



Universidad Nacional de La Pampa

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

**SEMINARIO SOBRE APORTACIONES
TEÓRICAS RECIENTES**

Título:

ADOPCIÓN: derecho de Niñas, Niños y Adolescentes

Apellido y Nombres del/los alumno/s:

Rodríguez, Cinthia Florencia

Varela, Cecilia Mercedes

Vega, María Laura

Asignatura sobre la que se realiza el trabajo:

Derecho Internacional Público

Encargado de Curso Profesora:

Cecilia Bertolé

Año que se realiza el trabajo: 2017

Lugar: Santa Rosa – La Pampa

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL	4
1. La Convención de los Derechos del Niño.....	4
2. El Interés superior del Niño	5
2.1 Observación N°14 del Comité de los Derechos del Niño	6
3. Derecho del Niño a ser Oído.....	9
3.1 Observación N° 12.....	11
4. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	13
III. LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO	17
1. Doctrina de la “Protección Integral” como fin a la “Situación Irregular”	17
2. Evolución legal de la Adopción.....	19
3. La adopción en el Código Civil y Comercial.....	21
2.1 Concepto	22
2.2 Principios	22
2.3 Presupuestos para ser adoptante y ser adoptado	25
2.4 Tipos adoptivos.....	25
2.5 Procedimiento de la adopción	28
4. Jurisprudencia Nacional.....	31
IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA PAMPA.....	35
V. CONCLUSIÓN	37
VI. BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....	39

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la relación existente entre dos principios fundamentales en materia de niñez y adolescencia. Por un lado el “interés superior del niño” el cual debe primar en todos los casos en que se puedan ver afectados sus derechos; y por otro lado –íntimamente vinculado– el “principio de participación y derecho a ser oído” en todo procedimiento judicial o administrativo que pudiese afectarlos, en especial, el proceso de adopción que abarcaremos a lo largo de esta investigación.

Estos principios surgen de la Convención de los derechos del Niño que es el tratado internacional que presenta la mayor ratificación en el mundo, ya que todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos, la han ratificado, lo que demuestra el grado ampliamente generalizado de reconocimiento y aceptación de la fuerza obligatoria de las normas sobre derechos humanos de los niños, contenidas en dicha Convención.

Esto repercutió no sólo en el mundo, sino también a nivel nacional –con la ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” – y a nivel provincial –con la adhesión mediante la ley 2.703– dando un quiebre en las concepciones socio-jurídicas de la niñez dejando de considerar a los niños y a las niñas como “inmaduros”, “carentes”, “objetos o posesión de sus padres” para pasar a reconocerlos como sujetos de derecho, partícipes en la construcción de su forma de vida y en la elección de sus propias decisiones conforme a su edad y grado de madurez.

Estos principios fueron receptados de manera expresa en el CCyC de la Nación en lo atinente al régimen de adopción en el art 595 inc. a) el interés superior del niño e inc. f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

II. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS/LAS ADOLESCENTES EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. La Convención de los Derechos del Niño

Con la Convención de los derechos del Niño del año 1989 el mundo concibió un compromiso con todos los niños, las niñas y los /las adolescentes: que los Estados, las comunidades y las familias harían todo lo que estuviera a su alcance para promover y proteger sus derechos. Dicho tratado ofrece una visión en la cual todos los niños y todas las niñas viven y desarrollan su potencial pleno sin discriminación, y son protegidos, respetados y alentados a participar en las decisiones que afectan sus vidas, buscando siempre respetar su interés superior.

La Convención no sólo le reconoce a los niños (niñas y adolescentes) los mismos derechos que a las personas adultas, sino que además añade una protección especial debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento.

Al mismo tiempo, establece la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (Art. 4).

La Convención aprobada en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20/11/1989, es el tratado de derechos humanos que ha entrado en vigor más rápidamente, y que ha sido ratificado por la mayor cantidad de países del mundo —todos con excepción de Estados Unidos—. En nuestro caso, la normativa ha ingresado al derecho argentino mediante la sanción de la ley 23.849 de fecha 27/09/1990 y jerarquizada con rango constitucional de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la CN, tras la reforma del año 1994.

Los países del mundo asumieron un compromiso ineludible —bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados— de modificar el derecho interno para que éste sea compatible con los estándares de derechos

humanos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en todo lo relacionado en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, también se deben tener presentes las Observaciones Generales que emanan del Comité Internacional de los Derechos del Niño, organismo creado por la propia Convención de los Derechos del Niño y que ya ha emitido una gran cantidad de documentos de suma importancia para la interpretación de las normas de la propia Convención y normativas afines.

2. El Interés superior del Niño

“Art. N° 3 de la CDN .- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (...)”

El principio del "interés superior del niño" surge del art. 3 de la Convención y es el eje rector del entrecruzamiento entre derechos humanos y derechos del niño que se conoce como el modelo o paradigma de la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Contrariamente a la mayoría de los artículos de la Convención, el art. 3 no constituye un derecho subjetivo como tal; sino que instituye un principio de interpretación que debe ser utilizado en todas las formas de intervención con respecto a los niños, las niñas y los/las adolescentes y que confiere una garantía de que cada decisión que se tome será examinada conforme a ese principio de interpretación.

El concepto del interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación. A la hora de aplicar el principio, no basta con transcribir o dejar en claro que se toma una decisión conforme al “interés superior del Niño” sino que en el caso concreto de debe fundamentar por qué determinada decisión responde a ese interés superior.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha ocupado del principio en estudio, al cual dedica los párrafos 56 al 61 inclusive de la Opinión Consultiva nro. 17/2002. Comienza expresando que "este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño", agregando que "en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia", por lo cual concluye que "es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño".

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación N°14 se dedica a profundizar y materializar este concepto jurídico indeterminado la cual se desarrollará en el punto siguiente.

2.1 Observación N°14 del Comité de los Derechos del Niño

La observación comienza diciendo que el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, "el interés superior del niño", siendo el objetivo de dicho principio garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño.

En la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa de este principio.

El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto trino que acoge: un principio jurídico, por cuanto puede guiar a los Estados en la elaboración de políticas públicas, en la interpretación de las disposiciones jurídicas, etc.; un derecho sustantivo, siendo la puesta en práctica de este derecho una garantía siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño/a o adolescente, pudiendo su incumplimiento generar responsabilidad internacional; y una norma de procedimiento, ya que los Estados partes deberán explicar en cada caso concreto cómo se ha respetado este derecho en la decisión y como se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones.

