuales se construye este instituto jurídico. Estos son: el interés superior del niño; el respeto por el derecho a la identidad; el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos; el derecho a conocer los orígenes; y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído/a (MPT-CABA, 2018).

La interacción ineludible entre la regulación de la adopción y el modelo de protección integral de derechos se evidencia en la definición de la adopción, la cual reconoce su propósito de satisfacer el derecho fundamental de NNA a vivir en un entorno familiar. El fortalecimiento de la familia, como se describe en el artículo 4, inciso a) de la ley 26.061, refiere al "*fortalecimiento del papel de la familia en la realización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*" como uno de los fundamentos en los que se basa el sistema de protección integral establecido y regulado por la mencionada ley. Esta, a su vez, sostiene que "*(...) la familia es principalmente responsable de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el pleno disfrute y ejercicio efectivo de sus derechos y garantías*" (Herrera, 2019).

En su artículo 37, en particular, refiere a las medidas de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Se destaca la importancia de que permanezcan conviviendo con su grupo familiar como medida prioritaria para su protección. Esta disposición legal está en línea con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en la Opinión Consultiva número 17 sobre la Condición Jurídica del Niño, la cual fue reafirmada en el fallo del caso "Fornerón" del 27 de abril de 2012.¹

¹ Asimismo se puede citar el caso "Fornerón e hija vs. Argentina" Los hechos del presente caso se inician el 16 de junio de 2000, cuando nace M, hija de Diana Elizabeth Enríquez y de Leonardo Aníbal Javier Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entregó su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal.

Leonardo Aníbal Javier Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre en toda ocasión. Tras el nacimiento de M, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, Leonardo Aníbal Javier Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Un mes después del nacimiento de M. el señor Fornerón reconoció legalmente a su hija.

El 1 de agosto de 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M. En el procedimiento judicial sobre la guarda, Leonardo Aníbal Javier Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez, y manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada. Asimismo, se practicó una prueba de ADN que confirmó su paternidad.

El 17 de mayo de 2001 el Juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z e indicó que se podría instrumentar en un futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. El señor Fornerón recurrió la sentencia, y ésta fue revocada en apelación dos años después de la interposición del recurso. El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra esta decisión. El 20 de noviembre de 2003 el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia. Finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M. al matrimonio B-Z.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 27 de abril de 2012 dictó sentencia y declaró responsable al Estado argentino por la violación de derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a los derechos del niño consagrados en los artículos 8.1, 25.1 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en los párrafos 44 a 57 y 65 a 111 de la sentencia. (Herrera, 2014).

La Opinión Consultiva número 17 de la CIDH establece la importancia de garantizar el derecho de NNA a vivir en un entorno familiar. Reconociendo su derecho a la protección y cuidado de sus padres o, en su defecto, de su familia extensa o de una familia sustituta adecuada. La CIDH también destaca la importancia de la convivencia familiar como un aspecto fundamental para el desarrollo integral de NNA y para el ejercicio de sus derechos.

Estas consideraciones legales y jurisprudenciales reflejan la comprensión de que los derechos civiles y políticos (como el derecho a vivir en familia) están estrechamente vinculados e interdependientes con los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC). Los derechos de NNA y su bienestar no pueden separarse de su entorno social y familiar, y la convivencia familiar es fundamental para garantizar su desarrollo adecuado en todos los aspectos de sus vidas.

En resumen, tanto el artículo 37 mencionado como las decisiones de la CIDH en la Opinión Consultiva número 17 y el caso "Fornerón" destacan la importancia de que NNA permanezcan conviviendo con su grupo familiar como una medida de protección de sus derechos, reconociendo la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (Herrera, 2019).

Por su parte, la mayoría de los estados conflictivos que derivan en un proceso de adopción se originan del plan de defensa integral de derechos. De esta manera, el derecho de NNA a vivir en una familia diferente a la de origen a través de la adopción se debe considerar una vez que se haya descartado la posibilidad de que el/la menor pueda quedarse con su familia de origen o familia extendida. Este equilibrio es el resultado de una perspectiva integral propuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño (Herrera, 2019).

Respecto de los principios de la adopción, el interés superior del niño es un elemento de valoración ineludible para jueces en procesos adoptivos, por lo que deben dirimir cada situación según sus circunstancias particulares (MPT-CABA, 2018).

Otro aspecto relacionado al interés superior del niño son los principios regentes que se deben establecer al tomar decisiones que afectan a la población NNA. Se deben considerar su bienestar, protección y derecho a la identidad como principal consideración.

Es decir, cualquier medida que se tome debe estar enfocada en garantizar el bienestar físico, emocional y social del niño por sobre cualquier otro interés (Herrera, 2019).

El derecho a la identidad y a conocer los orígenes es otro factor sumamente importante en la adopción ya que al crearse nuevos vínculos nunca puede significar la privación y la ignorancia de la historia de vida de los menores y su realidad biológica. De esta manera, el código prevé que el/la adoptado/a mayor de edad pueda acceder a su expediente de adopción (MPT-CABA, 2018).

Las principales modificaciones en la teoría y práctica de la filiación biológica fueron introducidas por el derecho a la identidad y marcó algunas de las reformas que el nuevo Código Civil y Comercial acoge en este ámbito. Para ser más precisos, el código en su art. 596 establece

El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada. (MPT-CABA, 2018)

Si retomamos el concepto de derecho a la identidad, en el ya citado caso "Fornerón" la CIDH lo describe como

(...) el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto

de derechos de que se trate y las circunstancias del caso (Herrera, 2019, p.627-628)

Según la autora la identidad personal es un concepto complejo que se refiere a la percepción que una persona tiene de sí misma y cómo se define en relación con el mundo que la rodea. Está compuesto por diversos elementos, incluyendo la experiencia histórica, biológica, cultural y social del individuo, así como sus interacciones con los demás². Durante la niñez, la construcción de la identidad es especialmente relevante debido a que es un período crucial en el desarrollo de la personalidad. Durante esta etapa, los niños y niñas comienzan a formar una comprensión de quiénes son, qué les gusta y qué les disgusta. En este proceso de construcción de identidad, la familia y el entorno social juegan un papel fundamental. Los vínculos que los niños desarrollan con sus padres, hermanos, amigos y otros miembros de la comunidad ayudan a moldear su percepción de sí mismos y su lugar en el mundo. La forma en que los adultos y la sociedad les tratan también influye en cómo los niños se ven a sí mismos y cómo perciben su valía personal (Herrera, 2019).

Es importante destacar que, si bien la identidad se configura a lo largo de toda la vida de una persona, en la niñez la construcción identitaria puede tener un impacto significativo en el desarrollo socioemocional y psicológico del resto de la vida de un individuo. Por lo cual se puede afirmar que durante la niñez la construcción de la identidad es especialmente relevante. Durante esta etapa, los niños y niñas comienzan a formar una comprensión de quiénes son, qué les gusta y qué les disgusta. Y, en este proceso, la familia y el entorno social juegan un papel fundamental. Los vínculos que los niños desarrollan con sus padres, hermanos, amigos y otros miembros de la comunidad ayudan a moldear su percepción de sí mismos y su lugar en el mundo. La forma en que los adultos y la sociedad les tratan también influye en cómo NNA se ven a sí mismos y cómo perciben su valía personal.

Respecto del agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, este principio asigna que las actuaciones judiciales o administrativas en casos de vulneración de derechos de NNA tengan como primordial el objetivo de conservar o restituir la convivencia en la familia de origen. Solamente en ciertos casos de

² Incluye el derecho de cada individuo a conocer y ser reconocido como parte de una familia y una comunidad, así como el derecho a su nombre, nacionalidad y origen.

que coexistan razones precisas, fundadas en el interés superior del niño, será procedente la separación de la familia de origen (MPT-CABA, 2018).

El principio de preservación de la familia de origen, por su parte, se relaciona con el mencionado derecho a permanecer en la familia y también con el derecho a la identidad. Ambos derechos humanos que se analizaron de manera sucinta pero elocuente al indagar sobre la jurisprudencia regional en el caso Fornerón. Sobre este último, la CIDH resaltó que "(...) *salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia*" y sólo entendiéndose que "*la separación debe ser excepcional y preferentemente, temporal*" (Herrera, 2019). Además, dicho principio refiere a la idea de que, en situaciones en las que NNA sean separados de sus familias biológicas, se deben tomar medidas para preservar y proteger el vínculo con su familia original siempre que sea posible y en su mejor interés.

El derecho a permanecer en la familia se basa en el principio de que NNA tienen derecho a vivir con su familia biológica, siempre que sea seguro y adecuado. Este derecho es reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y en otras leyes y tratados internacionales relacionados con los derechos humanos y los derechos del niño. En situaciones en NNA están en riesgo o no pueden vivir con su familia biológica debido a circunstancias graves, como abuso, negligencia o incapacidad para brindar un entorno seguro, los Estados tienen la responsabilidad de garantizar que se tomen decisiones en el mejor interés del niño. Esto puede incluir medidas como el cuidado alternativo, como la adopción o la tutela, pero siempre se debe tener en cuenta la importancia de preservar la identidad y el vínculo con la familia de origen, siempre que sea posible y seguro. No obstante, es fundamental abordar cada situación de forma individual y considerar los mejores intereses del niño como guía principal al tomar decisiones sobre su bienestar y su entorno familiar.

Por lo expuesto, los derechos a la permanencia en la familia y a la identidad son componentes cruciales de este enfoque en el que el objetivo principal en casos de adopción es garantizar el bienestar y el interés superior del niño (Herrera, 2019). Si un miembro de la familia ampliada, como abuelos o tíos, está dispuesto y capacitado para hacerse cargo del cuidado del/a menor y esto se considera una mejora para éste/a, es posible que se considere la opción de que viva con ellos en lugar de declararlo adoptable por otras

familias. La decisión final será tomada por las autoridades competentes teniendo en cuenta todos los factores relevantes y la legislación vigente en el momento del proceso (Herrera, 2019).

Desde la legislación vigente se revaloriza a la familia de origen. Dicha consideración fue también puesta de manifiesto por la CIDH en el caso "Fornerón". Desde entonces el CCyCN dispone que los progenitores puedan intervenir en el carácter de parte en el proceso en el cual se disputa, si en la situación afectivo-legal proyectada corresponde que se declare la adopción. Asimismo, al regular y ajustar los tipos de adopción se permite a los jueces consentir la adopción plena. Otorgando el vínculo jurídico en principio con algún miembro de la familia y venerando, desde el punto de vista legislativo, a los lazos afectivos (Herrera, 2019).

