

LA GUARDA PREVIA, UNA PRÁCTICA PERNICIOSA EN EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN (*)

Por Miryam Peña ()**

Aclaración: Antes de comenzar, aclaro que en este trabajo al hablar de “niño” me refiero al ser humano menor de 18 años de edad, o sea, al niño, a la niña y al adolescente.

Consideraciones previas

Sabido y admitido por todos es que la familia constituye el ambiente más adecuado para el normal desarrollo del ser humano.

Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Art. 23.1).

(*) Ponencia desarrollada en la XIV Jornada de Derecho Comparado del Mercosur. Corrientes, Argentina. Junio de 2013.

(**) Doctora en Ciencias Jurídicas. Magistrada Judicial. Ex-Miembro del Tribunal de Apelación del Menor (1984) y actual Miembro del Tribunal de Apelación Laboral desde el año 1995. Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA). Es docente en la Universidad Nacional de Asunción en las Cátedras de Derecho Procesal Laboral (Asistente), Derecho Civil Personas (Adjunta) y Niñez y Adolescencia (Adjunta), así como en la Escuela Judicial. Tiene publicados varios trabajos sobre temas de Derecho de la Niñez y de la Adolescencia y Derecho Laboral.

Así mismo, las constituciones de casi todos los países contienen normas de protección de la familia, especialmente las que obligan al Estado a velar por su fomento social a efectos de garantizar su permanencia y seguridad. En ese convencimiento, la Constitución del Paraguay reconoce expresamente que la familia es el fundamento de la sociedad y se compromete a garantizar su protección integral.

El concepto de familia abarca no solo el que se basa en el matrimonio, sino también en la unión estable del hombre y la mujer, a los hijos, y a la comunidad que se constituya con cualquiera de los progenitores y sus descendientes (1).

En casi todas las regiones del mundo se reconoce que los niños pequeños necesitan una familia y un sentimiento de seguridad y permanencia en sus relaciones. El Preámbulo de la Convención destaca la importancia de la familia como “... *elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños*”, y como tal debe “*recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad*” y “*que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”. El Art. 5° reconoce la extensión de la estructura familiar al incluir no solamente a los padres, sino también a la familia ampliada y a la comunidad, allí donde sea costumbre.

En relación directa con el principio enunciado en el Preámbulo, en el desarrollo de sus disposiciones, la Convención en el Art. 7° prescribe:

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Esta disposición tiene por objeto favorecer el reconocimiento de la personalidad jurídica del niño. Es un reflejo del texto del Art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que agrega un nuevo derecho, el

(1) Art. 49 C.N.

“derecho del niño a conocer a sus padres”, toda vez que sea posible, dado que puede que resulte imposible identificar a los padres e, incluso cuando son conocidos, puede que no sea en el interés superior del niño ser cuidado por ellos (Comité de D.H.- Observación General 17, HRI/GEN/1/ Rev. 2. párr. 7)

Por su parte, el Art. 9º de la Convención manda:

“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen (...) que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo (...) maltrato o descuido por parte de sus padres...”.

Este artículo consagra dos principios esenciales: primero, el niño debe permanecer con sus padres salvo cuando sea contrario a su interés superior; y segundo, separar al niño de sus padres si es necesario.

De las disposiciones de la Convención se desprende la presunción de que el interés superior del niño es permanecer con sus padres siempre que ello sea posible (Arts. 7º y 9º), y que los padres tienen la “responsabilidad primordial” de criar a sus hijos; una responsabilidad que deben ejercer de conformidad con el interés superior del niño, los derechos recogidos en la Convención y la evolución de las facultades del niño (Arts. 5º y 18).

Al igual que el derecho del niño a conocer a sus padres, el derecho a ser cuidado por ellos también debe ejercerse “en la medida de lo posible”. Ser criado por los propios padres puede ser imposible, si estos han muerto o han abandonado al niño; pero también cuando las autoridades del Estado consideran que no es en el interés superior del niño por el maltrato o el descuido de que es objeto. Este derecho confirma un principio general presente a lo largo de la Convención: que en circunstancias normales, lo mejor para el niño es vivir con sus padres.

