



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesinas de Belgrano

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía**

**La realidad de las guardas preadoptivas en el
Derecho Argentino**

Nº 159

María Lucila Gallo Pinedo

Tutor: Néstor Solari

Departamento de Investigación
Abril 2005

Indice

Introducción	5
Precisiones terminológicas	5
CAPITULO I: LA ADOPCIÓN	6
I. Concepto	6
II. Antecedentes	6
III. El régimen de la Ley 24.779	7
CAPITULO II: GUARDA	10
I. Concepto	10
II. La guarda desmembrada	10
III. La guarda con fines de adopción	10
IV. La guarda de hech	12
V. Requisitos para otorgar la guarda	13
VI. Abandono	14
VII. Una alternativa diferente: el Acogimiento Familiar	15
CAPITULO III: DERECHO COMPARADO	16
I. Acogimiento Familiar en España	16
II. La guarda de hecho en el Derecho Español	18
III. La elección de los adoptantes por los progenitores en el Dcho. Norteamericano.....	19
IV. La guarda en el Régimen de adopción de Bolivia	19
V. La adopción en Colombia	20
Tiempos vitales y tiempos judiciales	21
Pensar en el Kairos	22
Conclusión	23
Bibliografía	24

En cualquier aspecto que se la considere, la familia aparece como una institución necesaria y sagrada. Si se concibe una comunidad social en la que ninguna colectividad fuera a interponerse entre el individuo y el Estado; sociedad tal no sería viable: representaría un montón de individuos.

JOSSERAND, Cours de droit civil positif francais, t. I, nº 676

Introducción

Los niños, desde que están concebidos (aunque sea en un tubo) son personas y demandan del amparo de todo el derecho.

Ellos tienen, entre otros derechos, el derecho de acceso a una familia y el derecho a nacer, desarrollarse y crecer en una familia. Ese ámbito natural de los niños, el de su familia, muchas veces se transforma en el ámbito de su perdición. Esto sucede cada vez con más fuerza. Hoy en día se denuncian y ocurren más casos de abuso y maltrato que años atrás.

La historia de cada niño es única. En algunos casos, desde un principio la adoptabilidad es diáfana y todo transcurre sin complicaciones. En otros, en cambio, se requerirá más tiempo, ya sea por indecisión de su familia; porque ésta no es encontrada o porque la misma solicita un tiempo de prueba y una vez concedido fracasa la relación afectiva pretendida y se vuelve a la posición original. Pero hay que saber distinguir a los padres que necesitan ayuda y quieren criar a sus hijos de aquellos padres que directamente no tienen interés por los mismos.

Cuando la patria potestad de los progenitores de sangre falla, es insuficiente, inhábil, impotente, etc. la adopción debe actuar, subsidiaria y supletoriamente. No para avasallarla, no para desnaturalizarla, sino para reemplazarla en beneficio del menor.

No se requiere culpa de los padres, no se busca castigo para éstos, no se pretende cercenar sus derechos; se persigue tan solo –con prescindencia de toda idea de responsabilidad dolosa o culposa, o de sanción- integrar a los hijos en un núcleo familiar más favorable que el de origen.¹

Las normas de orden superior permiten concluir que, frente a un pedido de guarda preadoptiva, los jueces tienen el deber y la facultad de indagar si, en el caso concreto, se han agotado todas las instancias o recursos que posibiliten al niño permanecer junto a su familia de origen. Con el apoyo de un equipo interdisciplinario especializado, el juez, deberá determinar si existen otras alternativas en el caso concreto que aseguren la crianza del niño y no impliquen su separación definitiva del grupo familiar. Lo que es de fundamental importancia es que se lleven a cabo «decisiones» en un corto plazo y que de esa manera se evite prolongar en los niños situaciones de desamparo.

La manera en que actualmente la justicia maneja este tema, permite que los niños vivan en un estado de abandono constante y prolongado, abandono no solo de sus padres biológicos sino también del estado, quien tiene el deber y la responsabilidad de protegerlos.

Precisiones metodológicas

El concepto de adopción y guardas preadoptivas no ha sido igual en todo tiempo y lugar, ni tampoco lo han sido sus clases y fundamentos, de manera que es menester, para entender el instituto, precisar algunos de los conceptos a utilizar en el desarrollo del trabajo a fin de facilitar al lector la comprensión del tema.

Se entenderá por «adopción» al «acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no enteramente idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación por naturaleza y cuyo fin exclusivo es ´prevenir´ el abandono»²

Se denominará «patria potestad» al «conjunto de deberes y derechos que incumben a los padres con relación a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados».³

Se utilizará el término «guarda preadoptiva» para referirse la «tenencia otorgada a una pareja con fines de adopción».⁴

1. BIDART CAMPOS, G. J., «La adopción y la patria potestad de los padres de sangre», *Jurisprudencia Argentina*, T. 48, p. 581

2. Definición adoptada en las Primeras Jornadas Nacionales sobre la Enseñanza y Aplicación del derecho de Familia, celebradas en San Martín de los Andes, del 13 al 15 de octubre de 1994

3. BELLUSCIO, A. C., 2002, «Manual de Derecho de Familia», Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires

4. BELLUSCIO, A. C., 2002, «Manual de Derecho de Familia», Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires

Capítulo I: La adopción

I.I Concepto

Definir la adopción no resulta tarea sencilla. Encarar este tema implica un análisis sumamente complejo de las condiciones socio-culturales, políticas, económicas, psicológicas y éticas del momento actual.

Nacida en la antigüedad como parte de un ritual funerario y una forma de instituir heredero, aparece al presente -en la mayoría de los ordenamientos legales modernos- como un instituto protectorio del menor desamparado.

La adopción se trata de una institución que tiene características muy peculiares y tiende a crear un vínculo que no se apoya en el nexo biológico sino en la convicción de que el amor filial no se limita a aquél.

Otorgada por sentencia judicial en la mayoría de las legislaciones o conceptuada como un contrato en la minoría, tiene el efecto de emplazar en un determinado estado de familia a un extraño a ella o -cuando se trata de una adopción integrativa- a modificar el estado de quien ya se encuentra unido por lazos de sangre al núcleo familiar o a una parte de él.

La palabra «adoptar» implica admitir o aceptar.

Adoptiva es la persona, idea o cosa que se elige para tenerla como propia.

Es esencial destacar que la coexistencia bajo un mismo techo y los vínculos de sangre que definen a la familia no bastan para unir armoniosamente a sus miembros.

El soporte de todo núcleo familiar debiera ser el amor recíproco entre los que están llamados a vivir juntos.

Dentro de este concepto todos los hijos son «adoptados» por sus padres cuando son aceptados en condición de tales; el hecho biológico de la paternidad se completa con la adopción psicológica, o sea, el deseo de sus padres, que es lo que lo habilita en su condición de hijo.

Así, un hombre o una mujer, hayan o no engendrado un hijo y solo por el interjuego del vínculo, quedan reconocidos en la condición de padre o madre.

De lo dicho se infiere que la adopción tiene un sustento psicológico ineludible y que el hecho biológico de la paternidad no es el único apto para plasmar el vínculo afectivo fundamental para el desarrollo del ser humano.

En cualquier circunstancia la pareja o el progenitor único deben estar maduros para incorporar hijos ya sea biológica o psicológicamente. Esa madurez se construye sobre tres pilares básicos: amor, aceptación y estabilidad.⁵

I.II Antecedentes

Nuestra primera ley de adopción 13252 estableció que los progenitores del adoptado eran parte esencial en el juicio, siempre que no hubiesen perdido la patria potestad (art. 9 inc. b). Se entendió que el imperativo legal de oír a los padres no significaba que siempre debía contarse con su consentimiento, pues la adopción podía concederse aún en contra de la oposición de los padres, cuando mediaban justos motivos y era manifiestamente conveniente para el menor⁶.

Asimismo, era opinión predominante que debía citarse a ambos progenitores, en cuanto que ambos son titulares de la patria potestad, citación que sólo podía obviarse en caso de pérdida de la patria potestad por sentencia firme.⁷

La segunda ley de adopción, la 19134, consagró el criterio contrario a la participación de los padres de sangre en el juicio de adopción, quizás por considerar el legislador que su intervención era motivo de perturbación de la relación entre los adoptantes y el menor, y causa de dilación y complicación del proceso. Por lo tanto, conforme a esta normativa los progenitores no son partes en el juicio, y su intervención es excepcional, dependiendo en parte del arbitrio del juez, que los citará, o admitirá su presentación espontánea, cuando entienda que existan justos motivos para ello (arts. 10, inc. b y 12, ley 19134). Pero el juez no tendrá necesidad de citarlos ni admitirá su presentación espontánea, dispone el art. 11, en los siguientes casos:

- a) Cuando hubiesen perdido la patria potestad;
- b) Cuando espontáneamente lo hubiesen confiado al menor a un establecimiento de beneficencia o de protección de menores, y se hubiesen desentendido injustificadamente del mismo por el lapso de un año;
- c) Cuando hubiesen manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial o por instrumento público;

5. STILERMAN-SEPLIARSKY, 1999, «Adopción, Integración familiar», Editorial Universidad, Buenos Aires

6. POVIÑA, H.L., 1949, «La adopción», Revista del Instituto de Derecho Civil, Univ. Nacional de Tucumán, T. 1, N. 2.

7. POVIÑA, H.L. y BOSSERT, G., 1969, «Adopción y legitimación adoptiva», Rosario.

d) Cuando el desamparo moral o material del menor resulte evidente, o por haber sido abandonado en la vía pública o sitios similares y tal abandono sea comprobado por autoridad judicial.

