



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

LA ADOPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL ADOPTADO

2013

Tutor: Dra. Josefina Orzabal

Alumno: Laura Catalina Burne

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: Septiembre de 2013

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

A Dios.... por el camino recorrido.

A mi madre por su amor eterno.

A Juan Bautista, mi hijo, por ser mi fuerza y templanza.

Al Dr. Rubén Gariboglio, por su colaboración y constancia incondicional.

Al Dr. Marcelo Trucco por los consejos y recomendaciones.

Y a la Dra. Josefina Orzabal por su inmensurable docencia y apoyo. A todos muchas gracias.

Resumen.

En este trabajo se analizará el instituto de la adopción, teniendo en cuenta los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y destacando necesidades de diversos índoles.

En nuestro ordenamiento podemos encontrar algunas falencias en cuanto a este instituto se refiere, abordaré este tema desde la perspectiva del adoptado puntualmente, y sus distintas dimensiones.

Se analizarán, aspectos asumidos en diferentes Tratados internacionales, legislación nacional, y principios tales como el interés superior del niño/a adolescentes, 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, priorizando la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto que se trate de razones debidamente fundadas por supuesto, y fundamentalmente el derecho a conocer los orígenes del adoptado/a. Estos aspectos, más allá de su reconocimiento constitucional como derecho superior a las leyes son derechos donde debemos anclarnos y nunca descuidar.

Siguiendo esta línea argumental se resaltaré la necesidad de reconocer al niño/a como sujeto y no como “objeto” de derecho, se planteará la necesidad de que sea parte en el proceso legal de la adopción e incluso ir más allá, que sea requisito esencial su aceptación cuando tuviere determinada edad.

En este trabajo enunciaré la protección que tiene el adoptado en distintas legislaciones como ser, nacional e internacional, el nuevo régimen proyectado del Código Civil y Comercial, en cuanto al instituto de Adopción se refiere.

Otro tema fundamental a desarrollar es terminar con las guardas de hecho o directas, a pesar de haber discutido durante años la necesidad de la intervención judicial para la adecuada protección del niño en el otorgamiento de la guarda preadoptiva, la realidad nos indica la fuerte presencia de la entrega del niño por parte de la familia biológica a sus futuros adoptantes, como modo de iniciar el camino de la adopción. Esto significaría que más allá de la decisión que libremente pueden tomar los progenitores de proceder a la entrega en guarda de su hijo/a, por motivos que ellos determinen, se debería ir limitando que sean quienes “elijan” a los guardadores, la finalidad de terminar con esto es la protección del niño de convertirse en objetos de negociaciones, muchas veces con fines lucrativos, evitar el tráfico de estos e impedir intermediaciones pocas claras.

Resulta imprescindible tender un puente entre la familia biológica y la justicia para amparar al niño que no podía convivir temporaria o definitivamente en el seno de su familia de origen.

Y por último desarrollaré mis conclusiones y propuestas de dicho trabajo de investigación.

2.- Estado de la Cuestión.

En primer lugar es importante tener presente que el Estado argentino demoró más de ochenta años luego de sancionarse el Código Civil para tener la primera legislación en materia de Adopción. El Anteproyecto de Babiloni mantuvo la postura de Vélez Sarsfield respecto de la inconveniencia del instituto de la adopción, quien en base al pensamiento de la época, consideraba como no oportuno introducir en una familia a un individuo que la naturaleza no había colocado en ella. Por entonces, la práctica de la adopción era tratada por instituciones privadas o público-privadas como la Casa de los Expósitos y la Sociedad de Beneficencia.

En ese sentido, el instituto adoptivo fue incorporado a la legislación nacional recién en 1948, tras las consecuencias del terremoto de San Juan sucedido en 1944 que dejó numerosos niños huérfanos. Pese a que su inclusión correspondió – de acuerdo a los fundamentos de un grupo de legisladores a un hecho extraordinario, su sanción y contenido al igual que los primeros proyectos presentados en el Congreso durante los años 30 no quedó ajeno al tutelarismo clásico.

Más adelante, con la reforma de la Ley de adopción 1971, bajo el gobierno de facto, se incluye la adopción plena y su irrevocabilidad. A diferencia de la adopción simple, la adopción plena confiere al adoptado (título de honor que le imprime el legislador) una filiación que sustituye a la de origen. Así, se avanza un paso en la conculcación de derechos, toda vez que la ley permite borrar el vínculo con la familia de origen sin la obligación para el juez de citar a los padres al juicio de adopción bajo supuestos de “abandono moral y material”, y permitiendo como segunda aberración, la entrega por escritura pública, legitimando expropiaciones, que la historia nos fue revelando.

Con la ansiada venida democrática y la firma con posterior ratificación por el Estado argentino de la Convención de los Derechos del niño, se hizo imperiosa una nueva ley de adopción. Pero pese al entusiasmo, las expectativas no se cumplieron y la ley 24.779 actualmente vigente, no modificó sustancialmente la antigua norma. La reforma se limitó, lo cual no es menor, pero si insuficiente, a prohibir la entrega por acto administrativo o escritura pública, prescribiendo la necesidad de un proceso judicial e

incorporando una instancia previa al otorgamiento de la adopción denominada guardia preadoptiva. Sin embargo, se ratificó la adopción plena bajo las mismas condiciones y tan solo se adicionó aunque de manera ambigua, que el adoptado pueda acceder al expediente una vez cumplidos los 18 años de edad.

En 1990 se aprobó la Convención Internacional por los Derechos del niño, que se convirtió en la ley firmada por más países de todo el mundo, y donde se le atribuye a la infancia y adolescencia una serie de Derechos que los Estados deben garantizar. Uno de los puntos más relevantes de la Convención es que se deja de considerar al niño o niña como objetos de derechos, y se lo piensa como sujeto pleno de derechos que los Estados deben brindarle para su pleno crecimiento

Llegando al final del 2005 y tras un arduo debate, el Congreso sanciona la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas/as y adolescentes, pero para que se aplique en todo el territorio nacional cada Provincia debió haber aprobado su propia ley que concuerde con la legislación nacional.

Por lo tanto la sanción de la ley 26.061 es una nueva oportunidad para adecuar definitivamente la ley de adopción a la Convención Interamericana de Derechos del niño.

La ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas/as y adolescentes obliga a reformular radicalmente la ley de adopción, dado que muchas de sus disposiciones vulneran seriamente los derechos reconocidos a los niños/as y adolescentes por la nueva normativa.

En el nuevo proyecto del Código Civil y Comercial, el acortamiento de los plazos judiciales, la obligación de escuchar al niño durante el proceso adoptivo y su derecho a conocer en cualquier momento su origen biológico son los cambios estratégicos a los cuales se apunta.

3.- Marco teórico.

Muchos son los cambios que se necesitan para poder integrar todos los derechos avalados por leyes que protegen a la niñez y de esa manera poder modificar este instituto de la adopción. En general los mismos apuntan a reconocer derechos consagrados constitucionalmente y avalados convencionalmente por la República Argentina; a receptar criterios jurisprudenciales y doctrinarios elaborados en el último tiempo al respecto; a agilizar el proceso administrativo judicial de la adopción y a eliminar las guardas directas o de hecho.

Definición de adopción: Es la institución conforme a la cual se constituye por sentencia un vínculo de filiación semejante al estado de familia biológica.

