**SER NIÑO NO DEBE DOLER**

**Responsabilidad por daños en supuestos de**

**ceses de guardas pre adoptivas**

**Panel:**

**Familia y niños, niñas y adolescentes en situaciones de crisis familiares: Derecho de Familia y Procesal de Familia**

**Autora:**

**Lucía Mognaschi**

**SER NIÑO NO DEBE DOLER**

**Breve síntesis**

*Nuestro ordenamiento jurídico no ha regulado supuestos de cese de guarda pre adoptiva ni, mucho menos, las consecuencias derivadas de ello. La labor de la jurisprudencia ha contribuido a llenar vacíos legales recurriendo a la aplicación analógica de la figura del progenitor afín para así imponer una obligación alimentaria a ex guardadores en supuestos de cese de guardas pre adoptivas. Considero, sin embargo, que la solución encontrada no da respuesta suficiente al daño sufrido por niñas, niños y/o adolescentes que atraviesan una situación semejante. En efecto, la obligación alimentaria tiene como íntima función la de responder a necesidades de subsistencia, habitación, vestido y asistencia médica. El centro de interés de la responsabilidad por daños, en cambio, no sólo se centra en el patrimonio sino también – y fundamentalmente – en la persona. Aún teniendo en cuenta que todo proceso de adopción conlleva cierto riesgo de fracaso, y siendo que el interés superior del niño debe primar toda decisión, entiendo factible recurrir a la responsabilidad por daños en supuestos de cese de guardas pre adoptivas.*

**Introducción**

Es dable referir que nuestro ordenamiento jurídico no ha regulado supuestos de cese de guarda pre adoptiva, así como tampoco las consecuencias derivadas de ello.

Al momento de ahondar en las causas de dicha falta de regulación, la respuesta es clara: el fundamento de la adopción es la voluntad tanto de pretensos adoptantes como de, en su caso, futuros adoptados, por lo que debe resguardarse esa plena y libre expresión de conformidad. Lo contario, se esgrime, podría generar disminución de personas dispuestas a asumir dicha responsabilidad, lo que repercutiría directamente en niños, niñas y adolescentes que ven cómo el goce del derecho a una vida familiar se prolonga en el tiempo hasta llegar, en algunos casos a desvanecerse.

En este sentido, entonces, se entiende que el cese de la guarda pre adoptiva por voluntad de los pretensos adoptantes no implicaría sino el ejercicio regular del derecho y, consecuentemente, la consagración de la libertad de consentir.

Ahora bien, qué es lo que sucede cuando el modo en que se ejerce ese derecho ocasiona daños susceptibles de reparación.

**Labor jurisprudencial**

A los fines de comenzar a abordar el tema, cabe destacar la labor proactiva de los jueces que, a falta de regulación legal, han echado mano a las herramientas disponibles en el ordenamiento jurídico a los fines de dar una solución en el caso concreto, priorizando el respeto y consagración del interés superior del niño por sobre cualquier otro.

En general, la jurisprudencia[[1]](#footnote-1) refiere a la aplicación analógica de la figura del progenitor afín a los fines de fundamentar la imposición de una cuota alimentaria a ex guardadores, a pesar de la inexistencia de vínculo jurídico que brinde andamiaje a la pretensión alimentaria.

Se ha fundamentado que el concepto de familia no comprende únicamente a quienes se encuentran unidos mediante vínculos jurídicos, sino que también se incluyen a personas vinculadas a los niños por medio de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, familia ampliada o de la comunidad. El progenitor afín surge en el ámbito de la familia ensamblada. En cooperación con su pareja, tiene el deber de cuidado del niño del otro en el ámbito doméstico y su obligación alimentaria es de carácter subsidiario, cesando en caso de disolución del vínculo conyugal o finalización de la convivencia.

En caso de que la ruptura pudiera generar un cambio de situación capaz de generar un daño al niño y/o adolescente, de haber contribuido a asumir los gastos del hijo del otro, se puede fijar una cuota asistencial a cargo del progenitor afín, de carácter transitorio, siendo el juez quien definirá su duración. En este último punto se asientan los juristas al fundamentar sus resoluciones.

Tal como se observa, los tribunales han considerado que el camino adecuado en pos de proteger los derechos de los niños ante el cese de guardas pre adoptivas es exigir a quienes se constituyeron como sus guardadores, con la intención de emplazarlos en el estado de hijos, el cumplimiento de una obligación alimentaria. Nada se dice respecto de la responsabilidad por daños y, consecuentemente, la posibilidad de resarcir el daño causado.

Sin perjuicio de que el obrar jurisprudencial no puede sino considerarse como un avance hacia el reconocimiento y consagración de los derechos del niño, cabe preguntarse: ¿basta con la fijación de una cuota alimentaria – que tiene como íntima función la de responder a necesidades de subsistencia, habitación, vestido y asistencia médica - a cargo de los ex guardadores en supuestos de cese de guardas pre adoptivas a los efectos de paliar los daños sufridos por los niños, o debe acudirse al resarcimiento de los daños? ¿o a ambos?

