

PARA LEER SENTADOS PARA LEER SENTADOS PARA LEER SENTADOS PARA LEER SENTADOS PARA LEER SENTADOS



boletín jurídico

UNL | FCJS
Franja Morada

2016

LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

RODOLFO G.
JÁUREGUI

DOCENTE xxxxxx
UNL | FCJS

SUMARIO:

1. Concepto.

2. Método en el CCCN.

3. Antecedentes en el derecho argentino.

4. Los principios generales.

5. Quienes pueden adoptar

6. Quienes pueden ser adoptados

7. Los procesos de adopción.

7.1. Declaración judicial de la situación de adoptabilidad

7.1.A. Supuestos que habilitan su declaración

7.1.B. Sujetos del Procedimiento y reglas.

7.2. Guarda con fines de adopción.

7.2.A. Prohibición de la guarda de hecho.

7.2.B. Juez competente.

7.2.C. Elección del guardador

7.2.D. Sentencia y plazo de guarda

7.3. Juicio de adopción.

7.3.A. Juez competente.

7.3.B. Inicio a pedido de parte, de la autoridad administrativa o de oficio

7.3.C. Reglas de procedimiento

7.3.D. Efecto temporal de la sentencia

8. Tipos de Adopción.

8.1. Adopción Plena

8.1.A. Irrevocabilidad

8.1.B. Efectos de la acción de filiación y reconocimiento

8.1.C. Pautas para otorgarla

8.1.D. El apellido de los hijos

8.2. Adopción simple

8.2.A. Transferencia de la responsabilidad parental

8.2.B. El apellido del adoptado

8.2.C. Derecho Sucesorio

8.2.D. Efectos de la acción de filiación o el reconocimiento posterior

8.2.E. Revocación

8.3. Adopción de Integración

8.3.A. Efectos con el progenitor de origen

8.3.B. Efectos entre el adoptado y el adoptante.

8.3.C. Derecho de defensa en juicio del los progenitores de origen y particularices de éste tipo de adopción

9. Nulidad de la adopción

9.1. Nulidad absoluta

9.2. Nulidad Relativa

10. Inscripción de las Sentencias de Adopción

¹Aunque también reconoce el digesto vigente la adopción de personas mayores de edad en supuestos excepcionales. (art. 597) Cuando se trata del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar (inc.a); o hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada (inc. b).

²Las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad Considera en esa condición a las personas que por razón de edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Considera niño, niña o adolescente a toda persona menor de 18 años de edad. Debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Asamblea Plenaria).

³ La CSJN hizo lugar a una no estando prevista la adopción de mayores durante la vigencia de la ley 19134.(ver Corte Suprema de Justicia de la Nación; “K., C. H.” 16/10/1986; LA LEY 1987-E, 46 con nota de Omar U. Barbero (Fallos: 308:1978 Cita online: AR/JUR/1327/1986 . Si la admitió al igual que el Código vigente la ley 24779.

⁴Ver, Berizonce, Roberto O. “Poderes de la Nación para instituir normas procesales” LA LEY 05/04/2016, 1.

⁵ Ver Medina, Graciela “Principios del Derecho de Familia”: Diario LA LEY, 13/4/2006, pag. 1.

1. Concepto:

La adopción, la tercera fuente filial -en el orden tratado en el Código, y mencionadas en el art. 558 -es una institución jurídica de protección de la infancia, (art. 594 del CCCN) destinada a materializar uno los derechos humanos básicos de los cuales son titulares los niños y adolescentes¹.

Restaura en algunos casos o en otros directamente hace posible el derecho personalísimo a vivir en familia. El mismo es esencial para el desarrollo del ser humano, y opera cuando los titulares de éste derecho, (personas por definición vulnerables en razón de su edad²) están privados de su medio familiar originario o es inconveniente que permanezcan en él por marcadas imposibilidades de prestarles los cuidados necesarios y adecuados. Como en sí mismo constituye una excepción al derecho de toda persona a ser cuidado por sus padres, o en su defecto por los integrantes de su familia ampliada, es de neto corte o carácter subsidiario o excepcional. Allí estriba su principal rasgo distintivo.

El código entiende que asegura *el derecho a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuan éstos no pueden ser proporcionados por su familia de origen.*

Este concepto que es el legal no comprende en su definición la adopción de mayores³ ni a la adopción de integración, que también están regladas en el CCCN, por eso parte de la doctrina lo juzga incompleto.

2. Método en el CCCN:

Está regulada en el Libro Segundo, de las Relaciones Familiares, Título VI, Adopción, en 6 capítulos (Capítulo 1, Disposiciones Generales, Capítulo 2, Declaración Judicial de la situación de adoptabilidad; Capítulo 3, Guarda con fines de adopción; Capítulo 4, Juicio de Adopción; Capítulo 5, Tipos de Adopción; Capítulo 6, Nulidad e Inscripción abarca de los arts. 594 a 637

Las normas del CCCN deben interpretarse en armonía con los tratados de derechos humanos de rango constitucional, entre ellos fundamentalmente con la CDN (art.3.1., 7,8,9, 12, 18, 21 y ccs.). A esa adecuación jerárquica (art. 31 de la CN) responde fundamentalmente la denominada constitucionalización del derecho privado. Justamente la responsabilidad asumida por la Rca. Argentina ante la Comunidad Internacional al suscribir dichos tratados, obliga también paralelamente a que el digesto de fondo contenga normas procesales para garantizar su aplicación uniforme en todo el territorio nacional⁴, sin que las mismas se consideren contravengan el art. 121 de la CN.-

En el derecho comparado España la legisla Código Civil, al igual que Francia; Cuba en el Código de Familia y Chile por la ley 19629 en forma separada del Código Civil

3. Antecedentes en el derecho argentino:

No estaba legislada en el Código de VELEZ, ya que el codificador entendió que *“cuando ella había existido en Roma, era porque las costumbres, la religión y las leyes la hacían casi indispensable, pues el heredero suyo era de toda necesidad aún para el entierro y funerales del difunto. Los legisladores prusianos y franceses advirtieron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos sus grados, un individuo que la naturaleza no había colocado en ella, y se redujeron a crear una cuasipaternidad que desde su principio hizo prever las más grandes cuestiones. Tampoco nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares* (Nota de elevación de L Iº del CC, DALMASIO VELEZ SARFIELD, 1/6/1865.-)

Fueron reclamadas insistentemente por la doctrina y los Congresos especializados y se dictaron sucesivas leyes: la ley 13.252 – luego del lamentable terremoto de San Juan de enero de 1947- en el año 1948, la ley 19134 en el año 1971 la ley 24779 en el año 1997.

4. Los principios generales:

Los principios generales tienen una función hermenéutica vital. No sólo que se erigen en guía orientadora para el intérprete, sino que a su vez, se constituyen en una verdadera

fuente de derecho. Serán pues, pautas importantes para resolver aquellas situaciones no expresamente contempladas en la norma, para morigerar sus consecuencias o inclusive, inaplicar la ley cuando su aplicación literal al caso concreto no coincida con ellos. Según afirma con razón Graciela Medina, surgen explícita o implícitamente de la Constitución Nacional y de los Tratados de Derechos Humanos⁵.

