

Título: La legalidad como criterio de ponderación del interés superior del niño

Autor: Marrama, Silvia

Publicado en: LA LEY 03/07/2023, 8

Cita: TR LALEY AR/DOC/1495/2023

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. La legalidad en las adopciones.— IV. Conclusión.

(*)

I. Introducción (**)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado un reciente fallo (1) que convalida la entrega directa de una niña por parte de su progenitora a una pareja para su adopción. Es un caso más de los tantos que abordan los tribunales a diario, en los cuales las adopciones se dan sin la intervención de los Registros de Adoptantes.

Si bien coincido con la resolución del caso por parte del Alto Tribunal, quisiera referirme a algunas afirmaciones del voto de la mayoría respecto de las "cuestiones estrictamente formales" en los procesos de adopción y a la interpretación del superior interés del niño [art. 3.1. Convención sobre los Derechos del Niño; art. 3 ley 26.061; art. 706 inc. c) CCyC] que se encuentra en situación de adoptabilidad.

II. El caso

El caso judicial se inicia en junio de 2012 con la presentación, ante el Tribunal de Familia N° 3 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, de los guardadores de hecho de una niña nacida unos meses antes en la Provincia de Misiones, solicitando se les confiera su guarda con fines de adopción. El 30 de julio de 2012 el referido tribunal atribuyó la competencia al juez de familia de Posadas, dado que los peticionantes eran ajenos a la provincia de origen de la niña y estaban a su cuidado por una presunta entrega directa de la progenitora, expresamente prohibida por el art. 318 del Código Civil. A la par el tribunal señaló que, por ser una situación irregular, debían adoptarse las medidas necesarias en tiempo razonable, con diligencia y celeridad excepcional, pues el transcurso del tiempo favorecería la creación de lazos con la pareja guardadora de hecho.

Un año después —el 17 de junio de 2013—, el Juzgado de Familia N° 2 de Misiones decidió rechazar in limine la demanda por falta de acreditación de los requisitos legales que habilitan la excepción al sistema de adopción mediante selección de los guardadores inscriptos y evaluados por el registro de adoptantes (cfr. capítulo II de la ley XII N° 20 de la provincia de Misiones) y fijó una audiencia a la que debían comparecer la progenitora con su hija, a fin de dar inicio a medidas de protección integral.

Apelada, la referida decisión fue confirmada un año después por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Posadas. A la par y ante el incumplimiento de la sentencia de grado en lo referido a la audiencia ordenada —no obstante el efecto devolutivo con el que se concedió el recurso de apelación—, la alzada ordenó al Juzgado interviniente que procediera a citar a los postulantes inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a la Adopción, según el orden de la lista correspondiente, para definir la situación de la niña, de conformidad con lo previsto en el art. 28 de la ley local XII n° 20.

Los peticionarios interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. El expediente fue recibido por el Superior Tribunal de Justicia de Misiones en octubre de 2014, el cual dictó sentencia con una dilación de cuatro años —el 19 de diciembre de 2018—, declarando inadmisibile, por mayoría, el recurso deducido por el matrimonio guardador, con sustento en que la decisión recurrida no constituía una sentencia definitiva que habilitara la vía intentada. Contra dicho pronunciamiento los actores dedujeron recurso extraordinario federal que, denegado por mayoría de votos el 16 de octubre de 2019, dio origen a la queja cuya sentencia comento en este breve trabajo. En ella, la Corte resolvió hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la decisión apelada que desestimó la demanda de adopción solicitada por los guardadores de la niña.

III. La legalidad en las adopciones

III.1. Las adopciones nacidas de un hecho ilícito

La denominada "guarda de hecho" o "entrega directa" de niños por parte de los progenitores a los adoptantes se encuentra prohibida expresamente en nuestro país desde hace más de 50 años (cfr. ley N.º 19.134/1971, art. 611 Código Civil y Comercial).

Pese a resultar antijurídica, la entrega directa es una práctica que continúa utilizándose con asiduidad y termina siendo convalidada por los tribunales ante los hechos consumados y los vínculos creados por el transcurso del tiempo y la lentitud en las intervenciones de los organismos administrativos de protección de derechos de los NNA y/o en las judiciales.

