

UNIVERSIDAD DE BELGRANO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES
BUENOS AIRES
2021

**Trabajo final de carrera: *Guarda de hecho y
adopción Argentina.***

Autora: Belén María Barsi

Matrícula: 10133743

Tutor: Profesor Francisco Cayetano Brischetto

INDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1. Objeto.....	5
1.2. Hipótesis.....	5
1.3. Metodología.....	5
2. LA ADOPCIÓN Y EL ESTADO DE ADOPTABILIDAD.....	6
3. LA GUARDA DE MENORES DE EDAD.....	8
3.1. Guarda originaria, guarda derivada y delegación.....	8
3.2. Guarda de hecho.....	9
3.3. Guarda con fines adoptivos como etapa del proceso de adopción.....	12
4. DERECHOS DE LOS PROGENITORES BIOLÓGICOS:	
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	14
4.1. Postura que se inclina por el derecho de los progenitores biológicos a elegir padres adoptivos para sus hijos.....	14
4.2. Postura restrictiva.....	16
4.2. Postura intermedia.....	17
5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	18
5.1. Relación de afectividad entre los progenitores y los pretendientes adoptantes y vínculo afectivo entre el menor y la familia que lo acoge.....	18
5.2. La cuestión en la jurisprudencia.....	21
6. CONCLUSIONES.....	30
7. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	32

Agradecimientos:

Al Dr Francisco Cayetano Brischetto

Por su acompañamiento constante y excelente predisposición, cada vez que se lo solicitaba, para la elaboración de la presente tesina.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo final de carrera se centra en el análisis de la procedencia de la guarda de hecho con fines de adopción en la República Argentina frente a determinados casos especiales en los que los jueces tienen la delicada tarea de tomar una importante decisión que involucra, por un lado, el respeto de la legislación actualmente vigente y por el otro, el interés superior del menor.

Como se verá, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y Comercial argentino se prohíbe la guarda de hecho otorgada por progenitores o familiares del niño, al igual que la realizada por escritura pública o acto administrativo, debiendo siempre cumplirse con los pasos establecidos legalmente para todo proceso de adopción. Sin embargo, en muchas ocasiones se suelen presentar judicialmente diferentes solicitudes iniciadas por personas que, durante un largo tiempo, han cuidado y protegido a niños, niñas o adolescentes que no forman parte de su familia biológica, contando con el consentimiento de la madre y/o el padre del menor y habiéndose generado una convivencia y un verdadero vínculo afectivo entre los menores y sus cuidadores. Se debe tener presente que en los supuestos aquí estudiados no existe conducta ilícita alguna como antecedente del otorgamiento de la guarda directa por parte de los progenitores ni en el acogimiento de los niños por parte de los guardadores.

En ese sentido, el interrogante que surge es si los jueces deberían o no aceptar la existencia de un vínculo afectivo como excepción a la prohibición de las guardas de hecho frente a estos casos particulares, teniendo en cuenta las normas de la legislación vigente en Argentina que regulan el proceso de adopción, pero principalmente tomando en consideración el interés superior de los pretensos adoptados. Asimismo, otro interrogante que surge estrechamente ligado al anteriormente planteado es si se debe respetar la autonomía de la voluntad de los adultos, padres o madres de menores, en cuanto a la elección de los guardadores frente al desprendimiento del hijo.

A tal fin resultan particularmente relevantes, dentro del ordenamiento jurídico nacional, la Ley 26.061 de Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, las normas del Código Civil y Comercial referidas a la adopción, y la Ley 25.854 sobre el Registro único de aspirantes a guarda con fines adoptivos.

La problemática aquí planteada es, sin duda, uno de los temas más debatidos tanto doctrinaria como jurisprudencialmente y si bien se trata de una discusión previa a la sanción del Código Civil y Comercial la misma se encuentra vigente en nuestros días, pese a la solución dada por la actual normativa en favor de una posición determinada, como se verá seguidamente.

Como se dijo, la tensión gira en torno a delicados temas como son la autonomía de la voluntad de los progenitores, la importancia del tiempo en la vida de los menores cuando las guardas de hecho se han consolidado por su duración, la valoración de la socioafectividad y la judicialización de la filiación adoptiva frente a la posibilidad de sustraerse al régimen legalmente impuesto para la elección de adoptantes mediante la selección entre las personas inscriptas en el Registro de Aspirantes a la Guarda con fines de Adopción.(Vieites M.S, 2020, p.56).

1.1. Objeto: el objetivo principal de este trabajo final de carrera consiste en analizar los aspectos problemáticos de la puesta en práctica del artículo 611 del código Civil y Comercial frente a casos concretos de guardas de hecho en las que se ha consolidado un vínculo de apego genuino entre el guardador y el niño, niña o adolescente, que no tiene como antecedente acto ilícito alguno.

1.2. Hipótesis: se parte de la hipótesis de que la prohibición de evaluar las guardas de hecho a los fines de una adopción en muchos casos no es compatible con el respeto del interés superior del menor, por lo que el artículo 611 del Código Civil y Comercial debería modificarse para permitir una nueva excepción: el vínculo afectivo entre los progenitores y los guardadores de hecho o entre éstos y el niño, niña o adolescente.

1.3. Metodología: Se optó por la metodología de investigación cualitativa ya que no se pretenden extraer conclusiones estadísticas o numéricas sino profundizar en la problemática planteada a través de la descripción del marco normativo actualmente vigente en Argentina y de su interpretación por parte de la doctrina y jurisprudencia. Este método interpretativo se apoyará en la observación directa de diferentes fuentes primarias, entre las que se destacan los libros doctrinarios y publicaciones digitales, legislación nacional y jurisprudencia relacionada con el tema objeto de estudio.

2. LA ADOPCIÓN Y EL ESTADO DE ADOPTABILIDAD:

Bossert y Znnoni (2004) han definido a la adopción como una institución que tiene por finalidad dar progenitores al menor de edad que carece de ellos o que teniéndolos no le brindan la atención, cuidados o protección que requiere (Bossert y Zannoni).

Según Belluscio (2004) la adopción es un acto jurídico familiar-procesal unilateral que tiene por fin inmediato la constitución de un vínculo jurídico entre adoptante y adoptado..

Por otra parte Álvarez (2012), poniendo el acento en los derechos del menor, define a la adopción de manera más completa como una institución jurídica familiar que crea vínculos análogos a los de la filiación por naturaleza y que tiene por objeto proteger a los niños, niñas y adolescentes y garantizar el derecho de estos a vivir y desarrollarse en una familia que les brinde los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando no le puedan ser proporcionados por su familia de origen.

Ese es el sentido que le da el Código Civil y Comercial actualmente vigente cuando establece que la adopción es “una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen” (artículo 594).

Ante estos supuestos, el Estado tiene la obligación de intervenir, tal como surge del artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, de acuerdo con el cual “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el interés superior del niño. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y 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.”

Es por ello que el Código mencionado regula la declaración de estado de adoptabilidad como un procedimiento con reglas y plazos propios y determinados, con la participación de la familia y del

menor, en cuanto esto último sea posible. Una vez declarado dicho estado, el juez debe inmediatamente discernir sobre la guarda pre-adoptiva, la cual no puede exceder de seis meses, para luego dar inicio al proceso de adopción.

En efecto, de acuerdo con el artículo 607 de dicho cuerpo legal, la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

En la misma norma se establece que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. En ese caso, el juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.

Como se observa, la declaración de situación de adaptabilidad se plantea como una etapa previa a la guarda o al juicio de adopción por medio de la cual se establece el estado en que se encuentra la persona para ser adoptable con la finalidad de otorgar seguridad jurídica y estabilidad al niño y a la familia que lo recibe. Por lo general tiene como antecedente el problema que se origina en la familia de origen que entra en conflicto con el niño, que lo abandona o lo somete a malos tratos vulnerando sus derechos, situaciones ante las cuales el Estado tiene la obligación de intervenir (Feldmann 2010).

