

El régimen jurídico de la adopción: cuestiones de fondo

González de Vicel, Mariela

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 , 93 • LA LEY 2015-C

Sumario: 1. Introducción.— 2. Disposiciones generales.— 3.-Situación de adoptabilidad.— 4. Los tipos adoptivos.— 5. Efecto temporal de la sentencia

Cita Online: AR/DOC/1298/2015

Voces

1. Introducción

En la tarea de analizar la nueva legislación en un tema que sigue siendo sensible a la ciudadanía por las múltiples facetas que contempla, por su estrecha relación con los derechos fundamentales de los ciudadanos, y porque la adopción como fuente de nacimiento de lazos jurídicos no comienza ni finaliza con la sentencia que emplaza en determinado estado jurídico, emprendemos el comentario siguiendo en líneas generales la sistematización del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC).

La decisión guarda relación con dos cuestiones: a) la historia del sistema adoptivo en nuestro país y la mirada constitucional-convencional que demarca su función social y b) el análisis sistémico que el nuevo cuerpo normativo propone y reclama.

En cuanto a la primera, recordemos que la regulación jurídica de la adopción nace como norma especial y complementaria del Código Civil en el año 1948 (Ley 13.252), es modificada en el año 1971 (Ley 19.134) y recién en 1997 con la Ley 24.779 se la anexa al texto del Código Civil. Sin embargo, la regulación de la adopción al sistema normativo no solucionó los múltiples supuestos

fácticos que superaban el marco legal, y fueron constantes los proyectos legislativos para la reformulación de los textos sancionados.

¿Es el mismo interés social el que dio lugar a la primera ley de adopción que el que motorizó las sucesivas reformas? La respuesta es negativa, y obedece a la dinámica propia de las relaciones familiares, pero también a la incidencia que en el sistema jurídico interno tuvo el derecho internacional, en particular los tratados de derechos humanos firmados por nuestro país.

La visibilización de la necesidad de que los niños carentes de cuidados parentales contaran con una familia que les brinde la cobertura de sus requerimientos de desarrollo, y que esa relación jurídica produzca la satisfacción de sus derechos, es entendida como primordial recién a partir de la vigencia del nuevo paradigma de protección integral de derechos que introdujera —al menos desde el punto de vista de las leyes— la Convención de los Derechos del Niño y luego la Ley 26.061.

Esa afirmación se evidencia en el desarrollo del derecho a la identidad, si advertimos que en un principio se avalaba el ocultamiento del origen y luego se dispuso expresamente el develamiento. Algo similar ocurrió respecto del derecho a ser criado en una familia —preferentemente en la de origen— que en una primera etapa del instituto adoptivo estuvo al margen de la consideración jurídica, incluyendo la ausencia de participación de los progenitores biológicos en el proceso anterior a la adopción, transmutada en una fase posterior de citación obligada y una actual de entrevista, aún sin que tengan la calidad de parte.

Desde otra arista, la historia de la adopción muestra un refuerzo del interés del mundo adulto en satisfacer la necesidad de su deseo de hijo muchas veces con descuido de los derechos del propio niño o de sus progenitores, dando lugar a juicios de restitución que constituyen verdaderas tragedias humanas. (1)

El segundo argumento para la estructuración de este trabajo (la perspectiva holística) tiene su soporte en lo que disponen las primeras normas del CCyC. En especial porque se establece un sistema de fuentes para los "casos" que rige, basados en la ley, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos (art. 1) que se interpretan de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (art. 2º) (2), a la par que se consigna la obligación de los jueces de decidir los asuntos sometidos a su conocimiento con fundamentos razonables (art. 3º).

A grandes trazos, adelantaremos que el CCyC comienza definiendo el instituto, seguidamente estatuye los principios que rigen la materia y que sirven de pautas aptas para interpretar las posibles lagunas legales; establece los recaudos exigidos para ser adoptante y poder ser adoptado, regula el nombre del hijo adoptivo, y también enlaza la etapa previa de desprendimiento de la familia de origen con la posterior de emplazamiento en un nuevo grupo familiar. Introduce, por sus caracteres específicos, tres tipos adoptivos y confiere participación en calidad de parte a todos los involucrados en la materia, con especial ponderación de la que le corresponde al niño o niña en función de su edad y madurez.

Dentro de las novedades incorporadas puede señalarse el consentimiento del niño o niña respecto de su propia adopción, y la posibilidad de que el juez pueda mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. También la profundización en todo lo referido al tema de la identidad, mediante la acción autónoma de acceso al origen y sus variantes de posibilidad de información y de registración fidedigna sin afectación del emplazamiento adoptivo.

Abordaremos este instituto señalado que si algo caracteriza al nuevo sistema regulatorio de la filiación adoptiva —consignada en el art. 558 como fuente filial con igual efecto que la derivada de la naturaleza y de las técnicas de reproducción humana asistida— es la porosidad y permeabilidad del sistema, que se estructuró con reglas que no tienen carácter pétreo sino que persiguen dar cabida a la mayor cantidad posible de situaciones para, en definitiva, hacer posible el derecho constitucional a vivir en una familia.

El Libro II regula las Relaciones de Familia a lo largo de ocho títulos, dedicando el Título VI a la adopción (arts. 594 a 637), conforme el siguiente esquema:

image-2

2. Disposiciones generales

El diseño legislativo establece una serie de pautas de orden general que informan todo el sistema adoptivo con el objetivo de dotarlo de coherencia y fijar estándares aptos para que la interpretación de las normas conduzcan al objetivo del instituto: garantizar el derecho a la convivencia familiar a partir de un emplazamiento filial dispuesto por una sentencia judicial luego de un proceso justo.

A ese fin, comienza por definir a la adopción en el art. 594, y en la norma siguiente establece los principios generales que informan su aplicación, pudiendo advertirse el cambio de eje que aparece la consideración de la persona del niño o niña como punto de partida del sistema en todos ellos. También la apuntada prioridad aparece cuando se dispone en primer lugar quienes pueden ser adoptados, y cómo se resuelve la pluralidad de filiaciones —adoptivas y/o biológicas— para recién luego regular las condiciones requeridas a los adultos para ser adoptantes.

El CCyC introduce reglas de corte procesal en todo su articulado, pero en el especial tema de la adopción lo hace estableciendo plazos determinados que configuran una unidad reglamentaria para todo el país. Establece que el magistrado deberá tomar decisiones vinculadas con el derecho a la convivencia familiar en la familia de origen —y ulteriormente en la que pretende su adopción— en esos plazos prefijados, lo cual reduce la incidencia que el factor "tiempo" produce en la vida cotidiana de las personas menores de edad privadas de cuidados parentales, o cuando se cuestionan los ejercidos. Esta política legislativa se replica en las normas que establecen los plazos para la selección de los pretensos adoptantes (art. 609 inc. c) y en la equivalencia que se confiere a la declaración de situación de adoptabilidad con la privación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 610), impidiendo de ese modo un nuevo proceso que sólo irrogaría un desamparo superior en la persona menor de edad.

Se prioriza el factor tiempo cuando se dispone que, dictada la sentencia que declara al niño o niña en situación de adoptabilidad y seleccionada/s las persona/s que se desempeñarán como adultos proveedores de cuidados parentales, y oído el niño o niña, no es necesario un proceso autónomo para discernir la guarda con fines de adopción, sino que la actividad jurisdiccional se limita al dictado de una resolución que la dispone y por un plazo que no puede ser superior a los 6 meses (arts. 612 y 613). Caen bajo esta línea argumentativa de reducción de tiempos de procesos en desmedro de derechos, las normas procesales que fijan los órganos competentes y que en la jurisprudencia nacional irrogaron dilaciones temporales de envergadura, que jugaron en contra de los derechos de los principales involucrados (arts. 612, 615, 716).