El derecho de adopción está gobernado por principios específicos propios, pero que también reflejan sus contenidos en el resto de las materias del derecho de familia, y que tienen que ser interpretados de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2 del CCCN).

Reposan todos ellos básicamente en última instancia en la dignidad de la persona humana (art. 51 y ccs. del CCCN)

Son cinco y están enumerados en el art. 595: el interés superior del niño, el derecho a la identidad, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos, el derecho a conocer sus orígenes y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta conforme a su grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años.- Todos ellos se centran exclusivamente en el adoptado, gran distinción de la adopción de ésta época comparándola con anteriores, donde la finalidad era beneficiar a los adoptantes, por las razones dada por VÉLEZ SARFIELD.

El Interés superior del niño es definido en el art. 3° de la ley 26061⁶ y la Observación General N° 14/13 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea de consideración primordial” aprobada por el Comité de Derechos del Niño en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013) trae desarrollada su aplicación.

El derecho a la identidad de jerarquía constitucional, ⁷ reconoce una faz estática, rígida, y otra dinámica que se va forjando paulatinamente con el transcurso del tiempo y comprende múltiples aspectos en su individual repercusión subjetiva: culturales, educativos, laborales, sociales, afectivos, familiares, todos los cuales hacen que la persona sea única e irrepetible. Las dos fases deben ser protegidas. Ha sido definido como el derecho a la memoria, o el derecho a ser uno mismo y no otro.

El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada está reglamentado procesalmente en el Capítulo 2 (arts. 607 a 610) como así también en las leyes 26061 y las normas procesales vigentes en cada jurisdicción (por el art. 121 de la CN), que deben armonizarse y ser congruentes con todos éstos contenidos.-

La preservación de los vínculos fraternos guarda coherencia sistemática con el art. 41 inc. D) de la ley 26061: Las medidas de protección que se tomen respecto de grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos.

Reglamentando ese principio general de conocer sus orígenes, el código estipula que a cualquier edad, inclusive antes de cumplir 13 años, o sea -con “edad y grado de madurez suficiente”, que será evaluada por el Juez con apoyo interdisciplinario (art. 706)- tiene derecho a conocer datos relativos a su origen, y puede acceder cuando lo requiera al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos, que deben contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles (art. 596). Entiendo que para todo ello está en condiciones de nombrar a su abogado que lo asista (art. 27 y ccs. de la ley 26061). Si la persona es menor de edad el juez para hacer posible dicho cometido también está facultado para disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del órgano de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos (art. 596, segundo párrafo).

También el adolescente (o sea quien ha cumplido 13 años, art. 25, segundo párrafo) tiene derecho con patrocinio letrado a iniciar una acción autónoma con la única finalidad de conocer sus orígenes (art. 596, último párrafo). Además por el mentado derecho según el párrafo cuarto del art. 596 los adoptantes deben jurídicamente comprometerse a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

El derecho a ser oído que también goza de rango constitucional (art. 12 de la CDN, 75 inc. 22 de la CN) está previsto en el digesto de fondo en los arts. 26 Y 707. En España respecto de la edad para expresar el consentimiento según el art. 177 .1 del C.C. es de 12 años.

⁶ Art. 3°- Interés superior: A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña niño y adolescente la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley: Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar social y cultural; d) Su edad grado de madurez capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia Este principio rige en materia de patria potestad pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma filiación restitución del niño la niña o el adolescente adopción emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos prevalecerán los primeros

⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7° y 8°).

⁸ El Tribunal Europeo en 22/1/08 (10 contra 6) obligó al Estado francés a indemnizar a la demandante con 10.000 euros por daño moral y a pagar las costas de 14.528 euros. En febrero de 1998 una ciudadana francesa de 45 años profesora de educación infantil que vivía

desde 1990 con una mujer psicóloga de profesión denunció que se le había rechazado una solicitud de adopción alegando su orientación sexual. El derecho francés autoriza la adopción por parte de una persona soltera y abre así la vía a la adopción por una persona soltera homosexual. El Código Civil no dice nada sobre la necesidad de un referente del sexo opuesto

⁹ Varios precedentes la habían admitido, Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel • 09/02/2010 • G., P. A. y Otro • La Ley Online; • AR/JUR/203/2010; Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario • 15/11/2006 • O., A. y otro • LLLitoral 2007 (febrero), 103 - LLLitoral 2007 (noviembre), 1047, con nota de Néstor E. Solari; • AR/JUR/7465/2006

¹⁰El 27/4/10 el Tribunal Superior de Justicia de Brasil autorizó la adopción de dos niñas por una pareja de lesbianas que estaban con ellas desde 1998; En Uruguay se modificó el Código de la Niñez y Adolescencia (ley 18.590 de 18/09/2009), y posibilitó las adopciones de niños por parejas del mismo sexo. art. 141 Dispone: (Prohibiciones). A) Nadie puede ser adoptado por más de una persona a no ser por dos cónyuges o concubinos En el distrito Federal de Méjico se reformó en diciembre del 2009 el C.C. y se autorizó la adopción por personas del mismo sexo. El nuevo Art. 146 del C.C. Méjico dispone: "Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código

¹¹ Tribunal Colegiado de Familia de Quilmas; Fecha: 23/09/1999; Partes: V., D. A: Publicado en: LA LEY 1999-F, 625, con nota de Germán J. Bidart Campos

5. Quienes pueden adoptar:

En general se puede decir que con el paso del tiempo se fueron flexibilizando significativamente los requisitos respecto de las personas que legalmente están habilitadas para adoptar, evitándose en la actualidad cualquier tipo de discriminación,⁸ respondiendo al principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN).-

Pueden ser adoptantes según el art. 599 ambos integrantes de un matrimonio (regulado en el Título I del Libro Segundo, arts. 401 y siguientes) o de una unión convivencial⁹ (Libro Segundo, Título III, arts. 509 y siguientes) ya sea que la pareja esté compuesta por personas de igual o de diferente sexo. Si la persona está casada o en unión convivencial, por regla general debe adoptar conjuntamente con su cónyuge o conviviente (art. 602) y también por una persona sola.

Es por eso que todos los modelos familiares merecen y ahora obtienen condigna protección legal y constitucional (art. 14 bis de la CN), no privilegiándose ninguna conformación por sobre otra: Monoparental, matrimonial, homoafectiva; ensamblada y la que nace de la unión convivencial.

La adopción por parte de parejas del mismo sexo ya había sido posible en la Argentina en el año 2010, al consagrarse la posibilidad del denominado matrimonio igualitario, a través de la ley 26618¹⁰.

