

ALGUNOS PROBLEMAS DE LA ADOPCIÓN EN ARGENTINA PUESTOS DE MANIFIESTO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por **Cecilia Lopes**¹

i. Introito.

El 27 de Abril de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió el caso “Forneron e hija vs. Argentina”, convirtiéndose en la primera sentencia en la que dicho órgano internacional avanza en relación con nuestro país en una temática que clásicamente podría haber sido considerada de Derecho Privado: la adopción.

Junto a la sentencia dictada en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile,² componen una moderna doctrina jurisprudencial de consulta y uso necesario para el Derecho de Familia, ya que se avanza a nivel regional en la redefinición de conceptos ahora sustentados por la pluralidad y el respeto a los Derechos Humanos.³

Si bien se ha dicho mucho en torno de la condena a Argentina en este caso, lo cierto es que la misma desnuda parcialmente la problemática de la adopción en nuestro país.

Sabemos que excede ampliamente este comentario avanzar en la siguiente afirmación. Solo queremos dejar establecido que los circuitos y prácticas paralelos a los establecidos por el Estado pueden responder a dificultades originadas en un fuerte arraigo cultural respecto al mantenimiento de los vínculos biológicos, que obtura a la

¹ Abogada, docente de Derecho de Familia y Sucesiones en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), cecilopes@yahoo.com

² Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de febrero de 2012 en la que se aborda, con profundidad, los criterios de determinación de la idoneidad de los padres para la guarda de los hijos después de su separación, argumentación motivada por el cuestionamiento de la madre debido a su orientación sexual.

³ Resta que la Corte se expida en el caso Gretel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, vinculado con la práctica de la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro que está prohibida en Costa Rica, a raíz de un fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de ese país.



adopción como medida para garantizar el derecho del niño a vivir en familia pero que, paradójicamente, atentan contra el mismo principio que los sostiene, tal como veremos ha sucedido en el caso.

En lo que sigue se formulará un análisis de la sentencia, destacando la doctrina que ha establecido el Tribunal regional. Se culminará con algunas palabras en relación con el abordaje del instituto de la adopción en el proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, en pleno debate parlamentario al momento de la realización del presente.

ii. Los hechos.

Fruto de una relación de pareja, nace una niña el 16 de Junio de 2000. Sus progenitores culminaron la relación antes de dicho momento, enterándose el padre del embarazo por un tercero. Dudaba de su paternidad, circunstancia que no fue confirmada por la madre de la niña.

Al día siguiente de su nacimiento la guarda de la niña fue entregada por su madre a un matrimonio con miras a la adopción. Dicha intención quedó plasmada en el acta de entrega de la que intervino el Defensor de Pobres y Menores. Lo expuesto ocurrió un sábado en una ciudad distante 100 km del domicilio de la madre.

Vuelta a su ciudad, la madre de la niña le confirma su paternidad al Sr. Forneron manifestando éste su intención de responsabilizarse de la crianza de su hija.

A partir de ese momento, el padre de la niña comienza a desarrollar una serie de acciones tendientes a revocar la guarda de su hija, conferida pocos días antes y de una manera sumamente precaria, sin lograr los resultados deseados. Es así que:⁴

⁴ Debido a que el presente comentario no se centra en los aspectos procesales del caso, se simplificará el recorrido judicial que transitaron las partes a los efectos de facilitar su lectura y entendimiento.



- a) A principios de Julio de 2000 acudió a la Defensoría que intervino en la entrega, manifestando su intención de conocer el paradero de la niña para disipar las dudas de su paternidad y responsabilizarse de su hija.
- b) Denunció dicha situación por ante la Justicia Penal a fin de que adopte medidas ante la incertidumbre del destino de su hija. Dichas actuaciones fueron rápidamente archivadas y, si bien fue cuestionado dicho archivo, el mismo fue confirmado tiempo después por la instancia superior, por no haberse podido comprobar la existencia de delitos en razón de que algunas de las conductas denunciadas no estaban tipificadas.
- c) A pesar de no obtener respuestas acordes a su pedido, al mes y dos días del nacimiento de su hija la reconoció legalmente en el Registro Civil.
- d) El matrimonio guardador, un mes y medio después de ocurrida la entrega de la guarda de la niña, solicitó el otorgamiento de su guarda judicial. En estas actuaciones, la intervención del padre fue crucial ya que además de continuar solicitando su restitución, se disiparon las dudas respecto de su paternidad con la prueba de ADN respectiva.

