



# El derecho a adoptar de las familias de acogida

## The right to adopt for foster families

Martín Ignacio Cimino<sup>1</sup>

### Resumen

El presente análisis del fallo “C. A. M s/ Medidas precautorias - Familia” expte. 86054/2017 de la Sala E de la Cámara Nacional Civil (07.6.2021) es una propuesta para pensar si es posible anteponer las exigencias legales de forma —como la inscripción previa ante el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos— por sobre la realidad afectiva de un niño. Concretamente, en el caso de estudio se defiende la posibilidad de que una familia de acogida pueda acceder a una adopción de aquel que tiene en tránsito a su cuidado cuando, por el excesivo paso del tiempo, se ha formado un vínculo evidente que los consolida como familia. No puede anteponerse la letra de una ley nacional a principios convencionales y naturales, como es el interés superior del niño y el derecho de todo ser humano a que el Estado respete y proteja a su familia. Unidad social, la familia, que nace de una realidad afectiva y preexiste a su reconocimiento legal. Ya ha afirmado la Suprema Corte de Buenos Aires que “(...) si el niño se instrumentaliza para preservar una supuesta intangibilidad del orden que fija el Registro, se invierten los valores, consagrándose el interés superior del Registro, no del niño”.

**Palabras claves:** adopción - familias de acogida - familias de tránsito - familias solidarias

### Abstract

This analysis of the judgement “C. A. M s/ Precautionary measures - Family” file 86054/2017 of the Chamber E of the Civil National Court (June 7, 2021) proposes to consider whether it is possible to prioritize legal formal requirements — such as the prior registration in the Registry of Applicants for Guardianship with Purposes of Adoption — over over the emotional reality of a child. Specifically, in the case under study, the possibility for a foster family being able to adopt the child in their temporary care is defended when, due to the excessive passage of time, a clear bond has been formed that consolidates them as a family. The letter of a national law cannot be prioritized over conventional and natural principles, such as such as the best interest of the child and the right of every human being for the State to respect and protect his or her family. This is a social unit, the family, which originates from an emotional reality and precedes its legal recognition. The Supreme Court of Buenos Aires has already stated that “(...) if the child is instrumentalized to preserve a supposed intangibility of the order established by the Registry, the values are inverted, consecrating the superior interest of the Registry, not of the child”.

**Keywords:** adoption - foster families - transit families - supportive families

### Derecho/ Jurisprudencia y doctrina

Citar: Cimino, M. I. (2024). El derecho a adoptar de las familias de acogida. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (2), pp. 55-66.

<sup>1</sup> Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

## INTRODUCCIÓN

La protagonista de toda esta historia, la niña AMC, nace el día 30 de octubre de 2017. Tres años, siete meses y ocho días antes del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires que será objeto del presente análisis<sup>2</sup>.

Surge del propio resolutorio de la Alzada y de la instancia inferior que, ocurridos apenas 23 días de nacida, nuestra protagonista ingresó al Hospital General de Agudos J. M. Ramos Mejía de Bella Vista, en la provincia de Buenos Aires. Se encontraba con bajo peso y un retraso de crecimiento, lo que fue advertido por los profesionales y derivó en la intervención del Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Como resultado, se dispuso una medida excepcional de protección el día 23 de noviembre de 2017. Por dicho procedimiento AMC es separada de su madre biológica y queda internada en el Servicio de Neonatología del hospital; comienza un proceso judicial que legaliza y prorroga, luego, dicha medida.

El citado Consejo solicitó la colaboración de la fundación "F. A." de Bella Vista y ubicó a una familia de acogida a los fines de que la niña evitara la institucionalización y pudiera aguardar, en tránsito, a que se resolviera su situación judicial en la casa particular de los voluntarios.

Bajo esta figura es que el día 7 de diciembre de 2017, con tan solo 38 días de vida, AMC ingresó a la vivienda del matrimonio MPM y MAI, quienes la recibieron por ser parte del programa de familias de la fundación mencionada.