Es obligación de los Estados prever que cuando una decisión vaya a tener repercusiones importantes en uno o varios niños, es preciso adoptar un mayor nivel de protección y procedimientos detallados para tener en cuenta su interés superior. Siendo obligatorio evaluar y tener en cuenta como consideración primordial el interés superior de los niños como grupo o en general en todas las medidas que les conciernan, concibiendo dicho derecho tanto de forma colectiva como individual.

El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso, de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o niños afectados, teniendo en cuenta el contexto, la situación, las necesidades personales y aplicando, en su caso, las demás disposiciones de la Convención.

En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. La flexibilidad del concepto de interés superior del niño

permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil.

2.1.a. Elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño en un proceso de adoptabilidad:

a) La opinión del niño.

El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior.

b) La identidad del niño.

La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño.

En cuanto a la identidad religiosa y cultural, por ejemplo, al considerar la colocación en hogares de guarda, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico y el responsable de la toma de decisiones debe tener en cuenta ese contexto específico al evaluar y determinar el interés superior del niño. Lo mismo se aplica en los casos de adopción, separación con respecto a sus padres o divorcio de los padres.

c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.

La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención. El término "familia" debe interpretarse en un

sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.

El niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho "a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.

d) Cuidado, protección y seguridad del niño.

El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad. El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.

3. Derecho del Niño a ser Oído

Artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño:

"1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

El derecho a ser oído constituye uno de los valores fundamentales para todos los niños/as en todos los ámbitos de la vida social, y en particular en aquellas situaciones en que sus derechos se encuentren involucrados en una controversia.

Los niños deben expresar sus opiniones libremente, por lo que ello configura una opción y no una obligación. A su vez, el ámbito en el cual la realice debe ser adecuado, debiéndosele proporcionar el respeto y la confianza suficiente como para que él, se sienta cómodo para expresar lo que realmente piensa.

Las opiniones de los niños están fundadas en sus propias experiencias y conocimientos, por lo que su edad biológica no influye al momento de tener en cuenta sus opiniones. Por ello la sociedad en su conjunto tiene el deber de tomar en cuenta la opinión de los mismos. No existen limitaciones de edad para ejercer este derecho. Los niños son capaces de formar sus opiniones desde muy chiquitos.

El derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, por ejemplo denuncias de malos tratos, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la adopción, en este último supuesto se coloca al niño en el centro de la escena, como principal protagonista de este instituto, en donde se tiene en cuenta el interés superior del niño, el respeto por el derecho a la identidad, como así también su derecho a ser oído y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta, conforme a su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los 10 años.

El encargado de tomar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en cuenta sus opiniones. Esto constituye una garantía de que sus opiniones se toman en serio.

La observación n°12 del comité de los derechos del niño se encarga de explicar el contenido y alcance de dicho derecho. Observación que se desarrolla a continuación

3.1 Observación N° 12

El Comité en la Observación N°12 ha señalado al Derecho del Niño a ser oído como uno de los cuatro principios generales de la Convención. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que los Estados partes garantizarán al niño el derecho de expresar su opinión libremente, en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y grado de madurez suficiente.

Los Estados partes deben alentar al niño a que se forme una opinión libre y ofrecer un entorno que le permita ejercer su derecho a ser escuchado.

Los Estados tienen la obligación estricta de adoptar las medidas que convengan a fin de hacer respetar plenamente este derecho para todos los niños.

La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones.

Este derecho es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, como a los iniciados por otras personas que afecten al niño, como la separación de los padres o la adopción.

El niño puede expresar su opinión directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social), es de suma importancia que el representante transmita correctamente las opiniones del niño al responsable de adoptar decisiones.

El encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones.

En caso de que se vulnere este derecho en relación con procedimientos judiciales y administrativos, el niño debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Estos procedimientos deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo.

Existen obligaciones concretas que los Estados parte deben cumplir respecto de los procedimientos que se lleven adelante como:

a.- El derecho del niño a ser escuchado en procedimientos judiciales:

Es muy importante que en el proceso de adopción se respete este derecho, siendo de vital importancia las opiniones del niño/a. En las decisiones relativas a la adopción, el “interés superior” del niño no puede determinarse sin tomar en consideración las opiniones del mismo. El Comité insta a todos los Estados Partes a que informen al niño, de ser posible, sobre los efectos de la adopción, la kafala¹ u otros tipos de acogimiento y a que garanticen mediante leyes que las opiniones del niño sean escuchadas.

El Comité insta a los Estados Partes a evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que permitan que se escuche a los niños pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones.

Para que la participación sea efectiva y genuina es necesario que se entienda como un proceso, y no como un acontecimiento singular y aislado.

El Comité explica que todos los procesos en que sean escuchados y participen un niño o varios niños deben ser, transparentes e informativos, voluntarios, respetuosos, pertinentes, adaptados a los niños, incluyentes, seguros y atentos al riesgo, y responsables siendo esencial

¹ Se trata de una institución similar a la adopción en occidente, con la diferencia que en la **Kafala** el niño no deja su pertenencia a su familia de origen ni adquiere parentesco con su tutor.

el seguimiento y la evaluación. Los niños tienen derecho a recibir una respuesta clara acerca de la forma en que su participación ha influido en un resultado.

4. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

4.1. El caso Fornerón e hija vs Argentina

4.1.a. Situación fáctica:

El 16 de junio de 2000 nace M., hija de D.E.E. y de Leonardo Aníbal Javier Fornerón (en adelante Sr. Fornerón). Al día siguiente la señora D.E.E. entregó a su hija en guarda provisoria con fines de adopción al Matrimonio B-Z, estando presente el Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, Entre Ríos, dejando constancia del acto en un acta formal. Habían indicios de que pudo haber existido una supuesta entrega de dinero por parte del Matrimonio B-Z a favor de D.E.E, pero la justicia penal declaró que no tenía los elementos suficientes para llegar a esa conclusión.

El Sr. Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta el quinto mes del mismo, preguntándole reiteradamente a la Sra. D.E.E. si él era el padre, lo cual fue negado por ella en todas las oportunidades. Tras el nacimiento de M., y ante el desconocimiento del paradero de la niña y sobre su paternidad, el Sr. Fornerón acudió a la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando su deseo de hacerse cargo de la niña.

El 5 de julio la señora D.E.E. compareció ante la misma Defensoría y le indicó que había entregado a la niña en guarda para futura adopción a un matrimonio conocido, y aseguró una vez más que el señor Fornerón no era el padre de la niña. El 18 de Julio el Sr. Fornerón reconoció legalmente a su hija.