**Responsabilidad por daños: factibilidad de aplicación**

A fines de adentrarnos en el desarrollo de la factibilidad de la aplicación de responsabilidad por daños en supuestos de cese de guardas pre adoptivas, es menester realizar un breve análisis respecto de los presupuestos de la responsabilidad por daños, lo que nos permitirá determinar si, en definitiva, debe admitirse o rechazarse el planteo que se trae a colación.

1. **La antijuridicidad: el obrar contrario a derecho**

En el marco del paradigma de la responsabilidad como crédito, la antijuridicidad, como requisito necesario al momento de responder por el daño causado, ha perdido relevancia. En efecto, al centrarse la atención en la víctima, el fenómeno resarcitorio encuentra su esencia en el daño resarcible y no ya en el acto ilícito.

En este sentido, la antijuridicidad ya no se identifica con la ilegalidad – carácter formal- sino con su sentido material, vinculándose con el ordenamiento jurídico de manera integral: no sólo es antijurídica la vulneración de una prohibición expresa, sino también la contradicción de los fines del ordenamiento jurídico.

El Nuevo Código Civil y Comercial establece que la acción u omisión dañosa es considerada antijurídica, a excepción de que se encuentre justificada. En relación a ello, se admite que el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa, fuerza mayor, el hecho del damnificado o de un tercero que interrumpe total o parcialmente el nexo de causalidad, y el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no implique una cláusula abusiva, constituyen causas de justificación.

Teniendo en consideración que la guarda pre adoptiva encuentra su asiento en la manifestación libre y plena por parte de los pretensos adoptantes, el desistimiento del proceso no implicaría más que el ejercicio regular de un derecho.

 Ahora bien, el modo en que se ejerce aquel derecho puede determinar que, una situación que en abstracto es considerada como lícita, en el caso en particular devenga en ilícita. Esto sucede cuando el ejercicio del derecho se efectiviza de manera irregular, incurriéndose en un *ejercicio abusivo*, desaprensivo de los intereses de los adoptados que, en definitiva, deben regir el proceso.

Al abordar la cuestión relativa al instituto del abuso del derecho, debemos poner de manifiesto la importancia del mecanismo en lo atinente a flexibilizar el derecho codificado que, basado en principios de abstracción y generalidad, se asemeja a un ordenamiento estático.

Los derechos subjetivos ya no cuentan sólo con los límites reglamentarios previstos para cada uno de ellos, sino también con uno nuevo de carácter genérico fundado en la manera y oportunidad en que se harán valer.[[2]](#footnote-2)

El articulado del Código Civil y Comercial establece que *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (…)”[[3]](#footnote-3)*.

En este sentido, el ejercicio de un derecho será considerado regular cuando no sea ejercido de manera abusiva, y lo será de esta forma cuando, al momento de llevarlo adelante, se incurra en algunos de los criterios que se especifican en el segundo párrafo del articulado. En tal caso, el ejercicio del derecho será considerado *irregular* y la conducta, *ilícita*.

Siendo que la guarda pre adoptiva se orienta a brindar cuidado y protección a los niños, niñas y/o adolescentes, con el fin de consolidar una relación paterno filial entre estos y los pretensos adoptantes, la manifestación de voluntad orientada a cesar la guarda, expresada de manera *intempestiva, sorpresiva*, constituiría un ejercicio irregular del derecho.

La jurisprudencia argentina ha considerado que *“la voluntaria asunción del rol de guardadora por parte de la recurrente no puede ser dejada de lado unilateralmente y de forma intempestiva por esta a través del alejamiento físico de la niña, ya que tal investidura debe ser asumida con responsabilidad, pues la guardadora constituyó en ese período de tiempo un pilar trascendental en la vida de la niña y, si se permitiera sin más que las figuras que cimientan la vida de los niños y adolescentes cumpliendo roles vitales para estos queden sujetos a la simple voluntad de quienes asumen dichas funciones, ello importaría desconocer el interés superior de los más vulnerables”*.[[4]](#footnote-4)

Cabe destacar que, en caso en caso de incurrirse en un ejercicio irregular del derecho a la libre manifestación de voluntad en orden a dar por finalizada la guarda pre adoptiva, establece el artículo número 10 del mencionado Código Civil y Comercial que, en dichos supuestos, *“el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”*.

Claro está que deberá analizarse el caso en particular para meritar el ejercicio regular o irregular del derecho a cesar, por propia voluntad, la guarda pre adoptiva. Sin embargo, los arriba mencionados serán los parámetros para analizarlo.

1. **El daño en supuestos de cese de guardas pre adoptivas**

El daño constituye el concepto sobre el cual gira la responsabilidad civil. Como elemento, ha sido relegado en la concepción de la responsabilidad como deuda, para luego emerger y posicionarse en lo más alto de los estudios de la materia.

Cuando el derecho comenzó a poner énfasis en la víctima, la idea de reparación se ubicó por sobre la de castigar, y el daño se constituyó en el centro de gravitación de la responsabilidad.