Estas directrices de la Convención, que a su vez se nutre de los principios y garantías consagrados en los más emblemáticos instrumentos de dere-

chos humanos, son receptadas en el Código de la Niñez, especialmente en las siguientes disposiciones.

Art. 8º: Derecho a la familia. “El niño o adolescente tiene derecho a vivir y desarrollarse en su familia, y en caso de falta o insuficiencia de recursos materiales de sus familiares, el derecho a que el Estado los provea. Queda prohibido separar al niño o adolescente de su grupo familiar, o disponer la suspensión o pérdida de la patria potestad invocando la falta o insuficiencia de recursos”

Art. 92: De la convivencia familiar. “El niño o adolescente tiene derecho a la convivencia con sus padres, a menos que ella sea lesiva a su interés o conveniencia, lo cual será determinado por el Juez, conforme a derecho. En todos los casos de conflicto, el Juez deberá oír la opinión del niño o adolescente y valorarla teniendo en cuenta su madurez y grado de desarrollo”.

El Código de la Niñez y la Adolescencia- Ley 1680/01- reconoce el derecho del niño/a y adolescente a convivir en su medio familiar, siempre que esto no constituya peligro de conformidad con su interés superior.

En definitiva, la familia constituye el medio natural e idóneo que favorece el normal desarrollo de la personalidad del niño. Este tiene el derecho de conocer a sus padres y de convivir con ellos, si fuere posible.

Este convencimiento es el que informa, a su vez, las soluciones que se dan en los casos de carencia familiar, no solamente en el sentido de ausencia física de los padres, sino de su total o grave incapacidad para el cumplimiento de los deberes inherentes a su calidad de tales.

Ante la carencia familiar nadie duda que la mejor solución constituye dotar al niño de un hogar sustituto que asuma la responsabilidad de formarlo y educarlo. En ese convencimiento el Código de la Niñez y la Adolescencia regula como acogimiento familiar transitorio: la guarda, la tutela y la adopción como un acogimiento definitivo. El Código de la Niñez prioriza la adopción en caso de niños menores de seis años (Art. 105 CNA).

Adopción

La adopción ofrece el cuidado permanente del niño por parte de una familia que reemplaza a la suya y establece una relación jurídica de padre/madre e hijo/ hija.

Marco legal

En el Paraguay se han logrado significativos avances en materia de adopción, con la promulgación de la Ley N° 1136 de Adopciones del año 1997, que recoge las orientaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Paraguay en el año 1990.

Otro hecho importante ha sido la ratificación por Paraguay del Convenio de la Haya por Ley 900/96, relativa a la protección del niño y a la cooperación entre Estados en materia de adopción internacional. Dicho Convenio se basa y complementa el Art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estipula las medidas para prevenir la sustracción, venta y tráfico de niños con fines de adopción.

La Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio de la Haya establecen los siguientes principios a ser incorporados a todo proceso de adopción:

a) Considera y prioriza el interés superior del niño y su bienestar; es decir, lo pone en primer lugar. Por ejemplo, antes se buscaba un niño para una familia que desea adoptar; ahora se busca con cuidado una familia para un niño que la necesita.

b) Debe existir una autoridad central para coordinar y controlar las adopciones en el país.

c) Se prioriza la prevención del abandono y el mantenimiento del niño en su familia biológica. Es decir, se busca conocer las causas del abandono. Se busca apoyar a las familias biológicas y evaluar las posibilidades para que el niño continúe con ellas, si fuere posible.

d) Si no ha sido posible mantener al niño con su familia biológica, nuclear o extendida o no se han encontrado familiares, se debe declarar que el niño es adoptable por vía judicial.

e) Se debe evaluar a padres postulantes y verificar que son personas idóneas para la adopción.

f) Se debe preparar a los padres adoptantes y al niño para la adopción.

g) Se establece un periodo de convivencia; en el mismo se realiza un seguimiento de las condiciones del niño y apoyo post-adopción.

h) Se respeta el derecho del niño a conocer sus orígenes.

i) Las adopciones internacionales son una posible solución solo cuando los niños no puedan ser adoptados en sus países de origen. En todo caso, se deberán seguir las disposiciones de la Convención de la Haya en este sentido.