Respecto de la preservación de los vínculos fraternos, en el Código prevalece la idea de no separar a los grupos de hermanos/as, cuando esto no fuese posible prevé el mantenimiento de los vínculos entre sí, salvo distintos motivos que requieran de otras medidas (MPT-CABA, 2018).

Y, finalmente, en lo que atañe al derecho de NNA a ser oído/a y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, se debe considerar durante todo el proceso de adopción siendo imperativa su aprobación a partir de los diez años. Dicha exigencia recibió críticas por parte de alguna doctrina especializada, donde se estableció, de acuerdo con los criterios que indica la Convención sobre los Derechos del Niño, que dicho consentimiento sería necesario cuando el niño tuviese la suficiente edad y madurez para expresarlo (MPT-CABA, 2018).

II.b La adopción plena

Con la ley 19.134 se incorpora en el derecho argentino la figura de la adopción plena (art. 14) y se introduce al CCyCN con la reforma de la ley 24.779/15 (art. 323). Su principal efecto es que se extinguen los vínculos con la familia de origen cuando el adoptado pase a emplazar el estado de hijo de la familia adoptante.

Motivo por el cual el derogado artículo 323 decía que

El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de

que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico (Herrera, 2019, p.648)

Por lo que se puede entender a la adopción plena como aquella que

Confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo (Herrera, 2019, p.648).

A diferencia de la simple, se sigue el principio de la irrevocabilidad que se expone en el art. 624 afirmando que "*la adopción plena es irrevocable*" (Herrera, 2019)

II.c El procedimiento: la guarda de hecho

El instituto de la adopción también refiere a la prohibición expresa de la entrega directa en guarda de NNA, decisión añadida al código en su última reforma. Pudiendo la adopción ser concretada de diversas formas como son la inscripción de NNA como propio y la entrega de NNA a otra familia, obedeciendo a situaciones de vulnerabilidad social. En los casos citados fuera del ordenamiento legal resulta instituirse una evidente vulneración del derecho a la posibilidad de permanecer en su familia de origen, a la identidad y el acceso a la justicia como control jurisdiccional (MPT-CABA, 2018).

Dicha prohibición expresa de la entrega directa en guarda de NNA alega a los compromisos internacionales tomados por el Estado argentino, quien debe legislar para avalar el derecho a la convivencia familiar y el acceso a la justicia y mediar con el fin de evitar la venta de NNA. De esta manera, su incorporación al código obedeció a la necesidad de acentuar lo ya establecido por la Corte Interamericana en el caso "Fornerón" en relación con la prohibición de entrega directa de NNA

(...) el deber del Estado consiste en adoptar todas las medidas idóneas para alcanzar el fin de impedir toda venta de niños; es decir, no puede optar entre distintas medidas, sino que debe impedir la "venta" de todas las maneras posibles, sin excepciones o limitaciones, lo cual incluye, entre otras medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter, la obligación de prohibir penalmente la "venta" de niños y niñas, cualquiera sea su forma o fin. (MPT-CABA, 2018, p.51).

Caso contrario, la entrega de NNA a cambio de remuneración o retribución puede interpretarse como un acto de explotación infantil y trata de personas. Este tipo de acciones afecta directamente los derechos fundamentales de NNA como su libertad, integridad personal y dignidad. Los NNA son particularmente vulnerables en estas situaciones ya que pueden ser manipulados y forzados a situaciones peligrosas o de abuso.

Esto último viene a colación de que bajo la ley de Adopción anterior N° 19.134 se permitía la entrega directa de un niño por parte de sus progenitores a futuros adoptantes sin un proceso de adopción formal y regulada. Práctica que podía dar lugar a situaciones problemáticas y/o abusivas. La situación cultural y socioeconómica muchas veces llevaba a los padres biológicos a tomar decisiones apresuradas y no bien fundamentadas, pudiendo tener un impacto negativo en los derechos y bienestar del menor. La falta de controles adecuados en este tipo de adopciones, sin duda, conducía a diversas vulneraciones de los derechos (Herrera, 2019).

La ley 24.779, por su parte, introdujo modificaciones fundamentales como impedir el contacto directo entre la familia de origen del menor y la familia adoptiva y/o la transmisión directa ante escribano público o acto administrativo (supuestos como hechos lícitos para solicitar la adopción de un niño). Así, el derogado art. 318 menciona que “(...) *se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo*” (Ley N° 24.779, art. 318). Desde esta perspectiva, la adopción debe llevarse a cabo a través de un proceso legal y supervisado por las autoridades competentes, lo que implica una evaluación y preparación adecuada tanto para los futuros padres adoptivos como para los padres biológicos. También se busca que el proceso de adopción esté centrado en el menor, teniendo en cuenta sus necesidades individuales y brindándole estabilidad emocional y socio familiar.

La mencionada prohibición de la Ley 24.779, que se mantiene con algunas reformas en el art. 611 del CCyCN, resalta que

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 pretense 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 (Herrera, 2019, p.663-664).

La guarda de hecho se refiere a la situación en la que una persona asume la responsabilidad de cuidar y criar a un menor de edad sin que exista una adopción formal o un acuerdo legal de tutela. La excepción a la guarda de hecho es cuando existe una relación de parentesco entre la familia biológica del menor y la familia que pretende adoptarlo o hacerse cargo.

En otras palabras, si hay un vínculo de parentesco entre ambas familias, como podría ser el caso de la familia extendida (abuelos, tíos, primos, entre otros), entonces se podría permitir que esa familia ampliada asuma la guarda de hecho del menor sin que se requiera un proceso formal de adopción (Herrera, 2019).

En efecto, el interés por comprender cómo se genera el vínculo afectivo entre un niño y sus potenciales adoptantes es de gran importancia en el proceso de adopción. Este vínculo afectivo es crucial para el desarrollo emocional y psicológico del niño, ya que influye en su capacidad para establecer vínculos saludables en el futuro.

No obstante, en la práctica jurídica se puede observar que en algunas oportunidades se corrompe de manera consiente la prohibición del art. 611 del CCyCN. En este sentido se puede mencionar, por ejemplo, las situaciones en que matrimonios viajan a distintas regiones del interior y mediante intermediarios se contactan con mujeres gestantes quienes, a cambio de un resarcimiento económico u otros efectos, entregan de manera directa a su descendencia al momento de nacer. Luego retornan a su domicilio donde conviven y establecen vínculos socios afectivos mediante dicha guarda de hecho. Y recién después de transcurridos varios años deciden solicitar la guarda con fines adoptivos, momento en que la justicia debe tomar parte decisoria ante una clara situación de ilegalidad.

Este tipo de situaciones específicas podrían despojar al NNA del derecho de permanecer en dicho seno familiar, reubicándolo en un hogar o familia de tránsito sin la garantía de que se cumplan los requisitos legales para asegurar su bienestar o resituándolo a la espera de un nuevo matrimonio inscripto en el registro de pretendidos adoptantes. Lo cual conllevaría un fuerte impacto en la vida cotidiana del menor, donde debería ser

primordial hacer valer su interés superior como derecho fundamental. Planteando la disyuntiva jurídica de qué decisión tomar: si la de dar continuidad al trámite de adopción solicitado por los guardadores de hecho o, por el contrario, disponer la separación de dichos guardadores siguiendo las normas del proceso de adopción establecido por el CCyCN.

Además de ello, se pueden resaltar también las desavenencias socio afectivas que se derivan de las situaciones de irregularidad que el CCyCN intenta impedir. Y que emanan de una actitud fundamentalista o taxativa que, en última instancia, refuerza la vulneración del interés superior del niño. (Herrera, 2019)

Por tales motivos, es importante encontrar el equilibrio adecuado entre la protección legal y el interés superior del niño para potenciar el beneficio de la adopción legal. Las leyes y regulaciones deben adaptarse para abordar situaciones cambiantes y asegurar que el bienestar del menor sea una prioridad en todo momento. En algunos casos, podría ser necesario considerar la implementación de disposiciones legales más flexibles que reconozcan las diversas formas en que se pueden establecer relaciones socios afectivos y significativos para la institución familiar en cuestión.

En conclusión, se debe reinterpretar la guarda de hecho para reconsiderarla como una guarda con fines adoptivos, especialmente en aquellas situaciones excepcionales donde se hayan previamente establecido vínculos afectivos permanentes entre los guardadores y NNA.

II.d Situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente

El proceso de adopción de un niño se divide en dos etapas principales: la declaración de situación de adoptabilidad y el proceso de adopción propiamente dicho. Estas etapas están reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

1- Declaración de Situación de Adoptabilidad: Implica determinar si el niño o niña se encuentra en una situación de adoptabilidad, es decir, si no puede ser cuidado de manera adecuada por su familia biológica y si es conveniente para su bienestar ser adoptado por otra familia. Durante esta etapa, se realizan evaluaciones para determinar la idoneidad de los adoptantes potenciales y las necesidades psico-afectivas del menor.

2- Proceso de Adopción: Una vez que se ha declarado la situación de adoptabilidad del

menor, se inicia el proceso de adopción propiamente dicho. Este proceso involucra el encuentro y la vinculación del niño con su futura familia adoptiva. Como ya se ha dicho anteriormente, los adoptantes deben ser evaluados para comprobarse de que puedan brindar el ambiente adecuado para el menor. Una vez que se ha establecido la vinculación entre los adoptantes y éste, se solicita la adopción ante un juez y si se cumplen todos los requisitos y el juez los considera pertinente, se emite la sentencia de adopción. (Herrera, 2019)

En el nuevo régimen, la "guarda para adopción" se ha convertido en una figura jurídica intermedia y transitoria, y ya no se trata como un proceso judicial propio. Esto podría implicar que la figura de la "guarda para adopción" se utiliza como una medida temporal mientras se evalúa la situación del menor y la idoneidad de los adoptantes potenciales. Una vez que se determina que la adopción es la mejor opción y se cumplen los requisitos legales, se resuelve el proceso de adopción plena. (Herrera, 2019).

Cuando un menor enfrenta situaciones de vulnerabilidad o riesgo en su entorno familiar, las autoridades pueden tomar medidas excepcionales para proteger sus derechos y bienestar. Estas medidas pueden incluir la separación temporal del NNA de su familia de origen y su colocación en una situación de cuidado alternativo, como hogares de acogida, centros de atención o con familiares cercanos.