Asimismo pueden adoptar conjuntamente las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre, aún después del divorcio o cesada la unión. (art. 604), receptando el criterio jurisprudencial que las había admitido aunque estaban implícitamente prohibidas por el anterior art. 312 del CC.¹¹

Como excepción a la regla enunciada más arriba, puede adoptar en forma unipersonal la persona casada o en unión convivencial en dos supuestos, según el art. 603: A) Si el cónyuge o conviviente ha sido declarado incapaz o de capacidad restringida y la sentencia le impide prestar el consentimiento válido para éste acto (supuesto en que se debe oír al Ministerio Público y al curador o apoyo, y si es el pretense adoptante, se debe designar un curador o apoyo ad litem B) Si los cónyuges están separados de hecho, debiéndose correr traslado de la petición para resguardar sus derechos.

A su vez el adoptante debe ser por lo menos 16 años mayor que el adoptado (excepto la adopción del hijo del cónyuge o conviviente) (art. 599, Segundo párrafo) No pueden adoptar quien no haya cumplido 25 años edad (salvo que su cónyuge o conviviente cumpla éste requisito), (idém. art. 175 del c.c. Español);el ascendiente a su descendiente y un hermano a su hermano o hermano unilateral (art. 601).- Son lógicas estas prohibiciones, en tanto trastocan inconvenientemente los roles familiares paterno o materno- filiales que la ley pretende remedar de manera notoria, perjudicando la identidad y la salud psicológica del adoptado. Tal es así que- como se estudiará más adelante- su transgresión acarrea la nulidad absoluta de la adopción. (ver punto 9), durísima sanción jurídica.-

Cuando la guarda con fines de adopción de la persona menor de edad se hubiese otorgado durante el matrimonio o la unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja.¹²

El tutor sólo puede adoptar a su pupilo una vez extinguidas las obligaciones de la tutela (art. 606).

Además para adoptar debe residir permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción (éste plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país). La teleología de ésta norma es evitar la adopción internacional de niños, esto es que ciudadanos argentinos sean adoptados por extranjeros residentes en otro país, y es congruente con la reserva argentina a la CDN (Art. 2 de la ley 23849).

Debe estar inscrita la persona o pareja en el registro de adoptantes.- (art. 600) Los registros se organizan de diferentes maneras en las jurisdicciones, y tienden a garantizar que los adoptantes se encuentren en condiciones legales, psicológicas y sociales aptas para adoptar y transparentar los procesos adoptivos. Ello así necesariamente al estar prohibidas las denominadas guardas de hecho (art. 611).

En el ámbito nacional está actualmente la ley 25854 (año 2004) y el decreto 1328/09, y conforme el art. 1.2 del mismo es función del REGISTRO UNICO DE ASPIRANTES A GUARDAS CON FINES ADOPTIVOS, entre otras, “propiciar la creación de registros en las jurisdicciones donde aún no existan” Santa Fe, con la ley 13093 adhirió a la ley nacional (art.1) que crea el registro de adoptantes, Lo reglamentó mediante el Decreto N° 0411 (B.O. 21/3/11) Autoridad de Aplicación: artículo 3°.- La autoridad de aplicación será el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Santa Fe. Complementa el Art 2° del decreto reglamentario: “El Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia es la autoridad de aplicación pudiendo delegar funciones en la Secretaría de Justicia”.

6. Quien puede ser adoptado:

Como principio dijimos que pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas, declaradas en situación de preadoptabilidad o cuyos progenitores han sido privados de la responsabilidad parental. (art. 597, en concordancia con los arts. 700 y ccs.)

En el mismo sentido de la no discriminación, se avanzó positivamente respecto de los adoptados. Queda totalmente en claro que la pobreza o la carencia de recursos materiales de los progenitores o de la familia ampliada del niño actualmente jamás puede ser fundamento de la adopción, puesto que la ley 26061 en su art. 33 señala que «La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables¹³ de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancia, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear...ni su institucionalización» y que – concordantemente el inc. f) del art. 41 indica que: No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo»¹⁴.

De ser así se violaría el compromiso asumido por el estado Argentino en el art. 18.2 de la CDN.¹⁵

Además pueden ser adoptadas varias personas simultánea o sucesivamente (art.598). La existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, aunque éstos deben ser oídos por el juez y tomar en consideración su opinión, conforme su edad y grado de madurez. Todos los hijos adoptivos o biológicos son considerados hermanos entre sí. También – como lo afirmamos antes- pueden ser adoptadas las personas mayores de edad en supuestos muy excepcionales y personas menores de edad no emancipadas, aunque no hayan sido declaradas en situación de adaptabilidad ni sus progenitores estén privados de la responsabilidad parental en la llamada adopción de integración, que será analizada en el punto 8.3.

7. Los procesos de adopción:

En sintonía con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocido caso FORNERÓN¹⁶ el codificador intentó crear un mecanismo expeditivo o urgente para dar certidumbre a los trámites y materializar los principios de tutela judicial efectiva, (previsto genéricamente para todos los procesos de familia en el art. 706) y el sub-principio de celeridad, privilegiándose el interés superior del niño.¹⁷ Precisamente entre los fundamentos la Comisión Redactora anota, por ejemplo, en relación al trámite inicial «En este aspecto, se establecen plazos perentorios y razonables al organismo de protección para dictaminar sobre la situación de adoptabilidad (Ver, en este sentido, entre otros, Informe N° 117/06. Petición 1070-04. Admisibilidad. Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Javier Fornerón, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos».

Tal propósito no se consiguió para parte de la doctrina, tratándose de un proceso largo y burocrático.¹⁸ Se trata de tres juicios (el estado de preadoptabilidad, la guarda preadoptiva y la adopción), para otros eventualmente podrían ser cuatro, ya que incluye además el proceso administrativo o judicial de medida excepcional.

Opina PAULETTI en otra orientación que es un proceso especial de tipo voluntario, que puede dividirse en tres tramos o etapas, y en todos se aplican los principios recientemente estudiados¹⁹. Con un procedimiento y un propósito definido. Cada tramo resulta necesario para culminar con la adopción.

¹² La CSJN durante el régimen anterior aplicó esa misma solución también para un caso en que a una persona soltera se le había otorgado la guarda preadoptiva de un niño y falleció antes de comenzar con el juicio de adopción (Ver CSJN, 26/9/12 “RECURSO DE HECHO “M. d. S., R. y otra s/ ordinario nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”.

¹³ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Cruz • E., M. D. • 17/12/2007 • La Ley Online • AR/JUR/11833/2007: El art. 33 de la ley 26.061 indica de manera expresa que el principio de no separación del menor de edad por razones de carencias materiales se extiende no sólo a los padres sino también a la familia ampliada o con quienes se mantenga los lazos afectivos.