Ambas normas fueron objeto de severas críticas. Se consideró que la intervención de los padres en el juicio de adopción es una consecuencia de la patria potestad y encuentra su fundamento en el vínculo de filiación, por lo cual, los padres no sólo actúan en ejercicio de la representación necesaria de sus hijos, sino también como titulares de un derecho propio. Y la posibilidad de ejercer esa defensa es un requisito esencial del proceso de adopción, porque sus consecuencias para los padres biológicos son trascendentales: pierden la patria potestad y el derecho filiatorio.

Por lo tanto, la casi totalidad de la doctrina y jurisprudencia sostuvo que tales normas eran inconstitucionales por ser violatorias del derecho de defensa en juicio y de las reglas del debido proceso (art. 18 CN.), al impedir que sean parte en el juicio los progenitores del adoptando que se encontrasen en alguna de las situaciones previstas por el art. 11, menos en el supuesto de pérdida de la patria potestad (inciso a), excepción que la doctrina sostuvo aún después de la sanción de la ley 23264, que suprimió el carácter definitivo e irreversible de la sanción.⁸

Y los preceptos de la ley 19134 eran inconstitucionales, además, porque aún cuando los padres de sangre no estuviesen incluidos en algunas de las situaciones previstas por los incs. b a d del art. 11, todavía dejaba librada su intervención al criterio del juez, quien debía apreciar si existían justos motivos para admitirlos al proceso. El ejercicio del derecho de defensa, se observó, no puede depender de la apreciación judicial sobre si existen o no «justos motivos» para ejercerlo, pues de esa manera desaparece el derecho.

I.III El régimen de la ley 24779

La ley de adopción sancionada en 1997 con el N° 24779, y que nos rige en la actualidad, ha pretendido solucionar la cuestión de la intervención de los padres de sangre en el juicio de adopción, dividiendo el trámite en dos etapas.

Una primera etapa introductoria, es el proceso de otorgamiento judicial de la guarda preadoptiva, regulado en los arts. 316/319 CC., que tiene las características, como dice D'Antonio, de un «pequeño juicio» de adopción⁹, destinado a otorgar la guarda del menor con la finalidad de su posterior adopción. Este proceso previo tiende a desbrozar el camino hacia la adopción de contingencias que puedan obstaculizarla, y a dejar demostrado que el menor se encuentra en condiciones de ser adoptado, siendo la adopción el instituto protectorio más adecuado y conveniente, conforme a la situación en que se encuentra el menor. Pareciera que la intención del legislador ha sido resolver en esta instancia judicial todas las cuestiones vinculadas a la relación del adoptado con sus progenitores, pues en esta etapa deben ser citados a fin de requerirles el consentimiento para el otorgamiento de la guarda preadoptiva (art. 317, inc. a CC.).

Confirma este aserto la circunstancia de que en la segunda etapa, en el proceso de adopción propiamente dicho, reglamentado por los arts. 320/321 para ambas formas de adopción, plena y simple, destinado a que el juez valore si la adopción conviene o no a los intereses del menor, en este juicio los padres de sangre ya son excluidos, siendo partes únicamente los adoptantes y el Ministerio de Menores (art. 321, inc. b CC.), tal como lo hacía la ley 19.134.

La falta de coherencia y de previsión del legislador en la regulación del proceso adoptivo complican las cosas en la práctica judicial, de tal modo que el Juez debe intervenir para garantizar la tutela del derecho de defensa de los padres biológicos. De lo que se concluye que los defectos exhibidos por la ley anterior en este tema, no han sido del todo superados con el doble proceso instituido por la ley 24.779.

La familia es el ámbito más apto para la formación y el desenvolvimiento del ser humano.

Lo ideal es, sin duda, que los chicos crezcan y se desarrollen en el contexto de una familia, de ser posible, la familia en la cual fueron engendrados. El sustrato axiológico de la Convención sobre los Derechos del Niño es claro en cuanto sostiene que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños.

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Ahora bien, la realidad muestra que la familia no siempre cumple acabadamente con sus vitales funciones.

En el capítulo sobre la familia como núcleo central de protección de la Opinión Consultiva 17 del año 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se expresa que la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece.

8. ZANNONI, E., 1995, «Derecho de Familia», 2ª ed., Bs. As., 1989, T. 2.; Belluscio, A.C., «Manual de Derecho de Familia», 5ª ed., Buenos Aires, T. II; LLOVERAS, N., 1994, «La adopción en el derecho argentino», Ed. Depalma, Buenos Aires
9. D'ANTONIO, D.H., 1997, «Régimen legal de la adopción. Ley 24.779», Santa Fe.

Sobre este punto, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador manifiesta que «todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

En este sentido el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño ha establecido que «Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.»

A lo anterior es preciso agregar la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.»

En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

En este sentido, «el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad», con derecho a «la protección de la sociedad y el Estado», constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de 65 la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

Las Directrices de Riad han señalado que «la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental».

Asimismo, el Estado debe velar por la estabilidad del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éstas, garantizando las condiciones que permitan alcanzar una vida digna.

El artículo 4 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, estableció: «La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.»

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refirió a la titularidad de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar «no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio»

La Corte Interamericana ha abordado el punto desde la perspectiva de los familiares.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En la Directriz de Riad No. 13 se establece que: «Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto».

Si la separación de los niños de sus padres resulta inevitable, éstos tienen derecho a permanecer en un medio familiar (art. 20 C.D.N.), teniendo en cuenta el lugar que la Convención le otorga a la «familia ampliada» (art. 5 C.D.N.), a «otro familiar» (art. 9 C.D.N.), a «parientes» (art. 20 C.D.N.) y a «miembros de la familia» (art. 22 C.D.N.). Aquí aparece el instituto de la tutela, usualmente ejercido por parientes o amigos de la familia.

La propia Corte Europea ha hecho ver que las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño.

Sin embargo, no hay que perder de vista las limitaciones existentes en diversas materias, como el acceso de los padres al menor. Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres.

La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor. Estas preocupaciones y otras vinculadas con ellas determinan el contenido de varios preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 5, 9, 19 y 20, *inter alia*).

Esta Corte destaca los *travaux préparatoires* de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las Reglas de Beijing (17, 18 y 46).

La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.

Quienes se vean privados temporalmente de su medio familiar –comprensivo de padres y familia extensa– tendrán derecho a la colocación en familias u hogares de guarda. Este sería el ámbito de acogimiento familiar y asistencial.

Si la privación es permanente tendrán derecho a ser adoptados con intervención de la autoridad competente (art. 20 y 21 C.D.N.)

Al respecto, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concordancia con las Directrices de RIAD, ha destacado que cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible, deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el «desplazamiento» de un lugar a otro.¹⁰

La adopción es una institución de amparo a un niño que, por circunstancias especiales de su vida, a veces muy dramáticas, se ha quedado sin familia; fundamentalmente sin una madre. Tiene por objeto prevenir y reparar el abandono sufrido.

Es posible diferenciar dos tipos de circunstancias que conducen a la adopción. Por un lado, un niño puede haber sido entregado en un acto voluntario de sus padres, quienes directamente han manifestado que no quieren criarlo como hijo y lo han entregado al juez, al Consejo Nacional del Menor y la Familia o -lo que es más común- lo han encomendado al Hospital donde nació. En estos casos no se puede decir estrictamente que hay abandono, porque este niño queda al cuidado de personas responsables; hay un acto de desprendimiento de la madre, que muchas veces es un acto de bondad, de grandeza, de reconocimiento de sus propias limitaciones frente a la necesidad de que la vida continúe en un hijo que ella no puede o no quiere acoger debidamente.

Por otro lado, la necesidad de adopción puede tener origen en una decisión judicial respecto de una madre o una familia que ha demostrado ser gravemente peligrosa para el desarrollo de un niño, por lo cual la única salida es apartarlo de su medio en forma definitiva e integrarlo a otro hogar.

Vale decir, entonces, que dos caminos diversos - la entrega voluntaria o una disposición de la Justicia - pueden generar lo que podríamos denominar la adoptabilidad del niño. En ambos casos debe existir una decisión judicial, que deje de lado todo tipo de dudas acerca de las instancias que condujeron al niño a una situación de desamparo y que permita, inmediatamente después, tomar una medida tan importante como es la de otorgarle una familia que sustituya la de origen y que consagre en él su derecho natural a desarrollarse en un marco adecuado. Esa decisión es lo que la Ley califica como «comprobación del abandono» (artículo 316 último párrafo, del Código Civil, ref. por la Ley 24.779).

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión Consultiva OC – 17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, N° 73

Tales acciones han de cumplirse en ciertos tiempos que deben ser oportunos. En efecto, un niño que necesita incorporarse a una familia no puede esperar un tiempo demasiado prolongado, pero tampoco puede hacerlo tras un plazo tan imprudentemente corto que haya resultado insuficiente para permitir evaluar con detenimiento sus circunstancias.

Sin embargo, el desamparo del niño puede haberse prolongado por una decisión que no es, precisamente, oportuna, sino todo lo contrario, porque se demora, porque espera comprobaciones o pruebas que no son estrictamente necesarias; porque, en suma, el juez no posee una real comprensión de lo que esta viviendo el chico y no decide con la rapidez que requiere el caso. Este tiempo que debe ser oportuno, es un tiempo vital para el niño porque tanto su salud espiritual como la psicofísica pueden verse afectadas por la demora de su ingreso definitivo a la familia de adopción.

Capítulo II: Guarda

II.I Concepto

Jurídicamente la palabra «guarda» tiene significados diferentes.