A partir de entonces el proceso en la justicia nacional avanzó con tiempos mucho más largos de los previstos en la norma. Recordemos que el Código Civil y Comercial de la Na-

ción (CCyC) establece en su artículo 607 inc. c, para dichas medidas excepcionales, un plazo máximo de 180 días. Ese tiempo se cumplió el día 22 de mayo de 2018. Sin embargo, fueran cuales fueran los motivos del retraso de la administración, la mencionada medida cesó el día 13 de noviembre de 2020 por resolución de la Cámara Nacional. Es decir, dos años y casi seis meses después del tiempo establecido, momento en el que dictó el estado de adoptabilidad de AMC al encontrarse agotadas todas las instancias y estrategias tendientes a regresar a la niña con su familia biológica.

Mientras tanto, la niña llevaba ya casi tres años al cuidado de la familia de acogida. Por ese motivo, el día 20 de noviembre de 2020 el matrimonio conformado por MPM y MAI inició ante el juzgado interviniente un incidente con pedido de medida cautelar solicitando la prohibición de innovar con relación a la situación judicial de la niña AMC.

Lo que desencadenó que el día 2 de diciembre de 2020, cuando restaban apenas 10 días para que se cumplieran los tres años de acogida, AMC fuera retirada abruptamente de la vivienda del matrimonio y llevada a una nueva familia de tránsito, para que continuara esperando que la justicia seleccionara unos pretensos adoptantes del Registro Nacional de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

El día 24 de diciembre de 2020, después del despojo, la juez de primera instancia rechazó el pedido de restitución requerido por los guardadores y los instó a no interferir en la adopción de AMC. Esta resolución fue apelada por el matrimonio y confirmada por la Cámara, cinco meses después, el día 07 de junio de 2021<sup>3</sup>.

Ínterin al proceso en segunda instancia, el 19 de marzo de 2021, la juez de grado había

<sup>2</sup> Véase Cámara Nacional Civil, Sala E - "C. A. M s/ Medidas precautorias - Familia" expte. 86054/2017 - 7.6.2021.

<sup>3</sup> Ídem.

ordenado cesar a los agraviados con la difusión por cualquier medio de prensa y comunicación de toda información que involucrara a la niña, siendo que para ese tiempo MPM y MAI ya habían hecho público su desesperado pedido.

En ese contexto la Alzada resolvió confirmar, en lo que fuera materia de agravios, la resolución dictada el día 24 de diciembre de 2020, en todo cuanto fue objeto de agravio. Para llegar a dicho decisorio hacen un estricto recuento de todas y cada una de las leyes aplicables al caso por las cuales —obviamente— una familia de acogida está claramente impedida por la norma para requerir la adopción de un niño a su cuidado bajo esta figura. La cuestión central del planteo de los agraviados es el pedido de inconstitucionalidad del art. 611 del CCyC:

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 pretense guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre estos y el o los pretensos guardadores del niño. Ni la guarda de parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

Cierto es que el caso de las familias de acogida podría asimilarse a una variante de la guarda judicial que, si bien no es estrictamente concedida por un juez, aquella es otorgada por el órgano del Poder Ejecutivo competente (en el caso de autos, el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes) y luego todo

el procedimiento, incluida la guarda, es “legalizado” y supervisado por el Poder Judicial.

Recordamos que se ha dicho que el acogimiento familiar es aquella

... práctica que lleva a un sujeto niño, adolescente o adulto a convivir como miembro transitorio o definitivo de otra familia que no es en la cual nació. El grupo acogedor recibe a este miembro haciéndose responsable de su cuidado, sin mediar vinculación filiatoria. Esto quiere decir que, al ingresar a la familia que lo acoge, no adquiere el carácter legal de hijo. (Luna, 2005)

Sería justo decir que los camaristas debieron fallar cuando la niña ya fue separada de la familia de tránsito y mientras aquella ya se encontraba vinculándose con unos pretensos adoptantes que accedieron por el registro respectivo. No es un detalle dicha coyuntura de AMC, siendo que ya está en marcha un nuevo vínculo afectivo y hacer lugar al recurso implica un nuevo despojo.

Como ya se anticipó en el comienzo, la propuesta aquí es pensar si en el caso de autos se ha hecho la mayor justicia y, para definir aquello, habremos primero de entender bajo qué norte debe decidirse una cuestión como la del caso.

## **EL INTERÉS SUPERIOR DE AMC**

Nos encontraremos entonces con el interés superior del niño. Este principio se ha calificado como piedra fundamental del derecho de los infantes (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina [CSJN], 2008) y se encuentra previsto en el art. 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, tratado incorporado a nuestro bloque constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Constitución. Para nuestro ordenamiento se ha en-

tendido a aquel como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos” de los menores (Ley 26061, art. 3).