3. LA GUARDA DE MENORES DE EDAD:

3.1. Guarda originaria, guarda derivada y delegación:

De acuerdo con Zannoni (1989, p. 711) la guarda puede ser definida como un derecho-deber de los padres caracterizado por el reconocimiento legal de su autoridad y que deriva en el derecho-deber de convivir con los hijos y la obligación de éstos de habitar con sus padres. (Guarda originaria)

Explica D'Antonio (1997,p.69) que la guarda es para los padres un medio integrante de la protección del menor. Siguiendo a este autor, en el caso que los padres por alguna razón no pueden ejercer este derecho, siendo otorgada a terceros o institutos tutelares, la guarda presupone una actividad de custodia o defensa de la persona del menor. (Guarda derivada).

Ésta última está desvinculada de la responsabilidad parental y precisamente se otorga por delegación a terceras personas cuando quienes son titulares de la mismo no quieren o no están en condiciones de ejercerla.

Como se dijo, en nuestro país se prohíbe la delegación realizada por órgano administrativo (guarda administrativa) y la realizada por escritura pública (guarda notarial), correspondiendo únicamente al juez (guarda judicial) quien debe considerar ante todo el interés superior del menor y también resguardar el derecho de defensa de los progenitores y tener en cuenta la idoneidad del guardador.

Sin embargo, la realidad suele superar lo dispuesto por las leyes y demostrar que en numerosas oportunidades la custodia del niño, niña o adolescente es ejercida por personas diferentes del progenitor o progenitores biológicos, con su consentimiento pero sin que exista ningún tipo de formalidad y sin intervención de las autoridades. Dentro de estos supuestos se encuentra el que es objeto de estudio de esta investigación: el caso de menores entregados a un tercero por su propio padre o madre, quienes consienten extrajudicialmente en que éstos convivan con aquél y en que éste ejerza muchas funciones propias de la responsabilidad parental, sin que exista como antecedente delito alguno.

Ahora bien, como se verá a continuación, de acuerdo con la legislación vigente la guarda de hecho no puede tener validez para categorizar la posesión de estado de hijo que legitima al

guardador para solicitar al juez el otorgamiento de la guarda judicial y su posterior adopción, ya que el tenedor no es guardador legítimo, es decir que carece de las facultades que implica tener la guarda, y por ello los progenitores pueden pedir el reintegro del niño y el guardador no tiene derecho a reclamar judicialmente (Medina, 1998).

Pese a ello, surge un nuevo interrogante referido a los casos en que el reintegro del menor con la familia de origen implique un riesgo para éste, como por ejemplo, cuando existe violencia familiar, y también frente a supuestos en que no es posible que los niños regresen con sus padres por ausencia, imposibilidad física o psíquica de éstos.

En este punto cabe preguntar si podrá el tenedor de hecho presentarse judicialmente para solicitar la guarda pre-adoptiva con fines de adopción teniendo especialmente en cuenta el tiempo transcurrido de convivencia, el lazo afectivo que lo une con el infante, el estado de vulnerabilidad de éste y su interés superior, o si por el contrario, el juez debe ordenar que el niño sea derivado a una institución de custodia para luego proceder a otorgar la guarda pre adoptiva a alguna persona que esté inscrita en el Registro Único de aspirantes a guarda con fines adoptivos pero que sea desconocida para el pequeño.

3.2. Guarda de hecho:

La guarda de hecho entraña el desprendimiento y la consecuente delegación de las funciones emergentes de la responsabilidad parental de los progenitores de un niño, quien queda bajo el cuidado y la crianza de terceras personas, enmarcada dicha práctica en un ámbito extrajudicial. (Vieites. M.S, p.55). Es aquella que se produce a partir de que los progenitores de un niño se desligan de las funciones de crianza, quedando el niño a cargo de terceras personas sin ningún tipo de intervención judicial. Nace con la entrega del menor, acto que puede tener como antecedente algún grado de parentesco o afectividad entre los adultos; o no tenerlo en absoluto y estar sustentado en necesidades de esos adultos y de des-subjetivación del niño, que es puesto en un lugar de objeto. (Herrera, M, Caramelo, G, Picasso S, 2015, p. 403).

Durante la vigencia de las leyes de adopción 13.252 y 19.134 la guarda previa del menor era una situación fáctica que no requería de aprobación judicial, por ello podía acreditarse al momento de solicitar la adopción. En ese orden de ideas, la mencionadas leyes no prohibían la

entrega del niño en guarda por parte de sus padres en favor de terceras personas ya sea por acto administrativo o por instrumento público.

En el orden nacional, la Secretaría del Menor y la Familia tenía a su cargo la entrega de menores para una futura adopción.

Esta práctica fue duramente criticada por la doctrina nacional, ya que excluía del ámbito judicial las guardas preadoptivas, las cuales carecían de control y daban lugar a situaciones de abusos ante decisiones apresuradas, interesadas o adoptadas en contextos socioeconómicos adversos. Es por ello que la ley 24.778 sancionada en el año 1997 estableció por primera vez un proceso judicial previo a la adopción propiamente dicha, en el cual el juez debe discernir la guarda de quien o quienes pretenden adoptar al niño en el futuro. (Zannoni, 1989, p.639), estableciendo de esta manera la intervención judicial en todas las etapas, desde el mismo momento de la guarda del menor, a fin de terminar con dichas situaciones de irregularidad.

En esa línea, tanto el Código Civil derogado (en su artículo 318) como el Código Civil y Comercial actualmente vigente establecieron la prohibición de la guarda administrativa y por escritura pública pero este último, a diferencia del primero expresamente prohíbe la guarda de hecho.

Textualmente el artículo 611 del Código Civil y Comercial establece que “ queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño...” Y frente a la transgresión de esta prohibición la norma dispone que el juez está habilitado a “ separar al niño transitoria o definitivamente de su pretensu guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretensos guardadores del niño”. Finalmente la norma agrega que “ ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción” .

Frente a este panorama legal nuevamente se plantea el interrogante: ¿Qué debe resolver el juez en el caso de que una persona que ostenta la guarda hecho, que cuidó durante un tiempo considerable al niño de manera desinteresada como si fuese su propia familia y que para ello

contó con el consentimiento de uno o ambos progenitores del menor, se presenta solicitando la guarda con fines de adopción?

En otras palabras, ¿Se debe aplicar siempre y en todos los casos lo dispuesto por el artículo 611 del Código Civil y Comercial aun cuando ello implique separar al menor de la familia con la cual se siente protegido y con la que se ha construido un importante vínculo afectivo y dejar de lado su interés superior?

Cabe recordar que antes de la sanción del Código Civil y Comercial la mayor parte de la doctrina era coincidente afirmar que la guarda de hecho no se encontraba prohibida por la ley 24.779 y que la misma debía ser respetada en los casos en los que el interés del menor así lo requería. (Levy L, 1997; Medina G., 1998)

En ese orden de idea, la doctrina mayoritaria sostuvo que la guarda de hecho, si bien resultaba insuficiente para habilitar el juicio de adopción, ya que no era discernida por un juez, podía en caso de presentarse los guardadores de hecho ante el juez acreditando la guarda que ejercen, ser convalidada por el magistrado en cuanto al tiempo ya cumplido como, por lo menos permitir que el término de seis meses a un año (que requería la anterior legislación) se compute a partir de ese momento. (Zannoni, p. 642; Levy, p.64).

De esta manera se decidió en las VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones de Morón en octubre de 1999, donde se determinó que “La guarda de hecho no está prohibida por la ley 24.779. La guarda de hecho debe ser respetada en circunstancias excepcionales tales como la relación afectiva familiar, ponderando siempre el interés superior del niño “ (Santangelo, M.V., 2006, p.50).