Belluscio define a la guarda como el derecho deber de tener a los hijos consigo¹¹

Cafferata considera que es el derecho de mantener al hijo cerca de sí, determinando su residencia y puntualiza el concepto diciendo que el contacto inmediato del hijo con el padre es «presupuesto esencial para que éste pueda cumplir con su deber de educarlo y a través de esa educación lograr el desarrollo integral de la personalidad del menor»¹²

Pitrau sostiene que «la guarda integrada a la patria potestad, surge como un derecho-deber natural y originario de los padres, que consiste en la convivencia con sus hijos y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación»¹³

II.II La guarda desmembrada

Las anteriores son definiciones de la guarda como integrante de la patria potestad.

Pero, cuando el niño se encuentra abandonado o en peligro moral y material e interviene el Estado a través del Patronato de Menores, otorgando la guarda de ese menor para su protección, nos encontramos frente a una guarda desmembrada de la patria potestad.

Como se ha subrayado «si desaparece la patria potestad y no se da la tutela, surge la tutela oficial o patronato del Estado que se hace cargo del menor, y es en virtud de esa tutela oficial que el Estado está facultado (art. 4 de la ley 10.903) para proveer a su protección delegando su guarda.

El art. 10 inc. c) de la ley 10.067 de la provincia de Buenos Aires habla de «la concesión de la guarda» como una de las medidas de protección que puede disponer el juez. Esta sería una guarda desmembrada de la patria potestad y de la tutela y delegada por el titular del Patronato a un particular o a un instituto de protección.

La guarda desmembrada de la patria potestad puede ser delegada o de hecho.

Es delegada cuando el Estado otorga la tenencia y cuidado de un menor a un tercero que no es su representante legal.

Es de hecho «cuando una persona, sin una atribución ni de la ley, ni del juez, por propia decisión, toma un menor a su cuidado». Esta guarda fáctica es una guarda desmembrada pero no delegada legítimamente, se constituye sin intervención de autoridad administrativa o judicial y por ende no hay ninguna evaluación ni de la idoneidad del guardador ni del interés del menor.¹⁴

Quien ejerce la guarda de hecho, asume una de las formas protectoras de la minoridad y, si bien se desarrolla en un marco de precariedad, no puede negarse la producción de consecuencias jurídicas ni la existencia de deberes y derechos inherentes a la tarea que se lleva a cabo.

II.III Guarda con fines de adopción

La guarda puede ser delegada con fines tuitivos o bien con fines de adopción.

11. BELLUSCIO, A. C., 1991, Manual de Derecho de familia, Editorial Depalma, Buenos Aires

12. CAFFERATA, J. I., 1978, «La guarda de menores», Editorial Astrea, Buenos Aires

13. PITRAU, O. F., 1990, «La guarda de menores», en Revista de Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Nº 4, Editorrial Abeledo-Perrot, Buenos Aires

14. WAGMAISTER, A. M., 2000, «Adopción y mejor interés del niño», Revista de derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Nº 16, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

La guarda con fines de adopción es una guarda delegada que tiene una finalidad específica que es la adopción y que se establece en un doble sentido. «Por una parte cumple con una función tutelar establecida en orden a la protección del menor y por otro lado la guarda aparece como un requisito sustancial para el otorgamiento de la adopción, es decir como presupuesto de ella»

El Art. 316 del Código Civil, dispone que «El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el juez. El juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda. La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal, del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo. Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge».

Del articulado se desprende que la guarda judicial es un requisito insoslayable para demandar la adopción.

Corresponde interrogarse sobre que ocurre si vence el plazo máximo sin haberse deducido la demanda adoptiva. Cabría considerar que la guarda ha caducado, efecto que la norma no contempla, o que no se satisface un presupuesto para la promoción de la acción. Sin embargo, no deben producirse ni uno ni otro resultado, en tanto con ello se ocasionaría un gravísimo perjuicio al menor sin que medie un respaldo legal para que así acontezca.

La *guarda de menores* aparece como uno de los medios -técnicas o tratamientos no institucionales- integrante de la protección del menor y que, como los restantes, procede en subsidio de la máxima institución proteccional constituida por la patria potestad.

Cabe en primer lugar, en consecuencia, deslindarla de la tenencia, como derecho-deber, integrante de la patria potestad, que se regula en el art. 275 del código Civil, mas siendo comprendida entre los elementos mencionados en el genérico artículo 265 por conformar uno de los factores de manifestación de la autoridad y cuidado que éste último dispositivo consagra.

La guarda presupone una actividad signada por comportamientos de custodia, defensa o conservación, mientras que la tenencia, en cambio, se refiere a un aspecto meramente material o fáctico, implicando la proximidad física de algo o alguien, por lo cual la legislación española hace mención al deber de los padres de tener a sus hijos «en compañía» y la doctrina la individualiza como deber de convivencia o unidad de domicilio.

La guarda es la atribución de la persona de un menor a un tercero o a una institución tutelar específica a los fines de que sobre el mismo se ejerzan las conductas tutelares que se determinen, pudiendo éstas variar según las circunstancias conforme la finalidad perseguida con esta medida proteccional en el caso concreto.

También se puede decir que la guarda es el medio tutelar por el cual un tercero sin derecho de representación, o un organismo ejecutivo de protección, se convierten en tenedores de un menor para darle asistencia integral y proveer a la formación de su personalidad.¹⁵

Esta guarda puede otorgarse, como ocurre con la guarda para la adopción, con la simple meta de que se tipifique una relación de índole paterno-filial, con lo cual este tipo de guarda revestirá marcada identidad con la tenencia de la patria potestad.

El niño puesto a disposición y bajo la guarda queda, por dicha circunstancia, en condiciones de ser sometido a cualquiera de los tratamientos proteccionales, incluida la entrega en guarda o custodia a terceros.

La *guarda con finalidad de adopción* tiene un tratamiento diferenciado del resto de las guardas. Como se ha expresado anteriormente, sus notas caracterizantes más destacadas son las siguientes:

La guarda es otorgada con una distinguible *doble finalidad*, relatando en mayor medida una u otra según su visualización respectiva. Esta guarda constituye, en primer aspecto, una medida tutelar similar a la guarda otorgada a los particulares, signada en consecuencia por las características propias de dicha medida.

El órgano judicial que otorga esta guarda priorizará esta finalidad respecto de la segunda, que a pesar de ello es la que define a este tipo protectorio. Igualmente, el interés del niño estará conformado, en primer lugar, con independencia de que la misma pueda constituir el presupuesto para la adopción.

La segunda finalidad, a la que generalmente se le concede mayor virtualidad, es la de que esta guarda de respuesta positiva al requerimiento legal que la considera presupuesto de la adopción pretendida.

Para que esta finalidad sea conseguida es necesario que la relación guardador-menor esté signada por conductas asimiladas a la relación paterno-filial, elemento que orientará el accionar de los sujetos comprendidos en la guarda y el contralor estatal que de la misma debe efectuarse.

15. D'ANTONIO, D. H., 1997, Régimen Legal de la Adopción, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe

Cabe destacar que la guarda es concedida con la expectativa de adoptar, razón por la cual -en principio- su duración estará condicionada a la constitución del nuevo estado familiar adoptivo.

II. IV La guarda de hecho

La guarda de hecho tiene lugar cuando una persona, sin atribución legal ni judicial, con el consentimiento de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de ellos, toma bajo su cuidado a un menor arrojándose los roles y obligaciones propios de un tutor. Innumerables y variados -cuando no, a veces, comprensibles- pueden ser las peripecias o circunstancias que desembocan en estas contingencias y que dada la complejidad y versatilidad de la naturaleza humana deviene imposible su taxativa enumeración.

También es dable aseverar que la mentada situación de hecho, carente de formalidad y sin intervención jurisdiccional, no asegura per se que exista un afecto de parte del irregular adoptante, ni garantice que no se trata de una decisión precipitada o que responda a móviles subalternos. Incluso, es un principio general admitido, que la guarda de hecho no confiere ningún derecho ni hacer perder prerrogativas a quienes la ejerzan respecto del menor.¹⁶

La doctrina es conteste en que la guarda de hecho no está prohibida.¹⁷ Si bien el art. 318 prohíbe el otorgamiento de la guarda con fines de adopción por intermedio de escribanos, ello no constituye una prohibición para el otorgamiento de la «guarda de hecho», ni tampoco una imposibilidad para que los progenitores elijan quienes van a ser los guardadores de sus hijos, por aplicación del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido.¹⁸

Lo que exige la ley es que la guarda con fines de adopción sea conferida judicialmente con la finalidad de que el magistrado examine la idoneidad de los futuros adoptantes, como, asimismo, la conveniencia que dicha adopción refleja para el menor. Mas, si cuando se peticiona la adopción ha preexistido una guarda de hecho que ha originado vínculos afectivos entre el guardador y el infante, no cabe ninguna duda de que el juez deberá considerar esta situación fáctica a la hora de otorgar la adopción, pues dichos guardadores deberán ser preferidos a quienes son ajenos al menor, y, obvio es, siempre que reúnan las condiciones exigidas por la ley.