Establecer términos perentorios implica recortar del mundo de los plazos procesales la vida real de una persona en crecimiento, sustraerla a los tiempos de otros para regresarle su propio tiempo vital. Lo que en términos jurídicos importa dirimir los hechos y el derecho en plazos razonables, en la vida de un niño puede implicar pasar de un presente determinado a uno posible, de un "aquí y ahora" ominoso a uno de dignidad.

De allí la ponderación que hacemos de las disposiciones contenidas en los arts. 607 incs. a, b, y c que regulan las posibles situaciones que dan lugar a la adopción en virtud de la desmembración familiar y su apartado final, donde consagra el deber para el juez de resolverlas en un plazo máximo de noventa días.

Los órganos administrativos también son compelidos por el derecho sustancial, pues el art. 607 establece en dos apartados situaciones que pueden originar la declaración de adoptabilidad (inc. a: orfandad o filiación ignorada e inc. c: adopción de medidas de excepción tendientes a la permanencia en la familia de origen, o ampliada sin resultado positivo) y fija para cada una de ellas plazos perentorios (30 y 180 días, respectivamente). Esta solución legal se encuentra en sintonía con lo resuelto por la CSJN cuando extendió a la Administración el deber de ajustar su actividad a plazos razonables en los siguientes términos: "el derecho a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones previas resulta un corolario del derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional(...) cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento pueda erigirse en óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8º de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial", aclarando expresamente que esa solución se hacía extensiva a: "todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales". (3)

La garantía de plazo razonable es exigible en materia penal, civil, laboral, o de cualquier carácter (arts. 1º, 2º, 8º, 25 C.A.D.H.). La Corte IDH en su función jurisdiccional expresó que "en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades" (4), y la aplicación obligatoria de esta jurisprudencia emana del art. 1º del CCyC, aunque no se derive de un caso que afecta de manera directa a nuestro país.

El protagonismo del niño, niña o adolescente también emerge de las reglas que le confieren calidad de parte como la alojada en el art. 608 o el 617 inc. d —que se vincula con lo dispuesto en el 634 inc. i cuando regula la nulidad de la adopción obtenida en violación a aquella norma— que dispone la obligatoriedad de que el niño preste el consentimiento de su propia adopción.

2.1. Concepto (5)

El CCyC establece una noción de esta fuente filial, lo cual no es ajeno a lo que ocurre en otros sistemas legislativos regionales, como es el caso de Paraguay, Chile, Colombia, Venezuela o Perú, y fue también plasmado en los proyectos legislativos que precedieron al texto vigente. La opción legislativa obedeció a la necesidad de reducir la discrecionalidad judicial.

El art. 594 postula a la adopción como una institución reconocida para proteger un derecho determinado: a la vida familiar en condiciones apropiadas para el más amplio ejercicio de los derechos titularizados por las personas menores de edad.

Dice la norma: "La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen, excepto lo dispuesto en el art. 632 inc. f)".

Se hace referencia al desarrollo en "una" familia con la cual podrá (familia extensa) o no (pretensos adoptantes) tener vínculo de parentesco originario.

El derecho humano de los niños a conocer a sus padres y ser criados por ellos (arts. 7º, 8º y 9º CDN) no reviste carácter absoluto, y bajo determinadas circunstancias puede ser válidamente desplazado. Ese esquema impone que la actuación administrativa y la judicial en supuestos de vulneración de derechos, se enmarque en un trabajo coherente con medidas eficaces, cuya finalidad sea procurar que la convivencia familiar en la familia de origen sea posible, puesto que la separación es una medida excepcional (OC N° 17, párrafos 71-77 y 88, y Ley 26.061, art. 7º). El fundamento de esa separación serán las situaciones de extrema gravedad como violencia, abuso, negligencia y otras formas de maltrato que no fueron revertidas.

El CCyC mantiene la postura legislativa por la cual la adopción hace nacer el vínculo a partir de una sentencia judicial, con la salvedad que indica "conforme las disposiciones de este Código". Ese párrafo del art. 594 obedece a una profunda innovación que se introduce en el art. 621 por el cual se determina la facultad judicial de respetar, modificar o crear consecuencias jurídicas con algunos o varios miembros de la familia adoptiva o de origen —nuclear y ampliada— y es el derecho a la identidad el fundamento de la inclusión de esa amplia y novedosa disposición.

2.2. Principios (6)

Los lineamientos de carácter general e integrador que se introducen en el art. 595 son directrices o mandatos dirigidos fundamentalmente a los operadores jurídicos —no tan sólo a los jueces —, demarcatorios de todas las acciones estatales desplegadas para hacer real el derecho a la vida familiar en condiciones adecuadas. Señala Dworkin que son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia. (7)

Constituyen una novedad ingresada a la regulación jurídica de la filiación adoptiva, aunque muchos de ellos se aplicaron en el tratamiento de los casos concretos —en ocasiones, aisladamente, y justificando situaciones de hecho previas que poco tenían que ver con el respeto de los derechos titularizados por los niños o sus adultos responsables (8)— y si bien se establecen a lo largo de seis incisos, es importante poner de resalto que no tienen un orden jerárquico ni se anulan unos a otros, sino que constituyen una herramienta de ponderación ante la tensión de derechos que puedan aparecer como contradictorios.

En los fundamentos del CCyC la Comisión redactora señaló: "...es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un dialogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores".

2.2.1. Interés superior del niño (art. 595 inc. a)

Esta directriz constituye uno de los cuatro principios liminares que consagró la C.D.N. (junto con el de no discriminación del art. 2º, el de participación de los arts. 5º y 12, el de derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del arts. 6º).

Se trata de un verdadero principio de derecho, al que Cillero Bruñol categorizan como principio garantista (9) y en el derecho interno aparece reglado en varias normas, entre ellas la Ley 26.061 (art. 3º) y las leyes provinciales de infancia.

Aparece particularmente enfatizado en la C.D.N. cuando el tratado reconoce distintas manifestaciones del derecho a vivir en familia, contemplando entre otros modos alternativos al cuidado y la crianza en el grupo de origen a la adopción (arts. 20 y 21) e indica que los Estados que admiten este sistema cuiden que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y no una consideración más.

Al juzgar sobre el interés superior del niño, niña y adolescente, no es la voluntad de quien resuelve lo que conceptualiza en qué consiste, ni mucho menos puede sostenerse que se trate de una noción de contenido indeterminado. En todo caso encierra una fórmula amplia de textura abierta que "no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso...", las que deberán ser razonablemente explicadas al resolver sobre los derechos esgrimidos. (10)

Es preciso considerar que uno de los estándares constitucionales que la CSJN estableció es que "La atención principal al interés superior del niño a que alude el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño". (11)

En apretada síntesis, y puntualmente relacionado con la adopción, puede sostenerse que se satisfará esta exigencia constitucional si se determina con sustento en los hechos y en las pruebas aportadas, desechando argumentos hipotéticos o conjeturales, cuáles son los derechos que se resguardan y en la mayor medida en que ello sea posible, o —por el principio pro homine— cómo se afectan en menor cantidad o con gravamen disminuido algún o algunos derechos que titularizan los niños, niñas y adolescentes, y las razones para que deba resolverse de ese modo. Cabe agregar que esta pauta debe ser considerada junto a los otros principios rectores del instituto contenidos en el art. 595.