Al respecto, la Corte ha ayudado a interpretar dicha definición para su aplicación práctica en diferentes pronunciamientos, remarcando siempre que la consideración primordial del interés del niño viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de casos que los involucran, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones en las que están comprendidos los menores, debiendo atenderse primordialmente a aquella solución que les resulte de mayor beneficio<sup>4</sup>. Y que,

... lejos de presentarse como un concepto abstracto y vacío de contenido, el principio de interés superior del niño constituye un vocablo que estará delineado y definido por la necesidad de satisfacción integral de los derechos fundamentales de aquel, dado que de lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface ese interés. (CSJN, 2023)

Básicamente este principio obliga a los jueces a decidir lo mejor para el niño, aunque eso afecte derechos de otros; otros que no sean niños. Estos “otros” son todos: el Estado, sus progenitores o cualquier sujeto de derecho “no niño” que en su paso se cruce. Claro está, con los matices y limitaciones de cada caso.

Ante esto, la primera pregunta que nos surge es si los magistrados de las dos instancias del caso han decidido conforme a lo que era mejor para AMC o simplemente se han definido por aplicar la ley.

## LA ADOPCIÓN COMO MEDIO DE FORMACIÓN DE UNA FAMILIA

El instituto Adopción, además, no escapa a lo ya dicho. Este lugar del derecho fue consagrado —en el paradigma actual— únicamente para satisfacer el interés de quien es adoptado. La adopción no es ni un consuelo para los que no tienen hijos, como antiguamente se conceptuaba, por cuanto está pensada en función de estos y no de quienes la pretenden, ni una mera ficción ya que el vínculo que establece se basa en una afectividad plena, que tiene un sólido anclaje en el “amor”, que es la esencia del concepto de familia y el elemento que nutre y vitaliza este básico agregado humano<sup>5</sup>.

Como vemos, ya se ha entendido que en el centro de toda cuestión está el niño y que la formación de una familia para ese niño debe construirse desde la afectividad (el amor) y no desde una ficción legal que le emplace una filiación con un desconocido. De ese razonamiento proviene la necesidad de una adaptación progresiva del niño con los pretendidos adoptantes previa a la sentencia de adopción.

Ese período previo —la guarda con fines de adopción— es tanto una adaptación como un proceso de acercamiento en el que deberán nacer los lazos socioafectivos que sostendrán los vínculos filiales que se inscribirán posteriormente. Ningún juez debe dictar una sentencia de adopción entre un niño y unos adoptantes que no hayan —al tiempo del pronunciamiento— logrado crear un lazo afectivo en el proceso previo. Nadie puede negar el factor “amor” en la construcción de una familia, incluso de las que se construyen dentro del sistema judicial.

<sup>4</sup> Véase CSJN Fallos: 342:459, voto del juez Maqueda y voto de la jueza Medina; y 341:1511 Disidencia del juez Maqueda.

<sup>5</sup> Véase Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (SCJBA), “E., A. G. y M. A. J. s/Solicitud de Adopción Plena” – 18.4.2018 - Runzal *Online*, RC J 2804/18.

Lleva aquello a retomar entonces lo dicho más arriba y a pensar si se ha valorado —en el caso de estudio— al amor como pieza fundamental por sobre cualquier disposición ritual que enmarque al sistema de adopción nacional.

Adoptar es el acto de amor de regalar una familia a quien no la tiene (Francisco, 2016). Y no solo en la adopción se ha hablado de “amor” (socioafectividad), la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la construcción subjetiva de las personas (Gil Domínguez, 2014).

Podemos entender entonces que es el “amor” el elemento de fondo que cimenta a toda forma de familia. Por ello, no parece sensato oponer a la socioafectividad cuestiones de forma. Incluso más, para ponderar aquellas cuestiones de forma hay que tener presente que los vínculos entre los seres humanos no nacen de las inscripciones filiatorias de los registros de las personas, sino de la realidad afectiva entre estos. Una familia existe incluso aunque el registro respectivo no la tenga anotada como tal. Visto así, parece obvia la conclusión defendida. Si la familia preexiste al registro, la inscripción sirve únicamente para su publicidad y no para su constitución. Tanto, que en el caso puntual de la adopción el efecto de la sentencia es retroactivo a la fecha en que comienza la guarda, lo que refuerza que el vínculo filial no nace en la sentencia judicial, sin perjuicio de que no es reconocido por el ordenamiento sin ella (art. 618 CCyC).

