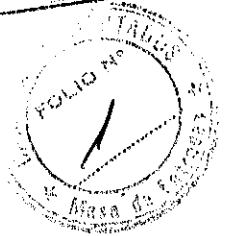


Proyecto de ley

CAMARA DE DIPUTADOS DE LA NACION MESA DE ENTRADA	
- 9 SEP 2005	
SEC: 2	105277 HORA 14e



PROYECTO DE LEY

EL SENADO Y CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, REUNIDOS EN CONGRESO SANCIONAN CON FUERZA DE LEY:

ARTÍCULO 1º: Modifíquese el artículo 318 del Código Civil, que quedará redactado de la siguiente manera:

Art 318: Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo.

Cuando se ejerza una guarda de hecho, esta deberá ser respetada al momento de otorgar la guarda judicial en vistas a una futura adopción, teniendo siempre en cuenta el interés del menor.

Se deberá respetar la facultad de los padres biológicos en la elección de los futuros padres adoptivos.

ARTÍCULO 2º: Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.-


Dra. ADRIANA R. BORTOLOZZI de BOGADO
Diputada Nacional



Proyecto de ley

FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

Guarda de hecho

PROPOSICIÓN DE LEGE LATA

“La guarda de hecho”

“Cuando se ejerza una guarda de hecho, esta deberá ser respetada al momento de otorgar la guarda judicial en vistas a una futura adopción, teniendo siempre en cuenta el interés del menor”

PROPOSICIÓN DE LEGE FERENDA

“La facultad otorgada a los padres biológicos”

“La elección de los padres biológicos de los futuros padres adoptivos es una facultad que debe ser incorporada a la ley 24.779, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2 del citado cuerpo legal.”

FUNDAMENTOS:

GUARDA DE HECHO

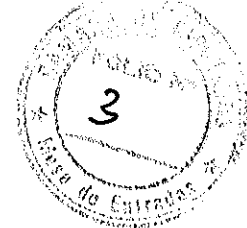
Una primera observación en referencia el tema tratado, es que la guarda de hecho no está prohibida en el Código Civil.

Así se decidió en las VI Jornadas de Derecho de Familia, Menores y Sucesiones de Morón en Octubre de 1999 donde se determinó que “La guarda de hecho no está prohibida por la ley 24.779. La guarda de hecho debe ser respetada en circunstancias excepcionales tales como la relación afectiva familiar, ponderándose siempre el interés superior del niño.”

Lo que el art. 318 prohíbe es el organismo de guarda con fines de adopción por medio de escritura pública. No obstante lo mencionado no constituye una prohibición para el otorgamiento de la guarda de hecho, ni imposibilita a los progenitores elegir quienes van a ser los guardadores de sus hijos ya que todo lo que no está prohibido está permitido. (Medina Graciela “La guarda de hecho y la adopción” J.A. 98-III-959 pág. 12).

Sin embargo frecuentemente nos encontramos con situaciones donde transcurrido un cierto tiempo de la guarda de hecho, cuando se presentan los guardadores a regularizar dicha situación, se les niega esta posibilidad, con el consiguiente perjuicio a los niños quienes seguramente volverán a sufrir un abandono.

A ello Zannoni agrega que parece elemental que la integración familiar y afectiva del menor consolidada durante el período de la guarda de hecho difícilmente podrá ser revertida,



Proyecto de ley

salvo que el juez advirtiese que el mantenimiento de los vínculos con los guardadores no conviene al interés del menor, lo cual ciertamente ha de ser excepcional. (Zannoni, Eduardo A. "Tratado de Derecho de Familia" TII Edit. Astrea 1998 pág. 642).

Pero de ello tampoco debe entenderse que el juez se encuentre obligado en todos los casos a convalidar estas guardas de hecho. En el proceso de adopción el juez actúa como garante del interés superior de niño ponderando en todo momento su estabilidad psicofísica, teniendo en cuenta si los peticionantes reúnen las condiciones mínimas adecuadas para que en la oportunidad pertinente se les otorgue la adopción.