2.2.2 La identidad: un derecho y un deber correlativo y exigible (art. 595 inc. b)

El derecho a la identidad reviste particular importancia en nuestro país. Su desarrollo fue exponencial y excede los límites de este trabajo su tratamiento. En particular sostenemos que su

reconocimiento y protección atraviesa toda la arquitectura del nuevo texto legal, con pautas precisas para todas las fuentes que dan lugar a emplazamientos filiales (naturaleza, técnicas de reproducción humana y adopción).

El CCyC contempla en la regulación de la filiación adoptiva una consideración especial en lo que hace a las dos facetas que la conforman, según la tradicional disquisición de Fernández Sessarego. (12) Esta afirmación se verifica en lo tocante a los lazos afectivos generados —identidad en su aspecto dinámico— en los arts. 611 (excepción a la prohibición genérica de la validación de la guarda de hecho cuando se verifique el parentesco entre el pretenso guardador y los progenitores), la posibilidad de mantener vínculos jurídicos en el caso de la adopción plena o de crearlos en la simple (art. 621), la de convertir la adopción simple en plena (art. 622), o la posibilidad de mantener régimen comunicacional con miembros de la familia de origen (art. 627). Se visualiza también al reconocerse que la adopción de integración mantiene siempre el vínculo con el progenitor biológico cónyuge o conviviente del adoptante (art. 630), y al concederse la posibilidad de recurrir al art. 621 si el niño tiene doble vínculo filial (art. 631).

Desde la otra arista vinculada a la identidad, se protege la estabilidad del nombre del niño o niña, promoviéndose el respeto del prenombre y sólo excepcionalmente autorizar su modificación (art. 623), la conservación del apellido de origen aún en el supuesto de la adopción plena, con especial valoración de la opinión del adoptado (art. 626 inc. c y 627 inc. d para la adopción simple), y la posibilidad de conservar el apellido adoptivo en caso de revocación de la adopción simple (art. 628).

También en normas que regulan situaciones particulares que se fundan en los vínculos generados a partir del ensamble adoptivo, como la prevista en el art. 604 (adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial), 605 (adopción conjunta en caso de fallecimiento de alguno de los adultos guardadores, trátase de matrimonio o unión convivencial) y 606 (adopción del tutor a su pupilo, que conlleva en principio un deber de convivencia y despliegue de las funciones parentales).

2.2.3. Imposibilidad de permanencia en la familia de origen (art. 595 inc. c)

En nuestro país garantizar el derecho de los niños y niñas a la vida familiar, importa una actividad estatal subsidiaria una vez detectadas falencias en el despliegue de las responsabilidades de los progenitores. El art. 10 de la ley 26.061 reglamenta los derechos a la vida privada e intimidad de y

en la vida familiar, estableciendo la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales, a la par que designa dentro del derecho a la identidad el conocimiento de los padres y el derecho a ser cuidado por ellos. Bajo ese sistema (que se deriva de los arts. 3º, 4º, 5º, 7.1, 8.1, 9º y 19 CDN), toda restricción impuesta por el Estado deberá ser ajustada a las reglas del debido proceso, y ser ejercitada en la porción más ínfima posible en función de la situación fáctica y los derechos afectados.

El CCyC obliga a transitar bajo pautas de debido proceso —es decir, con posibilidad de acceso a la justicia de todos los involucrados— una vía de naturaleza administrativo-jurisdiccional (13) en la que se elabore y lleve a cabo una estrategia particular de re-estructuración de las funciones parentales, si ello es posible. Se desarrollará con o sin convivencia del o los niños con sus progenitores, pero en todo caso, deberá contemplar estrategias de fortalecimiento familiar, transacciones exigibles a los adultos responsables, revisión periódica de las acciones implementadas y pretendidas, y garantizar satisfacción de necesidades básicas que pudieran estar coadyuvando en la omisión de los deberes a cargo de los adultos responsables primarios.

Implementado el diagrama de fortalecimiento de la función parental con políticas y programas integrales y transversales, sin éxito en un plazo razonable —fijado de antemano— la autoridad de aplicación tendrá por agotada la estrategia y la situación podrá ser considerada dentro de las fijadas en el CCyC (art. 607 inc. c) en el plazo máximo de 180 días que coincide con el término establecido en la Ley 26.061. (14)

2.2.4. Los vínculos fraternos (art. 595 inc. d)

Como adelantáramos, este principio tiene soporte en el derecho a la identidad de los niños, nacido a partir de los vínculos derivados de la naturaleza. Consagra el mantenimiento de ellos desde un doble aspecto: jurídico y relacional, a partir de que deberá procurarse la adopción conjunta de todos los hermanos por los mismos adoptantes, o preservar el lazo jurídico en los términos del art. 621. En uno y otro caso se busca garantizar la continuidad del trato fraterno. Como todo derecho, no reviste carácter absoluto y puede ser pasible de no admisión cuando existan motivos de peso que hagan inadecuado para los derechos de algunos de los menores de edad involucrados aplicarlo de manera irrestricta. Todas las especiales situaciones que se susciten serán ponderadas al momento de dictarse la sentencia de adopción, que sopesará el deseo de los niños involucrados y las posibilidades del mantenimiento o no de los vínculos jurídicos entre los hermanos.

La ley establece que es posible apartarse del principio general, pero el magistrado deberá dar fundamentos razonables conforme los antecedentes fácticos del porqué de dicho apartamiento (art. 595.d. último párrafo), y atendiendo no a las pretensiones de los adultos, sino al interés y deseo de los principales sujetos: los niños.

2.2.5. Derecho a conocer los orígenes (arts. 595 inc. e y 596)

El régimen derogado disponía como deber para los adoptantes hacer conocer al hijo su realidad biológica (art. 321 inc. h), quedando en la esfera de la decisión de los adultos profundizar acerca de las circunstancias particulares en que el desprendimiento de la familia de origen se había producido, así como otros datos que pudieran ser de su interés.

Al hijo adoptivo, por su parte, se le posibilitaba el acceso directo recién a partir de los 18 años, es decir, desde su mayoría de edad y cuando ya no estaba bajo la responsabilidad parental de los adoptantes. (15) Reconocía la posibilidad de acción de filiación al adoptado pleno con el único fin de acreditar los impedimentos matrimoniales (art. 327).

El CCyC innova reconociendo en el acceso al conocimiento al origen un principio que deberá regir en situaciones dudosas —es decir, como pauta interpretativa favorable a la posición de quien pretende ejercerlo— pero además establece una posibilidad más concreta y de mayor amplitud en el art. 596. Allí dispone que cualquier persona que detente un emplazamiento adoptivo podrá, en cualquier momento, acreditando edad y madurez suficiente, conocer los antecedentes obrantes en el sistema estatal (administrativo y judicial), vinculados con su historia de origen y su biografía anterior a la inserción adoptiva.

La nueva fórmula legal reemplaza el acceso al expediente por la posibilidad de compulsar "registros", que abarca todo tipo de información sensible y relevante. Se conecta así con el derecho a la verdad y a la posibilidad de integrar la identidad, si ella aparece como incompleta para el adoptado.

La porción final del art. 596 se establece que: "además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada". Se establece así, una distinción entre el acceso a la información sobre el origen contenida en los expedientes y los registros, y una

acción autónoma (innominada) tendiente a conocer los orígenes cuando ellos no consten en los registros. Podría apelarse a ella en los supuestos del art. 607 inc. a (sin filiación establecida), pero también cuando el emplazamiento biológico fue sólo de uno de los progenitores, o para conocer acerca de la existencia de otros parientes, o si se duda del emplazamiento por reconocimiento paterno, etc.