¹⁴ La Convención sobre los Derechos del Niño —arts. 7, 8 y 9, 1— y, por consiguiente, la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), no toleran que la injusticia social que emerge de la pobreza pueda ser castigada y sancionada por el propio Estado, mediante su Poder Judicial, y nada menos que con la inicua destrucción de la unidad familiar, a través del apartamiento, internación, o entrega a otras familias de los menores. La Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, impone que el Estado debe asumir la concreción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley Suprema y por los vigentes tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 23), en particular, respecto de los niños (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, 12/12/2007; “xx Y xx Y xx” s/prevenional; LA LEY 2008-B, 397 - LLLitoral 2008 (abril), 287

¹⁵ 18.2 A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

¹⁶ CorteIDH "FORNERÓN E HIJA, VS. ARGENTINA" 27/4/12. (Fondo, reparaciones y costas)

¹⁷ El XV Congreso Internacional de la Asociación de Magistrados de la Juventud y la familia, Buenos Aires, 2 al 6 de noviembre de 1998, concluyó y recomendó en el punto 5: "La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en sus artículos 3º y concordantes establece el interés superior del niño como principio general de derecho y estándar jurídico básico que rige las relaciones de los niños con el mundo adulto, en tanto sujetos de derecho prevalecientes, las obligaciones de protección por parte de la familia, la sociedad y el estado, y el mismo orden axiológico de intereses y derechos del propio niño.

¹⁸ Ver al respecto por ejemplo, BASSET, Ursulla. "La adopción y sus problemas en la reforma", Comentario al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012, en Julio César RIVERA (Director) Graciela Medina (Coordinadora), Abellido Perrot, pag.454 y 455

¹⁹Cfr. PAULETTI, Ana Clara "Proceso de Adopción"; Revisa de Derecho Procesal, 2015, 2 "Procesos de Familia", Rubnzal Culzoni Editores, pag. 431 y siguientes

²⁰ En Europa continental varios ordenamientos vedan en forma expresa el consentimiento durante el puerperio. Por ejemplo el art. 177 del C.C. Español dispone: "el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto". El Código Familiar Sueco establece que el consentimiento no será dado hasta que ella hubiere podido reponerse suficientemente después del parto (art. 5). El Código Civil Francés, por su parte, en el art. 348 -3 dispone que el consentimiento para la adopción es susceptible de retractación durante dos meses. En Bélgica rige idéntico plazo, en Alemania ocho semanas.

²¹ 9.1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

²² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I; "R. D. A. s/ abrigo"; 22/12/2015 LLBA 2016 (marzo) , 209 ED AR/JUR/62307/2015: "Si bien es cierto que en principio y frente a la comprobación de la vulneración de derechos de un niño el Estado debe propender a buscar una solución en el ámbito familiar ofreciéndole la ayuda económica, habitacional, con apoyo y seguimiento en la crianza del menor, esta actividad estatal tiene un límite y éste está representado por el superior interés del niño, en tanto al no verificarse mejoras sensibles en plazos razonables, la decisión debe inclinarse por declarar el estado de

7.1. Declaración Judicial de la situación de adoptabilidad:

La declaración es judicial, porque implica la necesaria decisión del órgano jurisdiccional competente (juez competente es quien ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales (art. 609, inc.A)

7.1.A. Supuestos que habilitan su declaración

Se dicta si: A) Un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo técnico administrativo competente en un plazo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada (607 inc. A). Tanto en el caso que se desconozca la filiación o sea la identidad de los progenitores, como en el de orfandad, es obligación del organismo técnico administrativo (que contará con el auxilio o colaboración de los demás organismos del estado), realizar una intensa búsqueda ya sea para establecer la filiación ignorada, -recabando datos sobre quienes podrían ser los progenitores- o para ubicar el paradero a los parientes del niño, niña o adolescente, que se podrían encargar eventualmente de su cuidado (por ejemplo, por la guarda del art. 657).. En caso de que estas diligencias no arrojen el resultado esperado en el plazo indicado, prorrogable por única vez por serias razones valederas, procede la mentada declaración.-

B) Los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los 45 días de producido el nacimiento. Lo que busca la disposición es evitar decisiones apresuradas, un asentimiento viciado. Que sean por los cuales autorizan, auténticos actos jurídicos familiares, voluntarios y lícitos, realizados con discernimiento, intención y libertad, (art. 259 y 260). No debe haber sido prestado bajo la influencia del estado puerperal.²⁰ Ello así por más que se aplique la norma a todas las personas, quedando inclusive comprendidos los integrantes de aquellas parejas del mismo sexo que han decidido entregar un hijo en adopción.

c) Las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de 24 hs. Este supuesto está vinculado el art. 9 de la CDN²¹ que consagra el derecho de permanecer en el seno de la familia biológica salvo supuestos excepcionales y con los arts. 39, 40, 41 y ccs. de la ley 26061 de 2005 y su decreto reglamentario 415/06, dispositivos que tienen previstos los respectivos trámites. Justamente coincide el plazo establecido en el art. 39 del decreto: El plazo a que se refiere el tercer párrafo del art. 39 que se reglamenta en ningún caso podrá exceder los noventa días de duración y deberá quedar claramente consignado al adoptarse la medida original. En aquellos ca-

los las causas que dieron origen a la medida excepcional y se resolviera prorrogarla, deberá fijarse un nuevo plazo de duración mediante acto fundado, el que deberá ser notificado a las partes. El plan de acción al que alude el Código es precisamente el conjunto de medidas que se adoptan durante la vigencia de la medida excepcional para asegurar un retorno en condiciones apropiadas del menor de edad a su grupo familiar.²² Diferentes leyes provinciales que reglamentan justamente el proceso judicial para legalizar esas medidas excepcionales de separación de la familia.²³

En todos los casos el juez debe resolver en el plazo máximo de 90 días.²⁴

7.1.B. Sujetos del Procedimiento y reglas:

Son sujetos:

Con carácter de parte: 1) el niño o adolescente, si tiene grado de madurez suficiente; quien comparece con asistencia letrada. 2) Con carácter de parte, los padres (arts. 101, inc.B, 638 y CCS.) u otros representantes legales del niño, niña o adolescente (tutores, -104 y CCS.)

Cabe mencionar que como aplicación del principio de inmediatez y oralidad, (art. 706) el juez debe entrevistar personalmente con los padres si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adaptabilidad se tramita (art. 609, inc.A).- Es conveniente dejar constancias en las respectivas actuaciones judiciales entonces concretamente de las opiniones, deseos y manifestaciones del niño, niña o adolescente.

Además y sin el carácter de parte procesal intervienen obligatoriamente:

1) El órgano administrativo que participó en la etapa extrajudicial: Esta intervención se justifica, dado que tendrá que acreditar los extremos legales por los cuales pidió la medida y aportar todos los elementos probatorios pertinentes.

2) El Ministerio Público (art. 103 y CCS.). Se trata del Ministerio Público de la Defensa, que surge del art. 120 de la CN, reglamentado en el ámbito nacional por la ley 24.996 y en el ámbito judicial puede ser su actuación complementaria o principal, con facultades sumamente amplias, ocasionando su falta de intervención, la nulidad de lo actuado.-

Intervención facultativa:

1) El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos. (art. 608). Criticamos ésta última disposición porque no otorga legitimación activa a los integrantes de la familia ampliada, dejando su participación a criterio discrecional del juez. Vulnera la manda que indica el art. 21 de la CDN²⁵ otorgando amplia legitimación activa a los parientes, y por ejemplo, lo hace la ley chilena.