La convalidación judicial de las guardas de hecho "no contribuye a alcanzar la tutela judicial efectiva que reclama que se respete el procedimiento previsto en la ley (arts. 3º, 12, 20 y 21.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 18 de la CN, 15 de la Const. prov., 27 y 33 in fine de la ley 26.061; prohibición de guardas de hecho ley 14.528; ver también C. 115.606, sent. del 11/04/2012; Recomendación del Consejo Consultivo de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación del 13 de junio de 2014), junto a la necesidad de cumplir plazos perentorios y razonables de parte de los organismos del Estado. Por otra parte, la Corte Interamericana, en la causa "Fornerón vs. Argentina" (2012), ha señalado la necesidad de que la medida de separación de un niño de su familia biológica se realice mediante el procedimiento adecuado, rodeado de garantías judiciales" (2).

Cabe recordar que el legislador suprimió del art. 611 CCyC el párrafo proyectado que, de forma análoga a lo establecido por la ley de Misiones XII n° 20, permitía una excepción a la prohibición de entregas directas en los supuestos en que "existía un lazo afectivo previo entre la familia de origen del niño o niña los guardadores pretensos adoptantes". Esta supresión es cuestionada por parte de la doctrina, que sostiene que los lazos afectivos previos podrían configurar una familia de conformación socioafectiva en la cual los NNA tendrían derecho constitucional y convencional de pertenecer y crecer.

Sin embargo, casos como el comentado en estas líneas no encuadran en las referidas situaciones excepcionales, dado que, v.gr. in re "Recurso de hecho deducido por E. L. G. K. y A. C. G en la causa G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción", los guardadores ni siquiera aportaron pruebas de la existencia de los referidos lazos afectivos previos, lo cual permite presumir prima facie la existencia de una venta de la niña.

III.2. El transcurso del tiempo en el caso

Para consolidar las situaciones de hecho contrarias a derecho descriptas en el punto anterior, los guardadores de facto de NNA suelen utilizar como herramienta el transcurso del tiempo y la falta de celeridad de los tribunales en el abordaje de estos casos.

Enseña Gordillo que los hechos y circunstancias de un caso pueden modificarse con el transcurso del tiempo. Este caso es un ejemplo claro del carácter dinámico que tiene todo problema jurídico; y permite ver cómo el devenir afecta el encuadre y sus posibles soluciones: "la solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso" (3). Así lo entiende también la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso aquí comentado.

Luego de resolver en favor de la procedencia del recurso extraordinario de carácter local (debido a que la decisión de la Cámara que confirmó en este caso el rechazo in limine de la demanda de guarda con fines de adopción resulta equiparable a una sentencia definitiva, dado que es susceptible de causar un agravio de insuficiente o dificultosa reparación ulterior por la incidencia que tendrá en la vida actual y futura de la niña), la Corte pondera el interés superior de la menor involucrada en el caso.

En particular, la Corte pone énfasis en la existencia de un riesgo cierto de vulnerar el superior interés de la niña, que se produciría por la modificación de la situación socioafectiva familiar en la que se encuentra inserta debido a la guarda de hecho que ejerce la pareja en forma inalterada desde el nacimiento de la menor. El fundamento de tal certeza radica en un informe elevado por el magistrado interviniente en primera instancia a pedido de la Corte, que da cuentas de una audiencia celebrada con posterioridad a la interposición del recurso extraordinario, en presencia de la niña, el matrimonio guardador y la progenitora, en la cual tomó conocimiento de la realidad social y familiar donde se encuentra inserta la menor desde hace más de 9 años, como así también de la situación personal de cada uno de los involucrados, de sus deseos y de sus posibilidades para asumir la crianza de la pequeña, manifestaciones que sustentan, al parecer de la Corte, la inconveniencia, al momento de dictar la sentencia, de mantener la decisión recurrida.

III.3. La importancia de las "cuestiones estrictamente formales" en los procesos de adopción

En este contexto de prácticas adoptivas antijurídicas que involucran derechos fundamentales de los NNA, considero de importancia destacar que el interés superior de los niños se encuentra integrado primordialmente por la consideración del NNA como sujeto de derechos, vedando, en las situaciones bajo análisis, su entrega como un mero objeto contractual. "El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona" (Fallos: 328:2870, voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti).

Por otra parte, su superior interés conlleva asimismo que quienes se ofrezcan ante el Estado para ser sus padres se sometan a los procedimientos administrativos y judiciales previstos en las normas correspondientes, en particular, al proceso diagnóstico de la capacidad de procrear (4).