Sin embargo, el legislador no se desentiende de las implicancias subjetivas de esa decisión y admite que el juez pueda, como facultad, disponer la intervención de un equipo interdisciplinario para colaborar con la persona menor de edad. Ello será más necesario si el niño comparece sin la asistencia de sus representantes legales (los padres adoptivos) pues estaría sugiriendo un conflicto de intereses en ese punto.

Esta acción se reconoce —en tanto no contiene limitación alguna y cobra virtualidad del principio en comentario— en todos los tipos adoptivos, a diferencia de la establecida en el art. 594, que sólo procede para la adopción plena autorizando el reconocimiento posterior o la acción de emplazamiento para reclamo alimentario o sucesorio, sin afectar el vínculo creado con la adopción.

2.2.6. Derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta (art. 595 inc. f)

El CCyC reconoce las personas menores de edad la progresividad de ejercicio de derechos hasta la completa autonomía personal. En el tema de la adopción se traduce en que se parte de un primer estadio donde el niño o niña con independencia de su edad y cuando deba tomarse una decisión que lo involucre, debe ser escuchado, hasta uno más intenso dado por el consentimiento de su propia adopción.

No se fija una edad determinada para que se ejerza el derecho a ser oído como sinónimo de escucha personal, sin perjuicio de los otros aspectos que involucra, y que sí tienen determinados recaudos etarios (como la posibilidad a los adolescentes de ser tenidos como parte procesal — arts. 25/26, 608, 617— o prestar el consentimiento para la propia adopción —arts. 595 inc. f, 617 inc. d y 634 inc. i—.

El ejercicio de este derecho por parte del niño o niña de cuya adopción se trata, requiere de un interlocutor dispuesto a oír, actividad humana que conlleva un entrenamiento especial para el cual

no todos los magistrados se encuentran preparados. En ese sentido, resulta una herramienta de suma utilidad la que el mismo Código coloca a disposición de los jueces en el art. 706 inc. b, esto es, requerir un apoyo para el despliegue de su deber de otras ciencias como la psicología o el trabajo social.

2.2.7. El consentimiento para la propia adopción (art. 595 inc. f y 617 inc. d)

Constituye una novedad en el sistema adoptivo. (16)

La exigencia de requerir el consentimiento al niño mayor de 10 años subsume dos finalidades: 1) respeto de la dignidad y la identidad de la persona menor de edad y 2) prevención del fracaso de la inserción adoptiva.

La legislación tuvo en cuenta el principio de realidad, en tanto es creciente el número de niños en condición de adoptabilidad que superan la primera infancia (más de 2 años), y decreciente los que se encuentran por debajo de esa franja. Esa circunstancia implica el desarrollo de vínculos previos que no pueden ser aniquilados sin costo personal para el sujeto más importante de la relación jurídica, sobre los que debe expresarse con libertad. Pero también como modo de prevenir supuestos de "reintegro" de niños por fracaso en la generación de vínculos con la familia de pretendidos adoptantes al no haber considerado que el niño o niña puede no desear la inserción en una familia distinta a la de origen, o en la de los pre adoptantes seleccionados.

Consentir la adopción —o negarse a ser hijo adoptivo (17)— conlleva el ejercicio de una decisión personalísima que será producto de un conocimiento exhaustivo de las implicancias y efectos de la filiación que se pretende, que se incrementa cuando mayor es la edad del niño y más profunda su conciencia de las circunstancias personales.

Es, en definitiva, la consideración del niño como sujeto que expresará su voluntad libre e informada.

El art. 617 inc. d) establece que "el pretense adoptado de más de diez años debe prestar su consentimiento expreso", y el 634 inc. i) sanciona con nulidad absoluta la adopción obtenida con "la falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado".

A diferencia de lo que ocurre con el ejercicio del derecho a ser oído, en cuyo despliegue el pretense adoptivo puede opinar no compartiendo algún tema en particular, y el judicante, no obstante, podrá apartarse fundadamente de ello, en el caso del consentimiento, su falta impone el rechazo del emplazamiento adoptivo.

El consentimiento del adoptivo surgirá como producto de ese proceso, pues se trata de una manifestación de voluntad meditada que emerge a partir de contar con la información necesaria para poder decidir sobre la opción que se le presenta, y que se complementa con la experiencia que dejó en el niño el tránsito por el período de guarda.

Realizando una comparación entre las disposiciones generales derogadas y las actuales se visualiza en el siguiente cuadro comparativo:

image-2

image-2

2.3. Sujetos involucrados en la adopción

Coherente con la decisión de incorporar la definición del instituto y las pautas generales que lo regirán, se reordena el tratamiento de quienes intervienen en este sistema de emplazamiento filial, receptando las críticas que la doctrina había hecho a los arts. 311 y 312. Respecto de los adoptantes, se separan los requisitos exigidos de las prohibiciones, a diferencia de lo que ocurría en el art. 315 que reglaba promiscuamente ambas cuestiones y remitía a otras normas.

En los arts. 597 y 598 se establecen las condiciones para ser adoptado y la solución legal para la pluralidad de adopciones. Además de una corrección en el lenguaje (sustituyendo el término "menores" por "personas menores de edad" o "estado" por "posesión de estado"), y el mantenimiento del requisito de la minoría de edad, se requiere la declaración de situación de adoptabilidad o privación de la responsabilidad parental, pues para hacer nacer el vínculo

adoptivo es imprescindible que no se cuente con emplazamiento previo o se haya extinguido por razones legales (principio de doble filiación del art. 558).

Excepcionalmente se admite emplazamiento adoptivo de quien es mayor de edad o se emancipó —por matrimonio— para la adopción de integración y en caso de posesión de estado de hijo en la menor edad. Estas condiciones deben estar cumplidas a la fecha en que se dicta la sentencia de guarda con fines de adopción (arts. 614 y 618).

En el art. 598 se contempla autónomamente el tipo de vínculo que crea la sentencia respecto de los hijos anteriores del o los adoptantes, igualando el tratamiento con independencia que sean biológicos, nacidos por TRHA o adoptivos. El sistema anterior contemplaba el parentesco filial sólo entre hijos adoptivos por adopción simple (art. 329 Código Civil derogado). No posibilitaba la creación de vínculo entre los adoptivos y los descendientes biológicos, debido a los acotados alcances de la adopción simple, limitados a crear parentesco entre padres e hijos adoptivos.

Los efectos derivados del parentesco entre hermanos a partir de la adopción serán de orden alimentario (art. 537 inc. b), sucesorio (según los arts. 2424, 2438, 2439 y 2440 adquieren vocación hereditaria) a la par que nacen determinadas restricciones como la que les impide conformar una unión convivencial (art. 510, inc. c), o en el caso del impedimento matrimonial dirimente de parentesco (art. 403, inc. b del CCyC).

Con relación al derecho a la vida familiar como eje central del instituto de la adopción, se regula la posibilidad de adopción posterior a una filiación adoptiva que cesa durante la minoría de edad de la persona (art. 599, último párrafo). Las causales de extinción del emplazamiento son: fallecimiento del o los adoptantes, nulidad de la adopción o sentencia de privación del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 610, 699, 700, 703).

Las condiciones para ser adoptados que se mantienen y las que varían se pueden ver en el siguiente esquema:

En los arts. 599 y 600 se enumeran los requisitos que deberán reunir los pretensos adoptantes, sin perjuicio de algunas particularidades que se señalan en otras normas. Son recaudos de índole positiva, mientras que los que obstan la pretensión adoptiva se condensan en el art. 601.