Es importante remarcar que no puede ser dictada la mentada declaración judicial si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.- (art. 607, 5° párrafo).-

La guarda se vincula con el art. 657 y la tutela con los arts. 104 y siguientes.

abandono y adoptabilidad, para garantizar el derecho a la vida y al mejor desarrollo en una familia alternativa que pueda responder a sus necesidades, primero afectivas, luego de educación, cuidados y desarrollo".

²³ Por ejemplo se hizo lugar al pedido ante una historia marcada por la negligencia, el abandono de 4 hermanos, debido al abuso de alcohol y sustancias tóxicas y la imposibilidad de la madre de poder criar a sus hijos (Cámara de Familia de Mendoza, DINAF, p/los menores "S. L.; K, V. S. L. y R.A. s/ control de legalidad LL Gran Cuyo, 2015, Noviembre; 1228

²⁴ En sus Fundamentos los autores lo explicitan: "El proyecto recepta una práctica consolidada (la declaración judicial de situación de adoptabilidad) como un procedimiento con reglas propias para demarcar correctamente el rol de la familia de origen y de la pretensa adoptante en todo el proceso hasta la adopción de un niño. En el proceso de declaración judicial de la situación de adoptabilidad, la familia de origen tiene un rol fundamental. Se enumeran de manera precisa los tres supuestos fácticos y jurídicos que podrían dar lugar a la declaración judicial de situación de adoptabilidad: 1) niños sin filiación establecida o progenitores fallecidos, siempre que se haya agotado la búsqueda de familiares en un plazo determinado con posibilidad de prórroga; 2) decisión libre e informada de los padres de que su hijo sea adoptado, manifestación que no puede ser expresada dentro de los 45 días de nacido el niño, y siempre que se hayan agotado las medidas tendientes a que el niño permanezca en su familia de origen y 3) comprobación judicial, previo dictamen del organismo administrativo interviniente, de que las medidas excepcionales dictadas y trabajadas en el marco del sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes en los plazos que establece la ley 26.061 no dieron resultado positivo, por lo cual el niño no puede regresar a su familia de origen o ampliada. De este modo, el anteproyecto armoniza con la ley 26.061 y procura que todas las partes que intervienen gocen de las debidas garantías constitucionales, tanto en los procedimientos administrativos como en los procesos judiciales conducentes a la adopción de un niño (conf. Opinión Consultiva 17, CIDH)". (Ver "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial").

²⁵ Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

²⁶ El proyecto de 1998 las permitía expresamente vinculándolas directamente con la adopción al excepcionar del cumplimiento de los requisitos la guarda previa judicialmente otorgada si se acredita sumariamente una guarda de hecho por el período de un año, con audiencia al Ministerio Público y de los equipos técnicos que correspondan. (art. 648, último párrafo).

²⁷ En un caso la madre biológica de una niña la entregó a un matrimonio para el que había trabajado. El juez de grado decidió, como medida

de protección, que la pareja siga ejerciendo la guarda, situación que fue confirmada por la Cámara para que no sea modificado el status quo de aquella. La Asesora de menores interpuso recurso de inaplicabilidad de ley. La Suprema Corte de Buenos Aires, por mayoría, rechazó el remedio procesal. La SCProvincia de Buenos Aires; in re "P. , R. A. s/ inscripción de nacimiento fuera de término • 21/10/2015 Publicado en: LLBA 2016 (marzo) , 195 - Si la niña que fue entregada por su madre biológica a un matrimonio se encuentra debidamente contenida junto a ellos, la medida de protección cautelar —de carácter excepcional y provisorio— dictada en la en la causa donde se intenta esclarecer su identidad, para que la pareja siga ejerciendo la guarda, debe ser confirmada, pues resguarda debidamente los intereses de la niña. Si en el caso se acreditó que las necesidades materiales, espirituales y emocionales de la niña que fue entregada al nacer a un matrimonio se encuentran satisfechas, no es posible poner en duda la idoneidad de quienes ejercieron la guarda de hecho, máxime cuando aquellos se encuentran inscriptos en el Registros central de aspirantes a guarda con fines adoptivos y es un deber de los tribunales ser sumamente cautos a la hora de modificar situaciones de hecho vinculadas con las personas menores de edad (del voto del Dr. Pettigiani).

²⁸ CSJN, 2/3/16, COMPETENCIA "R.M.L. y otro" S/ GUARDA PREADOPTIVA"

²⁹ Recordó que la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece que se entiende por centro de vida el lugar donde los niños hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, debiendo interpretarse en armonía con la

El referente afectivo al que alude la norma es una persona significativa en la vida del niño, niña o adolescente, con la cual mantiene un lazo afectivo y una vinculación lícita.-

La segunda oración del art. 7 del decreto 415/06 nos aproxima a su conceptualización, ausente en el código: "Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección".

La sentencia que haga lugar al pedido debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativos que corresponda, a fines de proceder a dar inicio de forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción. (art. 609, inc. c)

Finalmente la sentencia de privación de responsabilidad parental, por los motivos enumerados en el art. 700, inc. A, B y C, equivale a la declaración judicial en estado de adaptabilidad (art. 610)

7.2 Guarda con fines de adopción:

7.2.A. Prohibición de la guarda de hecho:

Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de 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 (art. 611, primer párrafo).²⁶

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense 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 pretenses guardadores del niño (art. 611, segundo párrafo)

De este artículo podemos observar la clara prohibición, y la sana intención del legislador, en conjunción con las demás normas antes estudiadas, de garantizar un procedimiento de adopción totalmente transparente en tres frentes: asegurar que realmente sea una vez agotadas las posibilidades de que el niño o niña o adolescente permanezca en su familia biológica, que no sea otorgada como consecuencia de la pobreza de sus progenitores y/o familiares y aventar toda sospecha de una transacción comercial, completamente repugnante a la dignidad humana.

El desafío será para los operadores, pues ahora será necesario actuar con suma celeridad para que todos éstos cometidos sean alcanzados en un tiempo razonable, que son impuestos por el mismo CCCN, en plazos perentorios. Esto hará a la efectividad de las medidas.

Como excepción a la regla de la prohibición de entrega, permite la guarda de hecho cuando median lazos de parentesco entre el pretense guardador y alguno de los padres biológicos del niño, intentando una fórmula que compatibilice el ISN con el principio de la autonomía de la voluntad y con el ejercicio regular de los deberes — derechos emergentes de la responsabilidad parental.(regulada en los arts. 638 y siguientes) La carga de la prueba incumbirá a quien lógicamente los alega, pues se encuentra en mejor posición para acreditarlos. Todo sin perjuicio de que rigen los principios de oficiosidad y de amplitud probatoria (ver arts. 706, 709 y 710 del CCCN).

Por otro lado y en caso de constatar una entrega directa del menor, sin verificar las excepciones, el juez adoptará las medidas pertinentes para privarla de efectos, e inclusive puede separar al menor de sus guardadores.²⁷

7.2.B. Juez competente:

Es el que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad (art. 612) y la guarda debe ser discernida inmediatamente.

