

Doctrina: nota a fallo

Maria Victoria Jalil Manfroni¹

1. Introducción

En primer lugar considero que lo resuelto por el Tribunal actuante es acertado en cuanto a los fundamentos esgrimidos por los magistrados, ya que el consentimiento de los padres para dar su hijo en adopción debe ser realizado con ciertas condiciones para su validez y en este sentido el Art. 40 de la hoy derogada ley 9053, daba pautas claras del procedimiento a seguir, debiéndose interpretar en concordancia con el art 317 del CC.

2. Los interrogantes que plantea la ley 9944

La reciente ley Provincial 9944 dictada en el mes de Junio de 2011, deja al respecto un importante vacío legal ya que se limita a establecer en su art 64 inc f, que el Juez de Niñez Juventud y Violencia Familiar, es competente para resolver la guarda pre adoptiva a la que debe imprimirse un trámite sumario.

A mi criterio lo escueto de este artículo redundaría en perjuicio de la seguridad jurídica y de la autosuficiencia de la norma, por lo que deja abierta a la interpretación judicial el debido proceso a aplicar en una cuestión que nada menos es, la de resolver que un niño se mantenga o no, fuera del seno de su familia biológica.

3. El postulado de la CDN

No podemos dejar de mencionar que la norma básica y rectora de la materia como es la Convención de los Derechos del Niño, la que integra el llamado bloque constitucional por aplicación del art 75 inc 22 de la Constitución Nacional.

Dicho ordenamiento dispone que el niño tiene derecho de ser criado por sus padres y a convivir con ellos; solo en forma excepcional y por causas graves, puede justificarse el alejamiento de la familia de origen. La CDN y las leyes dictadas en su consecuencia han sido claras en disponer que la separación del niño de su centro de vida, en ningún caso, puede encontrarse fundada en la falta de recursos materiales de los padres, ya que en dichas circunstancias debe hacerse presente el Estado para el apoyo y ayuda a las familias carenciadas, con la aplicación de políticas públicas destinadas a tales fines.

4. La interpretación de la CSJN

Respecto de los conflictos generados por adopciones entre los pretendientes adoptantes y la familia de origen nuestro máximo Tribunal de la Nación se ha pronunciado en numerosos fallos y especialmente en uno de ellos ha dictaminado que: *“El niño tiene derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral*

¹ Docente de la cátedra de derecho Privado I –Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Prosecretaria Letrada de la Fiscalía de Violencia Familiar-Poder Judicial de Córdoba. Ex prosecretaria del Juzgado de Niñez, Adolescencia y violencia Familiar de III Nominación.

y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto.

Expresa además el máximo tribunal del país que “el interés superior del niño, como principio, contenido en la Convención sobre Derechos del Niño y en otros tratados internacionales, también está contemplado en nuestra legislación interna, cuando el art. 321, inc. i, del Código Civil dispone, entre las reglas que deben observarse en el juicio de adopción, que el juez o tribunal deberá valorar, en todos los casos, el interés superior del menor. En la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente. Es derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores” .²

5. Los plazos en las resoluciones judiciales

Entendemos que el fallo en cuestión cumple con los plazos para resolver, aplicando los magistrados un criterio de razonabilidad ya que el proceso se inicia en el año dos mil nueve y finaliza con sentencia definitiva en el año 2012.

Esto cobra suma importancia porque en el caso **“Forneron y su hija biológica c/el Estado Argentino”**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos llamo la atención al Estado Argentino por demora injustificada en resolver el pedido del padre biológico al menos en mantener contacto con su hija, realizando, asimismo una ferviente crítica a los operadores judiciales intervinientes en el caso. La niña nació en Rosario del Tala localidad ubicada en las proximidades de la ciudad de Victoria de la Pcia de Entre Rios, en el año 2000 y la situación fue resuelta por la Corte en el año 2012. La Comisión Interamericana, indico en su informe presentado ante la Corte que: “el presente caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la protección a la familia del señor Fornerón y de su hija biológica”. La niña fue entregada por su madre en guarda preadoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tiene acceso a la niña y el Estado no ha ordenado ni implementado un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el señor Fornerón a lo largo de más de diez años. La Comisión consideró que el paso del tiempo fue especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de la niña y de su padre, puesto que las autoridades judiciales establecieron la adopción simple de la niña a favor del matrimonio guardador el 23 de diciembre de 2005, con fundamento en la relación que ya se había desarrollado con el transcurso del tiempo.

La demora injustificada en los procedimientos se convirtió en la razón para desconocer los derechos del padre. En consecuencia, la Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho del señor Forneron y de su hija a un debido proceso, a las garantías judiciales y a sus derechos a la protección a la familia, consagrados en los artículos 8.1, 25.1 y 17 de la Convención Americana, respectivamente, en relación con los artículos 19 y 1.1 del mismo instrumento y

por el incumplimiento del artículo 2 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma. La Comisión solicitó al Tribunal que ordene diversas medidas de reparación.³

6. Conclusiones

Más allá de los aciertos del fallo, creemos que los vínculos afectivos que el niño ha creado desde su nacimiento hasta la restitución a su familia biológica debieron ser analizados por el Tribunal actuante de una manera profunda y directa.

Los Jueces no pueden so-pretexo de resolver técnicamente un caso, con estrictez en la aplicación del derecho, dejar de valorar que en el mismo caso hay personas y más aun un niño a quien la sentencia modifica sustancialmente su vida.

A nuestro entender no basta con el utópico emplazamiento a la madre biológica respecto de la continuidad del tratamiento psicológico en beneficio del niño y que ya se habría iniciado, sino también podría haberse evaluado la aplicación del “triángulo afectivo” a contrario sensu, es decir restitución a la madre biológica con un régimen de contacto a favor de los pretendidos adoptantes.

Esta solución casi “salomónica”, se debe a que el niño ya contaba con más de tres años de edad a la fecha de la sentencia que resuelve la controversia y su identidad dinámica se encontraba ya constituida, es decir su historia, vivencias, afectos y vínculos, en contraposición a la identidad estática que constituye la biológica o de sangre.

El fundamento de la aplicación en el caso de marras el denominado “triángulo afectivo”, esta dado en que el niño no puede “pagar” los vaivenes de la conducta de la madre, el consentimiento otorgado defectuosamente respecto de su guarda con ulterior adopción o la actitud cuasi irregular de los guardadores, sino que se debe tener fundamentalmente en cuenta su “interés superior”, concepto conductor que debe tenerse primordialmente en cuenta en toda resolución que recaiga sobre un niño.-

³Cfr. *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Convocatoria a Audiencia Pública*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de septiembre de 2011; disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/forneron.pdf>.