Algunos de los beneficios de este nuevo marco legal:

a) Previene la sustracción, venta y tráfico de niños y la obtención de beneficios materiales indebidos.

b) Da garantías y tranquilidad a la familia adoptante, pues todo el proceso es legal y transparente.

c) Favorece la relación entre la familia adoptante y el niño adoptivo, pues la misma se basa en la verdad y en la legalidad.

La Ley N° 1136/97 de Adopciones cumple con estos requisitos en el Paraguay (UNICEF - La realidad de las adopciones en Paraguay- 9/11/07).

Autoridad Central de adopciones

La Ley 1136 de Adopciones crea el “Centro de Adopciones” como autoridad administrativa central en materia de adopciones. La misma tiene ca-

rácter autónomo y, presupuestariamente, depende de la Secretaría de la Niñez y la Adolescencia.

La creación del Centro de Adopciones marca un hito en nuestra práctica en esa materia, su conformación es el primer ensayo de cooperación y coordinación interinstitucional entre el organismo del Estado y la sociedad civil. El Centro de Adopciones es el pedestal para el cumplimiento del mandato legal del mantenimiento del vínculo familiar. A más de esto tiene funciones registrales y es órgano eficaz para los seguimientos pos adopción (2).

La adopción en la Ley N° 1136/97

Definición: “La adopción es la institución jurídica de protección al niño y adolescente en el ámbito familiar y social por la que, bajo vigilancia del Estado, el adoptado entra a formar parte de la familia o crea una familia con el adoptante, en calidad de hijo, y deja de pertenecer a su familia consanguínea, salvo en el caso de adopción del hijo del cónyuge o conviviente”.

Finalidad: Hoy día, la adopción es una institución de protección del niño animada con la finalidad de dotar una familia al niño que no la tiene y no precisamente buscar niños para padres que no los tienen.

Caracteres: La Ley de Adopciones, a diferencia del derogado Código del Menor, contempla un solo tipo de adopción: la adopción plena, indivisible e irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen equiparándolo totalmente al hijo biológico. Ante el derecho del niño de ser criado por su familia biológica, la adopción se constituye en la última medida y con carácter excepcional.

Efectos: Cesan los vínculos del adoptado con su familia de origen. Otorga al adoptado una filiación. El adoptado tiene todos los derechos del hijo biológico.

(2) L. Barboza, T. Martínez – El nuevo paradigma de los Derechos del Niño, pág. 152.

Preservación de identidad: Los niños adoptados tienen derecho a conocer su origen, y a ser inscriptos con los apellidos del adoptante y a mantener por lo menos un nombre de pila.

Quiénes pueden ser adoptados: La ley claramente dice que pueden ser adoptados niños y adolescentes que se encuentren en las siguientes situaciones:

- a) Huérfanos de padre y madre;
- b) Hijos de padres desconocidos;
- c) Hijos de padres biológicos que hayan sido declarados en estado de adopción;
- d) Hijos de uno de los cónyuges o convivientes que hayan prestado su consentimiento conforme con el procedimiento establecido en esta ley;
- e) Que se encuentran por más de dos años acogidos bajo tutela o guarda del adoptante, previo consentimiento de los padres biológicos o declaración judicial de estado de adopción, según el caso.

Quiénes pueden adoptar: Pueden adoptar personas de uno u otro sexo, independientemente de su estado civil. Tendrán preferencia en igualdad de condiciones los matrimonios, las uniones de hecho y las mujeres. Nuevamente la ley no hace distinciones con respecto al estado civil; todos están en un pie de igualdad. Sin embargo, al especificar aclara que los cónyuges deben tener tres años de matrimonio y los convivientes (uniones de hecho) cuatro años de convivencia. Quien queda en un plano posterior es el hombre soltero que quiere adoptar.