Si ya existía ese “amor” que empujó al matrimonio del caso a solicitar que no lo desprendieran de AMC, ¿por qué no podría pensarse —en esta línea— que la niña ya había construido una “familia”? Una que no estaba reconocida, pero que tenía derecho a serlo. No es razonable entender al sistema de adopción como un mecanismo que permita destruir una familia

no formal anterior para construir otra posterior “procesalmente correcta”. No es el sentido de la adopción destruir familias para construir otras, sin importar las circunstancias burocráticas que rodean a estas. Más aún, no es el mayor y mejor interés de AMC despojarla de los afectos que ya formó para hacerle conocer afectos nuevos. Recordemos que el fallo simplemente explica que dichos nuevos afectos —a diferencia de los anteriores— sí cumplirán con los formalismos legales, siendo ello el motivo de tan crucial decisorio para AMC. Nada se dice sobre cómo ese requisito cumplido responde mejor al superior interés de la niña.

## **LA INSCRIPCIÓN PREVIA ANTE EL REGISTRO DE ASPIRANTES A GUARDAS CON FINES ADOPTIVOS**

Marisa Herrera explica en su libro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se ha expedido respecto al valor que entiende otorgar a tal recaudo legal, y así dijo que:

A los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual (...) debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en que reposa la protección integral de los derechos del niño, cuál es el interés superior de este, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema. (Herrera, 2020)

Es decir, ha otorgado mayor valor a la idoneidad y aptitud evidenciadas a través de los lazos socioafectivos ya desarrollados entre los niños, niñas y adolescentes y sus guardadores,

por sobre las exigencias del requisito formal. Claras fueron las palabras del máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires al respecto: “Si se instrumentaliza al niño para preservar una supuesta intangibilidad del orden que fija el Registro se invierten los valores y lo que en definitiva se consagra es el interés superior del Registro y no el de la criatura” (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires [SCJBA], 2003). En el mismo sentido se ha repetido varias veces la Corte de nuestro país poniendo siempre la inscripción registral por debajo de la realidad afectiva del menor involucrado<sup>6</sup>.

Es justo admitir, sin embargo, que las redactoras del Código en el comentario del artículo 600 del CCyC (escrito por De la Torre), del Tratado de Derecho de Familia dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, hacen una fuerte defensa del requisito de la inscripción previa ante el Registro, pero se concluye en dicha defensa con una definición que desnuda la grieta en dicha rigidez:

...la exigencia del registro tiene, entre otras finalidades, el poner a disposición de los jueces una herramienta de integración interdisciplinaria para llevar adelante tan compleja tarea de la mejor manera posible y a los fines de evitar conflictos de extrema gravedad, como son los casos de devoluciones. (De la Torre, 2019).

Si tan primordial es evitar esas “devoluciones” de “extrema gravedad”, ¿no es posible pensar en acceder a peticiones como la que aquí se ha rechazado? Cabe decir que esas frustraciones existen por adaptaciones deficientes que no alcanzan a formar un vínculo sólido. ¿Cuál podría ser la probabilidad de que devuelvan a AMC si ese vínculo ya existe al

momento de decidir y es tan sólido que empuja a desafiar el *status quo* legal? Cárdenas ya ha señalado que la adopción por los “hogares de tránsito” muy pocas veces terminan en una disrupción (devolución del adoptado) (Cárdenas, 2005).

## LAS GUARDAS DE HECHO DE LAS FAMILIAS DE ACOGIDA

Sabido es que el artículo 611 en su versión final modificó la redacción original del Anteproyecto de Reforma que admitía como supuesto de excepción a la prohibición de guarda de hecho la existencia de una relación afectiva previa entre progenitores y guardadores, en modo coherente a la regulación del art. 7.º de la Ley 26061 y art. 7.º de su Decreto Reglamentario 415/2006. Esa excepción permitía contemplar las situaciones legítimas nacidas a la luz del principio de afectividad, en el marco de decisiones genuinas entre personas rodeadas de un vínculo que legitimaría las decisiones adoptadas, en escenarios de inexistencia de delitos, de vulneración de derechos o de manejos espurios. (Fernández, 2019)

Sin embargo, finalmente se ha decidido por no incluir a la socioafectividad, tan reivindicada aquí, entre las posibles guardas de hecho toleradas. Sobre la necesidad de volver a la redacción original ya se han oído varias voces. Tal fue el caso de la conclusión unánime de la Comisión 6 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Pero dicho supuesto no encaja con el de las familias de acogida, quienes voluntariamente participan desinteresadamente en

<sup>6</sup> Véase 344:2901, 331:2047 voto de Argibay.