El objetivo principal de estas medidas de protección es brindar a la familia de origen la oportunidad de abordar y resolver los problemas que llevaron a la separación con su hijo/a. Se trabajará en la rehabilitación familiar y en la construcción de las condiciones adecuadas para que el NNA pueda regresar a su familia de origen. Si, a pesar de los esfuerzos realizados, las estrategias implementadas para la rehabilitación y restitución del NNA a su familia primaria no tienen éxito y persisten las razones que llevaron a la separación, las autoridades pueden considerar otras alternativas.

En este punto, si se determina que la reintegración del NNA con su familia de origen no es posible y no existen otros parientes dispuestos o idóneos para asumir su cuidado, se podría proceder a la declaración de situación de adoptabilidad. Esto significa que se establece legalmente que el NNA está en condiciones de ser adoptado por una familia distinta.

Una vez que se declara la situación de adoptabilidad, se inicia el proceso de adopción propiamente dicho. Esto implica encontrar una familia adoptiva adecuada a

través de una serie de coincidencias entre los adoptantes y el menor. Una vez que se establece la vinculación entre la familia adoptiva y el NNA, se lleva a cabo el proceso legal de adopción, que culmina con una sentencia judicial (Herrera, 2019).

En este sentido, el sistema de adopción surge como respuesta frente a las medidas de protección integral de los derechos de NNA de acuerdo con las leyes nacionales y provinciales. Específicamente cuando éstas no logran garantizar los niveles de bienestar y seguridad de los menores en su familia de origen. En situaciones en las cuales la propia familia no resulta fuente de contención y cuidado, o en su efecto abandonan y renuncian a la guarda del menor, es el quien Estado asume la responsabilidad de intervenir.

Las leyes nacionales y provinciales de protección integral de derechos, como la Ley Nacional 26.061, establecen las medidas que incluyen desde el acogimiento en hogares de tránsito, el trabajo con la familia de origen para rehabilitación o reunificación y otras intervenciones diseñadas para salvaguardar el interés supremo de NNA. Sin embargo, la adopción se presenta como una medida de último recurso. Con el objetivo de brindar al menor una familia y un entorno en el cual pueda crecer en las mejores condiciones posibles. Por lo que es importante que, en todo el proceso, se priorice el interés superior del niño y se respeten sus derechos fundamentales (Herrera, 2019).

Como se puede observar, dicha autora destaca las cuestiones relacionadas con la protección y el cuidado de los menores en situación de adoptabilidad, especialmente en su primera infancia. Respecto de lo cual, la CIDH afirma que

Los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. (Herrera, 2019, p.670).

No obstante, también se considera relevante profundizar los procedimientos evaluativos que determinan realmente las necesidades de cuidado y bienestar de los menores, que no van a ser las mismas en todos los casos.

La CIDH es un órgano judicial autónomo que interpreta y aplica la Convención

Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados relacionados en el continente americano. En el contexto de los procedimientos administrativos y judiciales que involucran a personas menores de edad, enfatiza que se deben tomar medidas excepcionales para garantizar que los derechos humanos de los menores sean respetados y protegidos. Esto es particularmente relevante en casos que se relacionan con la adopción, la guarda y la custodia de NNA en su primera infancia. Ya que dicha afirmación de la subraya la responsabilidad de las autoridades y del sistema judicial en el abordaje de los asuntos que afectan a NNA, desde un enfoque fundamentado en el interés superior del niño con particular atención en la celeridad de la toma de decisiones (Herrera, 2019).

De manera más o menos directa, existen varios precedentes judiciales que admiten la declaración en estado de adoptabilidad de un NNA. Por ejemplo, se podría citar una sentencia de la Corte Suprema de la Nación del año 2010 en la que se confirma una *"situación de desamparo subjetivo y en estado de adoptabilidad por la incapacidad de los progenitores para asumir responsablemente la crianza de sus hijas"*, de acuerdo a cómo fuera decretada en las peticiones previas. En base a que no demostraron cambios ni superaron las dificultades para asumir dicha responsabilidad que motivaron consecuentemente el ingreso de las menores a un centro de cuidado alternativo. Por lo expuesto, se determinó *"declararlas en situación de desamparo subjetivo y en estado de adoptabilidad"* (Herrera, 2019, p.671).

Si retomamos el proceso de declaración judicial del estado de adoptabilidad, como se ha dicho rige el principio de prevalencia de la familia de origen en relación con el CCyCN que refiere al agotamiento de las medidas dirigidas a la posibilidad de permanencia en dicha institución (art. 595, inc. c). Conforme a doctrina de la propia CIDH que establece que *"el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia (...) de allí que podría decirse que a la familia que todo niño tiene derecho, es principalmente, a su familia biológica"* (Herrera, 2019 p.671).

A partir de cual, la declaración de situación de adoptabilidad sólo se dicta cuando se cumplen ciertos criterios que indican que un NNA en cuestión está en condiciones de ser adoptado por una familia distinta (Herrera, 2019 p.672). A saber:

- 1) Un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del

organismo administrativo competente en un plazo máximo de 30 días, prorrogables por un plazo igual solo por razón fundada;

2) Los progenitores tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida solo si se produce después de los 45 días de producido el nacimiento;

3) Las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de 180 días.

Cuando se ha tramitado un proceso de privación de responsabilidad parental y la sentencia ha determinado que se priva a los padres biológicos de sus derechos y responsabilidades sobre el menor, entonces dicha sentencia equivale a la declaración de la situación de adoptabilidad. Esto significa que, el menor está en condiciones legales de ser adoptado por una familia distinta.

El proceso posterior consiste en que el juez solicita los legajos de las personas inscriptas y admitidas en el registro de adoptantes correspondiente a la jurisdicción. A partir de estos legajos, el juez selecciona quién o quiénes serán los futuros guardadores, es decir, las personas que recibirán la guarda con fines de adopción. Hecho que resulta controversial no desde el punto de vista de los procedimientos jurídicos sino, sobre todo, por el impacto de la subjetividad profesional a la hora de consumar la decisión. De esta manera, la guarda con fines de adopción resulta una medida que coloca al menor en el cuidado de los adoptantes potenciales mientras se completa el proceso legal de adopción (Herrera, 2019).

II.e Guarda con fines de adopción

En el anterior contexto normativo (derogado) existían dos procesos judiciales hasta alcanzar la adopción plena, uno era el proceso de guarda para adopción y el otro el proceso de adopción propiamente dicho.

Debido a la falta de regulación para comprobar si un/a NNA se hallaba en situación de adoptabilidad, el CCyCN comenzó a regular la guarda para adopción y dejarla como figura intermedia con un lapso máximo de duración de seis meses (de conformidad con lo dispuesto en el art. 614). Desde entonces se debe constatar que los pretensos guardadores

seleccionados por el juez a partir de los registros de adoptantes sean empáticos y tengan lazos afectivos satisfactorios con el menor.

También se debe convocar a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad. Organismo que podría presentarse espontáneamente, estableciendo pautas que el juez debe tener en cuenta para la selección y posterior discernimiento

Se deben tener en cuenta las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretendidos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente. Asimismo, y en total consonancia con la concepción de los niños como sujetos de derecho y como consecuencia de ello, el principio de autonomía progresiva, el art. 613³ en su última parte dispone que "*el juez debe citar al NNA cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez*" (Herrera, 2019, p.675).

De esta manera, el juez dicta sentencia de guarda para adopción a favor de los pretendidos adoptantes seleccionados por un tiempo máximo de seis meses, donde los guardadores deberán ejercitar el cuidado del NNA durante el transcurso del tiempo fijado.

Pasado dicho lapso se deberá dar comienzo al proceso de adopción, si los pretendidos adoptantes tuviesen inacción el juez lo puede iniciar de oficio. Asimismo, la sentencia de guarda con fines de adopción puede ser solicitada con la finalidad de solicitar el pago de asignaciones familiares, como así también incluir al NNA en la obra social del guardador.

³ El art. 613 del CCYN **Elección del guardador e intervención del organismo administrativo**. El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretendidos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea.

Para la selección, y a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta, entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretendidos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Este lapso es, entonces, crucial tanto para el menor como para el contexto familiar en que éste se insertará. Especialmente porque cuando un niño ha estado en guarda durante un tiempo considerable y ya ha alcanzado una cierta edad mayor, al pretenderse una nueva futura adopción es posible que la búsqueda de adoptantes dispuestos a considerar su adopción se vuelva más desafiante. Esto puede deberse a la percepción de que es más difícil establecer un vínculo con un niño mayor, o que puede haber preocupaciones sobre su adaptación a una nueva familia.

Es común que muchas personas que se inscriben en el RUAGA tengan preferencia por adoptar NNA más jóvenes, especialmente bebés o NNA muy pequeños. Esto puede deberse a una variedad de razones, que van desde la capacidad de formar un vínculo desde temprana edad hasta la percepción de que es más fácil adaptarse a un niño más joven.

Sin embargo, es importante recordar que cada niño merece una oportunidad de encontrar una familia que le brinde cariño y estabilidad, independientemente de su edad. En muchos casos, las familias que adoptan a niños mayores encuentran experiencias gratificantes y significativas. Pueden brindarles un hogar seguro, apoyo emocional y oportunidades de crecimiento y desarrollo (Herrera, 2019).

II.f Juicio de adopción

En relación con el proceso de adopción, como se ha dicho la ley vigente establece que el juicio de adopción debe iniciarse después de que se ha cumplido el plazo de guarda. La misma puede ser solicitada a pedido de parte, del órgano administrativo o iniciada como ya se mencionó de oficio por el juez.

El CCyCN introduce modificaciones en el proceso de adopción con el objetivo de abordar las críticas sobre la duración las modificaciones procedimentales y la implementación de plazos precisos pueden ser estrategias para abordar preocupaciones y mejorar la eficacia del proceso de adopción. Algunas de estas modificaciones pueden incluir

- La introducción de plazos definidos para cada etapa del proceso de adopción puede ayudar a reducir la incertidumbre y acelerar la resolución de los casos. Al establecer plazos claros, se busca que el proceso avance de manera fluida y que todas las partes involucradas, incluyendo los niños en situación de adoptabilidad,

las familias de origen y las familias adoptantes, tengan una idea clara de los tiempos involucrados;

- La modificación de los procedimientos para reducir trámites burocráticos innecesarios y promover una mayor eficiencia puede contribuir a agilizar el proceso de adopción y reducir el tiempo que lleva desde la declaración de situación de adoptabilidad hasta la adopción final.