Sin embargo, la solución no es uniforme; así, se han registrado fallos que revocan la guarda de facto. La sala 2ª de la C. Civ. y Com. Bahía Blanca ha argumentado en este sentido que «no se puede conceder la guarda preadoptiva a quienes la detentan de hecho sin haber observado los requisitos legales para ser considerados aptos como aspirantes a adoptantes, pues la referida guarda no se consolida ni se convalida por lo antiguo y sostenido de la transgresión que se le reprocha».¹⁹

Este tema fue objeto de debate en las VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones, celebradas en Morón los días 21, 22 y 23 de octubre de 1999, en las cuales se llegó por unanimidad, en relación al tema que nos ocupa, a las siguientes conclusiones:

- 1- La guarda de hecho no está prohibida por la ley 24779;
- 2- La guarda de hecho debe ser respetada en circunstancias excepcionales, tales como la relación afectiva o familiar, ponderándose siempre el «interés superior del niño»²⁰

Esta cuestión está expresamente prevista en el Proyecto de Reformas al Código Civil que en el art. 648 expresa: «...La guarda judicial no es necesaria si se acredita sumariamente una guarda de hecho por igual período, con audiencia del Ministerio Público y de los equipos técnicos que correspondan...»²¹

El *principio de no innovar* en materia de guarda apunta a mantener la situación en la cual se encuentra el menor por lo inconveniente que podría resultar para su equilibrio afectivo y emocional la modificación de una guarda que lleva un tiempo considerable.

Recientemente se afirmó que «se ha de aplicar a casos de guarda preexistente el beneficio de no innovar en materia de guarda con la consiguiente valoración de la situación de guarda existente, teniéndose en cuenta el interés superior del menor, la idoneidad de los guardadores y el ambiente en que se desarrolla la personalidad»²²

No debe nunca olvidarse que estamos hablando de personas que sienten, que sufren y que reconocen a sus seres queridos, y que no se puede de un día para el otro desprenderlos de aquellos que el niño ha

16. ALVAREZ, A. O., «Guarda de hecho y el requisito de inscripción preadoptivo», El Derecho, Tomo 182, página 412.

17. MEDINA, G., «La guarda de hecho y la adopción», Jurisprudencia Argentina, 1998-III-959

18. DI LELLA, P., 1997, «Vigencia de la delegación notarial de la guarda», revista del Notariado N° 849.

19. C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 2ª, 3/11/1998, El Derecho, 182-410

20. Conclusiones de las «VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones», Morón, 21, 22 y 23 de octubre de 1999, Jurisprudencia Argentina, 2000-I-1064

21. «Proyecto de Código Civil de la República Argentina», elaborado por la Comisión designada por decreto 685/1995 e integrada por H. Alegría, A. A. Alterini, J. H. Alterini, M. J. Méndez Costa, J. C. Rivera, H. Roitman, 1999, Editorial Abeledo-Perrot

22. C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 23/9/1999, Revista de derecho de familia. Revvista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 16, 2000, Editorial Abeledo-Perrot

internalizado como «su familia», puesto que implicaría tanto como desgarrar el corazón de los pequeños, sembrándolo de dudas e incertidumbres, al no saber a ciencia cierta cuánto tiempo estarán con las personas que van incorporando a su mundo afectivo. Ellos ya han padecido el abandono o la falta de sus padres biológicos, no hay derecho a someterlos a abandonos forzados en pos de «algo mejor» que vendrá «algún día» y que por supuesto no se sabe con certeza, ni si será mejor ni si vendrá algún día.

Esto no quiere decir que aplaudamos las situaciones de hecho. Obvio es que el mejor camino es el inverso: cumplir con los requisitos exigidos por la ley y luego si ellos se encuentran satisfechos conferir la guarda con fines de adopción para, más tarde, otorgar la adopción. Pero, que este sendero sea el deseable, no puede cegar al punto de creer que es el único; hay varios, y cuando se presentan, no queda más remedio que analizar cuál de ellos es el óptimo para ese niño en particular.

Es verdad que el juez no debe ceder a la política de los hechos consumados, pero a veces, los hechos hablan con tanta crudeza que no hay modo de cerrar los ojos cuando la solución contraria daña gravemente a un niño.²³

Se torna evidente que, en los temas concernientes al Derecho de Familia, no se perciben -siempre en forma nítida- los colores claros y tonos oscuros; más bien predominan los matices grisáceos que apuntalan y justifican el pormenorizado análisis del hecho planteado y donde el juez, llamado por la ley, será quien se halle en la difícil encrucijada de otorgar al menor abandonado una familia que lo asista, eduque y ayude -con mucho amor- para poder crecer de acuerdo a su indeleble dignidad personal.

II. V Requisitos para otorgar la guarda

El artículo 317 del Código Civil, dispone que los requisitos para otorgar la guarda son los siguientes:

- a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación.

No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad o cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

- b) Tomar conocimiento personal del adoptado.
- c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin.
- d) Iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica.

Si bien dicho artículo impone a los jueces citar a los padres biológicos para que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción, ello no implica que resulte imprescindible contar con la conformidad de los progenitores para conferirla, sino que, en realidad, se trata de que aquellos cuenten con la posibilidad de intervenir en el trámite judicial que culmine, en su caso, con la guarda pre-adoptiva, ello por cuanto el instituto no tiene en mira satisfacer los deseos de los progenitores de que su hijo sea confiado en custodia a terceros, sino el interés del niño que se encuentre en situación de peligro moral o material, mientras que en el supuesto de configurarse moral o material evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial, el mismo precepto releva de la necesidad de citar a los padres de sangre.²⁴

La necesidad de una declaración previa de situación de adoptabilidad encuentra sustento en razones prácticas que procuran evitar o disminuir los obstáculos que suelen presentarse para constituir el nuevo estado filial adoptivo.

La declaración judicial de situación de abandono, que requiere la previa comprobación de la misma y de la que resulta de la condición de adoptabilidad, o la declaración de ésta cuando se limita la decisión jurisdiccional refiriéndola solamente a la adopción, se funda en diversos justificativos que encuentran comunes orientaciones.

Corresponde en primer lugar despejar a la mencionada declaración de connotaciones vinculadas directa o indirectamente con el propósito de excluir la intervención de los padres u otros componentes de la familia de origen del menor. Si la falta de intervención de los progenitores o familiares se produce, ello solo podrá admitirse en una etapa limitada del juicio y siempre que se garantice la posibilidad de ser oportunamente

23. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia Italiana y Argentina», *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III-972.

24. Fallo de la CNCIV, Sala B, 27/06/2002, R. 347817 - «M., I. A. s/protección de persona»

oídos, de ejercitar en plenitud sus derechos procesales pertinentes, incluidos la proposición y producción del material probatorio admisible.

No resulta innecesario enfatizar acerca de estos aspectos, ya que muchas iniciativas sobre declaraciones de adoptabilidad, consideradas como etapas previas al juicio de adopción o aun dentro del mismo, han evidenciado la finalidad de sostener totalmente la presencia de los padres de sangre o de la familia natural del menor.

Sin perjuicio del ataque que ello constituye a garantías de índole constitucional y, por consiguiente, de positividad reforzada, lo cual determina, finalmente, conformar una posición contraria al propio interés del menor, se olvida que con tales proceder se desnaturalizan los reales alcances que corresponden para la concreción de una tarea proteccional comenzada con el otorgamiento de la guarda y la consiguiente relación adoptantes-adoptado.

Resulta ineludible que se respete la integración del niño al nuevo marco sociocultural, evitando desarraigados que incidirán negativamente en su formación; se neutralicen conductas a sacar réditos espurios de reclamos sustentados en derechos paternos que oportunamente no fueron ejercitados y, finalmente, se aseguren las justas expectativas de quienes han acogido a un menor para integrarlo en condición filial.

En la declaración judicial de adoptabilidad la finalidad probatoria está dirigida a evidenciar que el menor se encuentra en condiciones de ser adoptado y que dicha institución protectoria es la más adecuada y conveniente, conforme la situación del menor. En el juicio en sí mismo, en cambio, el objeto de la prueba está constituido por la demostración de que los padres pretensos adoptantes son las personas dotadas personal y jurídicamente de las calidades necesarias para asumir tales funciones y que el adoptado se adecua al nuevo estado de familia que se procura constituir.

II. VI El abandono

Para que exista abandono es menester que exista una conducta de total desamparo y de absoluta indiferencia o despreocupación frente a la realidad de los hijos, conducta que además debe ser estrictamente maliciosa o voluntaria, sin supeditación a circunstancias que hayan podido influir aunque sea indirectamente, en la consumación del hecho.

Asimismo el abandono puede conceptuarse como el desprendimiento de los deberes de los progenitores, respecto de sus hijos, o sea, consiste en la abdicación total de los deberes de crianza, alimentación y educación que impone la ley.

En razón del carácter que importa la medida de privación de los derechos inherentes a la patria potestad, se ha resuelto que sólo debe decretarse en casos de extrema gravedad que comprometa la salud moral y material de los hijos²⁵.

En la actualidad el concepto de abandono es entendido desde un doble aspecto: el material y el moral. El primero de ellos, queda configurado por la negativa a hacer frente a las necesidades económicas de los hijos; y el restante, bajo una faceta moral, por la despreocupación de los padres respecto de la vida espiritual, afectiva o moral de sus descendientes.

Los autores que estudiaron las modalidades de la comprobación del abandono como presupuesto de la adopción plena han discrepado en cuanto aspectos formales de tal comprobación.

Es así como Mazzinghi sostuvo que la situación aludida en la ley como posibilitante de la adopción plena «solo se puede referir al abandono declarado previamente por un tribunal distinto del que ha de conferir la adopción», mientras Zannoni opinó que «el juez puede comprobar el abandono, sin que esa comprobación sea presupuesto de un proceso autónomo y previo por pérdida de la patria potestad».

El lenguaje popular y los mensajes que se emiten por los medios de comunicación utilizan la palabra «abandonado» para referirse a los niños que se entregan en adopción.

