



*Legislatura de la Provincia
de Río Negro*

FUNDAMENTOS

El Instituto de la Adopción en nuestro país ha ido evolucionando con el correr de los años adaptándose a las nuevas características sociales y atendiendo a los sucesivos requerimientos que fue demandando el propio sistema de adopción.

En la legislación actual se destaca su sentido tutelar y social. En principio, el sistema de adopción, cumple dos roles perfectamente marcados: por un lado, el más importante, que es la satisfacción del interés del menor, y por el otro, el de suplir las ansias de maternidad o paternidad frustradas en la persona de los adoptantes.

De los roles señalados precedentemente, el más importante, el que debe tener mejor tratamiento, mayor acogimiento y receptación tanto en nuestro sistema legislativo como así también en la administración de Justicia es el interés superior del niño.

Es de suma relevancia, al efecto, que las legislaciones provinciales se encuentren en plena armonía y concordancia con la normativa nacional e internacional a los fines de dar el más acabado cumplimiento a este interés de carácter superlativo.

El interés superior del niño tiene su génesis normativo en los artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento ratificado por nuestro país mediante Ley 23.849 y que adquirió jerarquía Constitucional al ser incluida en la reforma constitucional de 1994 en el artículo 7 S inc. 22 de nuestra Carta Magna.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño ha proclamado en este sentido: "Artículo 3°.-

1. En todas las medidas concerniente 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".

La Jurisprudencia Nacional ha definido al interés superior del niño como: "...El conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés



*Legislatura de la Provincia
de Río Negro*

superior del menor puramente abstracto" (SCBA, Ac. 63.120, "G.V.s/adopción", 23-3-98).

En nuestra provincia el instituto de la adopción cuenta con su marco regulatorio, la ley K n° 3268. El 14 de enero de 1999, y en adhesión a esta normativa, Río Negro promulgó la ley provincial mencionada precedentemente, por la cual se creó el Registro provincial de Aspirantes a la Adopción, único mecanismo válido para acceder a la adopción de un niño o niña. A partir de ese momento sólo pueden transformarse en padres adoptivos los hermanos mayores del menor y aquellos que estén incluidos en los registros mencionados.

La Ley de adopción debe tender a la necesaria interpretación de todas las situaciones fácticas cuando éstas, evaluadas según su sabio y honesto entender, no sólo no resultan contrarias a la legislación vigente, sino que constituyen situaciones vividas cumpliendo con ese interés superior. Tal el caso de las guardas de hecho con fines de adopción y la autonomía de la voluntad.

La guarda de hecho fue definida como: "...Es aquella institución del derecho civil mediante la cual una persona con consentimiento expreso o tácito de los titulares de la patria potestad o ante la ausencia de titulares de esta, sin intervención de la autoridad administrativa, ni judicial, se hace cargo de un menor o de un incapaz y de sus bienes contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor..." (Péres Martín, Antonio J., Derecho de Familia, Ed. Lex Nova, pág. 61).

Es necesario porque lo demanda nuestra sociedad a través de la opinión pública, y así lo indica la realidad en esta materia, que se impulsen reformas legislativas y ejerciten políticas tendientes a hacer lugar y respetar la voluntad de los progenitores en cuanto a la elección de la familia que tendrá a su cargo la crianza, educación, alimentación, protección del menor, ante la falta de posibilidades materiales de los padres biológicos de hacerse cargo.

Las guardas de hecho existen y no debe negarse la importancia de la voluntad de los padres biológicos en la entrega de su propio hijo a una determinada familia quienes cumplirán, en adelante, una función parental.

Siguiendo en esta línea de pensamiento, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Matanza sostuvo que: "...si bien es cierto como lo menciona la Asistente Social que ha entendido en la causa, que quizá este matrimonio no cumplió



Legislatura de la Provincia de Río Negro

con los pasos previstos en la ley para la guarda y adopción de menores (Anotación en el Registro Unico de Aspirantes), ningún reproche cabe hacerle a los mismos pues recibieron al menor recién nacido en su seno familiar e intentaron brindarle todos los cuidados propios de su edad y todo el amor y Contención que alguien en esa situación necesita, integrándolo como sujeto activo con los demás miembros de la familia... (tías, abuelos, amigos)...” (Conf. Voto del Dr. Nicolás Taraborrelli, en autos “A., L.J. s/guarda con fines de adopción, causa nro. 819/1, San Justo, 24-11-2005).