El 1 de agosto de 2000, un mes y medio después del nacimiento de la niña, el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M. El 28 de agosto de 2000 la Defensoría de Pobres y Menores puso en conocimiento del Juez de Primera Instancia el reconocimiento de la niña por parte del señor Fornerón.

En el mes de Octubre, Fornerón solicitó al Juez la interrupción de la guarda judicial de M. y que la niña le fuera entregada en guarda provisoria. En Noviembre se le hizo un ADN al Sr. Fornerón donde se confirma su paternidad. En Febrero el señor Fornerón reiteró su solicitud de interrupción de la guarda y la restitución de la niña.

En marzo de 2001 el Juez de Primera Instancia ordenó la realización de un informe psicológico con base en la solicitud de la Defensoría de Menores de una pericia respecto de los “posibles daños que podría sufrir la niña en caso de ordenarse su entrega [...] al padre biológico”. El informe fue presentado ante el juez el 9 de mayo, el cual concluyó que “sería sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso de la familia a la que reconoce (...) a otra a la que desconoce, y que el alejamiento de la niña de sus afectos y de su ambiente sería sumamente traumático, pudiéndole ocasionar daños emocionales graves e irreversibles, más aún si atravesó ya por una primera situación de abandono”.

El 17 de mayo de 2001 el Juez de Primera Instancia otorgó la guarda judicial de la niña al matrimonio B-Z e indicó que se podría instrumentar en un futuro un régimen de visitas para que el padre pudiera mantener contacto con la niña. El señor Fornerón recurrió la sentencia, y ésta fue revocada en apelación dos años después de la interposición del recurso. El matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley contra esta decisión. El 20 de noviembre de 2003 el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia. El Superior Tribunal provincial consideró primordialmente, el tiempo transcurrido, e indicó que la demora en el trámite del proceso de guarda incidió en la decisión de confirmar la guarda, en consideración del interés superior de la niña, quien había vivido desde su nacimiento y por más de tres años con el matrimonio. Finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M. al matrimonio B-Z.

Por otro lado el Sr. Fornerón el 15 de noviembre de 2001 promovió un juicio de derecho de visitas (conforme al nuevo CCyC se trata de un derecho de “comunicación”). El 13 de marzo de 2002 el Juzgado Civil y Comercial de Rosario del Tala se declaró incompetente, decisión que fue recurrida por el señor Fornerón el 18 de marzo de 2002. El 22 de abril de 2002 se ordenó la remisión de los autos al Juzgado Civil y Comercial de Victoria. El 25 de noviembre de 2003 el señor Fornerón reiteró su solicitud de que fuera establecido un régimen de visitas. El Juez de Primera Instancia de Victoria se declaró competente para conocer de la causa el 7 de abril de 2004. Al día siguiente el señor Fornerón compareció sin su abogado y de manera “espontánea” solicitando la fijación de una audiencia para establecer un régimen de comunicación.

Por primera y única vez, el 21 de Octubre del 2005, a más de 5 años del nacimiento de M., el Sr. Fornerón se encontró con su hija por 45 minutos. En Mayo de 2011 se celebró una audiencia en la que se escuchó a la niña, al Sr. Fornerón y al matrimonio B-Z. Las partes acordaron establecer un régimen de comunicación de común acuerdo y en forma progresiva.

Se trata de un caso en el cual la conducta de los funcionarios judiciales en vez de proteger y reparar la violación de los derechos de la niña y su progenitor, tendieron a dilatarlo fabricando así, un contexto fáctico irreversible que luego se usó de fundamento para la decisión de los mismos.

Casi doce años después del nacimiento de la niña la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia disponiendo la responsabilidad internacional de Argentina por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección de la familia, y por el cumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno en perjuicio del Sr. Fornerón y su hija, así como los derechos del niño en perjuicio de ésta.

Consideraciones de la Corte

El Tribunal establece la obligación de conocer y tener en cuenta el corpus iuris internacional de protección de los niños y niñas; establece un plus de medidas especiales de protección cuando se trata de niños, niñas o adolescentes en base al Art. 19 de la Convención Americana; y a su vez establece que la protección de los derechos de los niños corresponde al Estado, a la familia, a la comunidad y a la Sociedad.

Reafirma el derecho que tiene todo niño a vivir con su familia, y el derecho a permanecer en el núcleo familiar salvo que sea el interés superior del niño separarlo de su familia, siendo esta medida excepcional y en todo caso, temporal.

En casos de cuidado y custodia de menores de edad para determinar el interés superior del niño, se debe hacer partiendo de una evaluación de los comportamientos parentales, su repercusión negativa en el desarrollo del niño, los daños que pudiere causar, sin admitir especulaciones, presunciones, estereotipos, etc.

El Tribunal también se ha referido a la dilación de los procedimientos que en caso de custodia de menores de edad puede constituir un aspecto negativo en cuanto el niño tiende a crear lazos con la “familia contenedora” tornando irreversible esta situación de hecho y siendo perjudicial para los intereses de los niños y de los padres biológicos.

Se afirma la necesidad del respeto del “plazo razonable” en los procesos judiciales, debiendo observarse los siguientes elementos: complejidad del caso; actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales; y afectación generada en la situación jurídica. En cuanto al primer elemento – la complejidad del caso – en el campo de la adopción no se debe tomar como excusa para quitarle responsabilidad a los operadores de la justicia (ahora mixto administrativo-judicial) por la duración excesiva del proceso.

A su vez, la Corte establece que no es viable para incumplir el “plazo razonable” alegar obstáculos internos, como la falta de infraestructura o falta de personal o recursos económicos.

La Corte aclara que “si bien la identidad, no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. Las circunstancias del presente caso implicaron que M creciera desde su nacimiento con la familia B-Z. Este hecho generó que el desarrollo personal, familiar y social de M se llevara a cabo en el seno de una familia distinta a su familia biológica. Asimismo, el hecho que en todos estos años M no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar”.

A modo de conclusión cabe dejar establecido que la figura de la adopción involucra muchos principios y derechos de Derechos Humanos, y ésta debe ser construida en base al respeto y protección de los intereses en juego, comenzando por los del niño.

III. LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

1. Doctrina de la “Protección Integral” como fin a la “Situación Irregular”

La idea de "protección Integral" que rodea a las niñas, niños y adolescentes se relaciona con el reconocimiento de éstos como “sujetos de derecho”, es decir, como individuos, miembros de una familia o integrantes de la sociedad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su madurez.

Esta concepción significa un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez, dejándose atrás la doctrina paternalista propia de la llamada doctrina de la "situación irregular" o modelo tutelar, que los consideraba como "menores" o "incapaces" y, por ello, "objeto" de protección y de representación por parte de sus progenitores y el Estado.