También algunos profesionales se refieren a ellos de ese modo, utilizando el lenguaje de modo rutinario y sin la reflexión necesaria.

Si se reflexiona de que modo se produce el proceso de la adopción, se advierte que los adoptivos no solamente no son niños abandonados, sino que el trayecto que recorren desde la decisión de la mujer gestante que antes de su nacimiento decidió entregarlos hasta encontrar a su familia adoptante, queda bajo la protección de, por lo menos, dos instituciones: el hospital donde nació, y el Consejo del Menor. A partir de allí, comenzarán los trámites que lo conducirán hasta la que será su familia adoptante.

Históricamente, antes que se incorporara la adopción como instituto jurídico destinado a proteger a las criaturas que quedaban huérfanas o que sus padres no podían mantener, y desde la Antigüedad, los bebés en esa situación corrían el riesgo de infanticidio. Esa fue una práctica habitual que se mantuvo durante la Edad Media y hasta los comienzos de la era industrial.

25. MORENO, D., «Pérdida de la patria potestad por abandono. Necesidad de sentencia Judicial», La Ley, T. 116, p. 438

En Buenos Aires, se encuentran los archivos de la Antigua Sociedad de Beneficencia, donde figuran las entregas de recién nacidos o de bebés de pocos meses, y con los datos que provienen de la Antigua casa de Expósitos en la cual funcionaba el torno. El torno era una pequeña puerta giratoria de madera colocada en la pared de un convento, mediante la cual se introducía a la criatura en el interior del mismo sin que la mujer que lo entregaba fuese reconocida. Ella permanecía en la calle mientras hacía girar la pequeña puerta para que el bebé ingresara en el convento u hospital donde era recibido, sin aviso previo. El torno funcionó hasta 1891 y estaba destinado a ocultar la «vergüenza» de la mujer, además de tomar bajo su protección al recién nacido.

Otro modelo, también en Buenos Aires, residía en la práctica barrial: una mujer entregaba su bebé a una vecina, solicitándole que se lo cuidara un par de días, ya que ella debía viajar a la provincia. No sucedía de ese modo, puesto que no regresaba y entonces la persona que tenía a cargo el niño se presentaba en la comisaría para informar acerca del episodio. Por supuesto que esto sigue sucediendo en la actualidad.

Cuando no se incluye al bebé en la órbita de las instituciones, encontramos abandono en tanto y en cuanto se lo excluye voluntariamente de la posibilidad de sobrevida. Al mismo tiempo no es posible localizar a quien abandonó a la criatura.

Si sustituimos «abandonado» por «dejado», se advierte la diferencia de matices: «dejado» remite a lo que se deja caer. Dejar caer a una criatura está teñido por el anonimato, dificulta la posibilidad de acercarse imaginariamente a quien lo hubiera dejado. El «dejado» está en peor situación que el «abandonado», ya que éste último permite pensar en quien protagonizó el acto.

En cambio, es muy difícil representar la situación del dejado, adquiere las características de lo que no se puede representar y arriesga, en el futuro, una dificultad para transformar el hecho en un dato simbólico.

Esta diferencia entre abandonado y dejado aparece en el diálogo con los chicos cuando ellos se refieren a esa situación: muchos de ellos dicen «me dejé», refiriéndose a su madre de origen; no es frecuente que utilicen la expresión «me abandonó» hasta la adolescencia tardía o en la adultez.

Es probable que sea más sencillo recurrir al lenguaje del «dejar» de uso doméstico, que recurrir a la idea de abandonado pero, al mismo tiempo, el abandono implica que alguien tuvo algo consigo y posteriormente no quiso tenerlo más. O sea, sospechar que existió un tener y un deshacerse de lo que se tenía, que significa una pérdida para quien abandona. De hecho es así.

En cambio «dejar» algo o a alguien descalifica a quien lo deja caer y a aquello que es dejado. Los adoptivos, cuando son chicos, es probable que asuman la vivencia del haber sido dejados y no alcancen a compaginar el matiz diferencial con el abandono.

«Dejar» es representativo de un psiquismo elemental, que no se arriesga a pensar que los responsables de su concepción sean localizados, como ocurre cuando se toman las precauciones para abandonar de modo que no haya retroceso posible. Abandonar se diferencia de dejar, verbo que nos autoriza a pensar que en la mente de quien elige hacerlo lo que se deja se parece más a un objeto que a un ser humano.

En otras oportunidades, un adulto elige concurrir con una criatura a una estación de subterráneo y desaparecer. Estos niños no quedan al cuidado de instituciones hasta que otro adulto reconoce el desamparo y recurre a la policía en busca de protección para ese niño que apenas sabe articular palabras. Esta es una índole peculiar de abandono que se sintetiza en deshacerse del niño sin poder recurrir a una institución; por lo general, proceden de este modo quienes no desean ser identificados como responsables por el niño o niña.²⁶

II. VII Una alternativa diferente: el acogimiento familiar

La Convención sobre los Derechos de los Niños establece en su art. 20 que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

El antecedente inmediato de esta disposición se encuentra en la «Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional», aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas como resolución 41/85, el 3 de diciembre de 1986.

Entre los cuidados, por defecto de su medio familiar, que debe garantizar el Estado, la Convención menciona en primer lugar «la colocación en hogares de guarda», como una alternativa diferente de la adopción y de la inclusión «en instituciones adecuadas de protección de menores». El concepto de hogares de guarda (en Inglés «foster placement», en Italiano « affidamento», en Francés «placement dans une famille») comprende especialmente el denominado «acogimiento del derecho Español.

26. GIBERTI, E., 2001, «Adopción para padres», Grupo Editorial Lumen, Buenos Aires.

Es dable destacar que en nuestro país la figura del acogimiento familiar aun no ha sido expresamente legislada. De todas formas, existen varias instituciones que lo han estado implementando como alternativa.

Esta figura está siendo impulsada cada vez más en los diversos países. En abril de este año se realizó un Coloquio Internacional sobre Acogimiento Familiar en Río de Janeiro, en el cual el principal objetivo fue divulgar y debatir el acogimiento familiar como una modalidad de soporte para los chicos que por alguna razón se encuentran desprotegidos.

La Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar es una iniciativa de la Organización Internacional de Acogimiento familiar, nacida durante la última conferencia Internacional de IFCO en la Argentina en Julio de 2003.

La misión es brindar todo su apoyo y experiencia con el fin de poder implementar programas de acogimiento familiar en todos aquellos países latinoamericanos donde la temática aún es poco conocida.

Capítulo III: Derecho Comparado

III. I. El acogimiento familiar en España

En España, así como en otros países, existen otras alternativas, diferentes a la adopción, que se ocupan de los niños en situación de abandono, en riesgo o desamparados. Allí, se ha creado la figura del acogimiento familiar, que funciona a través de diferentes programas, manejados por la Consejería de Bienestar Social.

En principio, se entiende que el «Acogimiento Familiar» es un recurso social que proporciona una familia a aquellos niños y niñas o adolescentes que por diversas razones no pueden convivir con la suya propia. El acogimiento familiar ofrece al niño la posibilidad de vivir durante cierto tiempo en un ambiente familiar complementario al suyo, en donde pueda recibir el cuidado y la atención y educación que le facilite un desarrollo armónico de su personalidad.

Es muy importante tener en claro que el acogimiento no es una forma de adopción sino una medida que puede ser transitoria.

Dentro del programa de Acogimiento, se han diferenciado varias modalidades:

Se pueden distinguir dos tipos en función de las posibilidades de retorno del niño a la familia:

Acogimiento con previsión de retorno: en este caso, el acogimiento se promueve desde la premisa del regreso del niño a su familia de origen, lo cual supone que:

- La familia acogedora sea una familia especialmente formada y que complemente las necesidades del niño o niña durante el tiempo en que no puede convivir con la suya.
- La familia acogedora haya sido instruida y facilite las relaciones y las visitas del niño o niña con su propia familia, manteniendo así los vínculos afectivos.
- La familia acogedora, la familia de origen del niño y los técnicos de Menores trabajen conjuntamente para buscar la mejor resolución de las situaciones conflictivas que pudieran concurrir

Acogimiento sin previsión de retorno o Permanente: se trata en este caso de una medida de incorporación a una familia distinta de la de origen durante el tiempo que sea necesario hasta la independencia del niño, su mayoría de edad o hasta la propuesta de una alternativa de convivencia más adecuada.

Este tipo de acogimiento se realiza cuando el retorno a la familia biológica no es posible o deseable en interés del bienestar del propio menor y, al mismo tiempo, la separación definitiva mediante medida de adopción tampoco es recurso adecuado. Los acogimientos promueven un desarrollo emocional, físico e intelectual al tiempo que una identidad personal y social. El niño o niña o adolescente recibe los apoyos necesarios para poder desarrollar, dentro de un ámbito reducido como es el núcleo familiar, sentimientos de seguridad, de permanencia y de pertenencia.

La persona que esté interesada y piensa que es un buen momento para ayudar y acoger a uno o más niños o niñas, debe dirigirse a los Servicios Sociales de su localidad y/o a la Delegación Provincial de Bienestar Social correspondiente.

Las familias interesadas recibirán apoyo técnico y supervisión durante todo el proceso, especialmente en los momentos más sensibles, como los primeros encuentros, las visitas u otras eventualidades que pudieran dificultar la adecuada adaptación de los niños.

En las Campañas de Captación que periódicamente se promueven para potenciar este recurso de protección de menores, se ofrece información individualizada para aclarar cualquier tipo de duda sobre el acogimiento, sus requisitos y objetivos, su régimen jurídico o cualquier pregunta que les surja a los interesados.