Por ello, si bien coincido con la resolución del caso analizado, realizada por la Corte, y con la afirmación del voto de la mayoría respecto del "respeto al debido proceso y la sujeción a las normas procesales y sustanciales

que rigen el instituto de la adopción constituyen premisas fundamentales que no pueden ser soslayadas ni desconocidas, tanto por quienes la solicitan como por quienes deben decidir al respecto, en resguardo del derecho de defensa y de la seguridad jurídica (art. 18 de la Constitución Nacional)" (considerando N°6), me permito respetuosamente disentir con este párrafo del mismo considerando, en el que se sostiene que la decisión del Juzgado que desestimó la pretensión inicial del matrimonio guardador —compartida por la progenitora— fue adoptada "de manera preliminar y sin mayor sustanciación", con fundamento en "cuestiones estrictamente formales".

Tal como se narra en el consid. 1° del mismo voto de la mayoría, el juez de grado ponderó el hecho de que "los pretensos guardadores no habían acreditado debidamente el conocimiento sobre las circunstancias personales, sociales y familiares de la madre biológica", requisito específico establecido por el art. 26 de la ley local XII n° 20 sobre procesos de adopción, para exceptuar la intervención del Registro de Adoptantes provincial. El referido requisito de acreditación del conocimiento personal sobre las circunstancias de la progenitora debió haberse cumplido, en palabras del juez de grado, "al momento de formular el pedido de guarda, siendo insuficiente la sola mención al respecto" sin siquiera "haber ofrecido prueba a esos fines".

El consentimiento de la progenitora y la ausencia de ofrecimiento de prueba por parte de los actores explicarían la razón por la cual no se produjo la sustanciación a la que se refiere el consid. 6° del voto de la mayoría, y en su lugar se produjo el rechazo in limine de la petición.

En efecto, la decisión "preliminar y sin mayor sustanciación" adoptada por el juez de grado (cfr. consid. 6°), se ajustó a derecho, enmarcándose en lo establecido por el art. 26 de la ley local XII n° 20, que expresamente determina que "Los progenitores que propongan guardador determinado deben demostrar, a través de todos los medios probatorios con que cuenten, el conocimiento que tengan de las circunstancias personales, sociales y familiares de la o las personas propuestas, resultando insuficiente la mera declaración de los peticionantes", y que "La omisión de tales recaudos autoriza al rechazo in limine de la petición".

El art. 26 de la ley XII n° 20 de Misiones establece una excepción al sometimiento de los pretensos adoptantes a los procedimientos administrativos y judiciales para adoptar, los cuales se encuentran previstos como garantía de tutela del interés superior de los NNA, cuyo cumplimiento debe ser juzgado por los tribunales con rigurosidad.

El sistema legal de registros de adoptantes no es un mero conjunto de disposiciones adjetivas o procedimentales, sino sustantivas, dado que tienen por finalidad garantizar el superior interés de los NNA mediante la evaluación diagnóstica de quienes aspiran a adoptarlos. Por lo tanto, la entrega judicial de niños a guardadores de hecho, no inscriptos ni evaluados por los registros, fundada en el superior interés del niño, dado el transcurso del tiempo y sus lazos afectivos, configura a la par una vulneración del mismo interés primordial —que exige la sujeción de los adoptantes al sistema legal—. En efecto, el sistema de adopción mediante registros de adoptantes —convalidado por el art. 600 inc. b) CCyC— configura una protección del sujeto más vulnerable —el niño— y por lo tanto su superior interés.

Y si bien no me resultan ajenas las críticas de la doctrina al deficiente funcionamiento de los Registros en algunas jurisdicciones de nuestro país, considero oportuno recordar el antiguo adagio romano "abusus non tollit usum", que podría traducirse como "el abuso no invalida o no excluye el uso". En efecto, el defectuoso funcionamiento de algunos registros provinciales no resulta de por sí fundamento suficiente para invalidar el sistema legal argentino, ajustado, entre otras normas internacionales de derechos humanos, a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (cfr. arts. 3.1, 20 y 21).

III.4. Las entregas directas y las ventas de niños

Cabe agregar a lo dicho que la ineludible exigencia legal del art. 26 de la ley local XII n° 20, lejos de resultar una mera formalidad —tal como se afirma en el consid. 6° del voto de la mayoría—, tiene por finalidad evitar la venta de niños.