Asimismo se agregaba que la integración familiar y afectiva del menor consolidada durante el período de guarda de hecho, difícilmente podrá ser revertida, salvo que el juez advirtiera que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no consulta el interés del menor, lo cual ciertamente ha de ser excepcional (Zannoni, p.642).

3.3. Guarda con fines adoptivos como una etapa del proceso de adopción:

El Código Civil y Comercial argentino establece tres etapas diferentes que componen el proceso de adopción: la primera es la ya mencionada declaración judicial de la situación de adoptabilidad, regulada en los artículos 607 a 610. La segunda etapa es la guarda con fines de adopción, regulada en los artículos 611 a 614, y la última etapa es el llamado juicio de adopción, que está regulado en los artículos 615 a 618). En principio, las tres etapas son indispensables para arribar a la sentencia de adopción, en los casos en que no se haya logrado que las necesidades afectivas y materiales del niño, niña o adolescente sean satisfechas por su familia biológica, según surge del artículo 594 del Código Civil y Comercial.

Dentro de la segunda etapa de las mencionadas el artículo 611 del Código Civil y Comercial prohíbe las guardas de hecho y dispone que en caso de transgresión a esta norma, el juez “ puede” separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador, salvo en los casos en que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se fundó en la existencia de un vínculo de parentesco entre estos y los pretendidos guardadores. Nótese que la excepción establecida por la norma solamente se refiere a la existencia de un vínculo biológico y no afectivo. Asimismo, el Código Civil y Comercial establece como requisito para poder adoptar que quienes pretendan hacerlo se encuentren inscriptos en el Registro de adoptantes, sancionando con nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones sobre inscripción y aprobación de dicho registro, según surge de sus artículos 600 y 634, los cuales eliminan la posibilidad de legalizar la guarda de hecho.

Sin embargo, corresponde aquí nuevamente preguntar si resulta justo y respetuoso del interés superior del niño, niña o adolescente aplicar el rigorismo formal de las normas citadas frente a absolutamente todos los casos sin distinguir entre diferentes situaciones fácticas.

Pareciera que la respuesta negativa se impone, teniendo en cuenta que el artículo 594 del Código Civil y Comercial define a la adopción como “ una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure

los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen” Tal como la Corte Suprema de Justicia ha interpretado “...cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el interés superior del menor no es un concepto abstracto, sino que posee nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias y la solución que se propicia no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales el tráfico de niños o las anomalías en la entrega de menores en estado de adoptabilidad...”(“M.M.S. S/guarda”, AR/Doc/2379/2015).

Es por ello que resulta lógico que los jueces puedan distinguir las relaciones de hecho irregulares y delictivas de las nacidas y marcadas por la socio afectividad.

Desde luego que las normas se deben aplicar con todo su rigor para evitar , dejar sin efecto y castigar todo acuerdo entre los pretensos guardadores y los padres biológicos en el que se haya pactado la entrega del niño, tratando a éste como una cosa u objeto de transacción.

Sin embargo, la realidad ha demostrado que existen gran cantidad de casos en los que madres o padres se ven en la necesidad de entregar a sus hijos a una familia amiga o vecina, teniendo la esperanza y firme intención de regresar con ellos pero luego no pueden hacerlo porque enferman o fallecen, teniendo éstos que permanecer bajo el cuidado de esas personas que han sido elegidas por la confianza o afecto que generaron en los progenitores biológicos. También existen supuestos en los que los mismos menores son quienes solicitan ayuda y entablan relaciones afectivas con sus maestras, vecinos o familiares de amigos frente a el abandono de sus padres, casos que sin duda merecen al menos la apreciación judicial a los fines de poder evaluar el interés superior del niño, niña o adolescente, sin perjuicio del incumplimiento de los requisitos legales para la adopción. (Aleman M, Rosello J.I, 2017, p.3).

4. DERECHOS DE LOS PROGENITORES BIOLÓGICOS: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

4.1. Postura que se inclina por el derecho de los progenitores biológicos a elegir padres adoptivos para sus hijos:

Hasta aquí se ha visto que la diferencia más trascendente entre lo dispuesto en el Código civil derogado y el actualmente vigente Código Civil y Comercial respecto del tema en estudio es que el primero nada establecía respecto a la guarda de hecho por lo que la doctrina entendía que los progenitores biológicos no se encontraban legalmente impedidos de otorgar la guarda de hecho sino que, además de ello tenían derecho de elegir padres adoptivos para sus hijos de la misma manera que estaban habilitados para designar tutor por testamento (artículo 383) y para indicar la casa donde sus hijos menores debían vivir (artículo 274 Código Civil).

Así, antes de la sanción del Código Civil y Comercial se ha afirmado que, atento a la inexistencia de normas que lo prohíban, y frente a diferentes motivos y circunstancias que pueden suceder, como por ejemplo una enfermedad terminal, impedimentos físicos o psíquicos, cuestiones económicas graves, etc., los progenitores biológicos tienen derecho a elegir y a prever quienes se harán cargo de sus hijos menores. En estas circunstancias los guardadores de hecho deberán petitionar judicialmente la guarda; es decir, la confirmación judicial de la entrega ya que “ lo que el artículo 318 prohíbe es el otorgamiento de guarda con fines de adopción por intermedio de escritura pública. No obstante lo mencionado no constituye una prohibición para el otorgamiento de la guarda de hecho, ni imposibilita a los progenitores elegir quiénes van a ser los guardadores de sus hijos ya que todo lo que no está prohibido está permitido” (Santangelo M.V 2006).

En ese sentido también se ha expresado la jurisprudencia diciendo que el imperativo legal de la guarda judicial no significa que deba ser el juez el que elija –siempre y en todas las circunstancias– a los guardadores, estando vedado a los padres hacerlo en determinadas y excepcionales circunstancias (Sala II de la Cámara Primera Civil y Comercial de Bahía Blanca, el 3/11/98, “G. J. G. s/ guarda”).

Sin embargo, actualmente el artículo 611 del Código Civil y Comercial expresamente prohíbe la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño, por lo que ya no podría aceptarse sin más que el derecho de los progenitores biológicos a otorgar la guarda de hecho o a elegir quienes cuidarán de sus hijos deriva de principio según el cual “ todo lo que no está prohibido está permitido”.

Ahora bien, pese a ello, un sector de la doctrina se inclina por el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en la selección de los futuros adoptantes de sus hijos, entendiendo que ello es una legítima derivación del ejercicio de la responsabilidad parental. En ese sentido, se considera que la intervención del Estado en las relaciones familiares siempre es subsidiaria de la voluntad familiar, y por lo tanto los organismos estatales competentes sólo pueden intervenir en la guarda de los menores de edad cuando los padres no hayan realizado previsiones sobre eso, ya que lo contrario atentaría contra el principio de subsidiariedad de la intervención pública. Así, se sostiene que las guardas de hecho son una realidad social que el derecho no puede ignorar, por lo que son invocables ante la justicia, sin perjuicio de ser el juez quien posteriormente otorgue la guarda con fines de adopción, previa evaluación de los adoptantes y considerando el interés superior del menor. (Medina G, Flores Medina P, LL, 2-6-05, p.1 y ss).