Todas estas modificaciones deben realizarse en concordancia con el interés superior del niño como principal consideración. Hay que asegurar que los cambios en el proceso no comprometan la protección de los derechos y el bienestar del niño es un principio fundamental que debe regir la toma de decisiones por parte de las autoridades intervinientes.



Repositorio Digital de Trabajos finales y Tesinas

Capítulo 3: Los criterios de Subjetividad

III.a Los datos recolectados a través de la jurisprudencia

A partir de los siguientes documentos se intenta conocer qué criterios ponderaron las autoridades jurídicas a la hora de resolver la aplicación de la regla del art. 611° del CCyCN, comprobar de qué modo la sentencia dictada comprende el interés superior del niño y, finalmente, establecer qué principio de los procesos de adopción fue paradigmático. En otras palabras, se intenta demostrar la influencia de la subjetividad judicial al momento de otorgar la guarda con fines adoptivos.

Para ello se abordan casos considerados testigo, que resultan representativos de otras situaciones similares y, a la vez, significativos por los hallazgos que permiten dilucidar en sí mismos.

El primero se trata de una sentencia de abrigo (2021) perteneciente al Juzgado de Familia N° 2 de Lomas de Zamora⁴. En ésta se dispone el egreso de un menor con su madre luego de haber sido declarado en situación de adoptabilidad y adoptado por un matrimonio que, pasados varios meses de convivencia, manifestaron su deseo de no continuar con el proceso.

De las constancias obrantes en los autos “*F.G.E. s/Abrigo*” que fue iniciada con fecha 25 de noviembre de 2008, tramitada en el Ex Tribunal de Menores N°4, actual Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil Nro. 1, se desglosa que, con fecha 22 de noviembre de 2008, el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de Almirante Brown, al evaluar la existencia de un grado severo de vulneración de derechos de F.G.E de un año de edad y sin contención de ambos progenitores y

⁴ Fuente: F. G. E. s/Abrigo. Juzgado de Familia N° 2 de Lomas de Zamora, Sala IX, 7 de julio de 2021. Expte. N° LZXXXX.

verificando el riesgo constante del mismo, se procedió a adoptar medida de excepción autorizada por el art. 35 inc. h) de la Ley N° 13.298/2004. Dicha medida fue tomada en el marco de una internación de G. en el Hospital Noel H. Sbarra, quien presentaba en esa oportunidad quemaduras. El menor fue llevado por su progenitora la que asintió desconocer si las mismas se habían producido por accidente o su progenitor fue el causante de éstas. El hospital informó, además, que en el mes de febrero del mismo año el menor tuvo otro ingreso en guardia por politraumatismos, pérdida de conocimiento y hematomas a raíz de golpes que le había propiciado su pareja, motivo por el cual tuvo hundimiento de cráneo.

Motivo por el cual la Titular del mencionado organismo, dictaminó la legalidad de las medidas adoptadas por el Órgano de promoción y protección de Derechos del niño (conforme pautas autorizadas por el art. 35° de la Ley 13.298/2004⁵ y su decreto reglamentario N° 300/05).

Mediante dicha medida de abrigo, con fecha 11 de noviembre de 2011 los hermanos de GNF fueron incluidos en una medida de protección excepcional a ejecutarse en el Hogar Leopoldo Pereyra. P.J.F., progenitor de los menores los sometía a repetitivos episodios de violencia física y emocional. N.S. su progenitora trataba de imponer una postura diferente aunque pese a todos sus intentos no pudo conseguir probar aptitud para garantizar la seguridad y el bienestar de los niños, por dicho motivo, con fecha 14 de diciembre de 2012, se resolvió declarar ASF G.E F y GNF los tres hijos de N. G. S. y P. J. F., en estado de vulnerabilidad y consecuente situación de adoptabilidad, cuya disposición fue apelada por la progenitora y confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y

⁵ Fuente: art. 35 de la Ley 13.298 que dice que Comprobada la amenaza o violación de derechos podrán adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Apoyo para que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar. b) Solicitud de becas de estudio o para guardería y/o inclusión en programas de alfabetización o apoyo escolar. c) Asistencia integral a la embarazada. d) Inclusión del niño y la familia en programas de asistencia familiar. e) Cuidado del niño en el propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño a través de un programa. f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño o de alguno de sus padres, responsables o representantes. g) Asistencia económica. h) (Texto según Ley N° 13.634/2006) Con carácter excepcional y provisional la permanencia temporal en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, con comunicación de lo resuelto, dentro de las veinticuatro (24) horas, al Asesor de Incapaces y al Juez de Familia competente. El Juez de Familia, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida en el plazo de setenta y dos (72) horas. La observancia de la notificación es considerada deber del funcionario público a cargo. Su incumplimiento traerá aparejadas las sanciones disciplinarias y penales correspondientes. •Lo subrayado se encuentra observado por el Decreto de Promulgación N° 44/07 de la Ley N° 13.634/2006.

Comercial Departamental con fecha 20 de agosto 2013.

Al declararse a los menores en situación de adoptabilidad, L.C. y W.A.I. Se presentaron en el Hogar Pereyra con la intención de realizar una donación. En dicha institución conocieron a G. junto a sus hermanos. A raíz de aquel evento comenzaron a frecuentar el lugar y los mismos se inscribieron para retirar al niño los fines de semana. A partir del 27 de marzo de 2013 comenzó el vínculo con G. donde también se fueron incluyendo salidas periódicas, debido a esto el matrimonio exteriorizó la intención de adoptarlo. Realizados los informes de rigor con fecha 5 de diciembre de 2013, les fue otorgada la guarda y posteriormente, con fecha 7 de abril de 2014, su guarda con fines de adopción, por el plazo de seis meses. El 14 de noviembre de 2014 iniciaron los autos caratulados “*FGE s/Adopción. Acciones vinculadas*” ante el Juzgado de Familia N°9 de Quilmes. Solicitaron se otorgue la adopción plena de G.E.F. Finalmente, se celebró audiencia con el matrimonio los cuales se comprometieron a hacer conocer al niño su historia de origen.

Se destaca que el niño pronto reconoció a L.C. como su “mamá”, a W.A.I. como su “papá” y a L y C. -hijas del matrimonio- como sus “hermanas”. Por tal motivo, el 13 de julio de 2018 se otorgó la adopción plena de G.E.F. a W.A.I y L.V.C. con efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda con fines adoptivos.

Transcurrido un año de dicha resolución se presentó el matrimonio ante la Asesoría Tutelar interviniente manifestando que G.E.F. se encontraba bajo tratamiento psicológico y psiquiátrico y que, pese a ello, se encontraba perturbado. Alegaron que G. intentó prender fuego la casa, que rompió cosas del hogar como así también ropa y que en el colegio también tenía problemas de conducta. Por el contrario, el progenitor adoptivo manifestó que su vínculo con el menor era bueno, que se mantenía tranquilo cuando le hablaba, que el problema era con la mamá y hermanas adoptivas y que temía por su seguridad cuando él no se encontraba por motivos laborales.

De acuerdo con lo expuesto se dio intervención al Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de Almirante Brown y se procedió a designar un Abogado del Niño para G.E.F. Se convino que los progenitores adoptivos plantearon que no deseaban continuar con el proceso de adopción dadas las dificultades de G.E.F. para

vincularse con la familia. Como consecuencia de esto se solicitó a la Asesora Tutelar que se adopte con carácter de urgente una medida de abrigo para resguardar los derechos del menor. La misma fue autorizada en el mes de febrero de 2020 por el art. 35 bis de la Ley N° 14.537/2013 modificatoria de la Ley N° 13.298/2004, a ejecutarse en ámbito institucional. A partir de dicha medida se sostuvo que luego de concederse la adopción plena los padres desistieron de la misma por los motivos expuestos anteriormente. G.E.F. señaló no querer continuar viviendo junto a su familia y querer volver a vivir en un hogar.

Conforme con lo normado por el art. 12° de la Ley 14.528/2013 se citó a las partes a mantener audiencia con el Suscripto. Celebrado dichos actos se dio intervención al Equipo Técnico del Juzgado, se entrevistó a las partes agregando el informe correspondiente. También se puso en conocimiento de la situación de su hijo y de la nueva medida de protección especial a la progenitora de origen N.G.S. La misma expuso que pese a los hechos lamentables que ocurrieron en el pasado, ella pudo rehacer su vida y formó una nueva familia junto a su actual pareja M.A.M. con quién ya había concebido otros tres hijos R. F. y S. de ocho, seis y dos años respectivamente. También manifestó que su expareja y padre de origen de G.E.F se encontraba para entonces privado de libertad por lo que había perdido contacto con él. Finalmente, la progenitora de origen solicitó se le otorgue una nueva oportunidad para poder criarlo y ofrecerle el afecto y cariño que no pudo darle en el pasado. De acuerdo con lo manifestado, el Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, mantuvo una entrevista con ella ante los motivos expuestos propuso al órgano administrativo su evaluación, que fue delegada al Equipo Técnico del Juzgado.

De forma paralela se siguió con el acompañamiento en el tratamiento de G.E.F. verificando el comportamiento en la convivencia con sus pares. Se realizó una audiencia de la cual surgió el deseo de G.E.F. de reencontrarse con su mamá y de conocer la situación de sus hermanos A y G que seguían en situación de hogar, como así también de la existencia de los otros hermanos menores. De dicha audiencia se agregaron los informes de los peritos psiquiatra y psicólogos y de la trabajadora social. Ante la solicitud y de acuerdo con los informes realizados se dispuso en carácter de urgente la autorización para celebrar el reencuentro con su progenitora. Ante dicho pedido se autorizó que madre e hijo compartieron un almuerzo y actividades recreativas. Mediante dichos encuentros se observó entre ambas demostraciones de cariño, risas y abrazos y que G.E.F. estaba feliz y

alegre, considerando a esos encuentros como satisfactorios.

A partir de ese momento se autorizó a que las visitas se realicen en forma semanal, donde la progenitora estuvo predispuesta al diálogo y a los acuerdos, resguardando así, el vínculo con G.E.F. Debido a los encuentros positivos finalmente el Servicio Zonal interviniente propuso el egreso del menor junto a su progenitora y grupo familiar. Ante la propuesta dispuso la intervención del Equipo Técnico de este Juzgado concertando una audiencia con ambos siendo coincidentes en el deseo de permanecer juntos.