Existe además otra cuestión a considerar, que entendemos que es la más importante en los casos en que se ejerce la guarda de hecho de un niño y que se desprende del principio rector de este instituto que es el interés superior del menor: *el beneficio de no innovar en materia de la guarda con la consiguiente valoración de la situación de guarda existente.*

Debe tenerse en cuenta diferentes factores que hacen a la estabilidad del menor, a su salud psicofísica como lo es el factor tiempo, la relación paterno filial originada que crea vínculos que se encuentran íntimamente ligados al principio de la identidad del niño.-

La pérdida para los niños que han logrado una integración familiar y afectiva con sus guardadores, sería someter a estos niños a una segunda pérdida, lo que llevaría a profundos y complejos sometimientos del menor en plano afectivo y psicológico. Significaría, entonces someter a estos niños a la violación de los derechos fundamentales, al desarraigo, a la pérdida de vínculos, a los afectos, a los lugares, colores, olores, al hábitat y costumbres familiares, en definitiva a la cotidianidad de la familia guardadora.

Creemos que el respeto a aquellos vínculos paterno filiales formados en el ejercicio de una guarda de hecho —que encierra los afectos, la identidad del niño, la identificación de los guardadores como sus padres, su entorno— implica la materialización del principio de preservación del interés superior del niño que debe regir en este tipo de procesos. (Santangelo, María Victoria, "La guarda de hecho" en Revista Jurídica de UCES- N°7- Invierno 2003)

FACULTAD OTORGADA A LOS PADRES BIOLÓGICOS:

El art. 2º de la ley 24.779 establece que: *"las autoridades de aplicación organizarán en el orden nacional y provincial un Registro Único de Aspirantes a la Adopción, cuyo funcionamiento de coordinará mediante convenios"*

Si la inscripción en el registro es considerada como un requisito necesario para el otorgamiento de la guarda, aquellos padres que desean elegir los guardadores de sus hijos, ya sea por afecto, confianza o respeto, se verían constreñidos a hacerlo solamente entre aquellos



Proyecto de ley

que se encuentren inscriptos. Ello implicaría desvirtuar cualquier elección que ellos pudieran hacer.

El imperativo legal de la guarda judicial no significa que deba ser el juez el que elija –siempre y en todas las circunstancias- a los guardadores, estándolo velado a los padres hacerlo en determinadas y excepcionales circunstancias. (Sala II de la Cámara Primera Civil y Comercial de Bahía Blanca el 31/11/98 “G.J.G.s/guarda)

El art. 383 del Código Civil dispone que los padres pueden nombrar por testamento tutor a los hijos que están bajo su patria potestad y el art. 274 del Código que establece que los hijos pueden vivir en la casa de sus padres o en aquella que éstos le hubieren designado, nada impide que –ninguna norma lo prohíbe- que los padres designen guardadores a sus hijos para que sean sus futuros padres adoptivos.

Existen diferentes motivos y circunstancias que así pueden determinarlo: una enfermedad Terminal, imposibilidad de asistirlo por impedimentos físicos o psíquicos, cuestiones económicas graves, etc.-

No hay norma que prohíba que los progenitores puedan en vida designar a quienes deseen que se hagan cargo de sus hijos para una futura adopción. En estas circunstancias los guardadores de hecho deberán peticionar judicialmente la guarda, es decir la confirmación judicial de la entrega.

Creemos que lo determinante para el otorgamiento de guarda es establecer la idoneidad de los adoptantes que –siguiendo las palabras de la Dra. Levy y Wagmaister- debe ser juzgada en cada caso en particular respecto de “quienes adoptan” y “a quien se adopta”. Ello significa que en el caso de la guarda de hecho, en los supuestos en que existan lazos paterno filiales entre los guardadores y el niño, la evaluación de esta relación debe primar.

(Adriana M. Wagmaister y Lea m. Levy “Interés del niño Adopción y guarda de Hecho” Ponencia presentada en la XIII Conferencia Nacional de Abogados, Jujuy, Abril 2000, libro de ponencias p. 200)

Algunas de estas guardas tienen origen en la firme decisión de los padres de elegir a quienes se harán cargo de sus hijos, por el afecto que los une, por respeto, confianza, etc. En otros casos quizás el origen de la guarda no sea tan claro.

Pero es el juez a quien cabe evaluar el otorgamiento de esa guarda. En esa evaluación el juez debe tener en cuenta que su principio guía debe ser en todo momento “el interés superior del menor”.


Dra. ADRIANA R. BORTOLOZZI de BOGADO
Diputada Nacional