El art. 4º de la ley 13.252 primero, el art. 2º de la ley 19.134 luego, y finalmente el art. 312 del Código derogado, explicitaban que nadie podía ser adoptado (simultáneamente agregó la Ley 24.779) por más de una persona, salvo que los adoptantes fueran cónyuges.

En una disposición autónoma (art. 602), y debido a que el CCyC amplía los derechos a los distintos tipos familiares —a tono con el principio de diversidad que campea en todo el sistema—, se consigna la particular exigencia de la adopción conjunta para cónyuges o convivientes y luego también se contempla la excepción a esa regla (art. 603).

En el nuevo ordenamiento, que desecha arquetipos familiares, tanto una persona sola como aquellas que conformen una unión convivencial o las que elijan unirse matrimonialmente se encuentran —objetivamente— en igualdad de condiciones para adoptar, sin que se establezcan prioridades entre alguna de las formas posibles. Obviamente, tampoco puede realizarse ningún tipo de selección fundada en la elección sexual de la pareja de pretensos adoptantes, a tono con lo resuelto por la Corte IDH, que señaló: "Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños". (18)

El CCyC asume que lo importante para el correcto desarrollo de las potencialidades de un niño son las relaciones armónicas, un proyecto de vida donde se compartan valores comunes, brindarle pautas de cuidado y educación donde prime el respeto entre los miembros del grupo familiar. El objetivo de la adopción es dotar de un contexto familiar hábil y competente para el desarrollo personal a los niños que no pudieron ser criados en sus familias originarias, por lo que ni determinada cantidad de años de vida en común ni la inexistencia de otros hijos resultan pautas de gravitación, pues las valederas están dadas por las aptitudes personales, culturales, axiológicas, morales y emocionales del adoptante para brindar condiciones de estabilidad y perdurabilidad.

El requisito relativo al plazo de residencia de 5 años anteriores a la petición de la guarda para adopción que consignaba el art. 315 de la legislación derogada se mantiene en su extensión, pero se aclara que no rige para los nacionales ni personas naturalizadas en el país, solucionando las justas críticas esgrimidas a la prohibición general sin excepción del código vigente. También se alude de manera expresa a la necesidad de inscripción previa en el registro de adoptantes, amén de su regulación en una ley especial y complementaria.

Una de las modificaciones de gran impacto es la que disminuye la edad para adoptar de 30 a 25 años (art. 601), junto con la aclaración —vinculada con el principio de realidad— del supuesto de la adopción conjunta, en que este requisito se tiene por llenado con que uno de los dos adoptantes en unión convivencial o matrimonio cuente con la edad mínima. La postura legislativa es coherente con la regulación de la adopción unipersonal: si una persona sola puede adoptar teniendo los 25 años, basta con que uno solo de los miembros de la pareja conviviente o matrimonial reúna la edad exigida.

Con relación a los adoptantes, se redujo la diferencia de edad exigida entre los sujetos de la relación (de 18 a 16 años), brecha que guarda relación con que ese es un límite etario plasmado en el CCyC para el ejercicio de derechos personalísimos (art. 26), asumiéndose que la capacidad progresiva va llegando a su apogeo, de modo que la reducción de la diferencia no es desajustada. El art. 599 se refiere a "todo adoptante", de modo que si la adopción es conjunta, deberán ambos cumplir ese requisito legal.

Subsisten las prohibiciones legales de parentesco (entre ascendientes y descendientes y entre hermanos) ante la subsistencia de figuras legales igualmente viables como la tutela, mejorándose la redacción con el reemplazo de "medio hermanos" por hermano unilateral (art. 601).

Los integrantes de la unión convivencial deben acreditar los requisitos establecidos en el art. 510 (ambos integrantes mayores de edad, no unidos por vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad en línea recta o colateral hasta el segundo grado, no tengan impedimento de ligamen o una unión convivencial anterior registrada simultáneamente, y su convivencia date de al menos dos años).

2.4. Registro de pretensos adoptantes (19)

La importancia que este organismo tiene en el sistema adoptivo se visualiza a poco que se repare en la sanción de nulidad absoluta de la sentencia dictada en violación a la inscripción y aprobación del registro de adoptantes (art. 634 inc. h.). Su rol es de suma importancia porque de la evaluación interdisciplinar que se realiza emerge la lista de adultos que cumplen los requisitos legales para constituirse en padres o madres adoptivos, sin perjuicio de la selección que cada "caso" arroje, fundada en las particularidades biográficas de cada niño o niña en condiciones de adoptabilidad.

Resumiendo los requisitos y modificaciones respecto de los adultos:

image-2

2.5. Adopción unipersonal o conjunta. Principio y excepciones

Se mantiene el principio ya plasmado en la anterior regulación de que si una persona está casada —ampliándose ahora para las uniones convivenciales— ambos integrantes de la pareja deberán solicitar la adopción (art. 602).

Admitida la adopción conjunta como la unilateral, corresponde realizar algunas distinciones.

En un primer estadio de regulación del instituto se admitía la adopción unipersonal de personas casadas, exigiéndose el asentimiento del cónyuge (conf. Ley 13.254 y 19.134), para luego reglamentarse que "las personas casadas podrán adoptar si lo hacen conjuntamente" (Ley 24.779), lo que daba lugar a algunos autores a considerar una suerte de preeminencia de la adopción unipersonal sobre la dual. El CCyC termina con esas posturas estableciendo una regla general: la adopción pretendida por una persona casada o en unión convivencial no puede ser unipersonal.

La adopción conjunta es requerida por personas casadas o convivientes; de este modo, se amplía la posibilidad de adoptar a las parejas no casadas que cumplen los requisitos generales, en consonancia con la regulación de las uniones convivenciales receptadas también en el CCyC (arts. 509 a 528).

Como excepción, se mencionan los supuestos de personas casadas o convivientes en el que se admite la adopción unipersonal (art. 603, cónyuge con capacidad restringida o separados de

hecho), y también se prevén de manera expresa hipótesis especiales de adopción conjunta de personas que al momento de otorgarse la adopción ya no se encuentran casadas o en unión convivencial, siempre teniéndose en cuenta el principio del interés superior del niño. (20)

El Código Civil y Comercial reglamenta el ejercicio de la capacidad de los ciudadanos (arts. 31 a 50), bajo determinadas directrices que cobran importancia en el campo de la filiación adoptiva. En primer lugar, la capacidad de ejercicio de la persona se presume; en segundo término sólo excepcionalmente y en su propio beneficio pueden imponerse restricciones; en tercer lugar, esas limitaciones tendrán lugar luego de una evaluación interdisciplinaria que contemple las múltiples aristas que involucra la salud mental.

La restricción de la capacidad será limitada a lo necesario, establecida en la sentencia judicial y contará con el sistema de apoyos adecuado. En ese contexto, si la sentencia que declara la incapacidad del cónyuge o conviviente de quien pretende adoptar no se expidió sobre la capacidad para consentir o no la adopción de una persona menor de edad, por tratarse de resoluciones que no causan estado y deben y pueden ser revisadas, podrá requerirse al magistrado que determinó la limitación de la capacidad jurídica que fije el alcance. Si fue restringida específicamente, el cónyuge o conviviente queda habilitado para adoptar individualmente.

Respecto de la separación de hecho como excepción a la adopción dual exigida para personas casadas o en unión convivencial juega únicamente para los cónyuges. El cese de la vida en común de la pareja matrimonial no disuelve el vínculo, a diferencia de lo que ocurre con la unión convivencial, que por disposición legal (art. 523 inc. g) cesa con la interrupción voluntaria de la convivencia. El o la adoptante cuya unión convivencial es interrumpida podrá ser emplazado en una adopción unipersonal reglada por las normas genéricas.