Asimismo , como se mencionó antes, entre los argumentos vertidos en pos de la admisión de las guardas de hecho sigue estando el que equipara la entrega directa con otras normas del ordenamiento, como por ejemplo, la que admite la designación por los padres del tutor para sus hijos menores (artículo 106 del Código Civil y Comercial). En esa línea Medina (2012) afirma que en el tema de la adopción se deban aplicar analíticamente las mismas reglas, pudiendo la madre elegir y entregar en guarda a su hijo, al igual que puede asignarle un tutor por testamento, y en ambos casos la tarea del juez debe ser la de verificar las condiciones de los designados antes de deferir la tutela o dictar sentencia de adopción. La citada autora explica que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico argentino que prohíba a una mujer elegir a quién va a entregar a su hijo con miras de adopción sino que, por el contrario, la madre tiene el derecho de proteger a su hijo y es en esta regla del derecho natural que encuentra fundamento su derecho a entregarlo en guarda. Por lo tanto, no son los jueces quienes deben juzgar las causas íntimas por las que una mujer entrega a su hijo en adopción, ya que “ el Estado no les ha dado poder

para juzgar ni los pensamientos ni las intenciones de las madres que no ponen en peligro a sus hijos, ni pierden de vista su interés superior”.

Respecto a esta postura la jurisprudencia afirmó que “ no cabe descalificar moralmente de plano a la madre, ni subestimar su legítimo interés en que la adopción se confiere a quienes han ganado su confianza y no obstaculizarían el derecho de la niña a su identidad, cuya efectividad asegura la citada ley 26.061”. (CACC Neuquén, 3-3-09, “ G, C.Z” , AP, On Línea, n.35031515. Citado en Vieites M.V, 2020).

En similar sentido Martínez de Santágata, M.P, Asín, P., Domenichi, L (2008) se preguntan si ¿se puede desconocer la circunstancia de que las guardas de hecho representan una realidad harto frecuente en las historias de adopción? ¿Es relevante el deseo de la madre de elegir a quienes tendrán a su cargo el cuidado y la educación de su hijo?” ¿Por qué generalizar pensando en que detrás de toda entrega se oculta un hecho ilícito? Y si surgiera la duda, ¿no sería conveniente atraer a los actores hacia la escena jurisdiccional a fin de valorar la conducta desplegada según los parámetros legales? Al respecto las citadas autoras proponen las guardas de hecho por entrega directa de los menores por parte de sus progenitores puedan ser consideradas para convertirse en guardas con fines de adopción pero en cada caso concreto el poder judicial debe evaluar si la misma se desarrolla en salvaguarda del mejor interés de ese menor.

4 2. Postura restrictiva:

Otro sector de la doctrina, que representa la postura opuesta, considera que rige la prohibición absoluta de la entrega directa porque la madre o padre que se desprende de su hijo con miras a darlo en adopción está claudicando de su responsabilidad parental, por lo que la protección y tutela del niño queda desplazada hacia el ámbito de la justicia, la que se erige como el único órgano legalmente autorizado para decidir a su respecto. Es por ello que, según esta posición, sólo sería válida la entrega a las personas seleccionadas por el juez, a través de un equipo técnico especializado y únicamente entre los postulantes inscriptos en el Registro Único de Adoptantes. (Postura descrita por Pellegrini M.V- Duprat C. 2017 aunque no compartida por estas autoras). Este fue el criterio seguido por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires

considerando que la abdicación "Motu proprio" de la madre de los deberes emergentes de la patria potestad (responsabilidad parental) comporta una situación de desamparo del menor y que el ejercicio de la patria potestad (responsabilidad parental) solamente es reconocido legal y naturalmente a los padres, no admitiéndose su delegación a terceros por lo que en caso de abdicación expresa por parte de los progenitores al estado de familia, teniendo en cuenta su irrenunciabilidad e indelegabilidad, resulta lógico que ceda la natural presunción de idoneidad que la ley reconoce a todos los padres y por ello se justifica la intervención del Estado, que a través de los jueces, deberá resolver la situación del menor. (GC, C,B, C,P.E, S/GUARDA. Causa n. 67.493 del 12 /8/97, citado en Pellegrini- Duprat).

4.3. Postura intermedia:

Entre estas dos posturas diametralmente opuestas se destaca una posición intermedia que propone la necesidad de verificar ciertos extremos para dar validez a la guarda de hecho nacida de una entrega directa y el apartamiento del recaudo de inscripción en el registro de aspirantes a guarda pre adoptiva, tales como la inexistencia de vicios del consentimiento, la configuración de un vínculo afectivo que justifique la elección, la transparencia en el actuar de las partes, en inexistencia de pagos o retribuciones, la situación de hecho consolidada, la integración del niño en ese grupo familiar, y finalmente el mejor interés del niño. (Vieites, M.V, 2020; CSJN, 29-2-08, G.H y otra, J.A, 2008-II-19 Citado en Kelmemajer de Carlucci, Herrera, Lloverás, 2017, Tratado de Derecho de familia, T.III, p.31).

5. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Más allá de la discusión en torno a si los padres biológicos tienen o no derecho a otorgar la guarda de hecho de sus hijo a terceras personas, lo principal es poner el foco de atención en las necesidades de los niños, niñas y adolescentes a los que, por diferentes circunstancias, les ha tocado integrarse a familias diferentes de sus familias biológicas.

5.1. Relación de afectividad entre los padres y los pretensos adoptantes y vínculo afectivo entre el menor y la familia que lo acoge.

Resulta interesante recordar que antes de que el artículo 611 del Código Civil y Comercial quede finalmente redactado como lo está en este momento, la versión proyectada del Proyecto presentado por la Comisión redactora establecía otra excepción a la regla de prohibición de la guarda de hecho por entrega directa del menor. Esta era la relación previa de afectividad entre los progenitores y los futuros adoptantes del menor, lo cual permitía incluir situaciones en las que a su vez existe un vínculo afectivo entre el niño y los pretensos adoptantes.

Como puede inferirse, al momento de la discusión en el Senado se descartó esta excepción y finalmente se concluyó que “ la afectividad podría constituir la puerta de entrada para la simulación o construcción de aquellas llamadas ‘guardas puestas’ - es decir, aquellas en las que la vinculación sustentada en la relación afectiva es inexistente” . (Kelmemajer de Carlucci,A, Herrera, M , Loveras.N, (2017).

Al respecto señala Medina que “Presuponer que una mujer que entrega a su hijo, en realidad está vendiendo al niño o comerciando con terceras personas, es presuponer la mala fe, cuando en realidad y como todos sabemos la mala fe – en principio – no se presume. (Medina, G. “La guarda directa en el Código Civil y Comercial y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema” LL 06/08/2015).

Al comentar esta norma Vieites (2020, p.59) opina que con la redacción actual de la misma "...el legislador ha asumido una postura objetable a la luz del corpus iuris de los derechos humanos, pues omite considerar una creciente cantidad de casos que ocupan la escena de los procesos judiciales de adopción-y de sus instancias previas-, en la que es frecuente la entrega en guarda de niños a personas con las que no los unen lazos de parentesco, sino de afecto, culturales, religiosos, que necesariamente deben ser respetados cuando contribuyan al interés superior del menor" . Asimismo, la autora resalta que en muchos casos, la socio-afectividad genuina que se va afianzando con el correr del tiempo y se presenta como uno de los datos dirimientes a la hora de resolver hace de difícil aplicación las previsiones del artículo 611 del Código Civil y Comercial y que dentro de las novedades que prevé el referido cuerpo legal se encuentra la apertura del "afecto" como concepto jurídico y de interpretación.

Sobre este punto se ha afirmado que a pesar de que el artículo 607 del Código Civil y Comercial emula la figura del referente afectivo, solo permite otorgar un marco legal a la relación personal entre el niño y dicho referente a través de dos instituciones: la guarda y la tutela; dejando fuera a la adopción, y " la rigurosa prohibición de la guarda de hecho del artículo 611 del Código Civil y Comercial veda la posibilidad de la adopción, impidiendo considerar aquellas situaciones en las que se generó un vínculo afectivo entre el niño/a y su cuidador/a, lo cual contraría el principio del interés superior del niño que debe imponerse en todas las decisiones que se adopten". (Galletti J, 2019).