ONG o fundaciones para cumplir una tarea por demás altruista. Reciben a niños desamparados de forma lícita y en cumplimiento de la ley, siguiendo un estricto control desde el momento mismo de su inscripción.

Y, por supuesto, dichas familias acogen al niño a sabiendas que dicho cuidado será transitorio; pero ¿puede alguien culparlas por qué nazca amor de aquello? ¿Cuál es la responsabilidad del Estado en la formación de dicho afecto “ilícito” por demorar años en arribar a un pronunciamiento que la ley prevé en 180 días?

Claro está que el interés de dichos acogedores se encuentra subordinado al interés del menor. Pero dicha prelación no cancela su realidad, por lo que el juez debe ponderar también su necesidad ante un decisorio y solo callarlo si es contrario al del niño. Pero para el caso de que pueda satisfacerse el derecho de todos, ¿por qué no considerar una solución amplia? ¿No es la Justicia “la perpetua y constante voluntad dar a cada uno su propio derecho”<sup>7</sup>? De otro modo sería darle lo suyo solo a los preferidos por la ley.

No hay que olvidar aquí que la propia Convención sobre los Derechos del Niño protege derechos de los adultos vinculados al niño en su artículo 3 e incluye en esa consagración a “otras personas responsables de él ante la ley” (Convención sobre los Derechos del Niño [CDN], Ley 23849<sup>8</sup>), lo que puede interpretarse como abarcante de las familias de acogida.

¿Por qué una convención sobre los derechos de los niños protege a los adultos? Porque entiende que no es plena y eficaz la protección a los infantes si no se garantiza a los adultos de los que aquellos dependen el pleno acceso al ejercicio de sus derechos de

crianza. El Estado debe estar allí para que los adultos cumplan sus obligaciones con el infante, pero también para tutelar el goce de los derechos de aquellos sobre el niño, que no son más que la otra cara de los propios derechos del niño.

Por supuesto que, en caso de conflicto, será siempre el interés superior del niño el imperativo rector; pero si para un caso puede coincidir el derecho de aquellos con el de los demás involucrados, no puede el juez “mirar para otro lado”.

Siempre que no se vea disminuido el derecho del menor, el juez debe respetar también el derecho de los adultos. Y en ello se incluyen a los padres de acogida. Y, por supuesto, el superior interés de AMC es tener una familia que le garantice crecer con pleno goce de sus derechos. Lo que no surge de la explicación de los jueces es de qué modo eso se afecta al permitir que esa familia continúe siendo la de MPM y MAI.

## LA IDEA EN EL CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El mencionado artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño no es el único que aplica la tesis planteada. En el artículo 5 de dicho texto se establece:

Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente

<sup>7</sup> Domicio Ulpiano, jurisconsulto romano (170-228 d. C), expresa tal definición en el *Digestum*, 1. 1. tit. 1. 10; Santo Tomás la cita en la *S. Theol.*, II-II. q. 58. a. 3.

<sup>8</sup> CDN, Ley 23849 - Incorporado a la Constitución Nacional por art. 75 inc. 22.

del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1989)

Vemos que incorpora la obligación de los Estados de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de “la familia ampliada o de la comunidad según establezca la costumbre local, los tutores y otras personas encargadas legalmente del niño”, dando así una idea amplia de familia y permitiendo contemplar derechos de otros referentes del niño que no sean sus padres.

En la Observación General n.º14 de la ONU, en su punto 59, puede leerse:

La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16). El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5). (ONU, 2013)

En su punto 60:

Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige “que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando (...) tal separación es

necesaria en el interés superior del niño”. Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (art. 9, párr. 3). Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha. (ONU, 2013)

Asimismo, en el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 607, se sostiene que “[l]a 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 este”.