Requisitos exigidos a los adoptantes: Como la adopción se otorga en función al interés superior del niño, la ley establece algunas exigencias con respecto de los adoptantes como:

- a) Tener veinticinco años de edad como mínimo;

b) No superar los cincuenta años de edad, salvo convivencia previa con el adoptable de por lo menos un año de duración; y

c) Una diferencia de edad con la persona que pretendan adoptar no menor de veinticinco años ni mayor de cincuenta años. En caso de una pareja, la diferencia se considerará respecto al adoptante más joven.

Estas limitaciones de edad no rigen cuando se adopte al hijo del otro cónyuge o conviviente o de un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Impedimentos: No pueden adoptar personas que padezcan de enfermedades infecto-contagiosas, trastornos sicóticos o deficiencia mental; los que hayan sido condenados o estén sometidos a proceso por delitos cometidos contra un niño.

Consentimiento. Con la regulación dada al consentimiento en la Ley de Adopciones, se ha desplazado el carácter contractual que identificaba a la adopción en nuestra legislación anterior, pues los padres que deciden entregar a sus hijos en adopción ya no pueden elegir a quién entregarlos, otorgan su consentimiento para la declaración del estado de adopción; es decir, en el proceso previo al de la adopción. La consecuencia de ese consentimiento, previo intento del mantenimiento del vínculo, es la pérdida de la patria potestad y la declaración del estado de adopción del niño, consecuentemente los padres ya no intervienen en el proceso de adopción (3).

Según la Ley de Adopciones: El consentimiento es un acto formal por el cual las personas otorgan su conformidad para la adopción ante el juez competente.

Deben prestar su consentimiento:

a) Los padres biológicos, cuando el adoptable es hijo del cónyuge o conviviente del adoptante:

(3) L. Barboza, T. Martínez, op. cit, pág. 147.

- b) Los padres biológicos del niño que lleva más de dos años acogido bajo tutela o guarda del adoptante;
- c) El niño desde los doce años de edad, y
- d) Los adoptantes.

Adopción internacional

La Ley de Adopciones regula sobre la adopción internacional, quedando establecida como una institución jurídica de protección de carácter excepcional y subsidiario a la adopción nacional. Solo pueden adoptar en el país los residentes en Estados que hayan ratificado el Convenio de la Haya, y siempre y cuando no hayan postulantes residentes en el Paraguay.

En expresiones de la Ley de Adopciones, Adopción Internacional es la efectuada por personas residentes en el exterior a favor de niños domiciliados en el Paraguay.

Las adopciones internacionales solo pueden ser canalizadas por el Centro de Adopción, en cuya sede central se presentarán las solicitudes de adopción, a través de las autoridades centrales del país de los adoptantes.

Actualmente, según informa el Centro de Adopción, no existen solicitudes de adopción internacional.

Del mantenimiento del vínculo familiar

El procedimiento de adopción regulado por la Ley de Adopciones consta de dos etapas claramente definidas. Una previa, destinada al mantenimiento del vínculo con la familia biológica y la otra, el juicio de adopción propiamente dicho.

El mantenimiento del vínculo familiar preserva el derecho de identidad del niño (Arts. 7° y 8° de la Convención de los Derechos del Niño, Art. 21 de la Ley de Adopciones).

El derecho del niño de ser criado por sus padres biológicos, o su familia ampliada es uno de los puntales de la doctrina de la protección integral y el Art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño establece claramente que antes de que un niño sea dado en adopción debía resolverse su situación jurídica en relación con sus padres. También se establece que ningún niño puede ser separado de sus padres por razones exclusivamente económicas. La Ley de Adopciones establece como requisito esencial, salvo excepciones previstas en la ley, el mantenimiento del vínculo familiar antes de la declaración del estado de adopción, siendo esta una de las actividades centrales del Centro de Adopción, debiendo orientar y apoyar a las familias analizando las causas de la entrega y buscando alternativas de solución, para evitar que el niño sea separado de sus padres, salvo que el permanecer con ellos implique algún riesgo para su desarrollo integral. El mantenimiento del vínculo familiar es el proceso administrativo y judicial, por el cual el Centro de Adopciones, por medio de su equipo técnico evalúa las causas por las que los padres del niño o adolescente pretenden dar al hijo en adopción. Este es un periodo en el cual el juez impulsa y se busca evitar que el niño sea separado de su familia y muy especialmente por causas económicas (4).