En efecto, la última parte del artículo 607 establece que " la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste".

Los referentes afectivos son aquellas personas estrechamente vinculadas a los niños, niñas o adolescentes, pero que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco, sino por lazos afectivos, que necesariamente, deben ser respetados cuando contribuyan al interés superior del niño, encontrando dentro de los mismos a amigos de la familia, padrinos religiosos, docentes, familiares afines sin vínculo jurídico, etc., (Luján. D. Guarda a un tercero) los cuales en muchos casos, resultan ser tan o más idóneos que cualquiera de los familiares autorizados por ley para ostentar la guarda del menor.

Según surge de esta norma, la comprobación de dicho vínculo afectivo produce el efecto de constituirse en un obstáculo a la declaración de la situación de adoptabilidad, atendiendo a que siempre será mejor para el niño a ser cuidado/a por alguien en quien confía y con quién ha forjado una relación afectiva de confianza que lo coloca en una situación de protección y cuidado, por lo que, de comprobarse dicha circunstancia, no procedería la declaración de adoptabilidad, procediendo en cambio la guarda o la tutela.

Sin embargo, este obstáculo contenido en la norma analizada que impide al referente afectivo ser adoptante, encierra una contradicción evidente ¿Por qué privar al niño/a de la posibilidad de ser adoptado por una persona con la que ha forjado una relación de afecto y confianza?; ¿Por qué razón de comprobarse la existencia de una relación afectiva la adopción no sería la solución más beneficiosa para el niño/a?; ¿Por qué sólo es posible otorgar en esta circunstancia una guarda o tutela? (Galletti J, 2019).

En efecto, dado el actual marco normativo, los vínculos afectivos forjados por el transcurso del tiempo entre el niño y su cuidador, colocan al juez en la encrucijada de tener que decidir entre regularizar los hechos consolidados, o bien, tomar la decisión de romper esos lazos y declarar la adoptabilidad, iniciando el proceso de búsqueda de una nueva familia en los Registros de Pretensos Adoptantes. Es que incluso antes de entrar a realizar un análisis profundo del tema, y a simple vista parece ilógico y sin sentido desvincular al niño del entorno familiar que lo crió, educó, protegió y fortaleció su personalidad, con la sola finalidad de cumplir aspectos formales cuando no existen otros motivos relevantes.

Se debe tener en cuenta que hablar de aplicación del principio de socio-afectividad como excepción a la prohibición de la guarda de hecho con fines de adopción, no implica reducir la mirada al solo cómputo del paso del tiempo y al amparo de la consolidación de situaciones de hecho, cuando ellas nacieron en contextos irregulares. Por el contrario, el estándar socio-afectivo requiere analizar si el transcurso del tiempo forjó un vínculo sustantivo y trascendente para la vida del niño con los pretensos guardadores que desaconseje su separación de éstas personas, realizando un análisis con una visión contextual y multidisciplinaria (Vieites M.S, p.68), tal cual se hace en todo proceso de adopción cuando se evalúa la idoneidad de los adoptantes en consideración al interés superior del menor.

Por ello, se suele señalar que la inflexibilidad del artículo 611 del Código Civil y Comercial deja de lado el interés superior del niño, niña o adolescente, al no permitir evaluar al menos, cuales son las condiciones en que se encuentra y el beneficio o perjuicio de modificar su realidad familiar. Tan tajante pareciera la normativa legal, que frena cualquier posibilidad de evaluar en qué situación está el menor y de qué manera ha afectado al vínculo el paso del tiempo. (Alemán M, Rosello J.I,).

Nótese que, de acuerdo a la legislación actualmente vigente, la persona que ha convivido con el menor y cuidado de el niño carece de legitimación para iniciar una solicitud de guarda pre-adoptiva ya que la situación de hecho preexistente entre el infante y su referente afectivo no encuentra posibilidad legal de ser encuadrada jurídicamente dentro del instituto de la adopción, incluso el juez está facultados a separarlos y a su vez, la regularización muchas veces es necesaria para diferentes trámites, como para ingresar a obras sociales, escuelas, etc., por lo que el único camino posible para continuar con la relación es la ilegalidad, lo cual no protege al niño sino que lo perjudica.

En ese sentido se ha expresado que desconocer que las guardas de hecho ocurren en nuestra sociedad impidiendo la posibilidad de cobijar estas decisiones, implicaría empujar a las personas a una conducta aún más perjudicial, como lo es aquella que vulnera otro derecho fundamental, cual es el derecho a la identidad biológica. Y esto también forma parte de nuestra realidad: la de aquellos que tratarán de inscribir a ese niño entregado bajo una falsa identidad, lo cual sin dudas constituye una práctica real que se quiere desterrar y configura una profunda vulneración de derechos fundamentales. (Martinez de Santágata, M.P, Asín, P., Domenichi, L 2008).

5.2. La cuestión en la jurisprudencia:

Frente a la rigidez del artículo 611 del Código Civil y Comercial que prohíbe la guarda de hecho y la falta de intervención de los Registros de Pretensos Adoptantes, sancionada con la nulidad absoluta, los jueces han tenido que buscar diferentes vías legales con el objetivo de regularizar las relaciones afectivas generadas en el plano fáctico, algunas veces aplicando la figura del referente afectivo y otras recurriendo a instituciones como la tutela y la privación de

responsabilidad parental o incluso la propia guarda preadoptiva, sorteando, mediante declaraciones de inconstitucionalidad, la referida prohibición.

Este esfuerzo argumental de la judicatura dirigido a dar entidad jurídica a una relación afectiva, traspolando el plano fáctico al orden legal en aplicación del interés superior del niño, muestra que, tanto el sistema de protección integral como el sistema de adopción en aras de la transparencia y en su intento por desterrar definitivamente antiguas prácticas que cosificaban al niño, dejaron fuera y lejos de ser consideradas, las relaciones afectivas genuinas generadas espontáneamente entre el niño, niña o adolescente y su cuidador o guardador (Galleti, J. 2019). Así, en algunos fallos se optó por resolver la privación de la responsabilidad parental otorgando la tutela y en otros, se otorgó la guarda preadoptiva y posterior adopción a quien fuera el referente afectivo del niño, niña o adolescente.

En un fallo del año 2016, (L.G.M/ control de legalidad- ley 26.061 <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2016/08/FA.-NAC.-JUZ.-CIV.-N%C2%B08.-Inconstitucionalidad-del-art.-611.pdf>) la jueza consideró que no era suficiente la guarda judicial sino que la niña necesitaba la estabilidad que solamente podía brindarle una relación de filiación a través del instituto de la adopción. En el caso comentado se trataba de una niña de 7 años de edad que había estado alojada en un Hogar Convivencial debido a hechos de violencia de su madre. Si bien durante un primer breve tiempo, fue cuidada por su hermana en carácter de guardadora, ella volvió a reintegrarla al cuidado de su progenitora, por lo que la niña tuvo que volver al Hogar Convivencial, ya que la convivencia con la madre generaba peligro psico- físico para ella. Si bien la mujer fue llamada a diversas entrevistas a través del órgano administrativo nunca se presentó a las mismas para visitar a su hija de quien se desvinculó durante cinco años. Mientras tanto, un matrimonio que habitualmente concurría al Hogar para colaborar con los niños se encariño con esta nena y entabló una relación de afecto mutuo con ella, compartiendo fines de semana, fiestas de navidad, vacaciones y otros paseos. Después de un tiempo la pareja solicitó la adopción como "referentes afectivos", aunque nunca se habían inscrito en el Registro correspondiente.

Pese a lo dispuesto en el artículo 611 del Código Civil y Comercial la jueza decidió evaluar la situación y escuchó a la niña, quien manifestó que su mayor deseo era vivir con este matrimonio.