Sin perjuicio de ello, el factor tiempo como fundamento del mantenimiento de la guarda aparece y opera de una manera brutal: *“sería sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso... pudiéndole ocasionar daños emocionales graves e irreversibles”* (informe presentado en Mayo de 2001). En ese marco, pocos días después el Juez de Primera Instancia decreta la guarda judicial de la niña a favor del matrimonio guardador por el período de un año. Es dable destacar que para ese entonces sólo habían transcurrido 9 meses del nacimiento de la niña.



- e) El padre de la niña apela dicho pronunciamiento y la instancia superior lo revoca en Junio de 2003 para que, finalmente, en Noviembre del mismo año el Superior Tribunal de Justicia provincial reafirme el criterio decidido por el Juez de Primera instancia. De manera contundente, el factor tiempo operó consolidando la situación de hecho, pasando a formar ahora la noción del **interés superior de la niña** quedarse con quien ya había estado más de tres años.
- f) Esta decisión queda firme ya que al padre de la niña le rechazan el recurso ante la Corte Suprema nacional.
- g) Paralelamente, el Sr. Fornerón llevó adelante un proceso solicitando se establezcan visitas con su hija. Estas actuaciones adquirieron mayor fuerza al confirmarse que la niña continuaría con sus guardadores. Ambos se encontraron en Octubre de 2005, en un hotel, por un lapso de 45 minutos y con la presencia de terceros. No volvieron a encontrarse.
- h) Por otra parte, con oposición expresa del Señor Fornerón, en Diciembre de 2005 la Justicia provincial otorgó la adopción simple de la niña al matrimonio guardador.
- i) Por distintas razones, la fijación del régimen de visitas continuó su trámite y en Junio de 2010 se dictó sentencia rechazando el pedido del Sr. Forneron, lo cual fue confirmado por la instancia superior pero revisado por el Superior Tribunal de Justicia provincial, lugar donde después de celebrarse una audiencia, escuchar a las partes y a la niña se llegó a un acuerdo de contacto progresivo.

iii. La sentencia de la Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos comienza estableciendo que, en relación con los procesos judiciales llevados a cabo en nuestro país, se abocará a



determinar si los mismos cumplieron las obligaciones internacionales del Estado emanadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De esa manera, descarta convertirse en una instancia superior e internacional de apelación.

A su vez, reitera su conocido criterio de que las presuntas violaciones a los derechos humanos de la niña deben interpretarse a la luz del *Corpus Juris* Internacional de protección a los derechos del niño, incorporándolo a través del artículo 19 de la Convención Americana. Sostiene que “...este corpus juris debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de niños y niñas...”⁵

Se han escogido cuatro grandes temas para analizar la sentencia, los cuales serán expuestos en el siguiente orden: a) Garantías judiciales y protección judicial; b) Acerca del interés superior de la niña; c) La protección a la familia; d) La no regulación de la venta de niños como tipo penal.

a) Garantías judiciales y protección judicial:

La alegación de este tipo de violaciones se relaciona con el sostenimiento de que las autoridades judiciales incurrieron en una serie de retardos que se terminaron constituyendo en el sustento mismo de las decisiones. La situación jurídica de la niña quedó determinada por el paso del tiempo en los procesos judiciales.

La Corte Interamericana sostiene que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, constituyendo la falta de razonabilidad en el plazo una violación a las garantías judiciales. Para determinar la razonabilidad del plazo, considera los siguientes elementos: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las

⁵ Párrafo 44. Dicha afirmación proviene del Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de fondo, 19/11/1999, párrafo 194.



autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

En ese marco, ha determinado la Corte que los procesos antes reseñados de manera sucinta no presentan especiales complejidades y que no son inusuales para nuestro país. El objeto principal de los mismos era la determinación de los derechos a la familia de una niña y los de su padre biológico, y lograr la vinculación entre ellos.

Tampoco encontró que la actividad procesal del Sr. Forneron haya obstaculizado los procesos internos sino que participó activamente haciendo todo lo posible para avanzar en la resolución de los mismos. Además, dejó establecido que la responsabilidad de acelerar el procedimiento recae sobre las autoridades judiciales, en consideración del deber especial de protección que deben brindar a la niña por su condición de menor de edad.

Por el contrario, la Corte comprobó que las autoridades judiciales no aceleraron los procesos a su cargo y no tuvieron en cuenta los efectos que el tiempo tendría sobre los derechos de padre e hija, ejemplificando con lo sucedido en el proceso por fijación del régimen de visitas.