En el Proyecto del Código Civil y Comercial y haciendo referencia a la adopción, como primera y gran medida, se conceptualiza que es la adopción; esta definición, de carácter jurídico- política, es de vital importancia para ponerle un norte en relación al tema. Brindar un concepto es justamente darle un marco, y es acá donde se realiza un giro importante al reconocer a la adopción como una “institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”. Esta es la lógica con la cual debemos pensar, lo primordial y lo que da sentido a este instituto es el interés del niño/a y adolescentes, es decir la adopción es la búsqueda de una familia para un niño/a adolescentes y no a la inversa.

Por otro lado hay que reforzar aspectos asumidos en diferentes Convenciones Internacionales tales como el “Interés Superior del Niño” ya que la niñez ha preocupado y ocupado desde la antigüedad a la comunidad política, primero como inquietud por el resguardo de la persona y los derechos del niño, luego por el estado de desamparo en que muchas veces se encontraba, adoptando medidas legislativas y ejecutivas, dirigidas a ordenar la materia e implementar vías de ejecutiva protección.

Si bien la Constitución en su art. 75 inc. 22, incorporo en 1994 los derechos y garantías de la Convención a la normativa fundamental, gesto inequívoco de voluntad política que destaca a la Argentina en el concierto jurídico internacional, la ley 26.061 vino a modo de consolidación recién en el año 2005, es decir más de una década después.

La ley 26.061 en su art 3 define lo que es interés superior y dice “se entiende a la máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

Desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. Ya que la convención formula el principio del interés superior del niño como garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujeto de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada, sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

4.- Introducción.

El tema abordado en este trabajo que como mencione antes es la adopción pertenece al Derecho de Familia; es un tema que involucra principalmente a los niños y de ahí mi inspiración en el desarrollo del mismo, proteger los derechos de los niños y adolescente y evitar que los mismos sean vulnerados, haciendo un análisis de todos los Tratados Internacionales y leyes que lo amparan a nivel nacional.

Es necesario hacer una reforma de dicha normativa nacional especialmente la ley de adopción, con el objeto que guarde la misma, una debida armonía con los principios consagrados en los Tratados de Derechos Humanos internacionales que si bien, tienen rango constitucional, deberían estar plasmado en nuestra ley de adopción con más claridad, y es ahí en donde trataré de demostrar que la actual ley, está desactualizada.

La situación de la adopción en nuestro país, más específicamente en cuanto a los derechos del adoptado, y las reformas que se tendrían que realizar, para que éste instituto pueda dar respuesta a la necesidad de contar con normas adecuadas, para asegurar el derecho del niño, a crecer en el seno de una familia, cuando no puede ser contenido por la propia, la de origen y someter dicha situación a la decisión judicial; y la promoción de acciones que impidan que el niño sea objeto en lugar de sujeto, reivindicando para él la titularidad del derecho a ser adoptado.

Es insuficiente lo hecho hasta el momento para que la población en general tome conciencia entre la diferencia y los efectos que conlleva “comprar a un niño o adoptar un hijo”, no se advierte ni se evalúa la situación de la familia biológica ni las necesidades del niño al que se lo somete a la situación de objeto cuando no de mercancía, objeto de transacción. Ni a lo que significa fundar la familia adoptiva con este precedente. Se han extendido estas prácticas sociales resultando frecuente oír que: “La adopción es imposible”, “Hay tantos niños que necesitan una familia”, “El otro camino es más fácil”. Encontrándose todo tipo de justificaciones o pseudojustificaciones para avalar estas prácticas y aseveraciones: “la pobreza y el hambre que padecen estos niños sino se los entrega”, “la ineficiencia, burocracia e inoperancia de las instituciones”, se advierte entonces la necesidad de terminar con estas prácticas y los efectos originados con las mismas, y volcar todo el sistema jurídico en la protección en la niñez y adolescencia.

Pero más allá de la reforma legislativa también tendríamos que tener en cuenta que:

- 1.- La adopción no es un remedio a la pobreza, debemos demandar al Estado la promoción de políticas públicas de protección integral a la familia y a la infancia para asegurar el ejercicio de los derechos al trabajo, a la salud, a la educación y a la justicia.

Asistimos muchas veces a una inédita situación de exclusión social (vemos a la niñez y adolescencia muchas veces pidiendo, delinquiendo), y cabe recordar que cuando los sistemas legales no funcionan los pobres son los mayores damnificados entre ellos los que más hago hincapié es en los niños.

2.- La adopción tiene como objetivo asegurar el derecho del niño a crecer y desarrollarse en el seno de una familia y es en su prioritario interés en el que deben encaminarse todas las acciones.

3.- El cuidado y protección de los niños es responsabilidad de toda la comunidad. Donde hay un niño maltratado, abusado, desamparado, hay un miembro de la comunidad, familiar, vecino, maestro, médico, abogado, trabajador social o miembros de una institución que advierte esta situación y debemos procurar hacer cuanto esté a nuestro alcance para amparar y proteger a ese niño.

Solo sobre la base de un fuerte compromiso ético y social estableciendo relaciones solidarias y cooperativas entre todos, podemos superar las dificultades que eclipsan hoy la protección integral de la infancia en la adopción.

Objetivos.

Objetivos Generales.

- 1-. Reflexionar sobre la ley de Adopción y su evolución en el tiempo, para poder dar respuestas a las necesidades de hoy en lo referido a la niñez y adolescencia.
- 2-. Establecer los aspectos cuestionables de la ley de adopción en el nuevo régimen proyectado.

Objetivos Específicos.

- 1-. Analizar la necesidad de contar con normas adecuadas para garantizar el derecho del niño.
- 2-. Facilitar el camino de la adopción respetando a todos sus protagonistas.
- 3- Establecer cuáles son los puntos en cuestión del instituto de la adopción en nuestro país.
- 4-.Realizar un análisis que identifique las diferencias significativas de la legislación que tenemos tanto a nivel provincial, nacional e internacional con respecto a la protección de los derechos del niño y adolescente.
- 5-. Redefinir las funciones de los órganos administrativos y judiciales de protección de derechos de los niños por la ley 26.061 y las respectivas locales.

CAPITULO I

ADOPCIÓN: ASPECTOS GENERALES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conceptos. 3. Etimología. 4. Antecedentes históricos. 5. Antecedentes nacionales. 6. Naturaleza. 6. a. Teoría contractual. 6. b. Teoría del acto condición. 6. c. Teoría de la institución. 6. d. Teoría de la relación jurídica. 7. Concepción filosófica y jurídica. 8. Referencia a la Ley 24.779. 9. Procedimiento de adopción. 10. Partes en el juicio. 11. Pasos responsables para una buena adopción. 12. Conclusiones.

1. Introducción

En este capítulo abordaré el instituto de la adopción desde una perspectiva general.

El presente análisis tiene por objeto cristalizar algunas reflexiones en torno a la adopción tal como se encuentra actualmente plasmado en el Código Civil Argentino.

Desde tiempos muy remotos los Estados se han preocupado por los derechos del niño ya que ellos son el presente y el futuro de los mismos, todos los argentinos deseamos el bienestar y una patria donde no existan niños abandonados, niños en la calles, niños explotados.

Para solucionar el problema de los niños abandonados surge la adopción de los menores desde tiempos antiguos antes de Cristo.

La adopción como medida de protección del niño y adolescente bajo vigilancia del Estado, se encuentra estipulado en el Actual Código Civil, Libro Primero, De Las Personas, Segunda sección, De Los Derechos Personales En La Relación De Familia, Título IV, De La Adopción, en los artículos 311 al 340.¹

Invoco al cumplimiento de las disposiciones legales que previenen el bienestar familiar respecto al abandono de niños y a las adopciones.