La familia extensa tiene un rol muy importante en el mantenimiento del vínculo del niño con sus padres biológicos, sobre todo en un país con escasos servicios públicos de apoyo a las familias. Este rol se manifiesta especialmente en los casos de madres solteras, en forma de apoyo moral y/o material. Por ejemplo, son varios los casos de jóvenes mujeres que vienen a la ciudad y se embarazan. Por falta de apoyo del compañero sentimental y por temor a sus padres, plantean dar el niño en adopción. A través de una mediación del Centro de Adopciones se ayuda a los abuelos del niño a enterarse de la situación. Cuando estos o algún otro miembro de la familia están en condiciones, en muchos casos manifiestan querer apoyar a la hija o bien hacerse cargo del nieto o sobrino. El acceso al recurso de la familia extensa encuentra dificultades cuando la misma se encuentra dispersa en diferentes puntos del país. Pero la principal dificultad se encuentra cuando el Poder Judicial inicia este proceso muy tarde, después de haber otorgado la guarda del niño a la familia que lo desea adoptar (5).

(4) L. Barboza, T. Martínez, op. cit, pág. 148.

(5) Rosa M. Ortíz –La Adopción un acto de amor y de derechos. Los beneficios del cumplimiento de la ley - pág. 51.

Los plazos legales establecidos para el procedimiento del Mantenimiento del Vínculo Familiar, son: a) de 90 días de búsqueda a la familia biológica (cuando los padres son desconocidos); y b) de 45 días para el proceso de Mantenimiento del Vínculo, cuando los padres son conocidos y están ubicados. Estos plazos son prorrogables si existen causas justificadas, también deberían disminuir cuando la información necesaria ya fue reunida.

Si pasado dicho período los padres ratifican su decisión de entregar al hijo en adopción, el juez, previo informe del Centro de Adopciones, da intervención al Ministerio Público y al Defensor del Niño y si no hay oposición justificada declara en sentencia fundada la pérdida de la patria potestad y declara al niño en estado de adopción, cuya copia debe remitir al Centro de Adopciones, a sus efectos.

Esta etapa del mantenimiento del vínculo familiar, salvo excepciones, es una etapa previa obligatoria del juicio de adopción, cuyo incumplimiento es sancionado con la nulidad de todo el juicio.

Los supuestos en que la ley no exige el cumplimiento de la etapa de mantenimiento del vínculo son: cuando el niño sea hijo del cónyuge o conviviente; cuando haya estado acogido en guarda o tutela del o de los adoptantes por más de dos años, cuando sea pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad del o de los adoptantes.

La Guarda

Me referiré someramente a la “guarda”, porque es práctica común en mi país que se utilice esta noble institución para desviar reglas de la adopción. Me refiero a la “guarda pre-adoptiva”, que no existe en nuestra legislación, pero de hecho es el atajo común utilizado por quienes desean adoptar un niño. Por ello hago énfasis en esta oportunidad sobre este hecho con el ánimo de visibilizar la grieta de la ley que permite que esto ocurra.

El Art. 106 del Código de la Niñez define la guarda como una medida por la cual el Juzgado encomienda a una persona, comprobadamente apta, el cuidado, protección, atención y asistencia integral del niño o adolescente objeto de la misma.

Específicamente, la ley impone al guardador en primer lugar la obligación de prestar asistencia material, afectiva y educativa al niño o adolescente y, en segundo lugar la obligación de ejercer la defensa de los derechos del niño o adolescente, incluso frente a sus padres.