Y la ausencia de una decisión y restablecimiento de un régimen de visitas impidió que padre e hija se conozcan y se establezca un vínculo entre ambos, generando el retraso en las decisiones judiciales afecciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos del Sr. Fornerón y su hija.

Con estos fundamentos la Corte concluye que Argentina violó el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 17.1 y 1.1. y 19 del mismo instrumento.



En relación con la debida diligencia de las autoridades judiciales en el proceso de guarda, es contundente la Corte al sostener que la decisión de primera instancia mediante la cual se otorgó la guarda judicial de la niña a un matrimonio que tenía su guarda de hecho y no a su padre, fue emitida sin que se contara con los elementos de convicción necesaria.

Son más que interesantes las reflexiones que formula la Corte alrededor de los estereotipos vinculados a la adopción. En ese sentido, dejó establecido que *la decisión unilateral de una mujer de no considerarse en condiciones para asumir su función de madre, no puede constituir para la autoridad judicial interviniente una fundamentación para negar la paternidad.*

Sin dudas, es una afirmación que trae aparejados muchos inconvenientes a la hora de decidir la adoptabilidad de un niño con el consentimiento exclusivo de su madre biológica para ello, ocurriendo generalmente que ella es la única que tiene acreditada la filiación.

Por supuesto dependerá de cada caso, aquí quedó evidenciado según la Corte que *“...la negación de la paternidad respondieron a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad o paternidad ... demuestran también una idea preconcebida de lo que es ser progenitor único, ya que al Señor Fornerón se le cuestionó y condicionó su capacidad y posibilidad de ejercer su función de padre a la existencia de una esposa...”*⁶

Ello ha constituido, según la Corte Interamericana, una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad y las decisiones judiciales no velaron efectivamente por el interés superior de la niña y por los derechos del padre.

⁶ Párrafos 94 y 96.



b) Acerca del interés superior de la niña:

De un tiempo a esta parte, la Corte Interamericana viene llevando adelante un proceso tendiente a objetivar de alguna manera la noción del interés superior del niño como estándar jurídico protectorio de derechos. Ello en tanto el principio ha sido duramente criticado por su frecuente utilización como justificación de soluciones que se sustentan, solamente, en la apreciación subjetiva de quién decide.⁷

Para mencionar algunos ejemplos que den cuenta rápidamente de esta evolución, en la OC 17 la Corte señaló, como una de sus conclusiones, “Que la expresión “**interés superior del niño**”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, *implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.*” Claramente puede observarse que aquí la vaguedad del criterio utilizado.

Mas adelante, en el año 2005, la Corte va perfeccionando el sentido y alcance del principio enrolándose dentro de una perspectiva de derechos: “Este Tribunal ha señalado que revisten especial gravedad los casos en que las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la *necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores*, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.”⁸ Aquí va adquiriendo forma la noción de que es del interés superior del niño la máxima satisfacción, integral y simultánea, de sus derechos.

⁷ Puede verse un desarrollo de lo que acontece en el Derecho Argentino a través de un fallo en: LOPES, Cecilia y MASSANO, María Alejandra; “Análisis del interés superior del niño en un caso (... o casi una comedia de enredo)” Revista Abeledo Perrot Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012 N° 6 pág. 665-675.-

⁸ Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Sentencia del 8/9/2005 párrafo 134.



Se estima que se objetiva aún más a principios de 2012, cuando señala: “En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. *El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.*”⁹ En el razonamiento expuesto, obliga a probar los motivos por los que se elige determinada solución en vez de otra cuando se lo hace en el interés superior del niño.

En el caso en comentario, se retoma dicho criterio observando que la demora en el proceso y en el transcurso del tiempo constituyó un fundamento determinante para considerar que era del interés superior de la niña continuar la convivencia con sus guardadores.

En ese sentido, expresa de manera contundente que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño, no pudiéndoselo invocar para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales.¹⁰

c) La protección a la familia:

⁹ Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile, Sentencia del 24/02/2012; párrafo 110.

¹⁰ Párrafo 105.



La Corte considera que el derecho de protección a la familia, en el marco del art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conlleva como obligación para el Estado la de favorecer de la manera más amplia el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En consecuencia, las separaciones legales de niños de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y en lo posible temporales.¹¹

Al analizar el marco en el que se llevó adelante la entrega en guarda de la niña, después confirmada con una guarda judicial y posteriormente con la adopción de la misma por parte de la familia guardadora, la Corte concluye en que la injerencia en el derecho de protección a la familia del Señor Fornerón y de su hija no observó el requisito de la legalidad de la restricción.