La adopción permite la posibilidad de formar una familia que no está sostenida en vínculos biológicos, es un modo diferente de acceder a la maternidad y paternidad. Se construye simbólicamente el lazo de filiación que tiene la misma trascendencia que en la reproducción natural.

Esta institución debe orientarse al bienestar y seguridad del niño. A modo de introducción señalaré que en la adopción intervienen:

1. **Progenitores**: generalmente se habla de la mujer que entrega a su hijo. Casi siempre presentan dificultades sociales, económicas, psicológicas para hacerse cargo del niño.
2. **Padres adoptantes**: incluye parejas o personas solas que no pueden concebir, con dificultades para llegar a la paternidad biológica, y/o parejas que ya han tenido un hijo biológico y que luego no han podido concebir. En ambos casos se decide por el camino de la adopción. Habrá en cada uno de ellos un reconocimiento

¹Ley de adopción 24779[en línea][.Disponible en internet: <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/norma.htm>] [última consulta 03/04/2013]

hacia una mujer y un hombre que han tenido la posibilidad de engendrar, de procrear.

3. Niño adoptivo: niño abandonado o con progenitores que no pueden satisfacer sus necesidades para su desarrollo bio-psicosocial y con padres adoptantes que no lo gestaron.
4. Instituciones: legalizan la entrega del niño, incluyendo los profesionales involucrados en el proceso de adopción: jueces, abogados, médicos pediatras, neonatólogos, obstetras, psicólogos, asistentes sociales, psicopedagogos.

La adopción aparece desde el Antiguo Testamento, la practicaron las culturas antiguas como forma de perpetuar la herencia y el patrimonio.

2. Adopción: Conceptos.

Para Augusto Belluscio “La adopción es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación”²

Enrique M. Falcón: “ La adopción es la constitución de un estado filiatorio, el que se logra a través de un proceso especial”³.

Ricardo J Dutto: “es la institución conforme a la cual se constituye por sentencia un vínculo de filiación semejante al estado de familia biológica”⁴.

3. Etimología.

El vocablo adoptar procede del latín “adoptare”, de “ad” y “optare”, es decir “desear a”, etimológicamente implica un deseo.

4. Antecedentes Históricos.

La institución que hoy conocemos, que tiene por fin dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que, aun teniéndolos no le ofrecen la atención, la protección o los cuidados que el menor de edad requiere, nada tiene que ver con la Adopción conocidas en siglos anteriores, ni con las instituciones precedentes a la Adopción, y que de algún modo se le vinculan. En ellas, como en la adopción que conocemos a través de la evolución histórica, son otras las finalidades y no la determinante actual que se cifra en el concepto de interés superior del menor.⁵

Por cuanto en el pasado, fueron determinantes de la institución adoptiva, el afán de los hombres de prolongar tras su muerte el culto de los dioses domésticos, el linaje, el nombre o la fortuna familiar, o incluso asegurar para su alma prácticas religiosas que

² BELLUSCIO Augusto Cesar, 2011, Manual de Derecho de Familia, 10ª ed.-AlbeledoPerrot, pág. 786.

³FALCON Enrique M 2003, Derecho Procesal Civil, Comercial, Tomo II, Primera Edición, Edit. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, Pág. 259.

⁴ DUTTO, Ricardo J., 1997, Comentarios a la ley de Adopción 24.779. edit. Fax, Rosario, pág. 12.

⁵ BOSSERT, Gustavo A., y ZANNONI, Eduardo A, 2004, Manual de Derecho de Familia, Sexta Edición Actualizada, Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, Pág. 481.

quedaban a cargo del adoptado; la Adopción, en forma embrionaria habría sido conocida en Babilonia y también en las primeras prácticas del pueblo de Israel; la hija del faraón de Egipto habría adoptado a Moisés. En Atenas, la adopción estuvo organizada para conferir derechos sucesorios a las personas adoptadas, que así se sumaban a los parientes legítimos en la sucesión del causante.

En tal sentido, podemos mencionar entre las instituciones históricas, vinculadas a la Adopción, la institución de El Levirado, regulado en el libro IX de las Leyes de Manu, en la India, conforme el cual, cuando un hombre casado moría sin descendencia, su hermano debía sostener relaciones con la viuda, hasta engendrar un hijo que sería considerado, a todos los efectos hijo de aquel que había muerto.⁶

En el Derecho Hebreo también aparece la Adopción, conforme se observa en el Génesis, cuando trata del drama que protagonizaron Judá, su hijo Onan y su nuera Tamar. Y posteriormente, en el Deuteronomio, Moisés reglamenta la institución de la adopción, al punto de que quien se negara a cumplir con el deber de dar sucesión a su hermano premuerto, sería condenado a la pena de Descalzamiento.⁷

También se vincula con los orígenes remotos de la adopción, en cuanto está destinada a crear un vínculo de filiación, entre quienes no lo tiene por naturaleza, instituciones del antiguo Irán como el Yoyan-Zan y Satar-Zan, según las cuales el primer hijo que tenía una mujer tras su matrimonio no pertenecía a su marido, sino al padre o hermano de la esposa, muerto sin hijos varones, o a un tercero, extraño a la familia, que abonaba por ello.

La notable importancia que tuvo en Roma la Adopción se debió, en primer lugar, que hacía surgir un parentesco agnaticio y no meramente cognaticio. Como consecuencia extinguía todo vínculo civil entre el adoptado y su anterior familia de sangre; así pues, dentro del concepto genérico de Adopción había dos especies: la Abrogación, que fue la más antigua, y la más importante, y tenía lugar cuando el adoptado era un *sui iuri*⁸, e implicaba la incorporación del adoptado y de las personas sometidas a su potestad en la familia del adoptante, así también como la transferencia de su patrimonio a este, razón por la cual el Estado y la religión estaban interesados en el acto, ya que todo un grupo familiar, representado por su Páter familias iba a ser absorbido por otro, y como consecuencia de ello, entonces, se requería, además del consentimiento del adoptado, el de ciertas instituciones públicas, como el Colegio de

⁶ IBIDEM

⁷ BELLUSCIO Augusto Cesar, Op.Cit, pág., 788.

⁸ IBIDEM

Pontífices y los Comicios Curiados, y luego reemplazados por otras formas que de todos modos garantizaban la intervención de los poderes públicos.

Asimismo estaba regulada la institución de la Adopción, propiamente dicha que tenía lugar cuando el adoptado era un *alieni iuris*⁹, que salía de su familia de sangre y de la potestad de su páter familias para ingresar en la del adoptante, por lo cual se concretaba simplemente entre los particulares intervinientes.

Ya en la Edad Media, la Adopción perdió prestigio en Europa, ya que se redujo considerablemente la posibilidad de heredar del adoptado cuando el causante tenía descendientes legítimos. Solo en España, la Adopción perduró regulada con detalles a través de los siglos, siguiendo, según puede verse en las Partidas, el molde romano, manteniendo, entonces, la originaria distinción entre la simple Adopción y la Abrogación¹⁰.

En Francia, al tiempo de redactarse el Código, Napoleón trato de influir en la regulación de la adopción, para que se estructurara una institución que no guardara diferencias con la filiación por naturaleza. No obstante el Código organizo la adopción para mayores de edad, y también de ese modo fue regulada en los distintos países europeos en el siglo XIX. Era, entonces un contrato (a través del cual se unían familias del viejo abolengo y perdidas fortunas con familias plebeyas de riquezas recientes), y no un medio de protección a la infancia.