En un caso que se inició la guarda preadoptiva en un Juzgado de San Cristóbal, Pcia. de Santa Fe, sin la pertinente previa declaración referida (posible en el régimen anterior y por tanto no era aplicable el art. 612), estando la madre domiciliada en la Provincia de Santiago del Estero, la CSJN²⁸ resolvió la competencia de éste último, remitiéndose a los Dictámenes del Procurador General y del Defensor General. En la solución utilizó el art. 716, en armonía con las demás del ordenamiento.

Fundó la solución en el art. 716, que regla que en los asuntos relativos a la guarda, cuidado, o adopción de una persona menor de edad, es competente el juez del lugar donde ella tiene su centro de vida²⁹. En una interpretación armónica de las disposiciones citadas y de los hechos relatados en la demanda, entendió que reviste particular relevancia promover la intermediación entre el juez interviniente y la familia de origen a fin de facilitar su intervención y determinar la situación del niño. Por otra parte, recordó que si bien la protección integral de los derechos de los niños requiere un cuidado y una vigilancia que se ve simplificada por la cercanía física del tribunal interviniente, una correcta hermenéutica descarta la aplicación mecánica de esa directiva y postula que el intérprete realice un examen circunstanciado.

7.2.c. Elección del guardador

El juez selecciona de la nómina remitida por el registro de adoptantes. A esos fines convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso estudiado en el punto anterior y el organismo también puede comparecer de manera espontánea:

En ella el juez debe citar al niño niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad o madurez

Se debe tomar en cuenta entre otras pautas, las condiciones personales, edades y aptitudes del o los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación, sus motivaciones y expectativas frente a la adopción, el respeto asumido frente al derecho de identidad y origen del niño, niña o adolescente (613).

7.2.D. Sentencia y plazo de la guarda: Cumplidas dichas medidas el juez dicta la sentencia y el plazo de guarda no puede exceder los seis meses (art. 614). Se critica éste artículo porque no impone un plazo mínimo, limitándose a uno máximo. Por ejemplo el juez bien podría determinar uno muy exiguo de una semana o pocos días, lo que no resulta suficiente como para evaluar el grado de integración del niño, niña o adolescente.-

7.3. Juicio de adopción:

7.3.A. Juez competente:

Es competente para el juicio de adopción el juez que otorgó la guarda con fines de adopción o a elección de los pretensos adoptantes, el del lugar en que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración para esa decisión (art. 615)

Se le otorga dos opciones para favorecer el principio de intermediación y el acceso a la justicia.

El concepto de centro de vida es el mismo a que se refiere el inc. F) del art. 3° de la ley 26061 y se interpretará de manera armónica con la definición de "residencia habitual" de la NNA contenida en los tratados internacionales ratificados por la Rca. Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad (decreto 415/06 y en éste último aspecto coincide a su vez con el art. 716 del CCCN, y es la solución que viene resolviendo reiteradamente la jurisprudencia de la CCCN, para favorecer el acceso a la justicia, la intermediación, la tutela efectiva y la velocidad de los trámites.³⁰

Aunque la norma del 716 da una sola opción, la del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida, entendemos que en cuanto específica de la materia, resulta aplicable la del art. 615 y la opción favorece la finalidad del instituto

7.3.B. Inicio a pedido de parte o de la autoridad administrativa:

Una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción (art. 616). Aunque no está mencionado, el Ministerio Público también lo puede iniciar (art. 103)

Plantea una aplicación concreta del principio de oficiosidad (art. 709) sumamente exacerbado en el punto analizado. Se deja por los intereses involucrados no solo el impulso, sino el mismísimo inicio del trámite no a la demanda privada, sino a la del mismo juez que resolverá- El principio dispositivo sufre otra gran excepción. Tiene muy buenas intenciones, al pretender evitar que la persona adoptada quede sin el emplazamiento de estado de familia que prevé como desenlace jurídico lógico del juicio de guarda. Parece de muy difícil realización, salvo que el juez no se ate al rigor de las formas que exigen los códigos rituales. (patrocinio letrado, etc.)

definición de "residencia habitual" contenida en los tratados internacionales ratificados por la República en materia de sustracción y restitución internacional (arts. 3, inc. f, ley 26.061, y 3, Anexo I, decreto 415/06). 3 En este marco normativo, y ponderando lo regulado por el artículo 611 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación -que prohíbe la entrega directa de niños, niñas y adolescentes en guarda y estipula que la guarda de hecho no debe ser considerada a los fines de la adopción- se debe concluir que la solución debe favorecer la estricta supervisión judicial de la 'separación de los niños y niñas de sus familias biológicas, conforme lo exige el interés superior del niño y lo disponen los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 3, inciso 1; 9, inciso 2; y 21; Convención sobre los ., Derechos del Niño; y arto 16; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

³⁰ Tratándose de la solicitud de guarda legal con fines asistenciales de un niño que se ha extendido por más de tres años, el domicilio del menor o donde judicialmente se comprobó el abandono al que alude el art. 316 del Código Civil para determinar al juez competente debe interpretarse en su acepción más amplia, y esto incluirá al lugar de residencia habitual del niño, ello al considerar el mejor interés de la persona que debe tutelarse. Corte Suprema de Justicia de la Nación • F., S. R. s/ guarda de personas • 16/09/2014 • DJ 01/04/2015 , 34 • AR/JUR/71191/2014.

³¹ Acceso limitado al expediente: El acceso del expediente en materia de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso. En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como

pruebas ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva.

³² La garantía de igualdad no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable. (CSJN "L. E. H." 30/06/1999; LA LEY 1999-E, 501, DJ 2000-1, 15; ED 184, 435; AR/JUR/3027/1999).

³³ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • A., O. E. s/ Incidente • 11/11/2015 • LA LEY 23/02/2016, 10 • ED • AR/JUR/46438/2015 El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses de aquel tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones (del voto del Dr. Pettigiani).

³⁴ Admitida la demanda de adopción plena, nada impide que se haga lugar a la sustitución de su segundo nombre por el elegido por el adoptante y el propio niño, el cual no suplanta al originario sino que forma parte del aspecto dinámico de la identidad que se está forjando en la familia adoptiva, pues se satisface la norma alojada en el art. 623 del Código Civil y Comercial y no se vulnera ningún aspecto del orden público. Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel • R., N. G. s/ adopción plena • 15/02/2016 • La Ley Online • AR/JUR/293/2016. En el mismo sentido Otorgada la adopción plena de una niña de cuatro años que es reconocida por los adoptantes por un nombre determinado, con el cual aquella se siente identificada, cabe admitir la petición de modificación del nombre de pila en tal sentido, máxime cuando dadas las actividades, circunscriptas a las relaciones familiares y escolares,

7.3.C. Reglas del Procedimiento:

Se aplican las siguientes reglas:

Son parte los pretensos adoptantes y el pretense adoptado. Si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada. En mi opinión tiene también la posibilidad de elegir a su propio abogado (art. 27, inc. C de la ley 26061) Si no tiene ese grado de madurez, el juez le debe designar un tutor ad litem (art. 109, inc. A)

El juez debe oír al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez. El adoptado mayor de diez años debe prestar su consentimiento expreso (art. 617, inc. A, B, D)

También intervienen, no en carácter de parte el Ministerio Público y el organismo administrativo (inc. C)³¹.