Para decidir la adopción conjunta de personas divorciadas o cuya convivencia hubiere cesado la norma exige que se acrediten tres extremos: 1) la posesión de estado y 2) el interés superior del niño y 3) de qué forma incide la ruptura de la unión de los pretendos.

El fallecimiento de uno de los miembros del matrimonio está contemplado como causal de su disolución (art. 435 inc. a), y también como motivo del cese de la unión convivencial (art. 523 inc. a), de modo que producido ese hecho, en principio, afectaría a la adopción pretendida

originariamente pues sólo cabría la posibilidad de que el cónyuge supérstite o el conviviente adopten individualmente.

No obstante la realidad del devenir vital se impone como principio rector, y junto con el interés superior del niño y atendiendo a la efectivización de su derecho a la identidad y la protección prioritaria de sus derechos se pueden reconocer efectos jurídicos con el padre o madre ya fallecido con fundamento en el respeto a la vida familiar. Se admite agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido, en consonancia con la mayor flexibilidad del régimen del apellido en la adopción que se recepta en la reforma (art. 605).

image-2

3. Situación de adoptabilidad (21)

La adopción, como dijimos, es una institución dirigida a materializar el derecho constitucional que titularizan las personas menores de edad a la vida familiar (22), y opera con carácter subsidiario (23), lo que implica el deber estatal de agotar previamente las posibilidades de reintegro al ámbito familiar de origen (24) donde debieron desarrollarse estrategias suficientes y producirse cambios necesarios.

De ello se sigue que el desarrollo de las intervenciones estatales que pueden dar lugar a una sentencia de adopción debe, necesariamente, tener en consideración toda una etapa previa de corte administrativo-judicial ya regulada en la Ley 26.061 y sus similares provinciales, postulada mediante acciones tempestivas y con pretensiones de eficacia donde los derechos de todos los involucrados sean respetados. (25)

El nuevo ordenamiento reconoce la tarea jurisdiccional iniciada a partir de la utilización de la figura de la adoptabilidad se vio reconocida con la incorporación de ella a la legislación positiva en un capítulo específico (arts. 607 a 610, Cap. II del Título VI).

Los presupuestos de procedencia se establecen en el art. 607 a lo largo de tres incisos. Se contemplan las situaciones que pueden dar lugar a la declaración de adoptabilidad, sin que se trate de compartimentos estancos, la vulneración de derechos que pueda estar afectando a una persona menor de edad dependiendo de cuál fuere puede ser subsumida en más de uno de los

apartados, o incluso mutar de uno a otro. Los supuestos legales son: a) niños sin filiación acreditada o huérfanos (casos de falta de emplazamiento filial o la extinción de la responsabilidad parental por fallecimiento de uno o ambos progenitores); b) decisión de los progenitores: consentimiento —informado— (supuesto de desprendimiento de la crianza con recaudos específicos e ineludibles: que la decisión sea libre e informada, no sea posible o haya fracasado el fortalecimiento familiar y sea tomada o confirmada luego de los 45 días posteriores al parto); y c) supuesto de medidas de protección con plazo de vigencia agotado (medidas estatales desplegadas que no lograron el objetivo de hacer cesar la situación de amenaza o reparar la situación de vulneración de derechos y es necesario separar al niño de la familia, siempre con control judicial).

La declaración de situación de adoptabilidad se formaliza con la sentencia que da por agotadas las acciones tendientes a la permanencia del niño en la familia de origen y ante un desamparo acreditado que se dilucidó con las garantías procesales para todos los intervinientes. Al igual que la privación de la responsabilidad parental —cuando la misma se dispone respecto de ambos progenitores— tiene como consecuencia la inserción del niño, niña o adolescente en otro grupo familiar. Esta similitud o equivalencia en las consecuencias es recibida por el Código Civil y Comercial en el art. 610.

Existe un supuesto más, contemplado en el art. 611 como excepción al principio general de absoluta prohibición de las entregas directas, y es el relativo a los parientes que, bajo ciertas condiciones comprobadas judicialmente, podrán ser adoptantes del niño que les fuera entregado sin intervención administrativa o judicial por los progenitores.

3.1. La guarda y la declaración de situación de adoptabilidad

En el CCyC la guarda desaparece como proceso autónomo y previo a la adopción, al ser reemplazada por aquel donde se adoptan medidas de protección de derechos administrativas, excepcionales o judiciales que pueden dar lugar a la declaración de adoptabilidad. La sentencia que resuelve la situación del niño decretando la inserción en otro grupo familiar y la que discierne la guarda para futura adopción concluyen el proceso, y las actuaciones siguientes se limitarán a los informes de seguimiento pertinentes.

Se dota a la guarda del contenido jurídico que corresponde: el cúmulo de derechos y obligaciones que los adultos asumen respecto de los pretensos adoptivos por un período temporal que no podrá superar el plazo de seis meses, y cuya finalidad es posibilitar el ensamble adoptivo. Deja de

ser un proceso y se convierte en una modalidad de convivencia temporal, con intención de definitividad y sin implicar la totalidad de los deberes y responsabilidades derivadas de la responsabilidad parental.

Respecto de la guarda entendida como puesta o colocación de un niño en un ámbito familiar alternativo al de origen sin intervención judicial, el CCyC toma posición. El art. 611 dispone: "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 pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción".

La necesidad de regular desde el derecho aparece cuando la situación de desprendimiento de los progenitores es llevada a los tribunales para regularizar el ejercicio de derechos y obligaciones a partir de la pretensión de una guarda con fines adoptivos. La ley, por su parte, no puede silenciar estas relaciones gestadas a partir de un "ahijamiento" irregular, pero que en definitiva en muchos casos están fundadas en una socioafectividad genuina, y no producto de intereses egoístas. (26)

En la legislación adoptiva derogada se reguló la prohibición de las entregas directas plasmadas en escrituras públicas o actos administrativos, en un intento para evitar el circuito extrajudicial del que dieron cuenta muchos trámites judiciales. Como refuerzo, y a partir de la Ley 25.854 y sus sucesivas reglamentaciones, el Registro Único de pretendidos adoptantes se erige en un organismo destinado a llevar una lista de centralizada de aspirantes que, sólo de ser admitidos, podrán ser seleccionados por los magistrados para convertirse en padres y madres adoptivos. Sin embargo, diversos casos jurisprudenciales dieron cuenta de la ineficacia del sistema. (27)

El desprendimiento de la crianza de un hijo por la entrega directa con el objeto de su futura adopción —se trate de un recién nacido o de mayor edad— es un acto de claudicación y abandono de los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental. La guarda de hecho a la que da lugar esa entrega nace por fuera del Sistema de Protección que tiene direccionado su desempeño a la restitución de los derechos de los niños, puntualmente, su derecho a la vida familiar, con control jurisdiccional (arts. 9º, 18, 20 y concs. C.D.N.).

El mecanismo legal establecido en el Código no deja fuera la autonomía personal de los progenitores, que en el ámbito del procedimiento de adoptabilidad tendrá ocasión de constituirse en parte y además entrevistarse con el juez competente exponiendo los motivos de su decisión.