No debe perderse de vista la importancia que reviste para el menor la pertenencia al grupo familiar al cual ha sido entregado por sus propios progenitores, con el cual ya se encuentra integrado. Este menor ha sufrido primero el abandono de sus padres biológicos y exponerlo a un segundo abandono, cual es el de la familia guardadora para dejar al menor bajo el Patronato del Estado y luego ser adjudicado al primero que figure en la lista de aspirantes para la adopción afectaría gravemente al menor en su plano afectivo y psicológico.

Otro de los puntos que debe ser analizado al abordar la problemática de la guarda de hecho con fines de adopción es el “interés familiar”. Este surge como consecuencia de la pertenencia a la familia guardadora que el menor integra y los vínculos que se crean con el paso del tiempo y el trato paterno, materno filial. El menor integrado a la familia guardadora tiene ya su sentido de permanencia a ese núcleo familiar al que considera como propio. No reconocer o valorar las guardas de hecho provocaría en el menor que ha sido entregado en esa calidad conflictos como el desarraigo, la pérdida de vínculos ya creados, pérdida de los afectos, el hábitat, costumbres familiares, es decir, la adaptación a la dinámica de la familia guardadora.

En razón de la existencia de todos estos potenciales perjuicios es conveniente mantener la situación de guarda existente, teniendo en cuenta el mejor interés del niño así como la idoneidad de los guardadores y el ambiente en que se desarrolla la actividad. Sin perjuicio de que cada caso deberá analizarse en concreto, es decir con las particularidades propias que cada situación trae aparejada, es necesario que sea contemplada normativamente la voluntad expresa de los padres biológicos de elegir el guardador o los guardadores, reconociendo la autonomía de la voluntad.

Es sumamente importante dar validez y reconocer la plena actividad de la autonomía de la voluntad que ejerce la madre biológica al entregar su hijo a los guardadores. Este acto volitivo que desarrolla la progenitora ha sido denominado por la doctrina como el “consentimiento informado”. Su reconocimiento y aceptación implica



Legislatura de la Provincia de Río Negro

"revalorizar a las personas para que sean protagonistas de su propia historia". Desde este lugar, el consentimiento informado se convierte en un derecho personalísimo.

La Dra. Cecilia Grosman, en la XI I Conferencia Nacional de Abogados realizada en Jujuy en abril de 2000, expuso que "...el consentimiento requerido por el artículo 317 del Código Civil, es consentimiento informado. Nadie niega o cuestiona la presencia de los padres de origen en el proceso de adopción, es más, unánimemente se reafirma la necesidad de ese consentimiento para validar todo el proceso. Entonces, si es tan importante el consentimiento de los padres en esa instancia, ¿es distinto o menos importante éste al momento de decidir entregar al hijo a quien se elija?; ¿Esta segunda manifestación, es más "inaceptable" u "objetable" que la otra?. Esta ponencia prefiere sostener que, de lo que se trata, es del consentimiento informado como un proceso de decisión, y no de un simple acto. He aquí planteado el tema de la autonomía de la voluntad...".

La prestigiosa jurista Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, al referirse a esta cuestión enfatizó: "...lo importante es establecer la idoneidad de los guardadores; tan idóneos pueden ser los elegidos por la madre como los que seleccione el juez de la lista de pretensos adoptantes...".

El Estado debe respetar la voluntad de la familia e intervenir exclusivamente en situaciones de riesgo para el menor, ya sea moral o material, cuando este haya sido objeto de un delito, como ser los flagelos habituales del tráfico de niños o sustitución de identidad.

Contando con un marco normativo que le otorgue campo de actuación sobre esta situación en materia de adopción, el juez será el que tendrá la tarea de tomar todos los recaudos para valorar cual es el mejor interés del menor; articulando todos los medios a su alcance para conocer todas las particularidades del caso, dando la posibilidad de escuchar a la madre biológica que entrega al niño en este especial otorgamiento de guarda previa a la adopción, extremando los controles sobre las condiciones personales, morales y económicas que reviste la familia que ha recibido al menor directamente de sus progenitores.