Aquí la Corte elabora un importante estándar que requerirá de la integración del resto de la normativa del Derecho Interno para su efectiva aplicación: a la familia a la que todo niño tiene derecho es principalmente a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado; en consecuencia, a falta de uno de los padres, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de buscar al padre o madres u otros familiares biológicos.¹²

En este razonamiento, las circunstancias del caso configuraron no sólo la violación del derecho a la protección familiar sino que la Corte considera que frente a la imposibilidad de la niña de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña.

¹¹ Opinión Consultiva OC-17/02; párrafos 71 y 72.

¹² Tal como se analizará al momento de abordar la regulación de la adopción en el proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil, una de las notas más sobresalientes en este tema tiene que ver con los plazos máximos que se imponen al Estado para la realización de esta tarea previa de búsqueda de la familia biológica.



d) La no regulación de la venta de niños como tipo penal:

Por último, la Corte consideró que Argentina no investigó la presunta venta de la niña al matrimonio guardador, circunstancia que había sido denunciada por el Sr. Fornerón. Ello en tanto dicho hecho no configuraba ni configura en la actualidad una infracción penal.

En consonancia con la posición de la Corte de interpretar el artículo 19 de la Convención Americana (Derechos del Niño) a la luz del corpus iuris internacional de protección, estimó que la obligación de adecuar la legislación interna no solo había sido asumida al ratificar la Convención sobre los Derechos del niño sino que además en el año 2003 nuestro país ratificó su Protocolo Facultativo referido a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

La Corte concluye que el Estado incumplió su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de la niña M y del señor Fornerón.

En la actualidad, varios proyectos de ley cuentan con estado parlamentario a los efectos de regular la venta de niños como tipo penal.¹³

iv. Lo que nos dejó la sentencia.

¹³ En el Senado de la Nación, el expediente N° 1528/2011 fue presentado el 30/06/2011 y se encuentra en la Comisión de Justicia y Asuntos Penales desde el 8/7/11 aún sin dictamen. Con posterioridad a la condena a Argentina se ha presentado un nuevo proyecto que tramita por el expediente N° 2819/2012 con fecha de presentación 15/08/2012.

En la Cámara de Diputados actualmente tienen estado parlamentario varios proyectos presentados con posterioridad a la condena a nuestro país, los cuales tramitan por expedientes N° D 4023/2012, D3131/2012 y D 0248/2012. Este último reproduce un proyecto de 2010 que tramitó por expediente N° D 140/2010.



La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado al descubierto algunos de los problemas que tiene la adopción en nuestro país.

Esos problemas están vinculados con razones que si bien exceden el marco de este comentario, puede decirse que se evidencian en la alternatividad fuera de lo legal que circula paralelamente a las guardas con fines de adopción.

Podría esbozarse que pobreza, precariedad de los sistemas administrativos de protección de los derechos de la niñez, tiempos judiciales extensos, falsos discursos acerca del sostenimiento a ultranza del vínculo biológico como única alternativa para garantizar el derecho a vivir en familia se conjugan y dan lugar a un escenario de incertidumbre en el que la consolidación de una “situación de hecho” se convierte en un derecho que hace al interés superior del niño.

Aquí hubo un padre biológico que quiso ser padre y no pudo, quedando atrapado en la incertidumbre descripta. Es posible que las consecuencias de ese ‘no poder’ sean irremediables pero su caso, esta sentencia, puede llegar a constituirse en un antecedente que oriente la reforma del escenario descripto.

Durante el proceso se le solicitó a la Corte Interamericana ordene la restitución de la niña a su padre pero, en el capítulo de reparaciones, sostuvo:

Párrafo 157. Esta Corte ha señalado que la reparación del daño ocasionado por la infracción de la obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en numerosos casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. El Tribunal considera que en el presente caso no resulta posible el establecimiento inmediato de la relación padre e hija que no se produjo durante casi doce años.



En consecuencia:

Párrafo 160. *Con base en lo anterior, la Corte estima necesario que, como medida de reparación, el Estado debe establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre el señor Fornerón y su hija. Ello implica un proceso de acercamiento progresivo de manera de comenzar a construir un vínculo entre padre e hija quienes, en casi doce años, solo se encontraron una vez por aproximadamente cuarenta y cinco minutos...*

Ordena además una serie de medidas complementarias para garantizar el proceso de vinculación ordenado, con la consecuente manda de investigación de la responsabilidad y eventual sanción a funcionarios y adecuación del ordenamiento jurídico interno.

v. El proyecto de reforma.