En lo que refiere al daño extrapatrimonial en la responsabilidad por daños intrafamiliar, la jurisprudencia ha sido conteste en hacer prevalecer su resarcimiento por sobre el daño material. Puede que ello encuentre justificación en su consideración *in re ipsa*, es decir, que acostumbra a suceder como consecuencia del acaecimiento del hecho ilícito. Específicamente en lo que respecta al cese de la guarda pre adoptiva, de acuerdo a lo expresado por profesionales, en los niños y/o adolescentes *“su repercusión y su reacción dependerán no sólo de la edad sino de sus características de personalidad, de la etapa de su desarrollo emocional en que se encontraban cuando ocurrió la pérdida, del ambiente y del cuidado que ha recibido, de la falta de contención de las privaciones que vivió, así como también de sus posibilidades expresivas. El niño al ser devuelto, revive la situación de abandono, de no ser querido y reconocido”*.[[5]](#footnote-5)

1. **Los factores de atribución**

A los fines de que el perjudicado pueda reclamar una indemnización por el perjuicio sufrido, es necesario que, además de la existencia de un hecho dañoso y antijurídico, confluya el factor de atribución.

En lo que respecta a los supuestos de ceses de guardas pre adoptivas capaces de generar responsabilidad por daños, considero que se requieren factores de atribución subjetiva.

Como agravante, deberá valorarse la conducta de acuerdo a lo establecido en el artículo 1725 del Código Civil y Comercial en cuanto a que mayor es la diligencia exigible y la previsibilidad de las consecuencias, mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

1. **La relación de causalidad**

A pesar de lo hasta aquí mencionado, la acción antijurídica no es punible si entre el hecho imputable y el daño no existe una relación de causalidad.

El Nuevo Código Civil y Comercial ha seguido el criterio de la causalidad adecuada y, en tal sentido, sólo serán *“reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño”*.[[6]](#footnote-6)

Es por dicho motivo que, de aceptar la aplicación de la responsabilidad por daños en supuestos de cese de guardas pre adoptivas, sólo se indemnizará aquel daño que, en el caso en concreto, aparezca vinculado mediante un nexo adecuado con el modo en que se produjo el desistimiento.

 **Propuesta**

Sin perjuicio de la importancia del obrar jurisprudencial, que ha logrado llenar vacíos legales con el fin último de garantizar la efectividad de los derechos de niñas, niños y/o adolescentes que atraviesan por ceses de guardas pre adoptivas, considero que no debe soslayarse la naturaleza y fin último de la obligación alimentaria: responder a necesidades de subsistencia, habitación, vestimenta y asistencia médica.

Entendiendo al interés superior como la pauta de interpretación maximizadora de los derechos, sólo la responsabilidad por daños emerge como respuesta capaz de brindar una reparación plena e íntegra.

Sin perjuicio de lo expuesto, siendo que el consentimiento libre y pleno es la base por sobre la que se asienta el proceso, considero que *sólo* un ejercicio abusivo, irregular del derecho – tal como un cese intempestivo – y la configuración de un daño, piedra de toque de la responsabilidad, abrirían las puertas a su aplicación. Lo contrario podría contribuir a la penalización de la libertad de manifestación de la voluntad.

Por su parte, cabe referir que, al no contar con previsión legal vigente, la concreción de la propuesta aquí esgrimida dependerá del rol del funcionario judicial y del modo en que utiliza las herramientas jurídicas disponibles. Y es que cuando la interpretación judicial contempla el interés superior, éste se convierte en herramienta capaz de alimentar la progresividad legal.

Sólo una respuesta plena e integral frente al daño sufrido permitirá la máxima satisfacción de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.-

1. “L.,M.A. y otro s/ adopción” Sala I C, C y C San Martín, 29/09/15 – “A.O.E. s/ vulneración de derechos” Sala II Cam Apel CyC Morón, 12/07/16 – “S., M.V. s/ materia a categorizar” Sala III Cam Apel C y C Mar del Plata, 29/11/2016.- [↑](#footnote-ref-1)
2. PRIETO MOLINERO, Ramiro “El abuso del derecho y las relaciones de consumo”, en “PICASSO, Sebastián y VAZQUEZ FERREYRA, Roberto “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada”, Buenos Aires, La Ley, 2011, Pág. 132.- [↑](#footnote-ref-2)
3. Código Civil y Comercial de la República Argentina, artículo 10.- [↑](#footnote-ref-3)
4. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, 29/11/2016 – “S, V.M. s/ materia a categorizar”.- [↑](#footnote-ref-4)
5. ABRAHAM DE CÚNEO, Lidia, “Devolución de niños adoptados. Enfoque Psicológico”, en “VIII Jornadas Regionales, V Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción”, Mendoza, 2011.- [↑](#footnote-ref-5)
6. Conf. Art. 1726, Código Civil y Comercial de la República Argentina.- [↑](#footnote-ref-6)