La solución legislativa coloca las cosas en su sitio exacto: es el derecho del niño a desarrollar su personalidad en un ámbito familiar propicio —garantizado con control estatal organizado a esos efectos— el que cobra relevancia, por aplicación del principio nodal de su interés superior, autónomo e independiente de los adultos. (28)

La valoración puntual de la preexistencia de vínculo biográfico o consanguíneo —el término parentesco incluye a la consanguinidad y a la afinidad— que sirve de soporte a la guarda de hecho invocada, no es suficiente. En todo caso esos parientes que pretenden asumir la crianza deberán ser evaluados por los profesionales del Registro de Adoptantes para certificar la aptitud adoptiva. La norma legal dota al magistrado de la potestad —no de la obligación— de que si las circunstancias del caso lo ameritan, disponga que la separación sea transitoria y no que inmediatamente se corte todo vínculo. De este modo el sistema contiene en sí mismo una vía de escape que no cierra puertas al respeto de los derechos del principal protagonista: el niño.

Redireccionar la entrega directa y la pretensión de guarda preadoptiva a las reglas previstas para la determinación de una situación de adoptabilidad permite, eventualmente, que la progentiroa, el co-progenitor o los parientes puedan ser ubicados e incluso que asuman el ejercicio de su responsabilidad. O, eventualmente, concluir en una adopción segura que evite arrepentimientos o requerimientos de restitución.

Además de la guarda de hecho, la prohibición legal para que la inclusión de un niño por fuera del sistema legal sea admitida se extiende a las guardas judiciales y a las delegaciones de la responsabilidad parental (arts. 643 y 657).

3.2. El procedimiento a grandes rasgos

No se profundiza sobre esta porción del iter del proceso adoptivo por cuestiones de espacio y en función de que el trabajo encomendado se vincula con las cuestiones de fondo. Sin embargo, el siguiente cuadro sintetiza las reglas contenidas en los arts. 607 a 614:

image-2

image-2

4. Los tipos adoptivos

El emplazamiento en el estado filial que nace con la sentencia de adopción procura la inserción familiar. Tiene aptitud para modificar el estado de quien ya se encuentra unido por lazos de sangre al núcleo familiar o a una parte de él, como ocurre en la adopción del hijo del o la cónyuge o conviviente admite distinciones "hacia adentro" del instituto, produciendo diferencias en cuanto a los efectos a partir de circunstancias disímiles generadoras del estado filial que la sentencia crea.

La adopción se regula discriminando tres tipos adoptivos en función de las características propias de cada una y sus efectos (art. 619). La filiación adoptiva de integración pasa a conformar un tercer tipo con rasgos propios y regulación especial, y queda expresamente excluida de la definición legal, al funcionar de manera inversa a la adopción de niños y niñas con derechos insatisfechos, ya que el ingreso de un tercero a una familia monoparental —cónyuge o conviviente del padre o madre del adoptivo— se produce en el campo fáctico satisfaciéndose los requerimientos afectivos y formativos, que luego darán lugar al reconocimiento legal.

4.1. Flexibilización de los tipos adoptivos. Las facultades del art. 621

La ley 24.779 admitió la posibilidad de que, a petición de parte y por fundados motivos o como facultad del magistrado, la adopción se confiriese con modalidad simple si era lo más conveniente para el niño (art. 330). No se plasmaba la misma exigencia para la adopción plena, que tenía como supuesto de procedencia a determinadas sus causas-fuente. (29)

En la actualidad, el CCyC dispone que la autoridad judicial tiene siempre la facultad de determinar el tipo adoptivo a aplicar en el caso concreto según el mejor interés del niño, y no sólo en supuestos de adopción simple.

En los fundamentos de la reforma se explicitó: "se define cada una de estos tres tipos de adopción introduciéndose cambios en su morfología; la modificación sustancial es la mayor flexibilidad que

se le otorga a adopción plena como a la simple en lo relativo a la generación de mayor o menor vínculo con determinadas personas. De este modo, es facultad de los jueces, según la circunstancia fáctica y en interés del niño, mantener subsistente el vínculo con algún pariente (por ejemplo, en la adopción plena con los hermanos que no pueden ser dados en adopción a los mismos adoptantes) y en la adopción simple, generar vínculo jurídico con determinados parientes del o los adoptantes (por ejemplo, con los ascendientes del o los adoptantes").

En definitiva, se podrán modificar, respetar o generar determinadas consecuencias jurídicas con alguno o varios integrantes de la familia de origen, ampliada o adoptiva, conforme al desarrollo dinámico de la identidad del NNA, a solicitud de parte (NNA y adoptante/s).

El juez debe dar fundamento por el cual considera que es conveniente, o más conveniente flexibilizar los efectos del tipo adoptivo de que se trate, y encontrará los argumentos en el análisis de los hechos, los vínculos gestados, la opinión del niño, el desarrollo de su identidad a la luz de los principios de la adopción. Cobran relevancia el respeto por la identidad (art. 595 inc. b) y la preservación de los vínculos fraternos (art. 595 inc. c).

Se grafica en el cuadro siguiente la comparación entre el sistema derogado y el renovado:

image-2

5. Efecto temporal de la sentencia

La sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción (art. 618). Se reitera la redacción del art. 322 del ordenamiento derogado, que introdujo reformas de importancia respecto del art. 13 de la Ley 19.134, norma que retrotraía los efectos a la fecha de la promoción de la acción y no del otorgamiento de la guarda. Esa diferencia era comprensible porque antes de la Ley 24.779 se admitían la guarda de hecho y la conferida por instrumento público, de modo que la fecha no siempre era precisa.

Se contemplan dos excepciones: 1) cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción (art.

618) y 2) el supuesto de la sentencia de conversión de adopción simple a plena, en cuyo caso surte efectos desde que queda firme y a futuro (art. 622).

¿Qué sucede con las familias ensambladas? Si los adultos contraen matrimonio ese acto jurídico hace suponer la efectiva convivencia de la pareja y el inicio de la relación entre el niño y su progenitor afín. También cabría esta posibilidad para el caso de familia ensamblada convivencial que haya registrado la unión (art. 511). En esos casos, y pese a que el dispositivo legal marca la presentación de la demanda como fecha de emplazamiento, podría dictarse una sentencia que la retrotraiga a otra fecha en función de la aplicación de los principios generales de respeto por la identidad e interés superior del niño.

Este trabajo intentó brindar un panorama general y práctico del esquema legal que regula la adopción. Será tarea de los operadores traducir las normas en derechos concretos. Nuevamente el tiempo hará su tarea.

(1) (1) Corte IDH, caso Fornerón e hija c. Argentina (fondo, reparaciones y costas), del 27/04/2012, Serie C-242.

(2) (2) Conforme esta norma la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, las finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados —que exceden el texto mismo, incluyendo las interpretaciones de los organismos creados por ellos— los principios y los valores jurídicos. Esta directiva coloca en un lugar de privilegio los fundamentos de los autores del CCyC para cada instituto, de modo tal que se recurrirá con frecuencia en este trabajo a dicha fuente.

(3) (3) CSJN, "Losicer, Jorge y otros c. BCRA - Resol. 169/2005", 26/06/2012.

(4) (4) Corte IDH, "L. M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay", 01/07/2011, párr. 16.

(5) (5) Conforme los Fundamentos de la Comisión redactora: "En cuanto a las definiciones, hemos tratado de incluir solo aquellas que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al art. 495 del Código Civil".

(6) (6) Interesa recalcar que los redactores del CCyC se encargaron de señalar que: "...entendemos que debe distinguirse entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque creemos que de ese modo se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores."...para destacar en el apart. 4.2 Reglas de interpretación que: "También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico".

(7) (7) DWORKIN, Ronald, Los Derechos en Serio, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed., 1989.