Las familias que formalicen su solicitud, recibirán un curso de formación teórico - práctico sobre los diferentes aspectos del acogimiento: aspectos legales, modalidades, implicaciones de la separación del niño respecto a su familia de origen, proceso de adaptación al nuevo ámbito familiar, las visitas y la posibilidad de retorno.

En la fase de acoplamiento se les informará sobre las características específicas del niño o niña y su familia y del propio acogimiento en sí, así como de las adaptaciones que deberán afrontar para recibir al niño.

Durante el seguimiento, las familias acogedoras contarán con el apoyo y supervisión de un equipo de técnicos que se encargan del programa, para resolver y anticipar adecuadamente las posibles situaciones problemáticas que se produzcan

Si se toma en consideración las características de los niños que pueden ser acogidos, se puede hablar de otras modalidades de acogimiento: el acogimiento ordinario y el acogimiento especializado.

Acogimiento ordinario: se refiere al que se implementa para atender a niños y niñas que no presentan necesidades educativas especiales, ni otras características diferenciales.

Acogimiento especializado: es el que va destinado a ofrecer un ambiente familiar a niños y niñas que presentan necesidades educativas especiales o bien ciertas particularidades que requieren una atención más especializada (discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, trastornos del comportamiento, enfermedades crónicas, etc.).

El Código Civil Español prevé en su art. 172, la figura del acogimiento familiar y expresa que el mismo produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por el responsable del hogar funcional. Se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos. Cuando fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento, salvo que se trate de un acogimiento familiar provisional.

El documento de formalización del acogimiento familiar, incluye los siguientes extremos:

1. Los consentimientos necesarios.
2. Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo.
3. Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:
 - a. La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.
 - b. El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.
 - c. La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.
4. El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.
5. La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.
6. Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.
7. Informe de los servicios de atención a menores.

Dicho documento se remitirá al Ministerio Fiscal.

Si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La propuesta de la entidad pública contendrá los mismos extremos referidos en el número anterior. No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca la resolución judicial.

La entidad pública, una vez realizadas las diligencias oportunas, y concluido el expediente, deberá presentar la propuesta al Juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días.

El acogimiento del menor cesará por decisión judicial, por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública, a petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía, por decisión de la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor, cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores.

Será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez.

Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada reserva.

Como ejemplo de las diversas instituciones que se crearon en España, encontramos la **Asociación Arcos de Altea**, perteneciente a la Comunidad Valenciana.

Aproximadamente a partir del año 2000, se crea el programa de Acogimiento Familiar de Arcos de Altea para dar respuesta al tema de la atención de menores en riesgo social, especialmente en la Provincia de Alicante, que es el ámbito de acción principal de esta asociación no gubernamental.

Debido a que en la Provincia de Alicante existen dos esferas (la estatal o administrativa, y la privada) que se ocupan de la temática, la Asociación surge como causa de la saturación de casos que sufría el Municipio. Así es como éstos deciden derivar el tema al ámbito privado. Por esta colaboración con la administración pública, la Asociación recibe subvenciones estatales con la correspondiente presentación de los proyectos de trabajo.

Si bien siempre se realizó de manera informal y poco regulada, el Acogimiento Familiar formal en Alicante es bastante reciente. A partir de 1987 salió una ley que sustentaba la práctica, aunque fue recién en el 2000 cuando ésta comenzó a entrar en vigencia.

Se puede decir que el Acogimiento en la Provincia de Alicante es formal, dado que cuenta con una legislación que lo enmarca. Sin embargo, contrariamente a lo que ocurre, por ejemplo, en Francia y algunos otros países de Europa (en donde se da la «profesionalización del Acogimiento»), aquí las familias no reciben un salario sino sólo una manutención por niño (alrededor de 6 Euros por día), aunque no siempre de manera puntual. Un caso similar es el de Italia.

III. II La guarda de hecho en el derecho español

El Derecho Español no define con precisión esta institución, pero le concede un capítulo dentro del título X, del Código Civil Español. Así, el capítulo V se titula «De la guarda de Hecho». El art. 303 dice «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.»

Este artículo distingue dos supuestos de la guarda de hecho: a) el guardador de hecho de menores o presuntos incapaces sobre los que puede nacer la constitución de la tutela; y b) los casos de guarda respecto de sujetos sobre los que ésta no procede.

Respecto de los primeros, el artículo establece que la autoridad judicial deberá requerirle al guardador para que informe acerca de la persona y bienes del menor o del presunto incapaz y, por sobre todo, deberá promover con el Ministerio Fiscal la declaración de incapacidad (art. 303 C.C.E.) o la constitución de la tutela (art. 228 C.C.E.)

El segundo supuesto, refiere la guarda de hecho de menores respecto de los cuales no puede constituirse la tutela. Se daría en los casos en los que los titulares de la patria potestad delegan sus funciones en una tercera persona, ante la imposibilidad temporal de cuidar de sus hijos y sin que exista causa de privación de la patria potestad ni desamparo de los mismos.

Ante esta circunstancia, también la autoridad judicial que toma conocimiento de este hecho, «puede requerirle al guardador que informe de la situación de la persona y de los bienes del menor, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas».

Es importante destacar que la palabra «podrá» tiene vital importancia en su redacción ya que, si el guardador en condiciones normales está ejerciendo correctamente sus funciones, no es necesaria e imprescindible la intervención judicial, que quedará limitada solamente para los casos en que el ejercicio estuviera en contra del interés del menor, ante lo cual se requerirá un informe al guardador sobre la situación del menor y sus bienes y, teniendo en cuenta el resultado, se procederá a establecer las medidas de control y vigilancia que se consideren adecuadas.

El artículo 304 del Código Español dice que «Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.»

De allí se desprende que la guarda de hecho se ejerce y regula teniendo en cuenta siempre como prioritario el interés del menor, porque los actos que realiza el guardador, ya sea de alimentación, formación, custodia, cuidado y eventualmente sobre los bienes del menor, no podrán ser impugnados.

En consecuencia con ello, el artículo 306 asimila el actuar del guardador a la gestión de negocios; por ello la norma remite a las disposiciones del art. 220 C.C.E. Esta última refiere a la posibilidad de que el guardador sufra daños y perjuicios por su gestión. En tal caso, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del menor, salvo que pudiese obtener ese resarcimiento por otros medios.²⁷

27. MEDINA, Graciela, «La guarda de hecho y la adopción», La Ley 1998-III, página 961

III. III La elección de los adoptantes por los progenitores en el derecho nortamericano

El sistema de adopción en los estados Unidos, donde la legislación civil es estadual con sustanciales variaciones de un estado a otro, muestra la existencia de adopciones abiertas y semiabiertas en coexistencia con la adopción tradicional.

Muchos estados permiten que los progenitores del niño (nacido o por nacer) elijan a los futuros adoptantes.

Una gran mayoría de estados (a excepción de Colorado, Connecticut, Delaware y North Dakota) admiten la adopción privada o independiente, es decir, sin la intervención de una agencia de adopción.

Gran parte de los estados permiten que los futuros adoptantes coloquen avisos haciendo conocer su intención de adoptar.

En caso de adopción independiente los progenitores biológicos tiene un plazo, que varía de un estado a otro, para retirar el consentimiento prestado para la adopción.

La ley permite a los padres adoptivos pagar determinados gastos del embarazo y parto de la madre, con límites muy estrictos, y en general los gastos que se pagan deben contar con la aprobación judicial.²⁸

III. IV La guarda en el régimen de adopción de Bolivia

Bolivia cuenta con un Código del Menor, Niño niña y Adolescente que contempla todos los aspectos relacionado con la vida de los menores.

Hay un capítulo denominado «Familia sustituta», en el cual en primer lugar se define a la misma como «La familia que, no siendo la de origen, acoge en su seno a un niño, niña o adolescente, asumiendo la responsabilidad que corresponde a la familia de origen y, por tanto, obligándose a su cuidado, protección y a prestarle asistencia material y moral», art. 37.

La integración a hogar sustituto se efectiviza mediante la guarda, tutela o adopción tomando en cuenta los siguientes requisitos:

1. El niño o niña, siempre que sea posible por su edad y grado de madurez y, en todos los casos el adolescente, deberán ser oídos previamente y su opinión será fundamental para la decisión del Juez;
2. Se tomará en cuenta el grado de parentesco, la relación de afinidad y de afectividad su origen, la comunidad, condiciones culturales, región y departamento donde se desarrolla el niño, niña o adolescente;
3. En su caso y con el fin de evitar y atenuar las consecuencias emocionales y psicológicas emergentes de la medida, se procurará la no separación de los hermanos.

La integración del niño, niña o adolescente en un hogar sustituto sólo procederá mediante resolución del Juez de la Niñez y Adolescencia.

La resolución judicial que disponga el acogimiento de un niño, niña o adolescente en una entidad pública o privada tendrá carácter de excepcional y transitoria.

La aplicación de esta medida no implica por ningún motivo, privación de libertad.

En el art. 42, se define la *guarda* como «una institución que tiene por objeto el cuidado, protección, atención y asistencia integral a un niño, niña o adolescente con carácter provisional y es otorgada mediante resolución judicial a uno de los progenitores; en casos de divorcio y separación de las uniones conyugales libres y en otros casos a terceras personas carentes de autoridad parental o tuición legal.»

La Guarda confiere al guardador el derecho de oponerse a terceras personas, inclusive a los padres y de tramitar la asistencia familiar de acuerdo con lo establecido por Ley.