Así lo explica el Dr. Rosenkrantz en el consid. 8° de su voto: "la entrega directa de niños en guarda está expresamente prohibida por ley, la que impone la intervención previa de un juez", tal como lo establecen los arts. 316 y 318 del Código Civil —vigente al momento en que la progenitora entregó a la niña en guarda al matrimonio recurrente—, y los arts. 607, 609, 611, 612 y 613 del Código Civil y Comercial de la Nación, de lo cual se desprende que "las normas sobre adopción deben ser rigurosamente cumplidas por quienes intervienen en dichos procesos. La finalidad de la prohibición de las entregas directas es la de preservar tanto la legalidad del trámite de adopción como la seguridad y los derechos de quienes intervienen en dichos procesos, en especial el interés superior del niño —sujeto protegido por la ley—, para impedir que sean víctimas de vías de hecho —incluso del tráfico de niños— que lo priven de un procedimiento que desde el inicio impone que sea el Estado, a través de un juez, el que otorgue la guarda con fines de adopción" (cons. 8°).

Cabe resaltar que la venta y tráfico de niños constituyen uno de los actuales "actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad" [cfr. Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (5)]. Una de las formas en las que se canaliza la venta de niños es la adopción ilegal.

La venta de niños es definida en el art. 2 inc. a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (6), aprobado por ley 25.763, como "todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución". El referido Protocolo relaciona la venta de niños con la adopción en el art. 3º puntos 1.ii) y 5. El mismo artículo también establece la obligación por parte de los Estados Parte de adoptar medidas para que, "como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal", y castigados "con penas adecuadas a su gravedad" (art. 3º punto 3), incluso "en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos" (art. 3º punto 2).

Al respecto cabe lamentar que el Estado argentino no haya aún dado cabal cumplimiento a esta obligación asumida como Estado parte del referido Protocolo, pese a la condena sufrida en el caso "Fornerón" (7).

El Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños A/HRC/34/55 (8) contiene un estudio temático sobre las adopciones ilegales y recomendaciones acerca de cómo prevenir y combatir ese flagelo. Las adopciones ilegales vulneran múltiples normas y principios de los derechos del niño, entre ellos su interés superior, garantizado específicamente respecto de la adopción en el art. 21 CDN. "Ese principio se vulnera cuando el propósito de una adopción es encontrar un niño para los padres adoptivos en lugar de una familia para el niño" (punto 26 del Informe A/HRC/34/55).

El referido informe establece en el punto 24 que "si bien la venta de niños siempre incluye algún tipo de transacción comercial, las adopciones ilegales pueden realizarse en contravención de las leyes nacionales vigentes sin que sean necesariamente equivalentes a la venta de un niño", y lo reitera en el punto 25: "En el contexto del presente informe... cualquier actividad o práctica ilícita... constituyen adopciones ilegales y como tales deben prohibirse, penalizarse y sancionarse".

Por lo expuesto acerca del incumplimiento por parte del Estado argentino del art. 3 del Protocolo Facultativo CDN, y ante la inexistencia de una investigación penal respecto de los hechos de la causa bajo análisis —que permitirían entrever una venta de la niña en cuestión—, los referidos hechos deben ser calificados solo como correspondientes a una adopción ilegal (cfr. puntos 24 y 25 Informe A/HRC/34/55), dado que la entrega directa de la niña se produjo sin la acreditación de los cuestionables requisitos previstos en la norma local para la procedencia de su adopción por parte de los guardadores de hecho.

Ante la cantidad de casos similares al que analizo en este trabajo, que continúan presentándose en la actualidad ante los estrados judiciales en Argentina (v.gr. CSJN, "B., E.M. s/ Reservado s/ adopción s/ casación", publicado en Fallos: 344:2901), me permito transcribir los siguientes párrafos del Informe A/HRC/34/55, que invitan a una profunda reflexión:

"La realización de un gran número de adopciones ilegales a nivel nacional en un momento determinado refleja un patrón o modus operandi, así como la existencia de redes delictivas. Esos casos (...) entrañan la responsabilidad del Estado, debido a la participación directa de funcionarios estatales o la insuficiencia o permisividad de las políticas públicas" (punto 35).