Los criterios o ejes centrales que se tuvieron en cuenta a la hora de dictar sentencia fueron: el derecho humano de todo niño, niña y adolescente a vivir y desarrollarse en familia y en la preservación de las relaciones familiares.

En este sentido, el derecho a la protección de la familia ha sido originariamente reconocido en el sistema regional de protección de derechos humanos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en su art. VI y por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) que regula este derecho en el artículo 15.- Por su parte, el art. 5° de la Convención de los Derechos del Niño constituye el reconocimiento de la familia, en su función directriz y orientadora apropiadas para que el niño ejerza los derechos que le son reconocidos (JFN°2LZ, 2021). Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma Convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas y niños a su grupo o medio familiar comunitario. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente (JFN°2LZ, 2021). En el ámbito provincial la Ley N° 13.298/2004 dispone en su art. 3° que la política respecto de todos los niños tendrá como objetivo principal su contención en el núcleo familiar, a través de la implementación de planes y programas de prevención, asistencia e inserción social.

Si se tienen en cuenta los informes que fueron agregados a la causa G.E.F. se pudo advertir su gran deseo de vivir una vida en familia. Asimismo, se rescató de los mismos que el menor en una oportunidad se había escapado en busca de su

progenitora biológica a Tigre, ya que tenía recuerdos de haber nacido en ese sitio, como así también que no quería volver a vincularse con sus padres adoptivos. Transcurridos casi nueve años desde el abandono y situación de adoptabilidad de los hermanos, se reconoce la singularidad, subjetividad y el estado de situación inevitable de la que resultó víctima la progenitora y se rescatan sus cualidades para maternar desde este otro punto de vista. También se destaca que pudo revertir su situación de vulnerabilidad y violencia en la que se encontraba y que se encontraba realizando tratamiento psicológico. Se la observa como madre dedicada pendiente de los cuidados y necesidades de sus hijos y con ferviente deseo de brindarle al menor un hogar saludable. A partir de este nuevo escenario se toma en cuenta el derecho del menor a vivir en el seno de una familia y se decide el regreso con su progenitora, dado que la decisión contraría constituiría una grave afectación de sus derechos consagrados y la separación del único lazo afectivo con el que deseaba reencontrarse.

Por lo expuesto, se considera concordante con lo dictaminado por la Magistrada Tutelar interviniente y aconsejable para el bienestar de G.E.F. el regreso con su progenitora, tomando en cuenta los arts. 3° y 8°.1 de la CDN, art. 3° de la Convención de Belém do Pará, art. 3° de la Ley 26.061/2005, art. 716° del CCyCN, art. 35° bis de la Ley N° 13.298/2004 y modificatoria de Ley N° 14.537/2013 Resolviéndose:

Disponer el egreso definitivo de G.E.F el 18 de octubre de XXXX junto a su progenitora.

Ordenar al órgano administrativo que intervino en la causa que fomenta medidas de acompañamiento familiar con el fin de preservar y amparar los derechos de G.E.F (art. 35° cctes. y sgtes. de la Ley N° 13.298/2004 y modificatoria).

Dicha disposición toma en cuenta el abandono por parte de los padres adoptivos, debiendo considerar si corresponde aplicar una conducta penal apta de reprensión debiéndose dar intervención al Órgano Jurisdiccional que corresponda. Por último, se pone en conocimiento del Servicio Zonal interviniente. A fin de que se pronuncie la Asesora Tutelar respecto de los derechos y obligaciones que le corresponden a los progenitores adoptivos, en un auténtico ejercicio de la responsabilidad parental originada a partir de la adopción plena de G.E.F⁶.

⁶ Firmado por el funcionario (juez) E.F. García Martínez el día 07/07/2021.

Un segundo fallo también trata de una sentencia sobre medida de abrigo⁷ dispuesta por el Servicio Zonal de Quilmes a raíz de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la niña L. junto a sus hermanos, teniendo en cuenta que desde el fallecimiento del progenitor fue la progenitora quien debió hacerse cargo de la manutención y cuidado de sus hijos. Se da cumplimiento de la medida de abrigo en el domicilio de la Sra. P. B.F. y su esposo, vecinos de la progenitora. Luego se presenta el Titular de la Asesoría de Incapaces N° 4 del Departamento Judicial de Quilmes, solicitando se decrete la Legalidad de la Medida dispuesta. El Magistrado a cargo de estas actuaciones decreta la legalidad de la medida dispuesta. Por lo cual se presentan ante el Servicio Zonal de Quilmes las partes interesadas a efectos de elaborar un "Acta Acuerdo" de la que se desprende que la progenitora no puede seguir haciéndose cargo de la niña. A partir de entonces se presentan nuevos referentes afectivos que pueden hacerse cargo de la niña, conocidos de la vecina (compañeros de trabajo). En virtud de que la progenitora no entrega los documentos de la menor y, además, teniendo en cuenta su problemática de consumo de alcohol el servicio interviniente decide que el cumplimiento de la medida de abrigo pasa a efectuarse en el domicilio de los nuevos referentes afectivos en la Localidad de Temperley, Partido de Lomas de Zamora. Se presenta nuevamente el Sr. Asesor de Incapaces N° 4 del Departamento Judicial de Quilmes, solicitando la realización de un informe socio ambiental en el domicilio de los guardadores. Se lleva adelante un informe psicológico del que surge que la niña se encuentra adaptada, contenida, cuidada y estimulada por el matrimonio. Finalmente, el Sr. Asesor de Incapaces solicita se otorgue la Guarda de la niña al matrimonio. Se dispone que se lleve adelante la audiencia dispuesta por el art. 12° de la CDN, de la que surge que la niña manifestó su deseo de los guardadores la adoptasen para seguir viviendo con ellos. De ese modo se lleva adelante la audiencia con el matrimonio que desean obtener la guarda pre adoptiva para luego poder realizar la adopción de la niña.- El informe ambiental en el domicilio de los guardadores revela que los guardadores han formado una familia que se relaciona con afecto, contención mutua, compromiso y responsabilidad en todo lo que concierne al bienestar físico y psíquico de la menor. No obstante, se presenta el Sr. Asesor de Incapaces N° 4 solicitando que

⁷ "A.L.S. sobre ABRIGO" Expte. LZ-54040-2017.- tramitado ante Juzgado de Familia N° 2 del Departamento Judicial de Lomas en octubre de 2019.- Las actuaciones se inician ante el tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia N° 2, del Departamento Judicial de Quilmes, con fecha 7 de diciembre de 2012.

en virtud de la nueva Legislación se dicte un nuevo pronunciamiento de Guarda conforme el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La Magistrada Titular del Juzgado de Familia N° 2 de Quilmes con Sede en Florencio Varela, entonces, dicta un nuevo pronunciamiento de Guarda en los términos del art. 657° del CCyCN, declina la competencia y lo remite a la Receptoría General de Expedientes de ese Departamento Judicial de Lomas de Zamora, momento en que se agrega el certificado de defunción de la progenitora. Con fecha 15 de septiembre de 2017 la letrada patrocinante del matrimonio acompañó las constancias de la oportuna inscripción en el registro Central de Adoptantes, tras lo cual solicita se declare el estado de adoptabilidad de la niña a efectos de poder solicitar posteriormente la guarda con fines de adopción. La Asesoría de Incapaces N° 5 Departamental, manifestó que la menor no estaba sujeta a responsabilidad parental, ya que se encontraba acreditado en autos el fallecimiento de ambos progenitores. Nuevamente se solicita la realización de un informe ambiental en el domicilio de los guardadores, un informe psicológico a efectos de evaluar los vínculos con la niña y por último la audiencia dispuesta por el art. 12° de la CDN. Del informe ambiental realizado se desprende lo siguiente

Se realiza visita en el domicilio de calle xxxxxxxx, Temperley. Aspecto Habitacional: Se trata de una casa de material con techos de madera y teja, posee un jardín en el frente, al ingresar a la casa se encuentra un amplio living- comedor y un baño, luego la cocina en el fondo y un lavadero, en la planta alta se encuentran dos habitaciones y un baño. En una de las habitaciones duerme el matrimonio y en la otra la niña. Los pisos son de cerámica, cuentan con gas natural, luz eléctrica, agua potable, teléfono, cloacas. La casa se encontraba aseada y ordenada al momento de la visita. La familia posee las comodidades habitacionales necesarias. Aspecto Sanitario: La niña posee certificado de discapacidad con diagnóstico: trastornos específicos del desarrollo de las habilidades escolares, perturbación de la actividad y de la atención, trastorno de la conducta, no especificados. Se encuentra con maestra integradora en la escuela. La niña posee la cobertura de salud xxxxxxxx. Realiza tratamiento neurológico, psicopedagógico y psicológico. Desarrollo de la entrevista: la Sra. Cristina P., refiere que conoció a L. cuando esta tenía 7 años, la niña en ese momento estaba desnutrida según cuenta. La conoce a través de una amiga que vive en Florencio Varela, vecina de donde vivía L. junto a su madre y sus hermanos. La madre era alcohólica según relata y vivían en la pobreza. Por lo antes mencionado se tomó una medida de abrigo y la niña fue cuidada desde entonces por el matrimonio P. y M. La familia intento mantener contacto con sus

hermanos menores, que fueron dados en adopción y según refiere los padres adoptivos no respondieron al pedido de re-vinculación. Realizaba algunos llamados telefónicos a la madre biológica de L. y lograba la vinculación entre ambas, también en una oportunidad se pudieron encontrar en una plaza, hasta que la madre fallece. En ese momento comienzan a tener contacto con la abuela materna a quien esporádicamente visitan. El padre también se encuentra fallecido. Entrevista con la niña: refiere que tiene 11 años, que va a la escuela xxxxxxxx, que tiene maestra integradora que la ayuda. Manifiesta que hace tratamientos psicológicos y psicopedagógicos. Cuenta que tiene amigas. Relata que se encuentra bien con su mamá C. y su papá G., que desea ser adoptada por ellos; que ellos la llevaron a ver a su mamá, en una plaza cuando aún vivía y luego no pudieron llevarla más por estar ocupados, pero que actualmente también visita a la abuela materna y a sus hermanos mayores. Dice que le hubiera gustado que las cosas sean diferentes y poder vivir con su mamá y su papá biológico y su hermana menor de la cual tiene recuerdos. Pero sabe que su madre estaba enferma y consumía alcohol. También manifiesta querer ver nuevamente a su hermana menor. Concluye el perito que observa cariño e interés de la Sra.P hacia la niña. Se considera de total importancia para el bienestar de la niña retomar el vínculo con sus hermanos menores. La familia posee los recursos socioeconómicos para estar a cargo de la niña. La niña se observa se encuentra cuidada y contenida por la familia.