De esa manera la adopción en el código de Napoleón resultó un fracaso, ya que al estar destinada solo a mayores de edad, privaba de ella precisamente a quienes la legislación moderna considera los más interesantes en recibir este beneficio: los menores. Ese régimen subsistió hasta 1923, año en que- a causa del problema de la existencia de numerosos huérfanos por la pérdida de sus padres en la Primera Guerra Mundial- fue modificado con la supresión de las adopciones remuneratorias, testamentarias y la admisión de la adopción en los menores de edad.¹¹

En el Derecho Germánico, la adopción tenía fundamentos y efectos diversos de los reconocidos en los pueblos antiguos. Su finalidad era la de dar a quien carecía de descendencia un sucesor en su actividad guerrera, una situación social y política. Pero no creaba un verdadero parentesco ni daba derechos hereditarios.¹²

La historia de la moderna adopción, da inicio, con la Primera Guerra Mundial y la conmoción que produjo en los países Europeos el espectáculo de la infancia

⁹ IBIDEM

¹⁰ BOSSERT y ZANNONI, Op. Cit, pág. 513.

¹¹ BELLUSCIO Augusto Cesar, Op.Cit, pág., 788.

¹² IBIDEM

desvalida; perdidos los hogares de millones de niños, se buscó el paliativo a través de la Adopción que se convierte, entonces, en un medio de protección a la infancia desprovista de hogar. Después de la Primera Mundial, la adopción adquirió inusitada relevancia, al grado que no faltan especialistas en la materia que consideran al instituto adoptivo, como el más importante de Familia y presagian que continuará ocupando esa destacada ocupación.¹³

5. Antecedentes Nacionales

Hasta la sanción del Código Civil la adopción estuvo regida por la legislación española contenidas en las Partidas. Vélez Sarsfield la suprimió, impresionado quizás por su falta de uso en el país y por el fracaso que representaba su legislación en el Código de Napoleón, aunque tal fracaso no se debiese a fallas de la institución en sí, sino del modo como fue legislada en dicho Código, en el cual, limitada a los mayores de edad, no podía cumplir su fin primordial de favorecer a la infancia desvalida.

Las razones del codificador fueron expuestas en la nota enviada en 1865 al ministro de justicia, Culto e Instrucción Pública, con la cual acompañaba el Libro Primero del Proyecto del Código Civil. Decía Vélez Sarsfield: “he dejado también el título de la adopción. Cuando de esta materia se ocuparon los juristas franceses, al formar el Código de Napoleón, reconocieron como se ve en sus discursos, que trataban de hacer renacer una institución olvidada en la Europa y que recién había hecho reaparecer el Código de Federico II.¹⁴

Cuando ella había existido en Roma, era porque las costumbres, la religión y las leyes la hacían casi indispensables, pues el heredero suyo era de toda necesidad aun para el entierro y funerales del difunto.

Pero el Código romano era perfectamente lógico en sus leyes. Estas por la adopción hacían nacer una verdadera paternidad y una verdadera filiación. Sucedió una mutación completa en la familia.

El adoptado o arrogado salía de su familia, adquiría en la del adoptante todos los derechos de la agnación, es decir, sucedía no solo al padre adoptante sino a los parientes de este”.

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

¹³ CALDERON DE BUITRAGO Anita y otros, 1996 Manual de Derecho de Familia, Edit. Centro de informaciones jurídicas, San Salvador, pág. 516

¹⁴ BELLUSCIO Augusto Cesar, Op.Cit, pág. 792

naturaleza no había colocado en ella, y se redujeron a crear una cuasi paternidad que desde su principio hizo prever las más graves cuestiones.

El adoptado, donde es admitida la adopción, no sale de su familia, queda sujeto siempre a la potestad de sus padres: no tiene parientes en la familia del adoptante, y aun es excluido de la sucesión de este si llega a tener hijos legítimos. La adopción, así, está reducida a un vínculo personal entre el adoptante y el hijo adoptivo, institución que carece hasta de las tradiciones de la ciencia. Desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más vasto campo, ¿qué necesidad hay de una ilusión, que nada de real agrega a la facultad que cada hombre tiene de disponer de sus bienes?¹⁵

“El conde de Portalis, en su introducción al Código Sardo, dice: que a la época de formación del Código Francés, la adopción entraba en las miras de Napoleón y se hizo lugar en el código Civil como una de las bases de su estatuto de la familia”, Más ella fue rodeada de tantas restricciones y sometida a condiciones tan difíciles de llenar, que fue fácil prever que recibida con desconfianza, no se naturalizaría sino con mucho trabajo. La experiencia ha justificado las previsiones de los autores del Código, pues nada es más raro que una adopción.

“Tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella, sino en casos muy singulares”.

Consecuentemente estableció el art 4050 del Código Civil que “las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopciones por las nuevas leyes, son regidos por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos” Explico el codificador en la nota a dicho artículo que la ley nueva no podría regir las adopciones preexistentes sin anularlas retroactivamente, dado que el Código no reconocía adopción de clase alguna.¹⁶

Las razones dadas por Vélez Sarsfield para suprimir la adopción parecen haber sido valederas para su época, pues pasaron muchos años antes de que surgieran iniciativas tendientes a su restablecimiento. Sin embargo, ya en las primeras décadas del siglo XX se hizo notar su necesidad. A este respecto, señalaba Lafaille¹⁷ la situación de personas que con el propósito de favorecer a menores bajo su cuidado los habían hecho pasar por hijos legítimos, incurriendo en el delito de usurpación de estado civil, y la de quienes tras criar y educar a menores se exponían a que los verdaderos padres les exigiesen su devolución, a veces para tratarlos peor, o para beneficiarse con el esfuerzo ajeno.

¹⁵IBIDEM

¹⁶IBIDEM

¹⁷Citado por BELLUSCIO Augusto Cesar, Op.Cit, pág. 793

Pero solo en 1933 fue presentado en el Congreso el primer proyecto de ley de adopción, suscripto por el senador Ramón S. Castillo pero redactado por Jorge Eduardo Coll. El mismo Coll, siendo ministro de Justicia e Instrucción Pública en 1938, remitió un nuevo proyecto similar al congreso. Sucedieron luego los proyectos de Código del niño del diputado José Cabral, de 1941, que incluía la adopción, y el del senador Alfredo Palacios de 1943.¹⁸

Entretanto, mientras Bibiloni no innovaba en su Anteproyecto, el Proyecto de 1936 incluía la adopción con caracteres contractuales, aunque si se trataba de adoptar a incapaces debía ser consentida por los padres, o por el juez si estaba sujeto a tutela.

Finalmente, la adopción fue introducida por la ley 13.252, del año 1948. Su base fueron los proyectos presentados en 1946 por el diputado Berreta y en 1947 por el diputado Pérez Guzmán y por los senadores Ramella y Gómez del Junco, así como el remitido el mismo año al Congreso por el Poder Ejecutivo, y el despacho de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados, también de 1947, que no había sido tratado por el cuerpo.

Todos esos antecedentes dieron base a un nuevo dictamen de la mencionada comisión, de 1948, que en el mismo año fue sancionado por las dos cámaras¹⁹. Esta ley se homologó bajo la influencia del terremoto ocurrido en la provincia de San Juan, que expuso, repentina y dolorosamente el drama de la infancia desvalida, dejando numerosos niños sin sus padres. Fueron muchas las objeciones que suscitó esta ley de adopción. Unos de los aspectos más criticados, fue la prioridad que se les otorgó a las familias de mayor poder adquisitivo para poder recibir chicos.