Al momento de realizar el presente comentario, se encuentra en plena discusión el proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial. En él se plantean importantes modificaciones al instituto de la adopción. Haremos aquí hincapié en aquellas que se relacionan íntimamente con el conflicto suscitado en el caso.¹⁴

Decía Kemelmajer de Carlucci al defender el proyecto de reforma ante la Comisión Bicameral que “...la regulación ha querido terminar con esa situación de incertidumbre. No hay nada peor para un niño que la incertidumbre. ‘Hoy estoy aquí; mañana...’. No; eso es lo que precisamente hemos querido intentar hacer a través de los plazos...”¹⁵ Y es este el aspecto central que se quiere destacar de la reforma, poner límites a la incertidumbre.

¹⁴ Puede seguirse en trámite en el sitio web de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación: <http://ccycn.congreso.gov.ar/>

¹⁵ Extraído de las versiones taquigráficas de las sesiones de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación publicadas en su sitio web.



Y esos límites comienzan con regular por primera vez en la legislación civil ese momento que antecede al otorgamiento de la guarda con fines adoptivos y que, como sucedió en el caso en comentario, puede demorar una enorme cantidad de tiempo.

El proyecto es esclarecedor respecto a los plazos de duración de ese tiempo, como así también respecto a los roles de los adultos, familia y Estado, que giran en torno al niño para garantizar su derecho a vivir en familia.

En los fundamentos que acompañaron el anteproyecto de Código, puede leerse que: *“El proyecto recepta una práctica consolidada (la declaración judicial del estado de adoptabilidad) como un procedimiento con reglas propias para demarcar correctamente el rol de la familia de origen y de la pretensa adoptante en todo el proceso hasta la adopción de un niño. En el proceso de declaración judicial del estado de adoptabilidad, la familia de origen tiene un rol fundamental ... De este modo, la declaración judicial en estado de adoptabilidad es regulado como un proceso autónomo con reglas precisas que respeta los derechos de los principales involucrados en esta primera etapa: el niño y sus padres ... El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aún en este caso se requiere la declaración judicial en estado de adoptabilidad...”*

Hoy este período no está sometido a reglas claras y la consolidación de una situación de hecho, como ocurrió en el caso en análisis, se convierte en la antesala de un pedido de adopción.

En el proyecto de reforma, el artículo que sintetiza lo expuesto es el 607 que textualmente dice:

ARTÍCULO 607.- Supuestos. *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 (30) 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 (45) 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 (180) 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 sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad mediante el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción.

En el artículo se esclarecen las siguientes cuestiones:



- a) Existe un proceso previo al otorgamiento de la guarda con fines adoptivos, con fines específicos: garantizar la permanencia del niño con su familia de origen, acotando la incertidumbre respecto a quién interviene y para qué.
- b) Determina las situaciones en las que la efectivización del derecho a vivir en familia de un niño se lleva adelante a través de la adopción. Cada una de esas situaciones se enmarca en un plazo cierto y determinado de antemano por el mismo Código.
- c) Por último, ante la existencia de algún familiar o referente afectivo con posibilidad de asumir la guarda del niño la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada; deberá antes expedirse sobre esa posibilidad.

El otro artículo que se relaciona con el caso en análisis es el 611, que reza:

*ARTÍCULO 611.- **Guarda de hecho.** Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.*

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño.

Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.



En este artículo se nombra por primera vez en la legislación civil a las '*guardas de hecho*', el objetivo es desalentarlas a los efectos de garantizar la efectivización del derecho del niño a vivir en familia a través del proceso legal instaurado.

En ese sentido, se habilita expresamente al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador.

vi. Conclusiones

Después de lo expuesto, el balance es positivo. Están en plena discusión, y es muy posible que se modifiquen, algunas estructuras de la adopción.

Es esperable que el caso que habilitó la expedición de la Corte Interamericana sobre la materia en nuestro país, coadyuve a la consolidación de un Derecho de Familia regional y plural, con claridad en las intervenciones y la mirada puesta en la igualdad real de sus integrantes y en la protección especial de la infancia.

Es un momento de reflexiones y cambios, orientados por la realidad de lo que ocurre cotidianamente en las familias. Y esa realidad irradia sus efectos para que sea atendida por todos los operadores del derecho.