"Las adopciones individuales y los sistemas de adopción deben ser investigados tan pronto como haya indicios de prácticas ilícitas" (punto 83), sin embargo "las adopciones ilegales rara vez son objeto de investigación y los autores rara vez son enjuiciados, en parte debido a la falta de una legislación integral en la que se tipifiquen como delitos prácticas como la adopción ilegal. Muchos de los actos ilegales que conllevan esas adopciones están tipificados como delitos leves (por ejemplo, la falsificación de documentos) y las sanciones no suelen reflejar la gravedad del delito. Además, las adopciones ilegales no suelen ser investigadas de oficio, sino que requieren que haya una denuncia ex parte. Tampoco existen estrategias de investigación y enjuiciamiento penal dirigidas contra las estructuras delictivas que se dedican a la venta y la trata de niños y las adopciones ilegales. En consecuencia, son pocas las personas y redes delictivas que resultan procesadas por actividades ilícitas en relación con las adopciones, lo que da lugar a un clima de impunidad" (punto 80).

La recomendación c) del Informe A/HRC/34/55 sugiere a los Estados que "examinen las leyes y reglamentos nacionales para asegurarse de que no contribuyen a la creación o el mantenimiento de un entorno propicio para las adopciones ilegales". Con fundamento en esta recomendación, considero que la Provincia de Misiones debería acoger esta sugerencia y derogar el cuestionado capítulo II denominado "casos de excepción" de la ley provincial XII N.º 20.

IV. Conclusión

La protección y garantía de los derechos fundamentales de los NNA privados de cuidados parentales en Argentina como prioritaria política de Estado es una deuda pendiente. Botón de muestra lo configura el caso analizado en estas líneas.

El superior interés de estos niños en situación de vulnerabilidad implica su consideración como sujetos de derecho y su tutela judicial efectiva mediante el cumplimiento tempestivo de los procedimientos legales, que disponen como ultima ratio la adopción del NNA por parte de aspirantes inscriptos y evaluados mediante registros de adoptantes, seleccionados por el juez interviniente. Este sistema se funda en la protección del sujeto más vulnerable —el niño— y por lo tanto el sistema tiende a garantizar su superior interés.

(A) Abogada. Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas. Magister en Desarrollo Humano. Profesora Superior en Abogacía. Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada. Profesora en la Especialización en Derecho de Familia y en la Maestría de Derecho Tributario (UCA). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado (UADER). Profesora adjunta ordinaria en la cátedra de Política y Legislación Agraria (UNER). Directora de Tesis y miembro de tribunales de evaluación de Tesis de Grado, Postgrado y Doctorado. Autora de un libro y de numerosos artículos, coautora en diversas obras colectivas.

(AA) A mi padre, Victorio Alberto Marrama (+24/05/23).

(1) CS, "Recurso de hecho deducido por E. L. G. K. y A. C. G en la causa G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción", 20/04/2023, TR LALEY AR/JUR/44587/2023.

(2) MENDOZA, E., "La guarda de hecho en la adopción. Análisis del art. 611 del Código Civil y Comercial de la Nación. ¿Es preciso modificar la norma?", RCCyC 2020 (mayo), 25.

(3) GORDILLO, A., "El método en derecho: Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer", Civitas, reimpr. 1999, Pto. 9, p. 91.

(4) MARRAMA, S., "Acceso previo y abierto a la información sobre el proceso diagnóstico de los indicadores de la capacidad de prohijar de las personas que desean adoptar" [en línea]. Perspectivas de la Ciencias Económicas y Jurídicas. 2021, 11(2) Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11823>

(5) Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N.º 217 A (III), París, Francia, 10 de diciembre de 1948, de jerarquía constitucional (cfr. art. 75 inc. 22).

(6) Adoptado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000, aprobado mediante ley 25.763, sancionada el 23/07/2003 y publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 25/08/2003.

(7) Corte IDH, "Fornerón e hija vs. Argentina", 27/04/2012, TR LALEY AR/JUR/27523/2012.

(8) ONU: Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, distribución general, 22 dic. 2016, A/HRC/34/55.

Información Relacionada

Voces:

ADOPCION ~ GUARDADOR ~ GUARDA EN LA ADOPCION ~ NIÑO ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ CUESTION FEDERAL ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA

Fallo comentado: [CS ~ 20/04/2023 ~ G., A. C. y otro s/ guarda con fines de adopción.](#)