Se realiza la audiencia del art. 12° de la CDN, donde se indica que la niña asiste a 6° grado y que próximamente se ira de viaje de egresados a Tandil. Expone, además, que se siente feliz de ingresar el próximo año a la escuela secundaria. En cuanto a su historia refiere que desde los 7 años se encuentra viviendo con W y C a quienes denomina mamá y papá, que está de acuerdo que ambos sean sus guardadores y padres adoptivos y que en un futuro le gustaría llamarse L.S.A.P. Se pone en conocimiento de la joven la posibilidad de designarle un abogado del niño/a así como las funciones de éste.

Ambos guardadores indican que L. guarda memoria su vida precedente y que solicito visitar la tumba de sus progenitores, lo cual cumplió en compañía de sus pretendidos guardadores.

Del informe psicológico, finalmente, deviene que la niña se siente a gusto con su situación social general contemporánea, salvo el expreso deseo de reencontrarse con su hermanita que vivía con otra familia. De esta manera el perito concluye que L.

se encuentra totalmente integrada al núcleo familiar y que se siente amada por sus guardadores, que tiene registro sobre su historia y que desea restablecer el contacto con su pequeña hermana. Agrega además que los guardadores cumplen con los tratamientos terapéuticos de L. para aliviar cualquier tipo de carencia socio afectiva y cognitiva, ayudándola en su rendimiento escolar. Por lo cual recomienda su continuidad.

Una vez finalizados dichos informes el matrimonio se presenta con patrocinio letrado solicitando se declare la inconstitucionalidad del art. 611° del CCyCN, tras lo cual se corre vista a la Asesoría de Incapaces N° 5 Departamental para que solicite la declaración de inconstitucionalidad y la situación de adoptabilidad de L.S.A concediéndose la Guarda pre-adoptiva al matrimonio.

El Sr. Fiscal contesta la misma pidiendo se declare la inconstitucionalidad de los arts. 600° inc., 609° inc. c, 611° y 634° inc. h del CCyCN, designando un abogado del niño/a para L.S.A y dicta el llamamiento de autos para sentencia.

CONSIDERANDO:

- I) Que conforme lo que surge de las piezas procesales obrantes en autos corresponde destacar que a) ambos progenitores están fallecidos, por ende no está sujeta a responsabilidad parental.- b) se encuentra desde hace más de 6 años bajo la guarda simple del matrimonio, teniendo a dicha fecha 13 años y reconociendo a ambos guardadores como sus progenitores.- c) que se puede verificar que la progenitora no se encontraba en condiciones de garantizar los derechos de L. A raíz de dichos acontecimientos distintas instituciones comienzan a trabajar a través de una red barrial, ante el agravamiento nutricional de todo el grupo familiar, la adicción en la que se encontraba sumida la progenitora, la falta de controles médicos a los niños/as y las reiteradas ausencias escolares de sus hijos/as, entre muchas otras cuestiones de vulnerabilidad en que se encontraban. -
- II) De esta manera se realiza el análisis pertinente sobre el tratamiento de

los planteos de inconstitucionalidad formulados en autos. a).- Que se presentaron los pretensos adoptantes de la niña L. solicitando se disponga el estado de vulnerabilidad y la guarda de la niña a efectos de poder obtener su adopción. La Asesoría de Incapaces N° 5 ha planteado la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 600° inc b, 609°, 611° párrafo 3° y 634° inciso h del CCyCN y el art. 16° de la Ley N° 14.528, adhiriendo a dichos fundamentos el Sr. Fiscal y fundamentando como antecedentes del caso que los peticionantes durante la vigencia del Código de Vélez en el año 2010 se inscribieron en el Registro de Adoptantes (simultáneamente hasta el año 2012).- Que conforme surge en autos, L. se encuentra bajo la guarda del matrimonio desde hace más de 6 años.- b) Que según surgen de los hechos, la entrega de la niña por su familia de origen a la Sra. R. en principio y al matrimonio solicitante posteriormente fue cuando la niña apenas tenía 6 años, momento en el cual estaba vigente el Código de Vélez y la guarda de hecho podría haber sido admitida, por no encontrarse en ese momento prohibida. Sin embargo, por imperio del art. 7° del CCyCN resulta de aplicación al caso la nueva legislación en la materia, dentro de la cual el art. 611° que considera en su tercer párrafo que *"ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial deben ser considerados a los fines de la adopción"*. Por dicho artículo resulta acertado el planteo efectuado de inconstitucionalidad.

Corresponde en principio interpretar las pautas emergentes de los arts. 1° y 2° del CCyCN donde se establece que *"si una norma es contraria al orden constitucional convencional, se debe ponderar si la norma infra constitucional puede ser integrada al sistema general. Sólo si la integración no se logra corresponde recurrir a la declaración de inconstitucionalidad, pues siempre debe presumirse la validez de las normas, y su tacha es una medida de último recurso"* (CS, 2017)⁸.

- III) a) Con respecto a la entrega directa y la guarda de hecho el CCyCN a diferencia del derogado código de Vélez adopto una postura terminante al establecer la expresa prohibición de considerar a las entregas directas

⁸ Schiffrin, Leopoldo H. c/PEN s/acción meramente declarativa, S. 159. XLVIII, fallos 340:257. 53

como antecedente válido para conceder la filiación adoptiva (art. 611°). Si bien se debería considerar la mención de guardas de hecho de la distinción de los diferentes casos de entrega directa a favor de terceros con quienes el/la menor involucrado posea conocimiento/vínculo socio afectivo previo, de las llamadas situaciones de “chico/a puesto”⁹.

Al juez el art. 611° le otorga la facultad (que no es una obligación y cada uno lo dirime según su criterio) de considerar la posibilidad de separar al niño/a del grupo familiar que lo acogió por vía extrajudicial, quien deberá minuciosamente analizar los hechos que llevaron a cada caso en particular y las circunstancias que rodean a la causa, considerando como herramienta principal siempre el interés superior del niño.

Si se toma en cuenta la legislación actual, toma una postura restringida en materia de guardas de hecho previas a la adopción, en la cual se establece una excepción: la preexistencia de un vínculo de parentesco entre los progenitores y terceros involucrados. Este supuesto admite que si un menor es dado en custodia desde su familia biológica hacia otra con la que mantienen lazos afectivos es considerada y valorada judicialmente y en este caso no derivaría la disposición jurisdiccional de separación física cautelar.

Si observamos el criterio del art. 611°, más allá de los supuestos que se pretendió eliminar con miras a la protección del tráfico o venta de niños/as, también existen situaciones legítimas preexistentes amparadas bajo la afectividad, pero ajenas a la norma que merecen una respuesta desde el ordenamiento y en respeto del interés superior del niño.

Por lo que se debe entender de manera sistémica de conformidad con los arts. 1° y 2° del CCyCN que la excepción a la prohibición de la guarda de hecho no se circunscribe a los parientes, sino a aquellas situaciones excepcionales de socio afectividad en el que la relación entre la familia

⁹ Dicha categoría refiere a entrega de menores en situaciones en las que no existe un vínculo socio afectivo previo, por lo cual se reproduce un sistema de cosificación del/a menor en tanto hijo/a.

de origen y la guardadora es cierta, previa y genuina.

b) El criterio socio afectivo es un elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. Se funda en la afectividad, en el mejor interés del niño y en la dignidad de la persona humana.

c) El art. 611° del CCyCN y el art. 16° de la Ley N° 14.528 y su aplicación al caso debe partir necesariamente del principio del interés superior del niño que exige en cada caso una respuesta personalizada.

Entre otras cuestiones se verifica que los guardadores detentan el cuidado de L. desde que la misma tenía 6 años de vida hasta la actualidad (13 años) y que dicha entrega fue efectuada por el Órgano Administrativo, y que los mismos constituyen para L. el referente afectivo que se menciona en el art. 607° del CCyCN, que la relación se gestó y se encuentra amparada bajo la afectividad, y que no se han violado derechos de la niña ni de sus progenitores de origen. Por lo tanto, la aplicación del art. 611° del CCyCN vulnera y atenta contra el derecho constitucional de la niña de crecer en una familia forjada con el transcurso del tiempo.

d) El art. 611° del CCyCN y el art. 16° de la Ley N° 14.528/13, al prohibir expresamente la entrega directa y la ratificación de guardas de hecho realizadas sin intervención estatal, choca con el derecho de todo niño de vivir en una familia, de que su interés superior sea respetado y su identidad como así también su opinión sea tenida en cuenta en base a su grado de madurez y edad.

e) Los arts. 600° inc "b" y 634° inciso "h" del CCyCN y su aplicación al caso remiten a que los pretensos adoptantes han acreditado tener legajo de adopción iniciado con fecha 21 de Diciembre de 2010, ante el Tribunal de Familia N° 1 Departamental y que luego de posteriores reinscripciones, es que con fecha 12 de Marzo de 2013 los peticionarios comparecieron ante el Tribunal de Familia N° 2 manifestando que L. se

encuentra con ellos desde la entrega efectuada por el Servicio Zonal de Quilmes, conforme acuerdo de fecha 1° de Marzo de 2013. De lo expresado se pueden extraer 2 cuestiones importantes, la primera de ellas es que la niña L. se encuentra al cuidado de los guardadores desde que tenía apenas 6 años de vida. La segunda, que los pretendientes adoptantes se encontraban inscriptos en el Registro de Adoptantes, pero su inscripción estaba vencida. Motivo por el cual la exigencia de la inscripción en el Registro Único no puede constituirse en un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva entre un niño y sus padres guardadores, cuando los mismos han demostrado que poseen los atributos necesarios para continuar con la guarda que les fue otorgada.

De la misma manera la doctrina ha atribuido valor instrumental al requerimiento de inscripción en el Registro de Adoptantes, colocando en primer lugar el interés superior del niño, ante situaciones de hecho arraigadas en el tiempo, poniendo de manifiesto que el Registro de adoptantes constituye una herramienta al servicio de los derechos de los niños y no al contrario (como un medio instrumental ordenado a la consecución de un fin).