Hay diferentes clases de guarda. El código establece las siguientes:

1. La *Guarda en desvinculación familiar*, sujeta a lo previsto por el Código de Familia y que es conferida por el Juez de Familia; y,
2. La *Guarda Legal* que es conferida por el Juez de la Niñez y Adolescencia a la persona que no tiene tuición legal sobre un niño, niña o adolescente y sujeta a lo dispuesto por este Código.

Toda persona que acoge a un niño, niña o adolescente está obligada a comunicar a la autoridad competente dentro del plazo de setenta y dos horas.

Para que proceda la guarda, el Juez ordenará previamente, la investigación requerida para establecer la situación del niño, niña o adolescente.

El Juez de la Niñez y Adolescencia en resolución ordenará a las instancias técnicas departamentales o a las defensorías municipales realizar el seguimiento correspondiente.

La guarda será evaluada durante dos años cada 480 días y podrá convertirse en adopción en los términos previstos por este Código.

Los responsables de la guarda, bajo ninguna circunstancia pueden transferir a terceros, al niño, niña o adolescente cuya guarda le fue conferida.

28. STILERMAN- SEPLIARSKY, 1999, «Adopción, Integración familiar», Editorial Universidad, Buenos Aires

El Estado de Bolivia, por medio de los organismos correspondientes, promueve programas que estimulen el acogimiento bajo la modalidad de Guarda de niños, niñas o adolescentes carentes de familia o de la autoridad de los padres.

La guarda puede ser revocada mediante resolución judicial fundamentada, de oficio o a petición de parte considerando los informes ordenados por el Juez previo requerimiento del Ministerio Público, después de haber oído al adolescente en todos los casos y al niño o niña de acuerdo con la edad y grado de su madurez.

La guarda se tramita ante el Juez de la Niñez y Adolescencia en cuya jurisdicción se encuentra el niño, niña o adolescente y se ejerce en el lugar de residencia del responsable de la guarda dentro del territorio nacional.

El código reglamenta un *Período De Convivencia Preadoptivo*, que funcionaría de similar manera que la guarda preadoptiva en nuestro país.

La adopción es precedida de un período pre-adoptivo de convivencia del niño, niña o adolescente con el o los adoptantes por el tiempo que la autoridad judicial determine, observándose las peculiaridades de cada caso.

En caso de adopción por extranjeros y bolivianos residentes o domiciliados fuera del país, la etapa de convivencia debe ser cumplida en el territorio nacional por un tiempo no menor de quince días;

El período de convivencia pre-adoptivo puede ser dispensado solamente para adopciones nacionales, cuando el adoptado, cualquiera que sea su edad, ya estuviera en compañía del adoptante durante el tiempo suficiente para poder evaluar la conveniencia de la constitución del vínculo familiar.

De los párrafos precedentes, se desprende que, a diferencia de la guarda preadoptiva argentina, este período pre-adoptivo puede ser dispensado, haciendo una distinción entre adopción por extranjeros y adopción nacional.

En Bolivia, la adopción nacional se da cuando los adoptantes tienen nacionalidad boliviana y residen en el país o, siendo extranjeros tienen residencia permanente en el territorio nacional por más de dos años y los adoptados son bolivianos de origen.

Por otra parte, la adopción internacional existe en los cuales los solicitantes son de nacionalidad extranjera y residen en el exterior, o siendo de nacionalidad boliviana, tienen domicilio o residencia habitual fuera del país y el sujeto de la adopción es de nacionalidad boliviana, radicado en el país.

La adopción internacional es una medida excepcional que procede en atención al interés superior del niño, niña o adolescente, siempre y cuando se hayan agotado todos los medios para proporcionarle un hogar sustituto en territorio nacional.

III. V La adopción en Colombia

Colombia cuenta con el Código del Menor, en el cual se disponen todas las normas relativas a la vida de los niños.

En líneas generales, se puede apreciar que la adopción en Colombia cuenta con dos etapas diferentes:

1. **La etapa Administrativa:** que se surte ante el Instituto colombiano del bienestar familiar, en la cual se declara adoptable al niño.
2. **La etapa Judicial:** la adopción es decretada a través de sentencia judicial en los Juzgados de Familia, cuya sentencia debidamente ejecutoriada establece la relación paterno - filial.

El *Capítulo Primero del Código del Menor*, «Situaciones Típicas y Obligaciones Especiales», en su art. 31 describe cuales son las circunstancias en las que un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro. Ellas son:

1. Cuando el menor fuere expósito.
2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.
3. No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituido en que hubiere ingresado, por las personas a quienes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación.
4. Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando uno u otros lo toleren.
5. Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia.
6. Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social.
7. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio o en cualesquiera otros motivos.

En la resolución por medio de la cual se declara a un menor abandonado o en peligro, se pueden ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:

1. La prevención o amonestación a los padres o a las personas de quienes dependa.
2. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos.
3. La colocación familiar.
4. La atención integral en un Centro de Protección Especial.
5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono.
6. Cualesquiera otras cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral.

El Defensor de Familia podrá, al aplicar alguna de las medidas anteriores y sin perjuicio de las acciones judiciales pertinentes, fijar una cuota mensual con la cual los padres o las personas de quienes el menor dependa contribuirán al sostenimiento de éste mientras se encuentre bajo una medida de protección.

Igualmente el Defensor de Familia puede, con el objeto de garantizar una adecuada atención del menor en el seno de su familia, si es el caso, disponer que los padres o personas a cuyo cuidado esté el menor, cumplan algunas de las siguientes actividades:

1. Asistencia a un programa oficial o comunitario de orientación o de tratamiento familiar.
2. Asistencia a un programa de asesoría, orientación o tratamiento a alcohólicos o adictos a sustancias que produzcan dependencia, cuando sea el caso.
3. Asistencia a un programa de tratamiento psicológico o psiquiátrico.
4. Cualquier otra actividad que contribuya a garantizar un ambiente adecuado para el desarrollo del menor.

El código del Menor Colombiano habla de la figura de «*Colocación Familiar*» y expresa que ella consiste en la entrega de un menor que se encuentra en situación de abandono o de peligro, a una familia que se compromete a brindarle la protección necesaria, en sustitución de la de origen.

La medida de colocación familiar es decretada por el Defensor de Familia mediante resolución motivada y de acuerdo con las normas técnicas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Esta medida se decreta por el menor término posible, de acuerdo con las circunstancias y objetivos que se persiguen, sin exceder de seis meses. El Defensor de Familia puede prorrogarla, por causa justificada, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o de quien haga sus veces.

En ningún caso se puede otorgar la colocación familiar a personas residentes en el exterior, ni podrá salir del país el menor que esté sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El Defensor de Familia puede terminar la colocación o trasladar al menor de un hogar sustituto a otro, cuando las circunstancias aconsejen o hagan necesaria la modificación.

En la sección quinta del Código, se dispone lo relativo a las adopciones.

El código, en el Artículo 88, define a la adopción como, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

En Colombia la adopción únicamente puede ser solicitada por los interesados en ser declarados adoptantes, mediante demanda presentada por medio de apoderado ante el Juez de Familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre el menor. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar establecerá los casos excepcionales en que, por motivos de interés público o necesidad social, el Defensor de Familia, podrá apoderar a los adoptantes

Existen Programas de Adopción, que solamente los puede desarrollar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones debidamente autorizadas por éste.

Por programa de adopción se entiende el conjunto de actividades tendientes a brindar hogar definitivo a un menor y comprende, principalmente, la recepción y cuidado del menor, la selección de los eventuales adoptantes y la presentación de la demanda respectiva.

Tiempos vitales y tiempos judiciales

Respecto de lo que le corresponde al Niño, como la propia Convención sobre los Derechos del Niño lo establece, por su propia naturaleza a él le cabe exigir el cuidado de unos padres, y la crianza y el reconocimiento en el seno de una familia.

La Convención hace referencia, en principio, a su núcleo biológico, pero agrega también que si no pudiera quedar incorporado a él, sigue conservando su derecho a una familia, que puede ser la adoptiva. Es muy claro, entonces, este principio fundamental de que el niño tiene el derecho subjetivo a tener un padre y una madre (artículos 8, 9, 20, y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Como contrapartida, alguna vez se ha dicho que asiste a los adoptantes el derecho de adoptar a un niño. Pero, aunque resulta bastante frecuente hallarla, esta afirmación constituye un error, porque el niño no es objeto del derecho de unos padres adoptantes. Tanto para ellos como para los padres biológicos la prole es un regalo de la vida, un don de la naturaleza que no es factible ser asumido como un derecho. Cabe aclarar que sí lo es el ejercer los actos tendientes a la reproducción, y si ésta opera surge otro derecho que es el de criar al niño engendrado, si se poseen todas las condiciones para ello. Pero cuando se carece de fertilidad natural, no existe para sustituirla una suerte de «fertilidad jurídica».

Lo que hace el Derecho, en efecto, es prever familias sustitutas que se transforman en verdaderos padres por la ley respecto de niños abandonados; pero simplemente para amparar el derecho de esos niños. Si no hay un derecho al hijo adoptivo - como tampoco lo hay en términos jurídicos al hijo biológico antes de su concepción - debemos, pues, recordar que todos los adoptantes van a recibir al hijo por adopción de la misma manera como reciben al hijo por naturaleza: como un regalo de la vida.

Pero, comprobada la condición de adoptabilidad, y vinculado el niño con una familia adoptiva, se advierte - como lo señalábamos anteriormente - la necesidad de que los trámites de rigor se cumplan en tiempo oportuno. Tiempo que ha cobrado una dimensión vital no sólo para el niño sino también para los adoptantes, que ahora sí tienen la posibilidad de hablar de derechos; ellos tienen, al igual que el niño, derecho a un pronunciamiento judicial en tiempo y en forma.