Finalmente las audiencias son privadas y el expediente reservado (art. 617, inc. E). En-gargada lógicamente con el principio de acceso limitado al expediente: (art. 708)

No tiene prevista la intervención de los progenitores, en tanto quedaron privados de la responsabilidad parental en la etapa anterior, donde se les dio oportunidad de que ejerzan su defensa, de hacer valer sus derechos y probar sus pretensiones.

7.3.D. Efecto temporal de la sentencia:

Tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción, excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyo efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción (art. 618)

8. Tipos de adopción:

Conforme al art. 619 son tres: plena, simple y de integración.- Protegen de manera diferenciada a los adoptados, de acuerdo a la especial situación en la que se encuentren.³²

Es una facultad del juez otorgar la adopción plena o simple según las circunstancias de cada caso y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño, eje vector que debe ser de consideración primordial. (3.1 de la CDN)³³

Por el art. 535, en la adopción plena, el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo del adoptante con todos los parientes de éste y la adopción simple sólo crea vínculo de parentesco entre el adoptado y el adoptante.

En ambos casos el parentesco se crea con los límites determinados por el CCCN y la decisión judicial que dispone la adopción.

A su vez a pedido de parte y por razones fundadas el juez puede convertir una adopción simple en plena y la conversión tiene efectos desde que la sentencia queda firma y hacia el futuro.

En todos los tipos de adopción como principio general, el prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione (art. 623)³⁴

8.1 Adopción plena:

Confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. Por el art. 403, inc. A) es uno de ellos el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo y por el inc. B) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera sea el origen del vínculo

El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo. (Art. 620)

Cuando sea mas conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen. (art. 621, segundo párrafo, primera oración), recogiendo en tal sentido la Comisión Redactora lo resuelto en numerosos precedentes³⁵, que privilegiaron las normas de jerarquía constitucional.

8.1. A. Irrevocabilidad: Es irrevocable. No puede ser dejada sin efecto por acuerdo de voluntades entre adoptante y adoptado ni por incumplimientos de los adoptantes.

8.1.B. Efectos de la acción de filiación o del reconocimiento: Como consecuencia, la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento que hagan éstos son admisibles, mas al solo efecto de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar otros efectos de la adopción (art. 624)

8.1. C. Pautas para otorgarla:

Las pautas no son del todo claras. Algunos requisitos son comunes o sea coinciden también para acordar la adopción simple.

Preferentemente se debe otorgar cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida. En realidad son dos supuestos distintos, que fueron por defecto de redacción legislados conjuntamente: uno es el caso de huérfanos (los dos progenitores fallecidos) y otro, aquellos en que no tienen filiación acreditada o sea que no está probado quienes son los progenitores.

También puede otorgarse: cuando se haya declarado al niño en situación de adoptabilidad (625, inc.A), pero éste requisito también se exige para la adopción simple

Cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental (625, inc. B). Por el art. 610 la sentencia de privación equivale a la declaración judicial en situación de preadopción. Nada obsta que también aquí el juez decida una adopción simple

Cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre en informada de dar su hijo en adopción (625, inc.c)

8.1.D. El apellido de los hijos:

En cuanto al apellido del hijo por adopción plena, se rige por las siguientes reglas:

Si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido (inc.a, 626)

Si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales; (inc. B, art. 626). Aquí la remisión es a los artículos 64 y concordantes: lleva el primer apellido de alguno de los progenitores, en caso de no haber acuerdo se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas. A pedido de los padres o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro.

Excepcionalmente y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante, o al de uno de ellos si la adopción es conjunta

En todos los supuestos el juez debe valorar especialmente la opinión de quien tenga edad y grado de madurez suficiente. (concordante con lo dispuesto en el art. 707).

8.2. Adopción simple:

Confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculo jurídico con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto disposición en contrario

El juez está facultado cuando sea conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, para crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En éste caso no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados para cada tipo de adopción.

8.2.A. Transferencia de la responsabilidad parental:

Como regla, los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos, sin embargo la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes. La extinción de la responsabilidad parental es por la adopción del hijo por un tercero (art. 699, inc.E)

permiten afirmar que ese cambio no causa perjuicio a terceros ni afecta la seguridad de la menor, ello por aplicación de los arts. 623 y 626 del Código Civil y Comercial y arts. 3, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño Tribunal de Familia de Formosa • B., R. J. y P., N. s/ adopción • 24/08/2015 • LLLitoral 2015 (diciembre) , 1236 • DJ 24/02/2016 , 85 • AR/JUR/28624/2015

³⁵ Ver entre otros, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I ~ 2013-04-11 ~ C., M. M. s/adopción y nuestra nota: “La flexibilización de la adopción plena: Una inteligente creación pretoriana en armonía con la Constitución” DFyP 2013 (noviembre) , 55 “Al otorgar la adopción plena de un menor procede respetar la preexistencia del vínculo familiar de éste con sus progenitores biológicos —en el caso, con la madre que fue declarada insana—, pues esa es la solución que mejor se compadece con los nuevos paradigmas del derecho de familia, que tienden a una flexibilización de la interpretación y aplicación de las normas, atendiendo al caso particular y propendiendo al mejor interés del menor”.

³⁶ ARTÍCULO 2281.- Causas de indignidad. Son indignos de suceder: a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena; b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito

sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de UN (1) mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

³⁷ De acuerdo Azpiri, Jorge "Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de Familia; Ed. Hammurabi, Jorge Luis Depalma Editor, Bs.As., 2015, pag. 129.

Como consecuencia de esa permanencia en los vínculos, la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño. Este derecho está consagrado en el art. 555, que menciona entre los legitimados a los ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales

El adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos, dando de esa forma característica subsidiaria.

8.2.B. El apellido del adoptado: El adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar que se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o de uno de ellos, a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena

8.2.C. Derecho sucesorio: El derecho sucesorio se rige por lo dispuesto en el libro Quinto

8.2.D. Efectos de la acción de filiación o el reconocimiento posterior: Después de acordada la adopción simple se admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación contra sus progenitores, y el reconocimiento del adoptado, aunque ninguna de éstas situaciones altera los efectos de la adopción mencionados (arts.628)

8.2.E. Revocación:

Es revocable: por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad, que aparecen regladas en el art. 2281,³⁶ bastando la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

Por petición justificada del adoptado mayor de edad

Por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente

La revocación extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro

Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.

8.3. *Adopción de Integración:*

Se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente (art. 620) El conviviente no necesariamente debe tener la antigüedad necesaria como para conformar una unión convivencial con el progenitor de origen, sino que puede ser el simple conviviente³⁷. Con la clara finalidad de vincular jurídicamente a ambos y genera los siguientes efectos:

8.3.A) Efectos con el progenitor de origen: Mantiene siempre el vínculo filiatorio todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen (cónyuge o conviviente del adoptante) (art. 630). En otros términos conserva el cúmulo de deberes –derechos que acarrea la responsabilidad parental.