IV) La solución al mencionado caso.

Este caso nos posiciona frente a un modelo distinto de análisis respecto de los demás procesos de adopción. En donde el juez debió tener en cuenta para tomar decisión no afectar a la niña en el plano psíquico, afectivo y emocional para no profundizar en posibles daños a la menor. Asumiendo que L. es sujeto de derechos, en total cumplimiento de lo que dispone el art. 3° de la CDN y la Ley N° 26.061/05. Como así también debió convalidar toda guarda de hecho basándose en los lazos afectivos establecidos entre la niña y sus padres adoptivos, aun cuando los mismos no se encontraban inscriptos en el registro de adoptantes, debiendo tener en cuenta el interés superior de la niña.

En tal sentido tanto la Corte nacional como provincial relativizaron la inscripción rígida ante casos de guardas de hecho consolidadas durante largos lazos de tiempo, con la argumentación de que uno de los principios de la adopción es preservar

el interés superior del niño (CDN, art. 3°). Este principio otorga amplia interpretación de las normas y constituye una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a resguardar los derechos de la niña.

De igual manera se expidió el Comité de Los Derechos del Niño en la Observación General N° 14 (2013) en el cual subraya que el interés superior del niño está compuesto por un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: donde el derecho del niño sea una consideración primordial;

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación que se tome en cuenta la que mas satisfaga el interés superior del niño;

c) Una norma de procedimiento: cuando se deban tomar decisiones que afecten a un niño, a varios niños o a un grupo de niños en un proceso de adopción se deberán tener en cuenta las repercusiones (negativas o positivas) que afecten esos derechos.

Nótese que en la mencionada observación general, la expresión *el interés superior del niño* abarca las tres dimensiones expuestas anteriormente

(...) El interés superior del niño debe ser tenido en cuenta como una consideración esencial en la adopción de todas las medidas de aplicación (Observación General N° 14, 2013).

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación recepta en su art. 607° tres supuestos o causa-fuentes, siendo estos

a) niños sin filiación establecida o progenitores fallecidos, siempre que se haya agotado la búsqueda de familiares;

b) situación donde los padres deciden en forma libre e informada que sus hijos sean adoptados;

y

c) la situación en donde judicialmente se haya comprobado, previo dictamen del organismo administrativo interviniente de que las medidas excepcionales dictadas y

trabajadas en el marco del sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes no dieron resultado positivo, por lo cual el niño no debe regresar a su familia de origen o ampliada.

En virtud de lo expuesto se entiende que debido a la situación de la niña L.S.A. se resolvió la guarda con fines adoptivos de quienes a la fecha resultaban los referentes afectivos y demostraban la idoneidad necesaria para satisfacer las necesidades tanto afectivas, psicológicas como materiales de ésta

Se declara la inconstitucionalidad para el presente caso del art. 611° del CCyCN y del art. 16° de la Ley N° 14.528/13, por las razones y consideraciones ya expuestas;

Se otorga la guarda con fines adoptivos, de L.S, A, a la Sra. Cristina S.P. y al Sr. Walter G.M. por el plazo máximo de seis meses contados al día de fecha¹⁰.

III.b La subjetividad a la hora del otorgamiento

La subjetividad del juez y el criterio que debe adoptar al momento de otorgar una guarda con fines adoptivos juega un papel importante. Aunque los jueces están legalmente obligados a tomar decisiones basadas en el interés superior del niño y cumplir con las leyes y regulaciones de adopción, su propia interpretación de estos elementos puede influir en el resultado final. La percepción del juez sobre lo que constituye un entorno familiar adecuado también puede estar influenciada por sus propias creencias y valores. Esto puede afectar la decisión sobre si una familia es apta para adoptar.

Además, aunque la ley establece el interés superior del niño como el principal criterio en casos de adopción, la interpretación de este concepto puede variar entre jueces. Algunos pueden tener una interpretación más estricta o flexible de lo que constituye el interés superior del niño y en base a esos criterios pueden tomar distintas decisiones al dictar una sentencia.

Como se ha visto a partir de la causa del primer precedente, la resolución tomada

¹⁰ Juez B. Loguercio, en 10/2019 pase al Asesor de Incapaces N° 5, en 10/2019 libre Cédula electrónica a Sra. P., Sr. M. (Dra. V. Gómez) y Dra. M.A. Mach (Abogada del Niño). J.A. Gorski, Auxiliar Letrado. Referencias: Funcionario Firmante, 01/10/2019, Juzgado de Familia N° 2 de Lomas de Zamora.

por el juez considera el principio de preservación de la familia y de valoración del deseo manifiesto de G.E.F. de regresar con su progenitora de origen. También comprende la importancia y la seriedad que reviste la devolución de un ser humano, más tratándose de una niña menor de edad, así como sus consecuencias significativas. A sabiendas que las percepciones de frustración que experimenta un/a niño/a tras haber sido abandonado/a por segunda vez podrían obstaculizar su posibilidad de visualizar la construcción de futuro o de familia, conllevando efectos profundos y provocando sentimientos de desvalimiento, disminución de la autoestima, inseguridad o desconfianza.

Desde esta perspectiva es fundamental reconocer la gravedad de estas situaciones y tomar medidas para prevenir y proteger desde el punto de vista jurídico a NNA vulnerables, brindándoles un ambiente seguro y estable en el que puedan crecer y desarrollarse de manera saludable. El reencuentro con la familia de origen, por otro lado, puede resultar una opción valiosa para el bienestar del menor siempre y cuando se realice de manera adecuada. El proceso debe ser cuidadosamente planificado y supervisado por equipos de profesionales multidisciplinarios y en cumplimiento con el interés superior de NNA, que es uno de los principios fundamentales de la adopción y de la convención de los derechos del niño. Este principio establece que en todas las decisiones y acciones que afecten a los niños se debe priorizar su bienestar, desarrollo y protección por encima de cualquier otro interés. Algunos aspectos clave relacionados con el interés superior del niño son

1. **Prioridad:** el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en todas las medidas que los afecten, ya sean adoptadas por instituciones gubernamentales, tribunales, organizaciones no gubernamentales o cualquier otro actor;
2. **Evaluación individual:** cada niño es único y las decisiones que se tomen deben basarse en una evaluación individual de sus necesidades, deseos y circunstancias;
3. **Participación del niño:** los niños tienen el derecho a ser escuchados y a participar en las decisiones que los afecten, de acuerdo con su edad y madurez. Sus opiniones deben ser tenidas en cuenta de manera adecuada;
4. **No discriminación:** el principio del interés superior del niño se aplica sin discriminación de ningún tipo, incluyendo la raza, el género, la religión, la

nacionalidad o cualquier otra característica;

5. Bienestar y desarrollo: las decisiones deben promover el bienestar y el desarrollo integral del niño, garantizando su salud, educación, protección y participación en la sociedad;
6. Así entendido es fundamental para garantizar el respeto de los derechos de los/las niños y niñas en todas las circunstancias y es utilizado como un estándar ético y legal en muchas jurisdicciones para tomar decisiones relacionadas con la custodia, la adopción, el cuidado, la educación y otros aspectos que afectan a los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989, ha sido ratificada por la gran mayoría de los países del mundo y establece el interés superior del niño como uno de sus principios fundamentales.

Al profundizar en la causa del segundo precedente, el juez establece la situación de adoptabilidad bajo la previa determinación de si la niña L.S.A se encontraba en condiciones de ser adoptada. Este procedimiento implicó una exhaustiva investigación para evaluar si se habían agotado todas las medidas posibles para la continuidad del desarrollo de la menor en su entorno biológico. En principio, se valoró la situación familiar: Se llevó a cabo una evaluación de la familia biológica de la menor para determinar si estaban dadas las condiciones adecuadas para su desarrollo y bienestar. Se investigaron factores como la estabilidad económica, la vivienda, la salud mental y física de los padres, entre otros. En este caso los progenitores fallecieron y la niña quedó al cuidado del matrimonio que tenía la guarda desde que tenía 6 años. Luego se solicitó un informe social y judicial, donde un trabajador social elaboró un informe social que recopilaba información relevante sobre la situación de la menor y su entorno. Este informe se presentó ante un tribunal que luego tomo una decisión basada en la información proporcionada. Tras lo cual, tomando en cuenta las medidas efectuadas y su sana crítica el juez declaro a la niña en situación de adoptabilidad.

En base a lo descripto se destaca que el proceso buscó siempre priorizar el interés superior de la menor y asegurar que se agoten todas las posibilidades para la continuidad de su desarrollo antes de considerar la adopción, no habiendo en este caso alternativa ya que ambos progenitores se encontraban fallecidos.

III.c La interpretación de las experiencias de los procesos de adopción desde la

mirada de un Juez de Familia

En este apartado y en base a las siguientes preguntas¹¹ se analiza la mirada de un letrado/a cargo del Juzgado de Familia N° 2 de Avellaneda sobre los criterios de decisión que se implementan en los procesos de adopción¹².

El/la mencionado/a letrado/a resalta que antes de dictar una sentencia de adopción se toma como primordial consideración que los pretendidos guardadores estén inscriptos en el registro. Como la guarda con fines adoptivos tiene como finalidad evaluar la vinculación del niño/a con los pretendidos guardadores, se parte luego del criterio fundamental de resguardar el interés superior del niño. Para ello se realizan diferentes evaluaciones con un equipo técnico donde se analiza la vinculación y la adaptación de ese niño/a respecto de los cambios por los cuáles ha transitado.

El/la profesional entrevistado/a, además, señala que las principales causas que competen al proceso adoptivo se relacionan con situaciones de abandono y maltrato, lo cual amerita una pronta resolución. Aunque, lamentablemente, en muchas oportunidades los plazos del proceso no pueden agilizarse debido a que no se cuentan con los datos necesarios para localizar a los progenitores o familiares afines. Sin embargo, el/la entrevistado/a enfatiza que más allá de cualquier obstáculo que se presente en los procedimientos, al momento de dictar una sentencia el criterio rector siempre debe ser el interés superior del niño y, consecuentemente, su derecho a vivir en una familia.