La ley 26061 en consonancia con la Convención de los Derechos del Niño deroga en forma expresa la ley 10.903 conocida como “Ley de Patronato” o “Ley Agote”. Esta ley establecía que el patronato del Estado se iba a ejercer a través de la Justicia, la que podría

intervenir en los casos que hubiera “abandono” o “peligro material o moral”, concepto que carecía de una definición clara y taxativa.

Bajo este sistema, se irrumpía por denuncia de algún operador del sistema sin que existiera una petición concreta por las partes involucradas, limitándose el ejercicio de la "patria potestad" de los padres con el fundamento de "proteger" al niño de situaciones de "riesgo". Los menores en cuestión resultaban ser, por lo general, miembros de familias en condiciones sociales y económicas desfavorables.

En el ámbito administrativo, se procedía a clasificar a los niños, niñas y adolescentes en torno al tipo de problema que implicaban, calificando estos factores de manera negativa.

Las leyes, prácticas e instituciones tutelares se caracterizaban por una relación trina: pobreza, marginalidad y delincuencia. Así, lo asistencial pasó a confundirse con lo penal y fueron las condiciones personales las que habilitaron la intervención del Estado en su rol tutelar. En todos los casos, las decisiones eran tomadas por adultos, desde el ámbito judicial y administrativo, sin contemplar la opinión de los principales involucrados, los niños o adolescentes.

La ley 26.061 –poniendo fin a la intervención tutelar del Estado – se constituye en un instrumento jurídico infraconstitucional que innova sobre el sentido y alcance de la intervención estatal, que exige una forma de actuar diferente en el campo de la niñez y la adolescencia. Esto refiere tanto a los contenidos de políticas, servicios y programas cuyos destinatarios son las niñas, niños y adolescentes, como a las atribuciones, responsabilidades y relaciones entre los distintos actores estatales y no gubernamentales habilitados para garantizar su bienestar y la protección de sus derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26061 han introducido cambios sustanciales y hasta procedimentales en el tratamiento jurídico de la niñez y adolescencia. Por su parte el Código Civil y Comercial también da cuenta de estos importantes avances

auspiciados por la obligada perspectiva de Derechos Humanos en lo que respecta a determinados sujetos dentro de las relaciones familiares: las niñas, niños y adolescentes.

2. Evolución legal de la Adopción

El Instituto de la adopción ingresa al ordenamiento jurídico argentino con la sanción de la Ley 13.252 en el año 1948, pues el Código Civil solo preveía una única causa de vínculos filiales: la biológica.

Esta ley regulaba la adopción como una solución viable solo para menores de 18 años, se exigía que el adoptante fuera por lo menos 18 años mayor que el adoptado. No podían adoptar personas menores de 40 años a excepción de aquellas parejas que se encontraban casadas hacía más de 8 años.

La Ley 13.252 sólo regulaba la adopción que generaba vínculos jurídicos entre el adoptado y el adoptante, pero no entre el adoptado y la familia del adoptante. El artículo 14 de la ley establecía “los derechos y deberes que resulten del parentesco de sangre del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, excepto los de la patria potestad, que se transfieren al adoptante”. Se exigía una guarda previa de dos años. Eran partes del proceso el adoptante, los padres biológicos del niño (si no hubieran perdido la patria potestad) y el Ministerio Público de Menores.

Con la sanción de la Ley 19.134 del año 1971 –la cual deroga a la ley 13.252– se produjeron grandes modificaciones en torno a la adopción en nuestro país. Se receptó un doble tipo de adopción: la adopción plena y la adopción simple.

La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de sus orígenes, el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de esta, el adoptado pasa a tener en la familia adoptante las mismas obligaciones y derechos que un hijo legítimo (art. 14). La adopción plena era considerada irrevocable.

Sobre los requisitos para ser adoptante se redujo la edad a 35 años o 5 años de matrimonio o la imposibilidad de procrear. Se mantiene la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, salvo que el cónyuge supérstite adopte al hijo adoptado del premuerto, se posibilita adoptar a una persona mayor de edad, siempre que se trate del hijo del cónyuge.

La guarda previa se redujo a un año y se permitía la entrega de los niños, niñas o adolescentes por acto administrativo o instrumento público.

La Ley 24.779 de 1997 introdujo la regulación de la adopción al Código Civil, esta Ley está íntimamente relacionada con la Convención Internacional de los Derechos del Niño ya que esta Convención promueve la adopción en casos especiales y Argentina al modificar su constitución en 1994 ratifica pactos internacionales y les da jerarquía de ley.

La Ley 24.779 mantuvo el régimen de adopción simple y plena, prohibió la guarda por escritura pública o acto administrativo e instauró un doble proceso judicial de adopción: la guarda pre adoptiva y el juicio de adopción.

Se controla el proceso tanto de pre adopción como el posterior, la guarda se otorga durante 6 meses, en este lapso de tiempo se evalúa el proceso de guarda por diferentes profesionales y si estos y el juez lo determinasen, se puede definir la adopción definitiva del niño/a o adolescente.

Pueden adoptar los mayores de 30 años, salvo aquellos cónyuges que llevan más de 3 años de casados. Por debajo de ese término, los que acrediten la imposibilidad de tener hijos. El adoptante debe ser 18 años mayor que el adoptado salvo como ya vimos en la ley 19.134 que el cónyuge supérstite adopte al hijo adoptado del premuerto.

Al igual que en 1971 los matrimonios con hijos pueden adoptar y se permite adoptar más de una persona a la vez cuando sean hermanos para evitar su separación. El hijo del adoptante podrá llevar su apellido biológico si así lo quisiera y tiene derecho a herencia.

En el artículo 328 (Ley 24.779) se reguló el derecho del adoptado a conocer su familia biológica, de esta forma el adoptado puede conocer sus orígenes a partir de los 18 años y reconstruir su historia.

En el año 2003 se sanciona la Ley 25.854 que regula el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos (creado por la Ley 24.779) en el ámbito nacional el cual coexiste con los diferentes registros de pretensos aspirantes en los ámbitos locales.

Este registro tiene como objetivo formalizar una lista de aspirantes a guardas con fines de adopción, la que será denominada “nómina de aspirantes”. Cada provincia que adhiere a este registro nacional debe introducir toda la información de los pretensos adoptantes inscriptos en los registros locales, a los fines de crear un Libro de Aspirantes (art. 7).