En la reglamentación de la Ley 26061, artículo 7 de la Ley 415/06: “(...) Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección (...)”.

Proyecto de ley:

Cuando el caso testigo de AMC estaba en segunda instancia a la espera de una resolución, el día 19 de marzo de 2021 los diputados Maximiliano Ferraro, Mariana Stilman, Juan Manuel López y Alicia Terada presentaron en la Cámara de Diputados el proyecto de ley 0832-D-2021 que introduce el art. 611 bis al CCyC:

Ningún niño, niña y/o adolescente podrá permanecer al cuidado de personas sin vínculo de parentesco por un plazo mayor a seis meses. Vencido ese plazo sin que se hubiere podido ejercer la revinculación del niño, niña y/o adolescente con su familia biológica o

demostrado el desinterés de los mismos por el niño, niña y/o adolescente, el juez competente deberá disponer un nuevo lugar de residencia transitorio distinto del anterior, salvo que mediante resolución fundada decidiera extender de manera excepcional, el plazo máximo previsto, basado en la existencia de un orden fundante en el ámbito donde se encuentre el menor y considerando que su posible traslado sería perjudicial para su evolución biopsicoespiritual, debiendo arbitrar las medidas necesarias para otorgarle al menor una familia definitiva en el lapso más breve posible. En caso que por cualquier circunstancia el niño, niña y/o adolescente permaneciere en forma pacífica e ininterrumpida más de veinticuatro meses al cuidado de las mismas personas y se hubiera conformado un vínculo familiar indisoluble cuya ruptura configure la vulneración de los derechos del niño, niña y/o adolescente, daño psicológico, afectación espiritual relevante, o interferencia a su proyecto de vida, el juez, previo oír la voz y opinión del menor, podrá otorgarle a esas personas la guarda con fines de adopción si estas la solicitaren, para lo cual el juez ordenará con plazo perentorio que el guardador se inscriba en el registro de adoptantes correspondiente. Cumplido este requisito el juez resolverá de conformidad con las prescripciones previstas en el art. 613. (Cámara de Diputados de la Nación, 2021)

Hasta el día de hoy dicho proyecto continúa sin tratamiento del pleno de la Cámara Baja.

## **ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES**

A lo largo de la investigación que ha significado este trabajo nos hemos encontrado con varios fallos y decisorios judiciales que han

aceptado la posibilidad de una adopción por parte de personas no inscriptas en el registro, fundamentado en el vínculo afectivo previo que el niño formó con ellos, sin que preexistiera parentesco. Nos hemos propuesto mencionarlos sin explicarlos, simplemente a modo ilustrativo y a fin de graficar en este texto que esta postura no es una descabellada bandera sostenida en soledad:

1. L. G. M. s/Control de legalidad, Juzgado Nacional Civil en lo Civil N.º 8 (15.7.2016).
2. R. M. C. y D. J. S. s/Guarda con fines de Adopción, Juzgado de Familia y Penal de Menores de Villaguay, Entre Ríos (8.11.2016).
3. C., J. G. s/Control de legalidad, Juzgado Civil y Comercial, Conc., Fam., Inst., Menores y Faltas de Cura Brochero, Córdoba (27.3.2017).
4. Autoridad de Infancia Provincial s/Petición de medida excepcional, Juzgado de Familia N.º 2 de Río Gallegos, Santa Cruz (11.7.2017).
5. G. R. I. s/ adopción - acciones vinculadas, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Dolores (6.7.2021).
6. B. E. M. s/Reservado s/Adopción s/Casa-ción, Corte Suprema de Justicia de la Nación (21.10.2021).
7. V.L.S.E. S/ Guarda con fines de adopción, Juzgado de Familia N.º 3 de San Isidro (26.4.22).

## **CONCLUSIONES**

Nada de lo aquí escrito pretende desvirtuar la figura de la familia de acogida, útil y necesario recurso que está previsto para el único fin de evitar la institucionalización de los niños mientras están judicializados; solidaria tarea que debe ejercitarse con la vista clara en su carácter transitorio. No obstante, lo cierto es que las realidades humanas no son rígidas como la ley, y que es necesario que el juez matice ante el caso concreto.

Surge de los elementos traídos que el apartamiento —en casos excepcionales— del fin temporal de estas familias no significa una vulneración de los principios convencionales y constitucionales, ni mucho menos del derecho natural. Y que incluso más, dicha flexibilización del reglamento positivo puede significar la única solución que respete aquello.