La guarda podrá ser revocada en cualquier momento por decisión judicial (Art. 106 CNA). Asimismo, deberá ser acompañada y evaluada periódicamente por el Juzgado.

La Guarda preadoptiva y su incidencia negativa en la adopción

Es preciso señalar que en la ley no se establecen distintas categorías de guarda, a pesar de lo cual, de acuerdo a lo que ocurre en la práctica, se puede diferenciar la guarda según que ella obedezca a una situación provisoria o transitoria de la familia del niño o a una situación de desamparo del mismo. La primera, a la que llamo guarda familiar transitoria, que en general se resolverá con la reinserción del menor en su familia de pertenencia, como por ejemplo cuando los padres emigran por motivos laborales a otro país y dejan al hijo a cargo de una persona de su confianza (familiares, padrinos...). Mientras que la otra clase de guarda, conocida en doctrina como la “guarda pre-adoptiva” se presenta como un paso anterior a la adopción del niño, como por ejemplo cuando el niño sea de padres desconocidos o la madre voluntariamente, inducida o engañada, entrega su hijo en forma definitiva. Por consiguiente, la guarda será pre-adoptiva cuando se prevea razonablemente que desembocará en la adopción del niño; y será familiar transitoria cuando se prevea razonablemente que desembocará en la reinserción del niño en su familia de origen. No obstante la guarda puede durar horas, días o años; la ley no establece plazos y así dura tanto como permanezca la circunstancia que le dio origen.

La Ley de Adopciones, como ya se señalara, no requiere la etapa previa del mantenimiento del vínculo familiar en el supuesto de que el niño haya estado en guarda del adoptante por más de dos años. Esto en la práctica ha descaminado las reglas de la adopción, dando lugar a la proliferación de la guarda pre-adoptiva, abriéndose una brecha muy amplia para canalizar la adopción por medio de ese mecanismo irregular, que compromete seriamente el derecho de identidad del niño y el derecho de ser criado en el seno de su

familia biológica, tan celosamente garantizados por el ordenamiento legal nacional e internacional.

Según los equipos técnicos del Centro de Adopciones, el número de guardas es tan alto que se ha llegado a generalizar la idea de que, quienes desean adoptar tienen probabilidades de adoptar un niño en menor tiempo a través de una guarda pre-adoptiva que a través del procedimiento que establece la Ley 1136/97. Como consecuencia de ello, en términos porcentuales, el 90% de las adopciones resueltas poseen una guarda pre-adoptiva y el 10% se realiza a través del proceso legal (6).

Lo que sucede en la realidad es que se utiliza este procedimiento para conseguir un niño rápidamente y obtener permiso para cuidarlo con la finalidad de la adopción. Luego de dos años de convivencia con el mismo, fácilmente puede solicitarse su adopción. Este procedimiento es considerado irregular, ya que se lo utiliza como un atajo para eludir la aplicación de la Ley de Adopciones y no se hace primero el intento por mantener el niño en su familia biológica. Tampoco queda protegido el derecho de la persona adoptada a conocer su origen; es frecuente que se oculte información sobre el punto a las personas adoptadas. Si bien este mecanismo es más ágil para hacerse de un niño, para las familias adoptivas conlleva el riesgo de que puedan perder la guarda y al niño, sobre todo en los dos años primeros del proceso, si la familia biológica reclama o decide no dar su consentimiento para la adopción, lo que se presta a su vez a chantajes y distintos tipos de situaciones adversas. Esta modalidad está muy extendida ya que los cambios legislativos no han sido acompañados en muchos casos por un cambio judicial en el actuar de abogados, fiscales, defensores y jueces de la niñez (7).

El Comité de los Derechos del Niño considera que la excesiva cantidad de tiempo que lleva cumplir los procedimientos legales necesarios, puedan tener como consecuencia que no se comprenda adecuadamente la legislación relativa a la guarda temporal. Le preocupa también que las familias que desean adoptar puedan escoger un niño y llevarlos a su casa incluso antes de que se declare adoptable al niño y sin que se evalúe a la familia (8).