Las irregularidades en las adopciones conllevaron a que la Justicia considerara ilegales a muchas de ellas. Muchos hijos adoptivos, fuera del marco legal, quedaron sin ningún derecho a heredar. Por estas falencias, Vélez Sarsfield se negó a incluir a la adopción como institución y a reconocer cualquier normativa de adopciones de esa época.

El anteproyecto de 1945 introdujo en su texto, con algunas variantes, las reglas de la ley 13.252. Luego se redactaron varios proyectos de legislar la legitimación adoptiva manteniendo la adopción de la mencionada ley.

En el III Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1961²⁰, un despacho de comisión- que no alcanzó a ser tratado en el plenario- recomendó

¹⁸ BELLUSCIO Augusto Cesar, Op. cit. pág. 793

¹⁹ IBIDEM

²⁰ Citado por BELLUSCIO Augusto Cesar, Op. cit. pág. 794

“establecer la legitimación adoptiva, sin perjuicio de la subsistencia de la adopción regulada por la ley 13.252”.

La ley 19.134²¹, del año 1971, sustituyó a la 13.252, acogiendo la separación de la adopción en dos instituciones de alcances diversos: la adopción plena y la adopción simple.

Recién con la vuelta a la democracia en 1984, se volvieron a discutir los procesos de adopción y en 1997 se modificaron tanto el Código Civil como la Ley de adopción que finalmente fue regulada.²²

En su artículo 311 establece que “la adopción de menores no emancipados se otorgara por sentencia judicial a instancia del adoptante”. De esta manera, se legaliza la situación del menor adoptado, quien podrá gozar de los mismos derechos que cualquier otro chico de padres biológicos. Este es un párrafo esencial de la nueva legislación ya que hasta entonces un niño podía entregarse en adopción con la sola intervención de un escribano.

6. Naturaleza jurídica

El problema de la naturaleza jurídica ha variado con el tiempo y según las distintas legislaciones. Se puede señalar cuatro grandes concepciones a su respecto: a) La contractual; b) Acto condición; c) Institucional; d) Relación jurídica.

Haciendo una observación al respecto, hay que aclarar, que en nuestra legislación, parte de la doctrina considera su naturaleza jurídica en la contractual, para otra parte de la doctrina la única teoría que tiene acogida es la Institucional al punto de sostener que en nuestro derecho positivo la concepción de la adopción como contrato no tiene asidero posible, desde el momento que no exige el acuerdo de los representantes legales del menor para establecerla y en específico considera a la adopción, como una institución de Derecho Privado fundado en un acto de voluntad del adoptante nacida de una sentencia de un juez²³. Pero para poder analizarlas hare un detalle de de las distintas teorías.

a) Teoría Contractual:

Esta teoría considera a la adopción como un contrato. Se deja a la voluntad de las partes su formulación. Presenta dos formas: una amplia en la que todas las

²¹ Ley de Adopción 19134 [en línea.] [Disponible en internet: <http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/ln19134.htm>] [última consulta 26/04/2013]

²² Ley de adopción 24779 [en línea.] [Disponible en internet: <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/norma.htm>] [última consulta 26/04/2013]

²³ BORDA, Guillermo, 1993 Tratado de derecho Civil Argentino, Familia II, n° 770, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires pág. 118

condiciones, bajo las cuales se constituye la adopción, son señaladas en la propia ley de adopción.

Planiol, Ripert, Colin y Capitant,²⁴ definen la adopción como un Contrato solemne, aunque estos últimos agregan que es un acto jurídico. De tal forma que para ellos, la Adopción es un contrato concluido, entre el adoptante y el adoptado; así también se encuentra otros que consideran que la Adopción es un Contrato solemne que debe ser aprobado por la justicia.

Sin embargo cabe distinguir, dentro de la teoría contractual, la que considera a la adopción, un acto jurídico que crea entre las partes ciertas relaciones puramente civiles de paternidad y filiación; de tal forma que además aceptan que la adopción, crea ciertos lazos de parentesco semejantes a los que provienen de la filiación legítima.

b) Teoría del acto condición:

Algunos autores consideran a la adopción como un acto jurídico especial. En tal sentido además sostienen, que el acto de la adopción, es un acto jurídico²⁵ sometido a formas particulares, por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho la Institución de la adopción. Es decir, es un acto de naturaleza jurídica propia.

Lafaille, refiriéndose a los actos jurídicos similares a los contratos dice: "...una serie de actos jurídicos, más o menos asimilables al tipo de los contratos, han surgido en nuestros días, y se demuestra, una vez más, que en el Derecho, como en el orden natural, existe entre especie y especie, tipos intermedios que difícilmente entran en los términos rígidos de una clasificación..."; entre estos actos estarían los llamados Actos Condición, que confieren a la persona una situación jurídica especial, por el solo hecho de prestar su consentimiento.²⁶

De tal forma que concluye esta teoría diciendo, que la Adopción, no es típicamente un Contrato, sino un acto jurídico bilateral complejo, que puede comprenderse en los llamados actos condición.

c) Teoría de la institución:

En esta teoría se subdivide en tres nociones independientes, las cuales se detallan a continuación:

1. Institución del derecho privado: esta teoría defiende la tesis de que, la Adopción es una institución del Derecho Privado, fundado en un acto de voluntad del

²⁴Citado por SAJON Rafael, 1990, Derecho de Menores, Edit. Abelado Perrot, Buenos Aires, Argentina, pág. 440.

²⁵ZANNONI Eduardo, 1981, Derecho de Familia, T.I, Edit. Astrea, Buenos Aires pág. 32

²⁶SAJON Rafael, Op. Cit., Pág. 441

adoptante, nacida de la Sentencia del Juez en virtud de la cual, se establece entre dos personas una relación análoga a la que surge de una filiación matrimonial; análoga y no idéntica, porque hay algunas diferencias.

Sostiene además esta teoría, tomando en cuenta las diferencias entre Contrato e Institución. En la Adopción no hay especulación, ni cálculos de beneficios; adoptante y adoptado, no se encuentran en una relación de igualdad. Todo lo cual es característico de los contratos. Por el contrario, entre ambos existe un Consortium, vale decir, que sus intereses son coincidentes y no opuestos. Existe entre ellos una comunión, no una concurrencia; lejos de desenvolverse en un plano de igualdad, sus relaciones están basadas en la jerarquía y la disciplina, sus derechos y obligaciones no están fijados por la voluntad de las partes, sino que surgen de la ley.

2. Institución del Derecho de Familia: el vínculo adoptivo es una Institución del Derecho de Familia²⁷, crea un estado de familia y descansa en ese aspecto del Derecho Público que tiene todo el Derecho de Familia. El carácter de esta institución proviene porque la adopción, es un conjunto de reglas determinadas por el legislador; así mismo afirma esta teoría que:

- a) No surge una relación igualitaria, sino jerárquica, donde el adoptado tiene un deber de obediencia y de respeto;
- b) No están contrapuestos los intereses de los sujetos, sino que la solicitud de Adopción procura el beneficio de ambos;
- c) Surge la Adopción para durar indefinidamente, para perpetuarse, mientras que el contrato siempre tiene un término de vigencia.