Esta Ley no fue muy bien aceptada por parte de los registros locales por lo cual con el decreto 1328/2009 se reformulo las funciones del registro nacional al entender que en realidad el registro constituye una “Red de Registros” que nuclea y concentra la información de todos los registros locales pero no está por encima de ellos, dicho esto se ha establecido que es objetivo del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos propiciar la creación de registros locales en aquellas jurisdicciones donde aún no existan, y brindar todo el apoyo técnico y necesario para el funcionamiento de los nuevos registros y de los ya existentes.

En este contexto cada pretense adoptante se debe inscribir en el registro correspondiente de su domicilio y automáticamente queda inscripto en el registro nacional. El juez solo podrá recurrir al registro nacional cuando en el registro local no llegare a dar con el perfil de adoptante que se necesita para el caso que se trate.

3. La adopción en el Código Civil y Comercial

En la mayoría de los casos, las niñas, niños y adolescentes crecen con su familia de origen, y ésta misma es quien les procura los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades

emocionales, materiales y educativas. Cuando la familia no puede cumplir con esas necesidades, el Estado interviene mediante la implementación de diversos programas de acompañamiento familiar, o acogimiento temporal o permanente. Cuando ninguna de estas posibilidades da resultado, aquellas niñas, niños y adolescentes pueden ser declarados en situación de adoptabilidad mediante una decisión judicial. Esta decisión judicial de la declaración de adoptabilidad es el último recurso de protección infantil.

2.1 Concepto

El CCyC inaugura el capítulo de adopción con el concepto de dicha figura en el art. 594 que dice “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. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este código”.

La técnica legislativa se encarga de poner al niño como eje central de la adopción, ya no se trata de un “derecho de los adultos” de tener un hijo, sino un derecho humano destinado a satisfacer el derecho de todo niño a vivir en una familia.

Siendo el fortalecimiento familiar uno de los pilares sobre los que se sustenta la ley 26.061 en consonancia con lo que estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva N°17, hay que aclarar que la adopción se daría en el caso excepcional en que el niño no pueda seguir viviendo con su familia de origen, y nunca puede ser causa de esto “la falta de recursos materiales de los padres, (...) sea circunstancial, transitoria o permanente” conforme lo establece el art. 33 de dicha ley.

2.2 Principios

Además del “Interés superior del niño” y el “derecho del niño a ser oído” que son objetos de estudio en este trabajo, el CCyC recepta otros principios en materia de adopción, como ser: “el respeto por el derecho a la identidad”; “el agotamiento de las posibilidades de

permanencia en la familia de origen”; “la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos” y “el derecho a conocer los orígenes”.

Si bien estos principios se encuentran contemplados en mayor o menor medida en instrumentos internacionales de Derechos Humanos, el legislador ha querido resaltarlos, no sólo para reforzar la perspectiva constitucional-convencional en la que se funda todo el Código Civil y Comercial, sino también para que sirvan como guía o interpretación ante cualquier vacío legal que pudiera darse en materia de adopción.

El “*Interés superior del niño*” y el “*Derecho a ser oído*” ya fueron explicados en el Título II al cual remitimos.

a) El derecho a la identidad.

El jurista Fernández Sessarego se refiere al derecho a la identidad como: "El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad (...) es todo aquello que hace que cada cual sea ‘uno mismo’ y no ‘otro’ (...) nadie pretende que la identificación de una persona se agote a través de un solo y único medio, como podría ser el nombre, sino que ella es el resultado de un conjunto de elementos dinámicos y estáticos que, globalmente considerados, nos conducen a la determinación de la identidad personal...".

A partir de esta definición se puede hablar de una identidad en su faz estática y otra en la faz dinámica. En la primera se encuentran los atributos de identificación y el origen genético y en la otra la proyección histórico-existencial de la persona. Ambos aspectos se combinan e interaccionan para darle a la persona su propia identidad.

b) El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.

Este principio se condice con el art. 607 que regula la declaración de situación de adoptabilidad poniendo de resalto que ella no es posible “si algún familiar o referente

afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado en el interés de éste”.

Tal principio guarda coherencia con los preceptos constitucionales y especialmente con los postulados que establece la Convención de los Derechos del Niño en cuanto expresa la convicción de que la familia es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de las niñas, niños y adolescentes, debiendo el Estado garantizar el derecho de aquellos a permanecer y crecer junto a su familia de origen y no ser separada de su medio familiar con la salvedad de las excepciones que se establecen en resguardo de su interés superior.

c) La preservación de los vínculos fraternos.

Este principio prioriza la adopción de los hermanos de manera conjunta a fin de garantizar los vínculos fraternos. Sin embargo y en forma excepcional, se puede otorgar la adopción de hermanos a distintos grupos familiares, siempre que esto respete el interés superior del niño con la garantía de respetar la vinculación entre aquellos.

d) Derecho a conocer los orígenes

El art. 596 dispone que “el adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los 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. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen (...). Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente (...).”

2.3 Presupuestos para ser adoptante y ser adoptado

Conforme al art. 597 pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas que hayan sido declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres hayan sido privados de la responsabilidad parental.

El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona.

Excepcionalmente puede ser adoptada una persona mayor de edad cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente o cuando hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad fehacientemente comprobada.

El CCyC también regula la cuestión de la pluralidad de adoptados que involucra: la posibilidad de poder adoptar de manera conjunta a más de una persona; reafirmar que se puede adoptar a un niño teniendo hijos; y por aplicación del principio de igualdad, establecer que todos los hijos – sin importar la fuente de filiación –son considerados hermanos entre sí.

En cuanto a los adoptantes, debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente.

No puede adoptar quien no haya cumplido veinticinco años de edad, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con este requisito; el ascendiente a su descendiente y tampoco un hermano a su hermano o a su hermano unilateral.

2.4 Tipos adoptivos

El CCyC elimina el requisito de que todas las adopciones –cuando se hacen conjuntamente –sean del mismo tipo adoptivo. La individualidad de la adopción hace el respeto por la identidad de cada niño, por ello, el tipo adoptivo decretado para uno no debe condicionar el tipo adoptivo para el resto.

El Art 620 establece los tres tipos adoptivos: la adopción plena, la adopción simple, y la adopción de integración.

a) Adopción plena

El efecto principal de la adopción plena es conferirle al adoptado la condición de hijo y la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El CCyC explicita las pautas para el otorgamiento de la adopción plena en el art. 625 que establece que “la adopción plena se debe otorgar, preferentemente, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida. También puede otorgarse la adopción plena cuando al niño se lo haya declarado en situación de adoptabilidad, cuando a sus padres se les haya privado la responsabilidad parental o cuando los progenitores hayan manifestado la decisión ante el juez de dar a su hijo en adopción.

b) Adopción simple

Conforme al art. 620 “la adopción simple confiere el estado de hijo pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante con las excepciones establecidas en este Código”. Aquí los derechos y deberes del adoptado con su familia de origen subsisten, excepto la responsabilidad parental que cae en cabeza del adoptante o los adoptantes.