No son suficientes ni acordes a la realidad los argumentos que impiden a un padre o una madre elegir a quién confiar el cuidado de su hijo. Pues si la negación a una adecuación legislativa responde a los temores existentes respecto a que con estas prácticas se favorece el tráfico de niños y/o su comercialización, debe decirse en



Legislatura de la Provincia de Río Negro

contraposición que nada de eso ocurrirá si sumamos a la libertad el control judicial.

No debe generalizarse pensando en que detrás de toda entrega se oculta un hecho ilícito. Y si surgiera la duda, en vez de considerarlo como algo pernicioso per se -y por eso no permitirlo-, sería conveniente atraer a los actores hacia la escena jurisdiccional a fin de valorar la conducta desplegada según los parámetros legales.

Sobre esta cuestión se han expedido diversos doctrinarios. De las reflexiones de Mizrahi se puede extraer que: "...autonomía de la voluntad e intervención judicial no se contraponen sino que se complementan, lográndose así un equilibrio en la aludida disyuntiva entre orden público y privado...". La Dra. Marisa Herrera aportó: "...la participación de la judicatura como último intérprete - y límite de la voluntad de las partes-, no le quita entidad al principio de autonomía de la voluntad.".

Las guardas de hecho existen y es una realidad que no debe desconocerse sino que hay que respetar siempre y cuando el mejor interés del menor se encuentre salvaguardado. Por la sencilla razón que esta necesidad psicológica de los niños tiene que ser respetada, es que nuestra provincia posee la necesidad imperiosa de contar con legislación acorde a los tiempos que corren, en donde sea contemplada esta particular forma de creación de vínculo familiar.

La ley debe ser un instrumento dinámico, que acompañe las realidades sociales, garantizando el pleno ejercicio de los derechos de cada integrante de esa sociedad, y en especial, el de aquellos que representan el sector más vulnerable, en este particular, el de los niños, niñas y adolescentes.

Promover la sanción del presente proyecto es aceptar el desafío de esta realidad que nos interpela poniendo ante nuestros ojos que la entrega directa está al alcance de la mano. Y no se trata de un mero artificio legal para convalidar prácticas ilícitas. Se trata de enfrentarnos a las otras muchas implicancias que el terna de la entrega y la adopción acarrearán.

Por los motivos expuestos, consideramos que existen sobrados fundamentos para impulsar la necesidad de una modificación legislativa que plasme lo que vertientes legales, jurisprudenciales, doctrinarias e incluso la sociedad a través de sus diversos actores anuncian y reclaman a viva voz, todas ellas, consensuadas en la consagración de resolver lo que se ajuste al mejor interés del niño en cada historia



*Legislatura de la Provincia
de Río Negro*

particular. Esto sólo se va a lograr con la incorporación de la guarda de hecho como la posible iniciación de un vínculo filiatorio, a los ya establecidos requisitos para acceder a la guarda con fines de adopción, quedando en manos de la actividad jurisdiccional el decidir convalidarla y transformarla en guarda con fines de adopción.

Por ello:

Autores: Pedro Oscar Pesatti y Martín Ignacio Soria.



*Legislatura de la Provincia
de Río Negro*

**LA LEGISLATURA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO
SANCIONA CON FUERZA DE
LEY**

Artículo 1°.- Modifíquese el artículo 9° de la ley K n° 3268, el cual quedará redactado de la siguiente manera:

"Artículo 9°.- Para acceder a la guarda con fines de adopción de un menor se dará prioridad:

- a) A quienes fueran los adoptantes de un hermano del menor cuya guarda se pretende.
- b) Las personas que hayan ejercido bajo el carácter de guardadores de hecho la tenencia de un menor durante un plazo no inferior a seis meses, previa vista de la Asesora de Menores.
- c) A quienes se encuentren inscriptos en el Registro Único Provincial de Aspirantes a la Adopción de la provincia.

Artículo 2°.- De forma.