Se señala así mismo²⁸, para rechazar la teoría contractual, que no se concibe un contrato donde se pacte sobre el futuro y la vida de una persona y sobre la constitución de un grupo familiar, por cuanto estas cuestiones esenciales, de interés público, están siempre reservadas a la ley.

El estado de las personas, no puede ser materia de contratación, como tampoco los efectos legales de la Adopción, se crean por voluntad de las partes, sino que se producen por la sentencia constitutiva de la relación jurídica entre el adoptante y adoptado. La adopción, como institución de Derecho de familia, si bien se origina en la voluntad individual, la gobierna un estatuto o régimen jurídico, reglado por el Estado, de tal forma cuando las partes prestan su conformidad en el Procedimiento, en aras de lograr la sentencia respectiva, ya no son libres de actuar espontáneamente, sino que lo

²⁷ BORDA; Guillermo, Op. Cit. pág. 90.

²⁸ IBIDEM

deben hacer en la órbita que la ley señala y de acuerdo con las rigurosas normas que el Derecho positivo determina, vale decir, que una vez aceptado el estatuto o régimen jurídico, se someten a sus normas y a sus consecuencias.

Actualmente, esta es la teoría que más se acomoda al desarrollo de la sociedad contemporánea y que concilia con las tendencias que inspiran a muchos ordenamientos jurídicos en general.

3. Institución del Derecho de Menores: la adopción es una institución del derecho de menores, como compuesto de reglas de ese derecho, que constituyen un todo orgánico y que comprenden una serie indefinida de relaciones, derivadas todas de un hecho fundamental, considerado como punto de partida y base.

Las modernas legislaciones e instrumentos internacionales, receptan el derecho del niño a tener una familia, a crecer y desarrollarse en un ambiente familiar, a su protección integral y a recalificar como tal al instituto de la adopción.

d) Teoría de la Relación Jurídica:

Esta teoría está vinculada a todas las concepciones de naturaleza procesalista; la Adopción, es una relación jurídica de la cual, por voluntad de las partes, deriva un vínculo de familia, resultado de la combinación de dos intereses, uno protegido y otro subordinado.

Por lo que, prosigue afirmando esta teoría, que la adopción engendra una verdadera relación jurídica, provocada por la voluntad de las partes intervinientes en el procedimiento; la acción de la adopción instaaura la relación jurídica y la actividad de las partes mueve a aquella, que se termina con la sentencia.

Sustenta, esta teoría el insigne procesalista italiano Carnelutti²⁹, quien sostenía, que la naturaleza de la Adopción es una relación jurídica.

7. Concepción filosófica y jurídica de la adopción.

Esta institución de la adopción, que crea una filiación y no un instituto diferente en el plano del Derecho, e independientemente de toda referencia biológica o religiosa, resume la fórmula del filósofo francés Henry Bergson: "...el hombre agrandado por la Técnica, tiene necesidad de un suplemento del alma...".

La adopción es un acto de amor del hombre y de la mujer contemporánea y de las próximas décadas, a favor de los niños, adolescentes, menores de edad en general, huérfanos, abandonados, de padres desconocidos³⁰.

8. Referencias a la ley que rige actualmente la adopción.

²⁹Citado por SAJON Rafael, Op. Cit., pág. 446.

³⁰IBIDEM

La ley 24.779 (B.O. 01-04-1997) modificó algunas disposiciones de la anterior ley de adopción (ley de facto 19.134 del 21-7-71) e incorporó las referentes a la institución al Código Civil. Interpreto que, no obstante estas reformas, algunas de las normas que regulan la adopción plena continúan siendo contrarias a los principios que derivan de los tratados incorporados a la Constitución y rigen la familia. En especial el Art. 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el derecho de preservar su identidad y las relaciones familiares.

En 1997- denominado Año Internacional de las Familias, casi medio siglo después de la primer ley de adopción, (Ley 13.252 del año 1948), la ley 24.779 incorpora al ordenamiento civil argentino la adopción de menores con el espíritu de anteponer el denominado por la propia normativa “interés superior del niño”, aunque se prefiera “mejor interés del niño”, siempre con la tendencia a consolidar la familia y teniendo en mira los fines que ya se había propuesto la derogada ley 19.134:

- a) Eliminar impedimentos y restricciones a la posibilidad de adoptar y ser adoptado.
- b) Jerarquizar el vínculo adoptivo.
- c) Agilizar los trámites de adopción.

El instituto de la adopción ha sufrido desde el punto de vista de su finalidad, un cambio fundamental a través del tiempo, adquiriendo en la actualidad papel preponderante el interés del adoptado. La anterior finalidad de dar un hijo a quien no lo tiene ha sido sustituida por la de dar una familia a quien carece de ella y, en función de este actual planteamiento teleológico, es ya la pura lógica lo que hace surgir el principio de prevención de abandono y la solemne formulación de la adopción como solución al problema de la infancia desamparada, independientemente de la causa que hayan motivado la circunstancia.

Conforme a las reformas producidas en el Derecho de Familia del país luego de sancionarse las leyes 23.264 y 23.515, a lo cual cabe sumar la incorporación a la categoría constitucional de la Convención de los Derechos del niño, en el art 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, la legislación debería centrar su atención en los siguientes puntos:

- 1- Adecuación del ordenamiento normativo de la filiación adoptiva a las modificaciones comentadas.
- 2- Sometimiento de la entrega en guarda al control judicial y a la creciente especialización de los órganos jurisdiccionales.
- 3- Disminución del plazo de guarda

- 4- Mantenimiento de la excepción en el plazo de guarda cuando se trata del hijo o hijos del cónyuge.
- 5- Declaración judicial de la situación de abandono del menor a adoptar.
- 6- Modificación de la determinación del asentimiento de entrega en adopción con ampliación del plazo para recibir la manifestación de la o los progenitores
- 7- Prohibición de entrega en guarda mediante escritura pública o acto administrativo.
- 8- Citación bajo pena de nulidad de los padres de sangre en el juicio de adopción.
- 9- Conocimiento personal por parte del adoptado, a partir de los 18 años de su identidad de origen, en consonancia con el art. 8 inc 1° de la Convención de los Derechos del niño³¹.
- 10- Permisividad para postularse como adoptar en forma plena a toda persona cualquiera fuere su estado civil (reforma de la ley 23.515 al art 15 ley 19.134)
- 11- Facultad judicial de oír no solo al menor adoptado (art.12 inc. 2° CDN) sino a cualquier otra persona que se estime conveniente en beneficio del menor.
- 12- Nulidad absoluta a la adopción de descendientes.
- 13- Nulidad del otorgamiento cuando la entrega del menor hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente.
- 14- Rigurosidad en la acreditación de la residencia permanente en el país para los adoptantes, derogándose tácitamente la posibilidad de la denominada adopción internacional.
- 15- Creación del registro de aspirantes a guarda con motivo de la adopción.³²

En realidad cuando Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del niño muchos constitucionalistas pensaban que al ser un Tratado internacional de Derechos Humanos operativo, solo haría falta una ley que la reglamentara. Pero eso no sucedió, incluso hubo fallos de la Corte que ratificaban la jerarquía de los tratados. Sin embargo, no se usaba e hizo falta una ley nacional como la 26.061 que tomó como base ese Tratado de protección de derechos del niño. Recién allí se empezó a utilizar y los

³¹ Citado por DUTTO Ricardo La Suprema Corte de Buenos Aires ha declarado la nulidad de sentencia donde los jueces no hayan tomado ese contacto personal. Junio, 27-2001.ED, 196-386

³² DUTTO Ricardo J., 2005, Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia. 1ª ed.-Rosario, Edit. Juris, pág. 403

jueces comenzaron a operativizar y a aplicar las normas de protección, la ley 26.061. A la gran masa de juicios que llegaban a Tribunales de Familia se les aplicaba el Código Civil.