AMC, nuestra protagonista, tenía apenas tres años cuando fue sacada de la única familia que conocía y tenía. Debe resultarnos difícil de aceptar, a esta altura del análisis, y no empatizar con la petición legítima de MPM y MAI.

Los jueces deberán pensar para el futuro qué pasa con aquellos niños que se encuentran sin filiación vigente (declarado su estado de adoptabilidad) y que no poseen ni conocen otra familia más que la que los acoge en tránsito. Familia con la que han creado un vínculo que han sostenido durante todo un traumático proceso judicial, en general por demás excedido en plazos, sin soltarlos nunca. Voluntarios que han demostrado aptitud para mantenerlos sanos y queridos durante todo ese período.

No se nos ocurre que exista otro fundamento más que anteponer —erróneamente— la ley positiva por sobre el derecho para justificar la separación de estos.

Quién puede pensar que el nido donde AMC ha concebido todos sus recuerdos hasta los tres años no es su familia, si dicho grupo se encuentra unido por el afecto.

No puede un juez limitarse a aplicar la ley y no analizar la realidad concreta del niño en cuestión. No es razonable oponer a la evidente realidad un formalismo legal por el cual se seleccionan postulantes ¿Quién puede objetar el amor?

Es perfectamente posible realizar todas las evaluaciones necesarias a la familia de acogida para que al momento de dictar sentencia de guarda con fines de adopción tenga por cum-

plido todos los requisitos que se exigen. No hay orden público afectado en alterar dicho ritual cuando el interés del niño está en juego. Es el deber de los magistrados en estos casos defender el interés del niño y no el de la ley positiva.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cámara de Diputados de la Nación (2021). Proyecto de ley. Expediente 0832-D-2021, “Código Civil y Comercial de la Nación. Incorporación del artículo 611 bis, sobre Adopción”, (firmado por María Lucila Lehmann, Maximiliano Ferraro, Mariana Stilman, Juan Manuel López, Alicia Terada). Trámite Parlamentario N.º 16. Fecha de presentación: 19.3.2021.
- Cámara Nacional Civil, Sala E - “C, A. M. s/ Medidas precautorias - Familia” expte. 86054/2017 - 07.6.2021
- Cárdenas, E. J. (2005). *Hogares de Tránsito y Guarda para Adopción ¿Compartimentos comunicados o estancos?* Thomson Reuters-La Ley.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) - G., M. G. s/Protección de persona”. 16.9.2008
- Fallos: 342:459, voto del juez Maqueda y voto de la jueza Medina; y 341:1511 Disidencia del juez Maqueda.
- “D., H. C. y otros” - 20.4.23
- De la Torre, N. (2019). Comentario al art. 600. En Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marena y Lloveras, Nora, *Tratado de Derecho de Familia* (Tomo III). Rubinzal-Culzoni. P. 181.
- Francisco (19 de marzo 2016). *Exhortación apostólica postsinodal Amoris laetitia*. Jubileo extraordinario de la Misericordia.
- Fernández, S. E. (2019). CCyC explicado. En Lorenzetti R. L *Derecho de Familia*, Tomo II. Rubinzal-Culzoni. P. 77.

- Gil Domínguez, A. (2014). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Editorial Ediar. P. 13.
- Herrera, M. (2020). *Código Civil y Comercial explicado*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni. Pp. 39-40.  
Ley 26.06, art. 3, 28.9.2005
- Luna, M. (2005). *Vínculos en la infancia. Nuevas contribuciones al acogimiento familiar*. Grupo Editorial Lumen-Humanitas p. 113
- Organización de las Naciones Unidas (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.  
<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- (2013). Observación General n.º 14. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (SCJBA). “E., A. G. y M. A. J. s/Solicitud de Adopción Plena” - 18.4.2018 - Runzal Online, RC J 2804/18
- (2.4.2003). R., L. A. y D., A. C. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004III-75 y ss.

### **Martín Ignacio Cimino**

Perfil académico y profesional: Abogado especialista en derecho de familia. Funcionario del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Maestrando en la Maestría de Derecho Civil de la Universidad Austral.

[martincimino@hotmail.com](mailto:martincimino@hotmail.com)

Identificador ORCID: 0009-0001-6401-0270