El art. 627 establece que este tipo de adopción confiere la responsabilidad parental a los adoptantes pero no extingue los derechos y obligaciones que resultan del vínculo de origen, además, la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño. Por otro lado, el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos, y, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, puede solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos. En caso de falta de regulación expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena.

c) Adopción “plena de manera menos plena” o “simple más plena”

Es una novedad que introduce el Código Civil y Comercial para que los jueces según las circunstancias puedan disponer estas variantes, dejando subsistente el vínculo con uno o varios miembros de la familia de origen -en el caso de la adopción “plena menos plena”- o, manteniendo intactos los vínculos jurídicos del adoptado con la familia de origen, pero creando vínculo adoptivo no sólo con el o los adoptantes, sino también con algún otro miembro de la familia adoptiva –en el caso de la variante “simple más plena”-.

En muchas oportunidades ocurre que las niñas, niños y adolescentes tienen relación afectiva con sus abuelos, o algún otro familiar, pero por diversas cuestiones estos familiares no pueden tener al niño a su cuidado, por lo cual ese niño es declarado en situación de adoptabilidad. Si el niño fuese adoptado por una familia mediante el tipo adoptivo pleno – que tiene como característica la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen –, se le estaría vulnerando no sólo el derecho a la identidad, sino también un principio muy importante en materia de adopción que es la preservación de los vínculos fraternos. En cambio, al aplicar una flexibilización en el tipo adoptivo, podría decretarse la adopción plena del niño sin alterar el vínculo con su familia ampliada, disponiendo por ejemplo, un régimen de comunicación de esa niña o niño con su familia de origen.

d) Adopción de integración

Esta figura está regulada en el último párrafo del art. 620 en los siguientes términos “La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente (...)”.

Se trata de una figura autónoma que no comparte los mismos requisitos establecidos para los otros tipos de adopción por lo que no hace falta que el pretense adoptante esté en una unión convivencial en los términos del art. 509 y ss, sino simplemente que demuestre la convivencia con él o la progenitora del niño. Además conforme al art. 632 la adopción de integración se rige por las siguientes reglas: a) los progenitores de origen deben ser

escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas; b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes; c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho; d) no se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad; e) no se exige previa guarda con fines de adopción; f) no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen de conformidad con lo previsto en el artículo 594.

Hay que aclarar que la adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante (art. 630).

2.5 Procedimiento de la adopción

El CCyC prevé dos etapas previas a la adopción; la primera está dada por la etapa en la cual se declara el estado de adoptabilidad - arts. 607 a 610 - y la segunda es la etapa en la que se otorga la guarda preadoptiva de la Niña, Niño o Adolescente- arts. 611 a 614.

Conforme a la primer etapa, la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si una niña, niño 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 administrativo competente, esta búsqueda procederá por un plazo máximo de treinta días, que podrá ser prorrogable por un plazo igual mediando razón fundada; también corresponderá si los propios padres tomaron la decisión libre e informada de que su hijo sea adoptado, para ello se requiere que manifiesten esa decisión luego de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; y, por último la declaración procederá cuando las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado un resultado positivo en un plazo máximo de ciento ochenta días.

Vencido el plazo máximo (180 días) sin que se hayan revertido las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de

adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas, en donde el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, resolverá sobre la declaración de adoptabilidad en un plazo máximo de noventa días.

Este procedimiento se tramitara ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales. Se requiere la intervención de la niña, niño o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente con carácter de parte, quien deberá comparecer con asistencia letrada; también asistirán con carácter de parte, los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes; también deberán hacerse presentes en este procedimiento el organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial, al igual que el Ministerio Público.

El juez puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos del niño, niña o adolescente pero es siempre obligatoria la entrevista personal del juez con los padres –si existen – y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adaptabilidad se tramita.

La sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente –en un plazo no mayor a los diez días – el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción.

Situándonos en la segunda etapa, representada por la Guarda preadpotiva existe una prohibición expresa acerca de 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 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 pretensos guardadores del niño.

La razón de ser de la prohibición de la entrega de hecho es para evitar la comercialización de niños.

El juez que declaró la situación de adaptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes, quien a estos fines convocará a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad para que se haga presente.

Se deberá tener en cuenta las condiciones personales, edades, aptitudes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente del o de los pretensos adoptantes para la selección y a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente.

Previo al dictado de la sentencia de guarda con fines de adopción, el juez tiene la obligación de citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tomada en cuenta. Luego de cumplimentado esto, el juez dictará la sentencia de guarda con fines de adopción.

El plazo de guarda no podrá exceder los seis meses, este plazo está previsto para demostrar la idoneidad de los guardadores y probar la relación entre pretensos adoptantes y niños desamparados.

En este periodo de tiempo se hace el seguimiento de la nueva familia para que, antes de emplazarlos jurídicamente en una nueva filiación, se verifique si los adoptantes tienen condiciones para ejercer la responsabilidad parental sobre ese niño determinado.

El plazo de seis meses es un periodo más que suficiente para determinar las aptitudes de los guardadores, quienes por estar inscriptos en el registro de adopción ya tienen realizados todos los tests de aptitud necesarios y los estudios socio-ambientales requeridos en abstracto para adoptar y que el periodo de la guarda preadoptiva probará en concreto su aptitud frente a la situación individual y especial de ese niño en particular.

En algún caso el plazo podrá ser menor al requerido, de acuerdo al interés superior del niño, ejemplos de un plazo menor podría ser el haber adoptado a otro hermano del menor o el haber tenido largo tiempo en guarda de hecho al niño.

Podemos decir que existe una tercer y última etapa que comienza una vez cumplido el período de guarda, en donde el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción.

En esta tercera etapa será juez competente el que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretensos adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión.

En el juicio de adopción son parte los pretensos adoptantes y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada, también deberá intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo.

El juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez. Pero a partir de los 10 años, no solo debe ser oído y su opinión tenida en cuenta, sino que debe prestar su consentimiento para que se perfeccione el acto. Adviértase que dar el consentimiento es mucho más que oír al niño, niña o adolescente, ya que si este no consiente el juez no puede ignorar su opinión siendo el consentimiento un requisito ineludible para la celebración del acto.