Al decidir la jueza expresó que es cierto que el tiempo no puede convalidar situaciones de hecho en derecho cuando la ley no lo prevé, es decir, violentando la ley, por temor a crear un nuevo perjuicio; pero teniendo en cuenta el eje rector de cualquier intervención en la vida de un niño que es su "mejor interés" no podía dejar de ponderar, en ese caso concreto, debido a sus particularidades, que la búsqueda de una nueva familia no implicaría resguardar a la niña porque ya se encontraba unida por un genuino afecto mutuo con una familia que reunía y cumplía con " las condiciones para atenderla, estimularla, brindarle la satisfacción de todas sus necesidades ". Según el fallo seleccionar a otra familia desconocida para adoptar a la niña no sería el mejor modo de satisfacer las necesidades para la formación de su personalidad ya que la posibilidad de que se inserte en otra familia diferente a la del matrimonio con el cual había un vínculo de apego generaba " el alto riesgo de colocarla en nuevas circunstancias que podrían ser experimentadas bajo la lógica del abandono. Por ende, resulta importante protegerla de esta revictimización e impedir el retorno traumático de un estado afectivo compatible con la desazón y el descrédito en los adultos cuidadores y protectores" .

Con respecto al artículo 611 del Código Civil y Comercial el fallo resaltó que el matrimonio que pretendía adoptar a la menor no había cometido ninguna de los actos abusivos o ilegales que se intentan evitar con esa norma y que fueron fuente de la redacción de la misma. En ese sentido, afirmó que la solución normativa es "estrecha cuando existen relaciones afectivas honestas o genuinas y otros supuestos de relaciones socioafectivas que nada tienen que ver con las situaciones irregulares y/o delictivas. Y la inconstitucionalidad del artículo también radica en que no prevé –ni como excepción las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la socioafectividad o identidad dinámica, y una postura rígida lesiona el principio superior del niño".

En otro interesante fallo del año 2017, de la Provincia de Córdoba (S. Nº 1 - "C., J. G. -control de legalidad" – JUZGADO DE COMPETENCIA MÚLTIPLE DE VILLA CURA BROCHERO Córdoba - 27/03/2017. eIDial.com - AA9ED7), el juez con competencia múltiple de Villa Cura Brochero, José María Estigarribia otorgó la guarda preadoptiva de un niño a su profesor de computación, por ser un referente afectivo. Si bien no se trata de un supuesto de entrega directa por parte de los progenitores, en este caso los padres del menor manifestaron que no se

encontraban en condiciones de cuidarlo y se acreditó un déficit cognitivo y problemas de alcoholismo. Por ello el niño estuvo un tiempo bajo la guarda de su abuela, quien padecía una enfermedad terminal y finalmente su profesor de computación ofreció hacerse cargo del menor, al no existir otros familiares biológicos que pudieran hacerlo. En el caso intervino la Unidad de Desarrollo Regional (U.De.R.) Mina Clavero de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Se.N.A.F.) verificando que el niño se encontraba muy bien con el cuidador, quien era un buen referente afectivo con el cual existía un vínculo saludable y se había integrado positivamente a su familia. Asimismo se escuchó al menor quien dijo que deseaba permanecer con su profesor con quien se llevaba muy bien y que no quería ir a vivir con otra familia desconocida.

El guardador ofreció asumir la guarda como referente afectivo del niño y pidió que no se declare la adoptabilidad por considerar que era lo más adecuado al interés del menor, ya que después de tres años de haber ejercido de hecho la guarda, la relación afectiva creada entre ambos se asemejaba a un afecto paterno-filial.

Teniendo en cuenta la opinión del menor y especialmente su interés superior y su derecho a vivir en un ambiente sano que favorezca el desarrollo normal de la personalidad del niño la representante del Ministerio Público Pupilar opinó que no se debía declarar la situación de adoptabilidad y que el menor debía permanecer con el cuidado ya que se daba una situación a la que puede aplicarse lo dispuesto por el art. 607, última parte del Código Civil y Comercial, en el sentido de que la declaración judicial de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, ofrece asumir su guarda y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste, o en su caso, puede prolongarse la medida excepcional con revisión periódica, si el juez lo considera conveniente, hasta tanto y por la vía que corresponda el guardador inicie las acciones tendientes a regularizar la guarda que detenta.

Finalmente la sentencia ratificó la medida excepcional adoptada por el órgano administrativo competente por la cual el menor fue separado de su centro de vida y entregado para su cuidado a su profesor de computación, ya que en mérito de lo dispuesto por el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño ; artículo 3 de la Ley 26.061 y 3 de la Ley 9944, siempre debe primar el Interés Superior del Niño, y ese interés superior, para no devenir en abstracto, debe considerar y ponderar armoniosamente los derechos esenciales a la vida y a la integridad física y mental del mismo con su derecho a crecer y desarrollarse en un medio saludable, apoyándose

necesariamente en los elementos fácticos concretos que deben valorarse al momento de decidir lo más apropiado para el mismo.

El juez explicó que los guardadores provisorios y las familias de acogimiento son designados con la expresa advertencia de la temporalidad de su actuación, y por ende, de la imposibilidad de adquirir derecho alguno en relación al menor que se les entrega en custodia, dentro del sistema de protección integral se tiende a propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños o adolescentes a su grupo o medio familiar, por lo que un guardador provisorio que albergara algún interés en el menor resguardado podría constituir un verdadero problema u obstáculo para lograr la revinculación familiar que se presenta como el primer objetivo; y por otro lado, no lograda esa finalidad, se vería afectado el régimen de adopción establecido en el Código Civil y Comercial, si se otorgara preeminencia a quienes cumplieron el rol de guardadores en la etapa de protección, en detrimento de los derechos de aquéllos que se encuentran inscriptos en el Registro Único de Adopciones.

Por este motivo, el artículo 609 del Código Civil y Comercial establece que, declarada la situación de adoptabilidad, el juez interviniente deberá requerir “en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes... a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción”. Lo dicho se robustece con la expresa prohibición de entrega directa en guarda de niños, niñas o adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, contenida en el artículo 611 del C.C.C.N. Por ende, en principio, al guardador., designado por el órgano administrativo, no podría alegar derecho alguno en relación al niño.

Sin embargo el juez también recordó que de acuerdo al artículo 607 la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada cuando un familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela, y que en este caso el guardador era un verdadero referente afectivo del menor quien no debía volver con sus progenitores debido a que no estaban en condiciones de cuidarlo por lo que su superior interés exigía que permanezca bajo el cuidado del guardador.

A su vez el fallo resaltó que el vínculo afectivo se había establecido con anterioridad a la adopción de la medida excepcional, con lo cual se sortea exitosamente el impedimento contenido en el artículo 611 del Código Civil y Comercial que prohíbe la entrega directa mediante “acto

administrativo”, carácter que ostenta la medida excepcional de protección, debido a que el vínculo encontraría sustento en una relación preexistente a dicha medida.

Como se observa, si el niño hubiese sido entregado directamente por los progenitores al guardador para su cuidado probablemente la solución hubiese sido distinta. En efecto, el magistrado aquí no le otorgó principal relevancia al hecho de que la separación del menor de su familia de origen y luego de la familia del guardador con la cual se consolidó un vínculo afectivo lo puede afectar gravemente. Por el contrario, la sentencia afirmó que la posibilidad del “trauma” que puede padecer el menor si es separado de su lugar de origen es una situación que debe ponderarse al momento de resolver, no constituye un factor determinante, si no confluyen el resto de los recaudos delineados. De acuerdo con la sentencia comentada la “Teoría del Trauma” fue usada principalmente en los casos de guardas de hecho iniciadas fuera de algún marco de legalidad, lo que en el actual régimen de adopción no tendría cabida, “porque el sistema receptado por el Código Civil y Comercial intenta desterrar la práctica de la entrega directa, tan arraigada en la historia social de nuestro país, y que tantos abusos y efectos negativos ha ocasionado (fundamentalmente la cosificación del niño en estado de vulnerabilidad)”.