Sin duda hubiera sido muy enriquecedor poder profundizar los aspectos que se relacionan con los criterios subjetivos de decisión jurídica y sus impactos en las

¹¹ Preguntas realizadas:

- 1- En el supuesto que los pretendidos guardadores no estuviesen inscriptos en el RUAGA, ¿se tiene en cuenta el tiempo transcurrido del menor con los guardadores al momento de dictar una sentencia? ¿Se tienen en cuenta los principios generales de la adopción?
- 2- ¿Cuál es el objetivo de la guarda para adopción?
- 3- Cuáles son los factores en que se focaliza el juez de familia a la hora de la elección de los pretendidos guardadores?
- 4- ¿Cuáles son las principales causas que se suelen presentar para que un NNA sea declarado en situación de adoptabilidad?
- 5- Se cumplen los plazos dictaminados por la normativa? ¿si no se cumplen, cuáles son los motivos del incumplimiento?
- 6- ¿El CCyCN agilizó los procedimientos en la práctica?
- 7- ¿En que se basa el juez de familia al dictar una sentencia de adopción?

¹² Se adjunta link con formulario que contiene respuestas desarrolladas por personal competente.

[https://docs.google.com/forms/d/1VQ-](https://docs.google.com/forms/d/1VQ-MyXCEIU1TaYVBuhKrGk5QiiUP1nS07up_yojOqQ/edit?ts=65eb9577#responses)

[MyXCEIU1TaYVBuhKrGk5QiiUP1nS07up_yojOqQ/edit?ts=65eb9577#responses](https://docs.google.com/forms/d/1VQ-MyXCEIU1TaYVBuhKrGk5QiiUP1nS07up_yojOqQ/edit?ts=65eb9577#responses)

UDAV
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE
AVELLANEDA

resoluciones de los juicios por adopción. No obstante, dicho/a profesional fue discrecionalmente esquivo/a para responder acerca de acciones resolutorias que pudieran revelar su propia mirada probablemente sesgada por su experiencia y valoraciones personales. De todos modos, se reconoce el aporte valioso de el/la letrado/a sabiendo que, además, se trata de un problema de delicado tratamiento que compete a menores de edad que ameritan toda forma de amparo.



Repositorio Digital de Trabajos finales y Tesinas

IV Conclusiones

Todo el recorrido de la presente tesina muestra que en nuestro país la institución de la adopción ha evolucionado a lo largo del tiempo y ha estado sujeta a diversas conceptualizaciones y debates jurídicos.

En las primeras décadas del siglo XX, la adopción se percibía a menudo como una medida para proteger y disciplinar a la infancia que se consideraba abandonada y, por ende, en riesgo de desviación. Este enfoque reflejaba la preocupación por el bienestar de los niños huérfanos o cuyos padres no podían cuidar de ellos. Esta idea de disciplinar a través de la adopción podría relacionarse con la creencia de que proporcionar un entorno familiar estructurado y afectuoso contribuiría al desarrollo saludable de los niños/as. Sin embargo, este enfoque también revela ciertas percepciones sobre la necesidad de controlar y moldear el comportamiento de éstos/as para ajustarse a las normas sociales.

Con el paso del tiempo y las transformaciones en materia de legalidad las conceptualizaciones sobre la adopción también cambiaron. En las últimas décadas, se ha dado mayor énfasis en el respeto de los Derechos del Niño y en garantizar que la adopción se lleve a cabo en beneficio de los/as niños/as, considerando sus necesidades emocionales y psicológicas.

Por lo expuesto, se puede afirmar que la adopción hoy en día tiende a centrarse más en el interés superior del niño, promoviendo la estabilidad y el bienestar en el nuevo entorno familiar.

Por otra parte, también resulta importante destacar que los debates sobre la adopción no se limitaron exclusivamente a la infancia, sino que involucraron consideraciones sobre la familia en su conjunto. Las discusiones sobre quiénes eran aptos para adoptar, los procesos de selección de los padres adoptivos y los derechos y responsabilidades asociados con la adopción contribuyeron a la configuración de políticas y prácticas en el ámbito jurídico.

Finalmente, tras realizar un exhaustivo análisis de los criterios de valoración jurídica de los jueces al momento de ponderar los hechos y derechos en base a lo establecido en el art. 611° del CCyCN, se puede afirmar que en los casos en que los códigos reglamentarios se superpongan por la dilación de los juicios de adopción se respeta la sentencia de guarda anterior y declara la inconstitucionalidad de dicho artículo reformado en el año 2015. Ello se ha podido demostrar a partir del estudio de casos jurisprudenciales propuestos en el presente trabajo.

Como así también se comprobó al analizar el margen de subjetividad al momento de dictar una sentencia, que los jueces tuvieron en cuenta los principios de los procesos de adopción como el interés superior del niño y el derecho del mismo a vivir en una familia.

Repositorio Digital de Trabajos finales y Tesinas

3. Bibliografía

Amador, M. (2009). *La entrevista en investigación*.

En: <http://manuelgalan.blogspot.com/2009/05/la-entrevista-en-investigacion.html>

Belluscio, A. C. (1991). *Manual de Derecho Familia*. Buenos Aires: De Palma ed. En: http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/397/La_guarda_d_e_hecho.pdf?sequence=1

Cataldi, M. (2016). La guarda de hecho frente a la adopción: un viejo debate renovado en el Código Civil y Comercial. En: *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, (24). En: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/12/Columna-de-opinion1.pdf>.

Ciordia, C. (2017). Desestimando demandas en la orientación de los niños a la adopción en los juzgados de familia en la conurbación de Buenos Aires (Argentina). En: *Boletín de Antropología*, vol. 32 (53), pp. 36-55. Medellín: Univ. de Antioquia.

---- (2020). Las políticas públicas de protección de la infancia y la juventud. Sus efectos desde la perspectiva de los jóvenes destinatarios. En: *Runa*. Buenos Aires: ICA/FFYL. [1851-9628-runa-41-02-87.pdf](https://www.ica.gov.ar/1851-9628-runa-41-02-87.pdf)

D' Antonio, D. H. (1997). *Régimen Legal de la Adopción*. Buenos Aires: Edit. Rubinzal Culzoni.

En: http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/397/La_guarda_a_de_hecho.pdf?sequence=1

Díaz, G. (2008). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Eudeba.

Graham M y Herrera M. (2014). *Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea*. Buenos Aires: Infojus. En: <http://www.saij.gob.ar/docs->

Herrera M. (2020). *Las guardas de hecho y su prohibición. Un estudio socio jurídico desde el derecho contemporáneo*. En: http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_ubacyt_2020_herrera

Herrera M.; Molina de. J. y Salituri Amezcu, M. (2021). El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción cuando fondo y forma se encuentran. En: Fernández, S. (Dir.), *Tratado sobre derecho de niñas, niños y adolescentes*, pp.

823-920. Buenos Aires: Thomson Reuters.

Herrera, M.; de la Torre, N. y Fernández, S. (2019). *Manual de derecho de las familias*.

Buenos Aires: Abeledo Perrot. En:

<http://ecommercearg.thomsonreuters.com.ar/978-950-20-2930-6.pdf>

Medina, G (2016). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Moretti, M. P. y Torrecilla, N. M. (2019). Desarrollo en las infancias institucionalizadas y en familias de acogida temporal: Una revisión bibliográfica. En: *Interdisciplinaria*, 36(2), pp. 263-281.

En:

<https://dx.doi.org/10.16888/interd.2019.36.2.17><http://www.scielo.org.ar/scielo>.

Notrica, F. (2016). Las guardas de hecho en el Código Civil y Comercial de la Nación. En:

Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos, Nro 16. En:

<https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/08/Columna-SDCByDH-Nro-16-16.08.pdf>

Petrelli, M. (2017). Adopción, inconstitucionalidad del art. 611 del Código Civil y Comercial. En: *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, (275). En:

<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8443/1/adopcion-inconstitucionalidad-art-611-ccc.pdf>

Peyrano, G. (2016). En: *El Derecho, Diario de doctrina y jurisprudencia*, (266).

<http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2016>

Villalta, C. (2003). Entre la legitimidad y el abandono: la primera ley de adopción de niños. En: Cuadernos del Sur, colección Historia. [Cuadernos del Sur. Historia - Entre la ilegitimidad y el abandono: la primera ley de adopción de niños](#). ISSN 1668-7604

Villamayor, F. (2007). *Protección jurídica del derecho a la identidad en la adopción: incidencia de la convención de los derechos del Niño*. Buenos Aires: FD/UBA.

En: <http://repositoriouba.sisbi.uba.ar/gsd/cgi-bin/library.cgi>

Zannoni, E. A. (1989). *Tratado de Derecho de Familia*. T. II Buenos Aires: Ed. Astrea. En:

http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/397/La_guarda_d_e_hecho.pdf?sequence=1

4. Fuentes legislativas y jurisprudencia

Constitución Nacional Argentina.

Convención Internacional sobre Derechos del Niño, Niña y Adolescentes. La Organización de las Naciones Unidas- ONU (20 de Noviembre 1989).

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

[http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/texact.htm)

[44999/42438/texact.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/texact.htm) Ley 24779 Adopción

<http://servicio.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/texact.htm>

Ley 26.061 de Rango Constitucional, Ley de Protección del Derecho del Niño/Niña y Adolescentes de la Convención del Derecho del Niño CDN (sancionada: Septiembre 28 de 2005- Promulgada de Hecho: Octubre 21 de 2005) República Argentina.

[http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm)

[114999/110778/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm)

Ley 26694. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación

<https://servicio.infoleg.gob.ar>

[http://biblioteca.camdp.org.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-](http://biblioteca.camdp.org.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=efa30b4aa26ffbf30ffad5ef5e91262f)

[file.pl?id=efa30b4aa26ffbf30ffad5ef5e91262f](http://biblioteca.camdp.org.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=efa30b4aa26ffbf30ffad5ef5e91262f)

5. Listado de abreviaturas implementadas

CCyCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CDN	Convención de los derechos del niño
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
NNA	Niños, niñas y adolescentes
RUAGA	Registro único de aspirantes a adopción
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación

6. Artículos periodísticos

Filo.news (13/3/2021), “Una familia de tránsito pide la restitución de la niña a la que acogieron durante tres años”, recuperado de <https://www.filo.news/actualidad/Una-familia-de-transito-pide-la-restitucion-de-la-nina-a-la-que-acogieron-durante-tres-anos--20210313-0021.html>.

<https://montessorinan.mx/frases-celebres-de-maria-montessori>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/texact.htm>