En efecto, la resolución inicial del ingreso del niño y el dictado posterior de la sentencia de adopción originan para él y su familia adoptiva toda una gama de circunstancias posibles que, si se resuelven en tiempo oportuno hacen al bien de todos. Pero si estas resoluciones son postergadas se generan situaciones de violencia causadas por el temor, la desilusión y por la misma necesidad de adaptación del niño, quien no logra dar un importante paso en la reafirmación de su identidad, que devendría de obtener definitivamente el nombre y el apellido que le corresponden como consecuencia de la adopción. Para la familia también es desalentador advertir que, ya establecido el vínculo filial, no pueden verlo reflejado en la partida de nacimiento y en otros documentos del hijo, signos comunes de los lazos parentales, de cara a la sociedad o ante sí mismos, sean padres biológicos o adoptivos.

En suma, todo ello importa violación de derechos que corresponden a necesidades vitales del niño y la que ya es su familia.

Tanto cuando el niño es voluntariamente entregado por sus padres para la adopción como cuando un juez decide que está abandonado y es declarado en estado de adoptabilidad, todo el servicio de Justicia sabe que hay tiempos oportunos para decidir. Nunca el tiempo es oportuno si pone en riesgo, en primer lugar, la estabilidad emocional del niño y, en segundo lugar, la de la familia adoptante toda. Estas opciones, así presentadas, parecen inimaginables. Son muchos los trámites que se han demorado excesivamente y que han llegado a generar honda preocupación en la familia guardadora y gran inestabilidad en el niño, que estaba esperando sentirse definitivamente incorporado a esa familia a través de la sentencia de adopción.

¿Cuál es la solución frente a todo esto? ¿Es la Ley que torna los plazos judiciales en tiempos inoportunos? Los tiempos judiciales deben ajustarse a los vitales, y si ello se da, no sólo el procedimiento judicial ha sido útil para el niño sino que, fundamentalmente ha permitido consagrar su derecho. Por el contrario, ante la falta de esa adecuación, no hay simplemente un expediente que se demoró mucho, o alguna persona que se queja, o algún niño que se siente desilusionado. Aquí hay algo mucho más grave: si los tiempos judiciales no se ajustan a los tiempos vitales hay injusticia.

Pensar en el kairós

La palabra Kairos proviene de la mitología griega. Literalmente significa «período de tiempo». En el uso bíblico significa un tiempo de gran importancia religiosa.

Cabe recordar aquella clásica distinción que hacían los griegos respecto del tiempo. Ellos llamaban cronos al tiempo que nos devora, nos apremia, el tiempo fugaz de los plazos. Pero también reconocían la existencia del kairós como el momento preciso, el marco oportuno en el cual todos los factores habían alcanzado la madurez adecuada como para producir un cambio en el devenir de las horas.

Indudablemente, cuando nos referimos a los tiempos apropiados para la adopción estamos pensando en el kairós antes que en el cronos. Confiamos en que todos, desde el más sencillo operador judicial hasta el más encumbrado juez, podamos ser capaces de comprender la importancia de evitar que las formalidades del sistema judicial terminen impidiendo el desarrollo de los niños.²⁹

29. MOLINA, A. , El Kairos de la adopción, Revista Nº 1 , Fundación Adoptare.

Conclusión

A modo de conclusión, cabe destacar que el principio general es que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

Ahora bien, una vez que se han agotado todas las medidas tendientes a fortalecer o reestablecer el vínculo del niño con sus progenitores, y no se ha logrado ningún éxito, es menester llevar a cabo un proyecto de vida para el niño, para poder reinsertarlo en una nueva familia, en una nueva vida.

Hay muchas alternativas para llevar a cabo antes de colocar a un niño en adopción. Una de las opciones podría ser el acogimiento familiar, implementado en el derecho Español. En caso de no ser factible, es aconsejable decretar el estado de adoptabilidad del niño, y entregarlo en guarda con fines de adopción. Esta decisión no debe llevar mucho tiempo, ya que el tiempo en la vida de los niños es de vital importancia y cada día que un juez pierde en tomar la decisión, es un día más que el niño pasa fuera del seno de una familia.

Y recordemos la Convención de los derechos del Niño, de las Naciones Unidas, que dice que los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor, y comprensión.

En nuestro país existen leyes, que si bien podrían ser objeto de varias críticas, reglamentan lo relativo a los menores. Es decir, que contamos con las normas necesarias para resolver las situaciones que se plantean diariamente en la vida de los niños, y es responsabilidad del Estado generar programas de protección y destinar más fondos para el área de Minoridad, que es uno de los aspectos más deteriorados y descuidados de nuestro país. Y los niños son lo más importante. No solamente porque ellos son menores de edad y no pueden protegerse por sí solos, sino porque ellos son el futuro de nuestro país, nuestro futuro, y por ello es necesario formarlos, educarlos, protegerlos, alimentarlos, guiarlos y amarlos.

Por cierto que la situación de muchos niños y jóvenes es de suma gravedad. A lo largo de todos estos años se ha evidenciado una gran ausencia de políticas de Estado en materia de protección de la familia y la minoridad, agravada en el marco de una crisis socioeconómica sin parangón en nuestra historia.

Pero no hay que perder la esperanza. La esperanza no es la torpe negación de los problemas, sino la actitud profunda y consciente de poner ánimo en el bien que se espera, y no en los obstáculos presentes. Existen gran cantidad de instituciones y de personas que entregan su vida en la realización de obras magníficas al servicio de la niñez. Esto mueve a la esperanza. Porque siempre es posible reconstruir lo derruido. Es tiempo de que el Estado, las entidades de la sociedad civil, las empresas y los ciudadanos, nos comprometamos a trabajar juntos, cada uno en su puesto, por la defensa de los niños que están más abandonados y más marginados.

No resulta suficiente, sí indispensable, proclamar los derechos de la niñez y los tratados y convenciones que la Argentina ratificó, pero que no siempre cumple. Es necesario mucho más: implementar una política de Estado que proteja y afiance la familia, y a los niños que la componen.

Si trabajamos en el tratamiento integral del menor abandonado, si la educación es importante no solo en la teoría, si la salud de los niños pasa a ser un objetivo estratégico, si tomamos conciencia de que no hay derecho de que tantos niños sufran desnutrición, mientras se dan las mejores cosechas de la historia, si preferimos la justicia a la beneficencia, si todo esto se cumple poco a poco, con trabajo duro y sacrificio, ninguna duda cabe de que podemos tener esperanza.

Bibliografía

- † R. 347817 - «M., I. A. s/protección de persona» - CNCIV - SALA B - 27/06/2002
- † Giberti, Eva, «Adopción para padres», 2001, Grupo Editorial Lumen, Buenos Aires
- † Giberti, Eva, «La adopción – Nuevos enigmas en la clínica», 1999, Editorial Sudamericana, Buenos Aires
- † Stilerman-Seplarsky, «Adopción – Integración familiar», 1999, Editorial Universidad, Buenos Aires
- † Carranza Casares, Carlos, «La guarda como institución civil con soporte constitucional», LL 2003-F, Pág. 107
- † Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002/08/28. Opinión Consultiva OC 17/2002 de 28 de agosto de 2002 solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- † Ferrer, Francisco, «Citación de los padres biológicos al juicio de adopción», JA 1998-III, Pág. 1035
- † Kemelmajer de Carlucci, Aida, «El derecho de familia y los nuevos paradigmas», Tomo III, 2000, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe
- † Kemelmajer de Carlucci, A., «De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia Italiana y Argentina», Jurisprudencia Argentina, 1998-III-972.
- † JA – 2000-IV, Pág. 35
- † Fallo de la CNCIV, Sala B, 27/06/2002, R. 347817 - «M., I. A. s/protección de persona»
- † Molina, A. , El Kairos de la adopción, Revista N° 1 , Fundación Adoptare.
- † Onofre Alvarez, Osvaldo, «Guarda de hecho y el requisito de inscripción preadoptivo», ED Tomo 182, pag. 411
- † Onofre Alvarez, Osvaldo, « Alcances de la citación de los padres biológicos en los juicios de adopción», LL Buenos Aires, 2002, Pág. 1570
- † Vazquez, Humberto, «La adopción en Roma», LL 1998-III, Pág. 949
- † Medina, Graciela, «La guarda de hecho y la adopción», LL 1998-III, Pág. 959
- † Ortiz de Rosas, Abel F., «La guarda con fines de adopción», LL 1998-III, Pág. 1082
- † ED Tomo 186, Pág. 233
- † LL Gran Cuyo – 2001, Pág. 50
- † Código Civil Argentino
- † Código Civil Español
- † Convención de los Derechos del Niño
- † Código del Niño, Niña y Adolescente Boliviano
- † Código del Menor Colombiano
- † Moreno, D., «Pérdida de la patria potestad por abandono. Necesidad de sentencia Judicial», La Ley, T. 116, p. 438
- † Alvarez, A. O., «Guarda de hecho y el requisito de inscripción preadoptivo», El Derecho, Tomo 182, página 412.
- † Di Lella, P., 1997, «Vigencia de la delegación notarial de la guarda», revista del Notariado N° 849.
- † Wagmaister, A. M., 2000, «Adopción y mejor interés del niño», Revista de derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 16, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- † D´Antonio, D. H., 1997, Régimen Legal de la Adopción, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe
- † POVIÑA, H.L., 1949, «La adopción», Revista del Instituto de Derecho Civil, Univ. Nacional de Tucumán, T. 1, N. 2.