Sin embargo, el fallo también señaló que aunque los efectos negativos de la separación no pueden considerarse determinantes para definir la oposición a la declaración de adoptabilidad, el análisis de los mismos no debe excluirse una una vez reunidos el resto de los requisitos para su procedencia que aseguran la no ilegalidad del vínculo. En ese sentido la sentencia sostuvo que el “trauma de la separación” está íntimamente relacionado con el mandato de preservar al niño en su familia de origen o medio familiar comunitario, del cual constituye un referente su profesor y guardador. Por lo tanto, privar al menor de sus recuerdos, cualidades, habilidades y del afecto por parte de quienes formaron parte de su existencia, le ocasionaría un efecto traumático considerable.

Por lo expuesto, la sentencia no solo hizo lugar al pedido del guardador de oposición a la declaración de adoptabilidad sino que además lo emplazó para que pueda iniciar el trámite de guarda preadoptiva por considerar, como se dijo, que el carácter de referente ya se ostentaba con anterioridad a la decisión del organismo administrativo de conferir la guarda, presentándose “ una situación que avala lazos afectivos reales, descartando toda configuración de contractualismo, contraprestación o manipulación del menor” . Asimismo el fallo también

reconoció la significancia en la historia de vida del menor y gran contención ofrecida por el guardador al menor en un momento tan difícil como fue el transcurso de la enfermedad y el fallecimiento de su abuela quien constituía hasta entonces “su familia” .

Ahora bien, el juzgador además tuvo en cuenta que, de acuerdo con el artículo 643 del Código Civil y Comercial, la guarda simple solo puede otorgarse por el plazo de un año, pudiendo ser renovada por única vez por igual plazo lo cual dejaría al menor en una situación de desamparo frente a la imposibilidad de retornar con su familia biológica por lo que transcurrido el plazo legal , nuevamente habría que judicializar la cuestión para definir la situación el menor, que en ese momento tenía solo 11 años, con el consiguiente efecto negativo. Por ello, la sentencia concluyó que pese a haberse rechazado la declaración de adoptabilidad por resultar procedente la oposición formulada por el referente afectivo, ello no impide que pueda y deba privarse a los progenitores del menor de la responsabilidad parental debido a su falta de capacidad para cuidarlo, y que se permita a el guardador iniciar el trámite de solicitud de guarda pre adoptiva.

Más allá de estar de acuerdo con la decisión tomada en este caso no se puede pasar por alto el hecho de que por un lado, el magistrado remarcó la importancia de cumplir con lo dispuesto por el texto legal al hacer referencia al artículo 611 y a la prohibición de la guarda de hecho pero a la vez llama la atención la despreocupación respecto de la falta de intervención del Registro conforme a lo establecido en los artículos 609 inc. c y 613 del Código Civil y Comercial por lo que se puede concluir, junto con Galletti J (2019) el juzgador enderezó la decisión judicial para que sea el referente afectivo el único aspirante posible a la guarda preadoptiva y así otorgar un marco legal a la relación afectiva ya generada, pasando por alto la sanción de nulidad de los Arts. 600 inc. b y 634 inc. h) y la prohibición de la guarda de hecho como antecedente de la adopción prevista en el Art. 611 del Código Civil y Comercial.

En otro caso resuelto por el TCF N° 5 de Rosario en el año 2016 se declaró la inconstitucionalidad de la norma que prohíbe la guarda de hecho y se otorgó la adopción plena.

En esta ocasión también se trató de un menor que fue puesto a cargo de su docente frente a la muerte de su madre pero a diferencia del caso anteriormente comentado, en éste el padre en un primer momento realizó la entrega directa del niño y la relación se forjó de manera espontánea después del fallecimiento de la progenitora.

El menor comenzó a convivir con su maestra y quedó bajo su cuidado y al poco tiempo lo hizo también su hermana menor.

Al principio los niños tenían contacto con su padre biológico pero luego de un episodio de violencia se suspendió él mismo por resolución judicial.

Si bien la guardadora inició la solicitud de guarda pre-adoptiva al poco tiempo de iniciar la convivencia, lo cual ocurrió con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial, cuando los niños tenían 8 y 1 año y medio de edad, la sentencia se dictó 10 años después.

El fallo declaró la inconstitucionalidad de los artículos 611 segundo párrafo, 600 inc. b y 634 inc h del CCC. y otorgó la adopción plena a la guardadora aunque ésta no era pariente de los menores ni estaba inscripta en el Registro de Aspirantes.

El fallo señaló que la prohibición de ponderación de la guarda de hecho, las guardas judiciales y las delegaciones de ejercicio de la responsabilidad parental en el marco de una adopción es una norma calificable al menos de inelástica. En este punto el Código desconoce la riqueza y variedad de los vínculos humanos y también se coloca un poco más allá de las propias normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en tanto y en cuanto obliga al juez a desestimar lo cotidiano en la vida de un niño, es decir, la realidad de ese niño o esa niña en particular. La norma, tal cual está escrita, no tiene válvula de escape y bloquea la mirada del juez sobre aquellos casos donde los vínculos de hecho construidos por los propios niños son la voz cantante del derecho. Y que la rigidez de la prohibición de la norma del artículo 611 Código Civil y Comercial colisiona con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22), contrariando el principio del interés superior del niño (Art. 3 y 21 CDN), el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta en todas las decisiones que se adopten (Art. 12 CDN), a ser criado en el seno de una familia en primer lugar en la familia de origen (Art. 9 CDN) y de no poder ser posible en otra (Art. 5 y 20 CDN), a la identidad desde una concepción dinámica ya que los vínculos de afecto creados con la familia cuidadora construyen identidad en el niño que se siente y vive como parte de la familia que lo contiene y aloja (art. 8 CDN). Por ello la sentencia declaró su inconstitucionalidad, no admitiéndose —por la dureza y contundencia de la prohibición— la posibilidad de integrar con otras normas del orden convencional constitucional en aplicación del diálogo de fuentes de los Artículos . 1 y 2 del Código Civil y Comercial.

Como se observa, el fallo pone en evidencia que en determinados casos la prohibición a la guarda de hecho no se compadece con la protección del mejor interés del niño.

En otro caso reciente del 6 de agosto del 2020, el Juzgado de Familia de Tandil (B. O. I. s/ adopción. acciones vinculadas) tuvo ocasión de intervenir y resolver declarando anti-convencionalidad del artículo 611 del Código Civil y Comercial para otorgar la adopción plena de una adolescente a sus guardadores, quienes no estaban inscriptos en el Registro de Postulantes, haciendo prevalecer la socioafectividad y el interés superior de la menor.

El fallo aclaró que la norma fue redactada para evitar situaciones de apropiación de menores en marcos ilegítimos o ilícitos pero consideró que no es de aplicación a supuestos legítimos de relaciones basadas en la socio-afectividad, contrariando específicamente el interés superior del niño, y su aplicación en el caso obstaría al acogimiento de la adopción plena solicitada por los actores. Además sostuvo que “ la solución que plantea el artículo 611 del Código Civil y Comercial resulta estrecha, soslayando las relaciones afectivas honestas o genuinas y otros supuestos de relaciones socioafectivas que nada tienen que ver con las situaciones irregulares y/o delictivas que, de manera acertada, pretende prevenir el nuevo ordenamiento; lo cierto es que no prevé, ni siquiera a modo de excepción, las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la socio-afectividad o identidad dinámica” .