(8) (8) Sólo por tratarse del primer supuesto de adopción llevado a juzgamiento de la Corte IDH, que además involucra a nuestro país, mencionaremos la sentencia dictada en el caso "Fornerón e hija c. Argentina" Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 242, del 27/04/2012 donde la Corte IDH, donde se estableció la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 17.1, al igual que por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el art. 17.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1, 8.1 y 25.1 de la misma, así como en relación con el art. 19 del mismo instrumento. También se juzgó que el Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, establecida en el art. 2º de la Convención, en relación con los arts. 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la misma, aunque en la instancia nacional todas las decisiones judiciales invocaron el interés superior de la niña (art. 3º CDN). Este caso es el único mencionado expresamente en los fundamentos de la comisión redactora del CCyC.

(9) (9) CILLERO BRUÑOL, Miguel, El interés superior del niño en el marco de la Convención de los Derechos del niño, disponible en http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf.

(10) (10) CSJN, "A., F. S/protección de persona", 13/03/2007, voto del ministro Maqueda, considerando 3, entre muchos otros, y arts. 1º, 2º y 3º CCyC.

(11) (11) CSJN, Fallos 328:2870, 331:2047, causa 157.XLVI "NN o U., V. s/protección de persona", del 12/06/2012.

(12) (12) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, citado por mismo autor en "Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI", disponible en Revista Persona, <http://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24FernandezSessarego.htm>, donde señala que: "La personalidad, desde nuestra perspectiva, es tan sólo la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar "manera de ser". Cada ser humano, en este sentido y en cuanto ser libre, tiene una cierta "personalidad" que lo identifica y, por consiguiente, lo distingue de los demás. Se trata, precisamente, de la identidad personal que la otorga tanto el peculiar código genético como la personalidad que cada ser se construye a través de su vida en tanto ser libre y coexistencial. La "personalidad" es la expresión dinámica, cambiante, de la persona, de cada ser humano. La personalidad se forja, sobre una base genética, mediante el inexorable ejercicio de la libertad ontológica en qué consiste el ser humano. La personalidad se va perfilando en el curso de la vida, mediante una sucesión de "haceres", los mismos que se despliegan en el tiempo existencial, en el tiempo en que consiste el ser humano y que se inserta dentro del tiempo cósmico. La libertad y la temporalidad, dentro de un contexto coexistencial, permiten que cada ser humano, construya y tenga su propia e intransferible biografía. Es esta personal biografía, esta hoja existencial, la que lo delata como idéntico a sí mismo. Se trata de una identidad que resulta de la combinación de dos vertientes, una estática y permanente, y otra dinámica y cambiante. La estática, que está representada fundamentalmente por nuestra clave genética, y la dinámica, que se expresa a través de los rasgos de nuestra propia personalidad".

(13) (13) Medidas de Protección de Derechos Excepcionales (art. 39 y ss. ley 26.061) o medidas excepcionales de protección de derechos en algunos ordenamientos provinciales.

(14) (14) Ley 26.061, art. 39 y dec. 415 (90 días prorrogable por causa fundada por igual lapso).

(15) (15) La fórmula legal que contenía el art. 328 del C.C. remitía a los datos biológicos, soslayando el contenido histórico y biográfico, de connotación más amplia que ahora quedan contenidos en el término "origen".

(16) (16) La edad determinada legalmente coincide con un antecedente en la edad prevista en la ley 19.134, que se refería a la posibilidad de que el adoptado fuese oído si contaba con más de 10 años, aunque allí se disponía como facultad judicial y se refería sólo a la posibilidad de ser escuchado. El sistema suplantado compelmía a obtener el consentimiento en el supuesto de un

mayor de edad o menor emancipado y para la adopción de integración o en el caso de la posesión de estado durante la minoría de edad (art. 311 C.C.).

(17) (17) En caso de no consentirla, las circunstancias del caso podrán llevar al despliegue de un trabajo interdisciplinario tendiente a remover los obstáculos que hayan aparecido en el tránsito por el periodo de guarda, o bien a una selección de otros guardadores con fines adoptivos.

(18) (18) CorteIDH, sentencia del 24/02/2012, caso "Atala Riffo y niñas c. Chile", párrafo 118, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

(19) (19) La ley 25.854/2004 crea la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (D.N.R.U.A.), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con el objetivo de formalizar una lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos conformada por los diferentes Registros Provinciales (art. 1º del dec. 1328/2009). Con excepción de las adopciones de integración (el art. 632 inc. b se refiere expresamente a ello) y la del tutor a su pupilo, quienes pretendan la adopción de una persona menor de edad deberán contar con la admisión como pretensos adoptantes, previa inscripción que se realiza ante el Registro local que, en el caso de las provincias que adhirieron a la Ley 25.854, condensa todas las inscripciones y listados de adoptantes.

(20) (20) A diferencia de lo que legisló la ley 24.779 que incluía como excepción al principio de la adopción dual por personas casadas el supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento, desaparición forzada o ausencia simple en el art. 320 inc. c), esta previsión no se encuentra contemplada en la actualidad. Lo que ocurre es que por aplicación del art. 435 inc. b) que establece como causal de disolución del matrimonio la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento, no sería un supuesto de flexibilización de la regla general o posibilidad de que una persona casada adopte en forma unipersonal porque la persona adoptante ya no mantendría su estado civil matrimonial. En este supuesto la adopción será unipersonal, sin perjuicio de lo establecido en el art. 604.

(21) (21) La declaración de adoptabilidad importa el desarrollo de un procedimiento que investiga si entre determinada persona y su familia biológica se agotaron todas las medidas posibles para la continuidad del desarrollo conjunto de y en la vida familiar. Su fundamento es de orden constitucional, pues se apoya en la preeminencia que tiene la familia de origen para la crianza y desarrollo de los niños nacidos en su seno (arts. 7º, 8º, 9º, 20 C.D.N., 14 y 75.22 C.N.)

(22) (22) Que debe primero satisfacerse en el ámbito de origen, conf. exigencia constitucional de garantizar al niño el derecho "a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos" (art. 7º), la "preservación de las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas" (art. 8º), la no separación de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto en interés superior del niño (art. 9º). FERNÁNDEZ, Silvia "Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción." Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, nro. 58, p. 83 y ss.

(23) (23) HERRERA, Marisa. El derecho a la identidad en la adopción. Universidad, t. I, p. 267; "Consentimiento de los progenitores para que la adopción arribe (si arriba) a buen puerto. Consentimiento informado y adopción", RDF 27. p. 73; STJ Santiago del Estero, 11/12/2006, RDF 2007-II p 207.

(24) (24) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa. Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Ediar, p. 572. El Proyecto establece como objetivo de la adopción la protección del derecho de NNA a vivir en familia, cuando los cuidados "no le pueden ser proporcionados por su familia de origen" (art. 594); menciona entre sus principios: "el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada" (art. 595 inc. c), la improcedencia de declaración de adoptabilidad "si algún familiar o referente afectivo" ofrece asumir su guarda o tutela "y tal pedido es considerado adecuado en el interés de este" (art. 607).

(25) (25) FERNÁNDEZ, Silvia, "El desafío al tiempo en la adopción", www.infojus.gov.ar Editorial: Infojus , 02/12/2014.

(26) (26) GONZÁLEZ de VICEL, Mariela, comentario art. 611, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, 2015, en prensa.

(27) (27) Se explica en los Fundamentos de elevación del Proyecto del Código: "El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aún en este caso se requiere la declaración judicial en estado de adoptabilidad".

(28) (28) GONZÁLEZ de VICEL, Mariela, op. cit.

(29) (29) En el art. 325 se regulaban diversas situaciones en cinco apartados: huérfanos de padre y madre, sin filiación acreditada, desentendimiento, desamparo comprobado judicialmente, privación de la patria potestad, manifestación de voluntad de los progenitores para entrega en adopción.