(6) Rosa M. Ortíz, *op. cit.*, pág. 83.

(7) UNICEF - La realidad de las adopciones en Paraguay- 9/11/07

Las consecuencias negativas para el niño, según técnicos del Centro de Adopciones, son: la guarda pre-adoptiva dificulta la obtención de información sobre el origen del niño (su derecho de identidad), porque los guardadores la ocultan por temor a perder al niño y por el mismo motivo, también atenta contra el mantenimiento del vínculo y el derecho del niño a conocer y crecer con sus padres (...). El niño corre el riesgo de ser arrancado de ese ambiente familiar. Esta medida genera inestabilidad y conflicto para el niño(9).

Recurrir a la guarda pre-adoptiva es recurrir a un procedimiento incierto y riesgoso, tanto para el niño, los padres biológicos como para los adoptantes. Se conocen casos y muchos otros no publicados, de frustración de las guardas pre-adoptivas, con efectos perniciosos para todos los involucrados en esa situación, especialmente el niño que ya ha creado vínculos afectivos y psicológicos con la familia guardadora, todo lo cual genera inestabilidad y conflicto para el niño.

Un ejemplo es el caso “*Fornerón*” de la Rca. Argentina, que llegó incluso a instancias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Paraguay no escapa a estos fenómenos, por ejemplo el caso “*Medina Pineda s/ guarda provisoria*” que culminó con la restitución del niño a su madre después de diez años de peripecias judiciales (1998 a 2008).

Finalmente, teniendo en consideración el alto porcentaje de guardas pre-adoptivas que impiden la realización y/o el logro del mantenimiento del vínculo familiar, son numerosos los derechos vulnerados por esta práctica irregular: párrafos 3, 4, 5, 8, 9 y 10 del Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño y los artículos 2, 7-1, 8-1, 9-1, 16-1, 18-1, 21-a, 35. Estos derechos se encuentran recogidos en el Código de la Niñez y adolescencia del Paraguay, como así también en la Ley 1136/97 de Adopciones.

(8) Observaciones hechas por el Comité en su 53 periodo de sesiones del 11 al 29 de enero de 2010.

(9) Rosa M. Ortiz, op. cit., pág. 98.

Reflexiones finales y propuestas

Definitivamente, está comprobado que las guardas pre-adoptivas afectan negativamente a la adopción, lo que indica claramente la necesidad de la Modificación de la Ley de Adopciones, eliminando el apartado 4 del artículo 21 en la parte que expresa: “que haya estado acogido en guarda (...) por más de dos años”, de los adoptantes.

Sin embargo, hasta tanto se logre la modificación de la ley pueden adoptarse ciertas medidas que permitan evitar violaciones a las reglas de la adopción, como las aquí sugeridas:

§ La elaboración de la reglamentación del procedimiento de guarda mediante Acordada de la Corte Suprema de Justicia.

§ Los jueces en el caso de que la guarda solicitada no responda claramente a necesidades transitorias de los padres o parientes, y prevean que razonablemente desembocará en un procedimiento adopción, deben denegar y comenzar inmediatamente el proceso de mantenimiento del vínculo familiar.

§ La larga duración que en la práctica tienen los procesos de adopción, desanima a los interesados de seguir los trámites legales y los lleva a buscar alternativas que no siempre se ajustan a los fines y objetivos tenidos en consideración por el ordenamiento jurídico. Por ello, se debe buscar optimizar la actuación de todos los sujetos e instituciones involucrados en dichos procedimientos. Todas las instituciones e instancias que se vinculan con el niño sujeto del proceso de adopción, deben velar para que, en lo posible, este se defina en la mayor celeridad.

§ Capacitación y formación permanente de jueces, fiscales, defensores de niños tendientes a la aplicación efectiva de los derechos del niño, especialmente los implicados en la adopción, la que debe otorgarse si así permite el interés superior del niño.