Si bien la sentencia remarcó la importancia de la función del Registro de postulantes al rodear de garantías la entrega de niños, sostuvo que en el caso analizado se justificaba la falta de inscripción de los guardadores porque fue la adolescente quien realizó la elección de los adoptantes, quien los incorporó como sus padres..

En este caso, la chica había sido abandonada por lo cual se citó a los padres pero no se requirió su consentimiento. Asimismo se escuchó a los hijos de la guardadora y a los hijos del guardador y todos coincidieron en que consideraban a la adolescente como su hermana y que estaban de acuerdo en que sea adoptada por sus padres.

6. CONCLUSIONES:

Como puede observarse, luego de la lectura de todo lo anteriormente expuesto, es posible llegar a la conclusión de que pese a la prohibición establecida en el Código Civil y Comercial, los jueces, en muchas oportunidades, se han visto obligados a decidir qué hacer ante una situación fáctica en la cual existe un vínculo afectivo consolidado entre un niño, niña o adolescente y su guardador o guardadores quienes solicitan el reconocimiento de la guarda con fines de adopción.

Personalmente coincido con gran parte de la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país que se inclina por la postura que da preeminencia al respeto del vínculo socio afectivo con miras a proteger el interés superior del menor.

En primer lugar quisiera dejar en claro que no pueden existir dudas en cuanto a que los jueces son quienes tienen la última palabra y quienes deben realizar siempre un control de legalidad en la entrega del niño, tomando en cuenta las necesidades de éste y la idoneidad de los guardadores para cubrir las mismas, Sin embargo, considero que deberían analizar cada caso concreto y ser extremadamente cuidadosos al considerar los supuestos de guardas de hecho en las que el niño se encuentra inserto personal y afectivamente dentro de la familia del guardador, ponderando si su separación de ésta resulta compatible con su interés superior, el cual debe imponerse en cualquier decisión que se adopte.

En ese sentido, me parece que al sancionarse el Código Civil y Comercial, los legisladores desaprovecharon la oportunidad para incluir y regular situaciones de la realidad que se suelen desarrollar previa o simultáneamente con los procesos judiciales donde se resuelve la adopción de un niño desamparado.

Por otra parte, considero que la prohibición de que los guardadores de hecho puedan solicitar la guarda con fines de adopción no se condice con la norma que les permite, si son referentes afectivos del niño, oponerse a que se declare la situación de adoptabilidad ofreciendo asumir su tutela, con lo cual, no es del todo lógica. Así, podríamos preguntarnos: ¿Por qué motivo el juez podría considerar que no es bueno para el niño que la persona que lo viene cuidando desde hace mucho tiempo y con la cual existe una relación de afecto genuino se convierta en su padre o

madre adoptiva, pero si sería compatible con su interés superior que se convierta en su tutor en los casos en que ha quedado comprobada la imposibilidad de retorno con la familia biológica?

Se debe tener en cuenta que no se trata simplemente de una cuestión terminológica en la que la diferencia estaría dada por la forma de llamar al guardador como “ padre” o “ tutor”.

Al respecto, dado el actual marco normativo, se debe decir que los jueces deben siempre, al menos, considerar la petición del guardador de hecho y no rechazarla sin más, haciendo una aplicación mecánica de lo dispuesto en el artículo 611 del Código Civil y Comercial. Se debe resaltar la importancia de que los magistrados escuchen en todos los casos a los niños, niñas y adolescentes y evalúen si la situación es compatible con el respeto de los derechos de éstos, teniendo en cuenta el sufrimiento que ya han pasado al separarse de su familia biológica o ante la falta de contacto con la misma, y debiendo ordenar la separación de sus guardadores únicamente cuando la relación no sea beneficiosa para el interés superior del menor. . Esto es así, a mi modo de ver, porque la prohibición de evaluar la guarda de hecho a los fines de la adopción implica una interpretación literal que no es coherente con la valoración de dicho interés superior.

Con respecto a esta norma, considero que, para evitar inconvenientes y nuevos sufrimientos a los menores, debería ser reformada admitiendo otra excepción a la prohibición de la guarda de hecho: la relación previa de los progenitores con los guardadores o de éstos con los niños, porque la redacción actual es demasiado rígida y no contempla ciertas realidades muy frecuentes en las que los progenitores eligen a los guardadores como futuros adoptantes para sus hijos con el fiel convencimiento de que el vínculo afectivo que los une es determinante para considerar que son las mejores personas para hacerse cargo de ellos, ni tampoco contempla los casos de menores abandonados por sus padre biológicos que de alguna manera “ eligen “ a sus guardadores por la existencia de un vínculo de apego genuino con ellos y con su entorno familiar a quienes sienten como su propia familia.

De esta manera no existirán dudas respecto a que los jueces tienen la facultad y el deber de analizar el interés superior en cada caso concreto y determinar si la permanencia del niño con la familia del guardador es o no compatible con dicho interés.

7. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

Alemán M; Rosello J.I (2017), El rol del referente afectivo en la adopción planteada en el CCyC, Revista Derechos en Acción; no. 4,

Enfile:///C:/Users/nicol/Downloads/3916-Texto%20del%20art%C3%ADculo-11446-1-10-20170928.pdf

D'Antonio, D. (1997)., "Régimen legal de la Adopción",Rubinzal-Culzoni.

Galletti J (2019) La figura del referente afectivo: el factor tiempo y la noción de socioafectividad. Revista de la facultad de ciencias jurídicas y sociales. En <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/NuevaEpoca/article/download/9598/12861/>

Herrera M., Caramelo, G, Picasso, S, Dir. (2015), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, Tomo II

Kelmemajer de Carlucci, . A. Herrera, M. Loveras, N, (2017) Tratado de derecho de familia. T.III., p85

Levy, L, (1997) "Régimen de adopción. Ley 24779 ", Astrea

Luján D (2016) Guarda a un tercero

En <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2397-guarda-un-tercero>

Martinez de Santágata, M.P, Asín, P., Domenichi, L (2008). La autonomía de la voluntad frente al paradigma de la nueva ley. una propuesta de adecuación legislativa. En http://www2.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro_adopcion/ponencias/La%20guarda%20de

[%20hecho%20y%20la%20autonomia%20de%20la%20voluntad%20frente%20al%20paradigma%20de%20la%20nueva%20ley.htm](#)

Medina, G. (1998), La adopción, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni

Medina, G, “La guarda de hecho y la adopción”, JA 98-III-959, CNaC.Civ., sala F, 10/9/98 comentado por Osvaldo Alvarez, ED183-202, C. Civ y Com de Morón, sala 1º, LL Bs. As., Año 5, n.6 7/98, pág.334

Medina G. Flores Medina P. Las guardas de hecho. Correlación entre el artículo 318 del Código Civil y el artículo 40 del decreto 383/2005, L.L 2-06-2005, p.1 y ss.

Medina G, La guarda de hecho y el necesario respeto de los derechos humanos de la mujer, en DFyP, enero-febrero-2012, p.65 y ss.

Pellegrini MV,, Duprat C. Entregas extrajudiciales de menores en guarda, en Revista Jurídica n.9, 2005, En

http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/184/Entregas_Extrajudiciales.pdf?sequence=1

Santangelo M.V (2006) “ La guarda de hecho. La rigidez normativa frente a una realidad insoslayable, disponible en

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

Vieites M.S (2020). Las guardas de hecho: una realidad inobjetable. En C.A. Belluscio (dir.). Práctica de derecho de familia y sucesiones. (p. 56). Buenos Aires. Hammurabi.

Zannoni, E. (1989) ., Tratado de Derecho de Familia, T.II,. Astrea

[http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/397/La_guarda_de_hecho.p
df?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/397/La_guarda_de_hecho.pdf?sequence=1)

La guarda de hecho. La rigidez normativa frente a una realidad insoslayable