9. Procedimientos de la adopción.

El procedimiento aplicable al juicio de adopción no es asimilable a los procesos convencionales, dotado de particularidades propias previstas por el legislador al servicio de la finalidad esencial perseguida, que no es otra cosa que determinar razonablemente si la adopción conviene o es contraria al interés del menor, independientemente o más allá inclusive de la opinión de sus representantes.

Ninguna de las leyes dictadas en el país legisló sobre el procedimiento a seguir en el juicio de adopción, lo cual ha motivado posiciones divididas en doctrina y jurisprudencia sobre su naturaleza procesal.

1. Hay que estar a lo dispuesto por los Códigos de procedimiento provinciales, pero si estos nada establecen hay que aplicar el procedimiento del juicio ordinario, dada la importancia de lo que se discute. Ubican al juicio dentro del proceso contencioso porque hay partes contrarias en sentido técnico.

2. El juicio es siempre de jurisdicción voluntaria pues no se demanda nada contra nadie, ni hay demandado, no adquiriendo características de contenciosos aun con la presencia de los progenitores biológicos, pues el juez no dirime un litigio sino que comprueba el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y resuelve lo más conveniente para el menor.

3. Es un proceso verificante es decir aquellos procesos de familia en los que la estructura dada por el legislador ha impuesto la acreditación de circunstancias que- aunque no mediare controversia a su respecto- el órgano jurisdiccional debe, ineludiblemente, verificar a los fines de acordar en su caso, la respuesta prevista por la ley.

4. Es un proceso voluntario que eventualmente puede transformarse en contencioso, en el caso que exista oposición de los padres o del Ministerio Público, pues habría dos pretensiones encontradas que el juez debe dirimir.

La legislación instrumenta dos momentos perfectamente claro en su conjunto: por un lado la guarda del menor y por el otro el juicio de adopción, que puede ser realizado por un único juez o distintos jueces, según la competencia territorial y material para uno y para otro.

La ley 24.779 ha incorporado al Código Civil los arts. 311 a 340 y con ello el instituto de la adopción de menores³³. Se trata de una ley de fondo pero, como ocurre como muchas leyes sustanciales, contiene aspectos procesales e introduce el requisito de la guarda previa, judicialmente otorgada. Así, salvo en el caso de los mayores de edad, de los menores emancipados o el caso de adopción del hijo del cónyuge, sólo es posible adoptar al menor cuya guarda ha sido previamente otorgada judicialmente al solicitante.

En la anterior legislación, si bien se exigía una guarda previa³⁴, con ello se aludía a una situación de hecho ya que no se exigía que fuera otorgada en sede judicial. Este aspecto, que constituye uno de los centrales de la reforma, ha sido puntualizado en la norma del art. 318 que expresamente prohíbe la entrega en guarda mediante escritura pública o acto administrativo³⁵.

De esta forma, en la ley 24.779 el proceso de adopción ha quedado estructurado en dos etapas perfectamente diferenciadas: a) el otorgamiento de la guarda del menor con fines de adopción y b) la adopción propiamente dicha.

La guarda previa a que alude la ley supone por un lado la existencia de un menor en situación de abandono y por otro, la de un guardador o guardadores –en caso de un matrimonio- en condiciones de ejercerla.

En este sentido dispone el art. 316: “El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el juez...”. La redacción del primer párrafo genera algunas dudas, pues de su interpretación literal se desprendería que el juicio de adopción sólo podría ser promovido antes del cumplimiento del año de guarda y después de transcurridos seis meses de su otorgamiento. Así, en el caso de una guarda mayor a ese lapso -lo que supondría un mayor afianzamiento de los vínculos- ya no podría solicitarse la adopción, lo cual constituiría una incongruencia³⁶. Asimismo, la norma indica que el plazo de guarda será fijado por el juez.

³³ La incorporación viene a quebrar así la expresa voluntad de nuestro codificador quien miraba con disfavor al instituto. En este sentido, la ley 24.779 derogó el art. 4050 en cuyo texto como en el de su nota Vélez Sarsfield expuso su postura.

La ley 24.779 fue sancionada el 28/2/97, promulgada el 26/3/97 y publicada el 1/4/97.

³⁴ La ley 19.134 requería una guarda previa de un año mientras que la ley 13.252 requería un plazo de dos años.

³⁵ No obstante se ha reconocido validez a las situaciones de hecho nacidas con anterioridad a la sanción de la nueva ley. Así se ha resuelto: “...A pesar de que el nuevo art. 318 del Código Civil (t.o. por art. 1º L. 24.779) prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores por escritura pública otorgando validez sólo a la conferida judicialmente (art. 316 T.O. art. y L. cit.), también se la reconoce a la guarda extrajudicial nacida anteriormente a su sanción...” SCBA, Ac 63120 S 31-3-1998. Al respecto, ver art. 3º de la ley.

³⁶ Conf. Belluscio “Ley de adopción 24.779” Adenda de la obra “Manual de Derecho de Familia”, ed. Depalma pág. 17.

En los términos en que está redactada, esta facultad judicial se limita al lapso comprendido entre los seis meses y el año.

La guarda de menores constituye un concepto algo difuso en nuestro derecho, pues no existe una definición legal. En la práctica tribunalicia la expresión es generalmente utilizada como sinónimo de tenencia, reservándose éste término cuando se trata de otorgarla a los progenitores, y aquél cuando es otorgada a quienes no lo son. La utilización del vocablo suele estar presente en resoluciones de naturaleza cautelar en la que se decide, a título provisorio, la suerte de un menor³⁷.

La guarda no se agota en el acto jurídico complejo de su otorgamiento sino que también constituye un estado. En este sentido considero que la guarda como estado, es un régimen legal al cual los guardadores, los menores y los padres biológicos se someten como consecuencia del acto jurídico de guarda.

En materia de tenencia de menores existe siempre cosa juzgada sólo formal ya que toda decisión judicial puede ser revisada en función del supremo interés del menor³⁸.

Tratándose de una guarda con fines de adopción, hasta tanto se concrete ésta, la idea de provisoriedad es aún mayor. Seguramente por dicha razón el legislador ha reducido el plazo y ha facultado al juez para fijarlo entre seis meses y un año. Es comprensible un cierto grado de ansiedad y preocupación en el núcleo familiar en trance de adoptar. En tal sentido, su reducción y su fijación judicial deben ser interpretadas como la intención de disminuir aquellos niveles de angustia y a la vez, impulsar o conminar a los guardadores a iniciar cuanto antes el proceso de adopción propiamente dicho.

Se entiende que ese es el sentido que ha querido darle el legislador y no el de prohibir las adopciones a las situaciones de guarda que superen aquel período. En tal sentido, debe tenerse presente que en esta materia las decisiones deben inspirarse en el interés superior del menor y una limitación semejante, en principio, resultaría contraria a dicho principio. Cabe agregar que la guarda con fines de adopción, como

³⁷ La guarda, presupuesto anterior y necesario al juicio de adopción, es un instituto precario, en el que se hace necesario respetar en primer lugar el interés superior del niño, luego el de quienes lo procrearon y por último el de los adoptantes y no genera un derecho adquirido sino imperfecto (conf. JUBA CC0002 AZ, 41218, RSD 27-00, 16/3/00, LLBA. 2001, 79).