8.3.B) Efectos entre el adoptado y el adoptante:

Si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado. Guarda congruencia con el art. 699 inc. e) por el cual no se produce la extinción de la responsabilidad parental cuando se adopta el hijo del cónyuge o conviviente.-

Si el adoptado tiene doble vínculo filial, el juez puede mantener –según lo juzgue conveniente en aras del interés superior del niño- subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen al conceder la adopción plena o también crear vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia del adoptante, si concede la adopción simple (arts. 631 en su remisión al art. 621)

8.3.c) Derecho de defensa en juicio del los progenitores de origen y particularices de éste tipo de adopción: Los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas (632, inc. A).

Esta particularidad se debe a que – a diferencia con los otros juicios de adopción- éste no es precedido del juicio de declaración en situación de adaptabilidad, (art. 632, inc. B) proceso en el que participan los integrantes de la familia biológica.- Tampoco requiere que el adoptante esté previamente inscripto en el registro de adoptantes (inc. B), no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho del art. 611 (inc. B) No rige la previa guarda con fines de adopción (art. 632, inc. E) y tampoco el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen de conformidad con lo previsto con el art. 594.

8.D) Revocación: Es revocable con las mismas causales previstas para la adopción simple, se haya otorgado con carácter plena o simple (art. 633)

9) Nulidad de la adopción:

El CCCN materia de adopción dispone de régimen especial de nulidades, que se complementa en cuanto no estuviera previsto, con las disposiciones generales que se aplican supletoriamente, que metodológicamente se ubican en el Libro I, Título IV, Capítulo 9 (art. 636) .- Se debe distinguir la nulidad absoluta de la relativa. En la primera está interesado muy intensamente el orden público y en la segunda, se protege un interés particular.

9.1) La nulidad absoluta:

Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 386)

Puede declararse por el juez aun sin mediar petición de parte. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, no puede sanearse por la confirmación no por la prescripción.

Aparecen las causales mencionadas taxativamente en el art. 634. Estas y no otras serán las aptas para tal efecto y son de interpretación restrictiva.

Precisamente uno de las disposiciones especiales que trae el código y que se aparta de la regulación general, es el supuesto del inc. 1) de dicho artículo. Es una nulidad absoluta que solo puede declararse a pedido del adoptado, puesto que se presume que si no la solicita, está favoreciendo la continuidad de la adopción.-

Adolecen de nulidad absoluta la violación a las disposiciones referidas a:

A. Edad del adoptado.

B. Diferencia de edad entre adoptante y adoptado³⁸.

C. La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el menor o sus padres³⁹.

³⁸ La diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, requerida por ley, posee un amplio fundamento en la necesidad de que el vínculo ficticio que surge de la adopción sea lo más parecido al real. Por ello y sancionando la ley con la nulidad absoluta la adopción concedida en violación de la diferencia de edad, ello torna improcedente cualquier petición que no cumpla con dicho requisito. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala; “D. M., M. G.” 12/02/1988; LA LEY 1988-E, 235 • DJ 1989-1, 360 • AR/JUR/125/1988).

³⁹ La adopción que haya tenido un hecho ilícito como antecedente necesario como lo fue la desaparición forzada de los padres del adoptado, merece la sanción de la nulidad absoluta, conforme las previsiones contenidas en el art. 337 inc. c del Código Civil. (del voto de la doctora M. Silvia Villaverde (Tribunal de Familia Nro. 3 de Lomas de Zamora; “N., C. L. c. R., Y. E.” 28/11/2005; JA 2006-II, 32 • AR/JUR/9193/2005).

⁴⁰ Un viejo precedente que no tuvo mayor réplica y que obedeció a un cuadro fáctico muy particular durante el régimen anterior,

declaró inconstitucional la norma prohibitiva de la adopción de nietos por sus abuelos, contenida en el art. 5° inc. b) de la ley 19.134. Entendió que “debe considerarse derogada por la normativa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por nuestro país y aprobada por ley 23.849 (Adla, XXXI-B, 1408; L-D, 3693), la que a partir de la vigencia de la Constitución Nacional reformada en 1994, que en su art. 75 inc. 22 dispone que dicha Convención reviste el carácter de norma jurídica con jerarquía constitucional, tiene operatividad inmediata, sin requerir de pronunciamiento expreso de otra índole, bastando su aplicación al caso concreto para hacerle surtir sus plenos efectos”. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala III, 21/12/95; “T., J. y otra”

Publicado en: LA LEY 1997-F, 145, con nota de Germán J. Bidart Campos; DJ 1998-1, 673 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Director: Marcos M. Córdoba

D. La adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente.

E. La adopción de descendientes.⁴⁰

F. La adopción de hermano y hermano unilateral entre sí.

G. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad.

H. La inscripción y aprobación del registro de adoptantes.

I. La falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado.

En cuanto a la edad del adoptado se debe tratar de un menor emancipado, salvo los supuestos excepcionales de adopción de mayores. (art. 597: hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar; posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada)

La diferencia de edad: el adoptante debe de por lo menos de 16 años mayor que el adoptado, con excepción de que se adopte el hijo del cónyuge o conviviente en la adopción de integración (art. 599)

La adopción por parte de más de una persona simultánea autorizada es la realizada por cónyuges o pareja conviviente. (art. 602, que lo deben hacer conjuntamente)-

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no es necesaria como vimos en la adopción de integración ni tampoco cuando se ha dictado sentencia de privación de la responsabilidad parental

No sólo deben estar inscriptos los adoptantes o el adoptante en el Registro como reza el art. 600 inc. B) sino que esa inscripción debe estar aprobada por las autoridades del mismo. Prevé el inc. I) con la salvedad apuntada, la norma del art. 598 inc. F) en la última oración, y el inc. D) del art. 617

9.2) Nulidad relativa:

Los casos de nulidad relativa están legislados en el art. 635 y son aquellos en que la adopción no cumplió con el requisito de edad mínima del adoptante (inc. B) Vicios del consentimiento, c) Derecho del niño o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

La puede invocar solo aquel en cuyo beneficio se establece, salvo que la otra parte fuese de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanarse por confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo (art. 388) Una causa de nulidad relativa que está legislada en el Libro primero es la falta de intervención del Ministerio Público.

10) Inscripción:

Por el art. 637 todas las sentencias de adopción, revocación, conversión y nulidad deben inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, una vez que queden firmes



edición

UNL | FCJS

CONSEJEROS DIRECTIVOS FRANJA MORADA

LISANDRO
MENDIOLA
/
NATALIA
BALESTRA
&
CESAR
BISUTTI

SECRETARIA GENERAL CENTRO DE ESTUDIANTES
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PABLO BERTI
/

ENCARGADOS DE LA EDICIÓN

MICAELA FACHINI
&
NICOLAS BOGAO