En estos tipos de juicios las audiencias son privadas y el expediente es reservado. La sentencia que otorga la adopción 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, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción.

4. Jurisprudencia Nacional

“A.C.O. y Otra S/ ADOPCION de V.,L.E.” Esquel, 28 de junio de 2017.-

Situación fáctica

El Sr. C. O. A., y la Sra. D. V. H., solicitaron que se les conceda la ADOPCIÓN PLENA con el mantenimiento de vínculos con la familia de origen del joven L. E. V., nacido en Comodoro Rivadavia el 28 de diciembre de 2001, hijo de T. V. T. y A. R. J., quienes se encuentran privados de su libertad, cumpliendo condenas penales.

Los pretendidos adoptantes manifestaron ser tíos del joven por línea materna, quienes tienen su guarda desde el año 2003, en mérito a la sentencia dictada en autos: “V., L. E. s/ Sumario” que contó con el consentimiento de ambos progenitores.

Dando curso al trámite, se fijó fecha de audiencia para la comparecencia del joven, los pretendidos adoptantes y los testigos ofrecidos, con intervención de la Asesoría de Familia y en atención a la condición de detenidos de ambos progenitores, se dispuso la realización de video conferencias a fin de ser oídos.

Consideraciones de la Corte:

El juez comenzó con la fundamentación de esta sentencia dando el concepto legal de adopción contemplado en el art. 594 del CCyC. De la norma se extrae que la adopción es una de las tres fuentes que posibilitan alcanzar la maternidad o la paternidad (junto con la biológica y las técnicas de reproducción humana asistida) en función del derecho primordial de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados apropiados para su tránsito hacia la adultez, satisfaciéndole las necesidades que su etapa de crecimiento requiera, como la cobertura de los aspectos afectivos (trato digno, respetuoso, inclusión de valores, educación, etc) y materiales (alimentos, vivienda, vestimenta adecuada, salud, etc.).

En este caso cuando L. E. contaba con cinco meses de vida, las circunstancias que motivaron la condena de sus progenitores, propiciaron que el niño quedara bajo la custodia de

sus tíos maternos. En el proceso se acreditó la voluntad de ambos progenitores de que el acogimiento familiar estuviese a cargo de los hoy pretendidos adoptantes: D. V. H. y C. O. A.

También ha quedado acreditado que el 8 de octubre de 2003 fue otorgada la guarda judicial con fines asistenciales de L.E a los actuales pretendidos adoptantes, valorándose allí la figura de la guarda delegada y el mantenimiento en cabeza de los progenitores de la entonces designada legalmente “patria potestad” (hoy llamada responsabilidad parental).

Durante el lapso transcurrido desde la entrega de la guarda del niño a los pretendidos adoptantes han sido los encargados de velar por su bienestar, integrándolo a su grupo familiar sin ocultarle su realidad biológica. Tanto el Sr. A. como la Sra. H. se condujeron respecto de L.E como verdaderos padres, en tanto y en cuanto la misma convivencia desde tan temprana edad es la que genera los vínculos afectivos.

Con el objetivo de prevenir entregas directas y adopciones ilegítimas, el CCyC establece la necesidad de declarar previamente la situación de adoptabilidad del niño de que se trate. En el caso traído nos encontramos frente a un ejercicio de la responsabilidad parental suspendido por condena firme de ambos progenitores, donde tal declaración quedaría excluida en función de lo dispuesto por el anteúltimo párrafo del art. 607: “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada 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”.

En ese contexto, se ha señalado que el derecho de permanencia en la familia de origen no reviste carácter absoluto y cede ante determinadas circunstancias como es la que presenta este caso, en donde ambos progenitores condenados a prisión perpetua, con imposibilidad de ejercicio a mantener la convivencia con el hijo y también con todos los demás hijos de la Sra. J.

Seguidamente se enuncian otra serie de compromisos asumidos por los tíos: mantenimiento de vínculo con los hermanos, ejercer la crianza y hacerle conocer la realidad biológica, la existencia de sus padres sin descalificarlos por ningún motivo, ni confundiendo los roles en el desarrollo y crecimiento del niño a las visitas.

El Equipo técnico del juzgado de familia, sostuvo que el joven no tiene registro de su progenitora y sí del progenitor, con quien sostiene esporádicas comunicaciones telefónicas. Además observó que el joven ha recibido de parte de la pareja A.-H. los cuidados, la contención y el acompañamiento necesario para su desarrollo integral, representando los nombrados figuras de apego y referentes afectivos.

En cuanto al joven L.E, él mismo se presentó en el juzgado y mantuvo una entrevista, en donde manifestó su posicionamiento personal frente a su realidad familiar, él mismo conoce su origen y la realidad que motivó su inserción en la familia ampliada, también se refirió al conocimiento de sus hermanos biológicos y a la escasa comunicación con los progenitores. Fue clarísimo en cuanto a su deseo de ser legalmente reconocido como hijo de la pareja de adoptantes, pues con ellos se formó como persona y considera que es una demostración de afecto y agradecimiento.

El juez entiende que la exigencia de la inscripción en el Registro de Pretensos adoptantes no tiene andamiaje para situaciones en que se trata de miembros de la familia ampliada, pues la naturaleza del vínculo se asimila más a la adopción de integración que a la prevista para niños, niñas o adolescentes privados de cuidados parentales, ya que los mismos le fueron provistos por quienes tienen con ellos vínculos de parentesco y no caen en la prohibición del art. 611.

En cuanto al tipo adoptivo, determinada la procedencia de la acción, aparece como satisfaciendo en mejor medida el interés superior del joven su emplazamiento en estatus de hijo de quienes se desempeñaron como su padre y madre, y de hermano de quienes así lo

sienten, colocándolo ante ellos en el mismo lugar jurídico. La extinción del vínculo con los progenitores de origen es lo que ha considerado en su razonamiento el juez, decretando que el tipo de emplazamiento será pleno. El lazo subsistente con los progenitores biológicos es poco estable y se circunscribe al mantenimiento de una comunicación esporádica con el Sr. V. y una incipiente revinculación con la Sra. J., es posible contemplar la posibilidad de aminorar las consecuencias de la adopción plena, dejando a salvo la posibilidad de que ese contacto subsista limitado a ese aspecto.

Además se determinó el mantenimiento del vínculo entre los hermanos, que como consecuencia del tipo adoptivo seleccionado, en principio, los lazos biológicos de L. con sus hermanos de sangre se romperían. Sin embargo, la realidad indica que mantiene trato con algunos de ellos y nada obsta a que los sostenga con los restantes. El art. 595 inc. d) dispone como principio liminar que los vínculos fraternos subsistan, siendo deber del juez romper el lazo jurídico por razones debidamente fundadas, que no se encuentran en este caso. Por ello el juez considera necesario que no se corten los vínculos jurídicos entre esos hermanos, que fueron técnicamente ajenos a los procesos y que no tuvieron ocasión de obtener la tutela efectiva. Esta posibilidad se encuadra en el art. 621 del CCyC y así será declarado.

Por tal razón, y así haberse solicitado, además, se dispondrá lo necesario para que el lazo jurídico fraterno quede resguardado.

Por todo lo expuesto el Juez ha resuelto: declarar la situación de adoptabilidad del joven L. E. V., confiriendo a los ciudadanos D. V. H., y O. A., D.N.I. la ADOPCION PLENA del joven L. E. V ; Ordenar que, como efecto de la sentencia se modifique el apellido bajo el que fuera reconocido, debiendo ser inscripto bajo el nombre de L. E. A.

IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA PAMPA

En la provincia de La Pampa la Ley 1.270 de 1990 estableció el régimen de protección a la minoridad y la creación del fuero de la familia y el menor en el Poder Judicial, se

estableció de esta manera que la titularidad del Patronato de Menores estaría a cargo de los jueces de familia y del menor. El juez tenía competencia exclusiva para decidir sobre la situación del menor en estado de abandono o peligro moral o material, debiendo adoptar las medidas necesarias para otorgarles amparo.

Los Asesores de Menores y el Ministerio de Bienestar Social que trabajaban conjuntamente con el Patronato de Menores tenían las siguientes atribuciones: el primero se hallaba investido de todas las atribuciones necesarias para controlar el efectivo cumplimiento de las normas destinadas a proteger a los menores en situación de abandono y el segundo era el encargado de planificar y ejecutar por sí la política general de la minoridad, tanto en su aspecto preventivo cuanto en lo relativo a la formación y reeducación de los menores internados en establecimientos de su dependencia, o contralor y ejecutar los mandatos del Juzgado en cuanto a los casos en los que el Juez se ha declarado competente.

El 11 de Enero del 2013 se sancionó la Ley 2.693 la cual adhiere a la Ley Nacional 25.854 de creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. La Ley 2.693 establece la creación de un Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos en la provincia de La Pampa. La Autoridad de Aplicación será el Ministerio de Bienestar Social quien deberá llevar el Registro y elevar las actuaciones al Juez interviniente. El Registro Único tiene como fin que las adopciones tengan la transparencia que deben, como así que las familias que deseen adoptar sean correctamente evaluadas previo a la guarda.

El 15 de Febrero del mismo año la provincia de La Pampa adhiere a través de la Ley 2.703 a los artículos 1° al 41° de la Ley Nacional 26.061 y a los artículos pertinentes de su decreto reglamentario N° 415/06. Se prevé un Sistema de Protección Integral de Derechos para la Niñez y la Adolescencia en la provincia de La Pampa que se debe conformar con el conjunto de organismos, entidades, y servicios que formulan, coordinan, orientan, supervisan, ejecutan y controlan las políticas, programas y acciones, en el ámbito provincial y municipal,

destinados a promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de las Niñas, los Niños y las/los Adolescentes, así como establecer los medios a través de los cuales se asegure el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales ratificados por el Estado y en las leyes nacionales que son la ley suprema provincial. Se establece que en caso de discordancia o contrariedad entre la Ley Nacional y la Ley provincial prevalecerá la que en el caso concreto sea más favorable para la plena satisfacción del interés superior del niño/a y adolescente.

A través de esta Ley se crea la figura del Defensor/a de los Derechos de las Niñas, los Niños y las/los Adolescentes, quien tendrá a su cargo velar por la protección y promoción de sus derechos, consagrados en la Constitución Nacional, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en las Leyes Nacionales y Provinciales.

V. CONCLUSIÓN

Como resultado de la investigación presentada, es posible concluir que la adopción ha sido blanco de muchos cambios como consecuencia del Código Civil y Comercial de la Nación, que a su vez ha adoptado los derechos y principios establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño.

A partir de este cuerpo normativo, se quiere dejar de lado la idea de la adopción como derecho de los adultos a formar una familia y centrarlo en el derecho de las niñas, los niños y las/los adolescentes a vivir en un entorno familiar que les procure las necesidades afectivas, educativas y materiales.

La adopción se trata de una medida excepcional, por lo cual el juez al momento de decretar la situación de adoptabilidad de la niña, del niño o el/la adolescente debe haber agotado todas las medidas posibles para mantenerla/o con su familia de origen, siendo posible esta separación sólo cuando ésta responda a su “interés superior”.

Como ya dijéramos antes, se tiene al Niño/a como principal actor, siendo imprescindible respetarle su derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, incluso es obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

La adopción involucra muchos principios y derechos de Derechos Humanos, protegidos por una amplia normativa: provincial, nacional e internacional y debe ser construida en base al respeto y protección de los intereses en juego, comenzando por los del /la niña.

Si bien desde el aspecto legislativo se ha avanzado mucho en materia de adopción, a modo de crítica podemos decir que hay cuestiones que no han evolucionado pero que tampoco depende de las leyes o del Estado, por ejemplo, a nivel nacional los pretendientes adoptantes inscriptos exceden a la cantidad de niños/as y adolescentes en situación de adoptabilidad, sin embargo, el 90% están dispuestos a adoptar a niños menores de un año, el 34% menores de 6 años y sólo el 0.8 % a mayores de 12 años. A contracara el 87.65% de los niños en situación de adoptabilidad son mayores de 10 años, muchos pertenecen a grupos de hermanos y algunos padecen de alguna discapacidad.

Podríamos concluir diciendo que la adopción no es sólo una cuestión jurídica, sino que intervienen muchos factores tanto sociales, psicológicos como culturales, por lo cual el avance legislativo debe ir acompañado con otras prácticas que ayuden a concientizar, informar, y en lo posible lograr el cambio en el preconcepto de que adopción sólo se trata de bebés.

VI. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Convención Sobre los Derechos del Niño
- Observación N° 12 y N° 14 del Comité de los Derechos del Niño
- Opinión Consultiva N° 17 de la CIDH del 2002
- Manual de Derecho de Familia – Marisa Herrera
- Fallo de la CIDH “Forneron e hija c/ Argentina”
- Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad Soledad Pavesi
Directora Nacional – Revista –
- Código Civil y Comercial de la Nación - Ley 26994
- Guía informativa - Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines de adopción. <http://www.jus.gob.ar/registro-aspirantes-con-fines-adoptivos.aspx>