³⁸ El principio del “interés superior del menor”, reconocido en numerosa jurisprudencia en la materia ha adquirido rango constitucional con la incorporación a su texto de la Convención sobre los derechos del niño, cuyo art. 3º lo consagra expresamente.

presupuesto legal insoslayable, implica un estado de “adoptabilidad” que había sido reclamado en general por la doctrina³⁹.

El juicio de adopción: Una vez otorgada la guarda definitiva, queda habilitada para los futuros adoptantes la segunda etapa del proceso o juicio de adopción propiamente dicho⁴⁰.

De una interpretación estricta del art. 316 Cód. Civ. podría deducirse que la acción debe interponerse antes del cumplimiento del año de guarda. Al respecto nos remitimos a lo dicho sobre la “guarda con fines de adopción”. El art. 10 inc f) de la ley anterior contemplaba la posibilidad de iniciar el juicio antes de cumplido el plazo de guarda⁴¹, si bien la ley 24.779 no incluye esta alternativa, no parece que hubiera obstáculos procesales para que ello ocurra. En tal caso y sin perjuicio del carácter retroactivo que le confiere el art. 322 Cód. Civ., la sentencia, sólo podría ser dictada luego del vencido el lapso de seis meses de guarda previstos por la nueva ley.

10. Partes en el juicio de adopción.

La norma establece que intervienen en el juicio, los adoptantes y el Ministerio Público.

Los padres biológicos no son parte, criterio que encuentra justificación en la participación que la ley les confiere en la primera etapa del proceso, es decir en el trámite de entrega del menor en guarda.

En este sentido se ha dicho que al prever la ley la citación judicial de los padres del menor para el otorgamiento de la guarda, únicamente sobre este presupuesto se puede tramitar el juicio de adopción sin ellos⁴².

Es que, o bien prestaron consentimiento con la adopción, o se opusieron y fue rechazada su oposición, o se configuró algunas de las situaciones de excepción que prevé el art. 317 inc. a). En todos los casos, la decisión judicial sobre la entrega del menor en guarda con fines de adopción, se debe encontrar firme para habilitar el juicio de adopción propiamente dicho.

11. Pasos responsables para una buena adopción.

³⁹ El Ac. 2707/96 SCJBA., impone a los magistrados del fuero de menores el deber de remitir, a los fines del registro instituido en la norma, los datos de los menores dentro de las 48 horas de haberse determinado la situación de adoptabilidad.

⁴⁰ Se ha dicho que la guarda otorgada con fines de adopción no genera un “derecho adquirido” sino imperfecto, cuyo logro final está supeditado a lo que se resuelva respecto a la demanda de adopción; es decir la misma se concederá siempre y cuando el guardador haya cumplido con el resto de los requisitos que le impusieron al otorgarle la guarda (CCMP 107284, 27/8/98, RSI 680-98, LLBA 1999, 82).

⁴¹ La ley 19.134 (art. 6°) establecía un plazo de un año.

⁴² SCBA. Ac. 63120, 31/3/98 JA 1998IV, 29, LLBA 1998, 848.

La Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA) fue creada por la Ley 25.854 bajo la órbita del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de La Nación.⁴³ Las Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires han creado también sus propios Registros y mediante convenios con la DNRUA conforman la Red Nacional de Registros. La DNRUA tiene por objeto formalizar la nómina de inscriptos a nivel nacional a través de la conformación de esta Red de Registros Nacional cuya base es informática e interconecta los diferentes Registros locales.

El Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación ha realizado una guía de adopción responsable en la que indica los siguientes pasos a realizar:

- La persona que desea adoptar debe dirigirse al registro local que por su jurisdicción corresponda. Allí recibirán toda la información necesaria y serán atendidos por equipos interdisciplinarios, quienes mediante previas entrevistas psicosociales determinarán la idoneidad o no para ofrecerse como guardadores de niños y/o adolescentes con fines adoptivos.
- Finalmente, la inscripción propiamente dicha queda asentada, incorporada a la nómina de inscriptos con su legajo y número correspondiente.
- La inscripción como aspirante a guarda con fines adoptivos no tiene costo alguno.
- No se necesita un abogado para inscribirse.
- Estar registrado en la DNRUA implica validar en el resto de las provincias adheridas y en la Ciudad de Buenos Aires la inscripción realizada en su jurisdicción evitando con ello la repetición de inscripciones y evaluaciones.
- Las personas registradas en la DNRUA pueden verificar su propia inscripción vía internet. Para ello recibirán una clave de acceso.
- ¿Quién más tiene acceso a los datos de las personas registradas en la DNRUA? Los jueces que resulten competentes en procesos de guarda con fines adoptivos y de adopción, los magistrados judiciales y funcionarios del Ministerio Público que resulten competentes en procesos de guarda con fines adoptivos y de adopción y los aspirantes inscriptos sólo en cuanto a su propia inscripción.

⁴³DNRUA: Dirección Nacional de Registro único con fines adoptivos.[en línea].[Disponible en internet: <http://www.jus.gob.ar/registro-aspirantes-con-fines-adoptivos.aspx> .[última consulta 29/06/2013]

- ¿La inscripción tiene caducidad? Sí. Es automática y se produce de pleno derecho y sin necesidad de notificación previa alguna, en los plazos previstos en el artículo 14 de la Ley N° 25.854 (anual) o en lo previsto en las respectivas leyes locales. A efectos del cómputo de la caducidad de la inscripción, se considerará como fecha de inicio del plazo la fecha de la inscripción. Dentro de los 30 días corridos anteriores al cumplimiento del plazo de un año, el interesado deberá ratificar personalmente y por escrito su intención de permanecer en la nómina general de aspirantes. Este procedimiento también se aplicará a las ratificaciones posteriores. En el caso que se trate de un matrimonio la ratificación deberá ser formalizada por ambos cónyuges. En nuestra provincia la caducidad opera a los dos años (Ley 13.093 de la provincia de Santa Fe).
- Si se necesita actualizar los datos, ¿cómo se hace? Se debe dirigir al registro local que por su jurisdicción le corresponda.

Transparentar el proceso de adopción, brindar a los magistrados/as una lista de aspirantes que hayan sido profesionalmente evaluados y admitidos como tales, así como equiparar las oportunidades de quienes quieren adoptar son algunos de los tópicos más recurrentes que se encuentran en los fundamentos de la creación de tales organismos.

12. Conclusiones.

En los antecedentes del instituto adoptivo parece claro que la trayectoria de las leyes establecidas ha estado fuertemente vinculada a la validación legal de usos y costumbres. Como por ejemplo podemos considerar que el mismo Vélez Sarsfield en su desarrollo del Código Civil estableció que no era necesario legislar en materia de adopción dado que la misma era una práctica en la que no debía entrometerse el legislador. Asimismo y de manera coherente con las preocupaciones de la época, la ley de adopción hoy vigente a puesto énfasis en las cuestiones identitarias y en el cerco a los procesos no judicializados en honor a las prácticas ilegales que se sostuvieron durante el periodo pasado con la dictadura en la Argentina y la apropiación de niños que allí se realizo.

Sin embargo, se observa hoy en distintos campos (legislativos, judicial, académico y asistencial) la necesidad de modificación de esta ley y de los procedimientos derivados, y el insumo fundamental para orientar dicho cambio en la actualidad, no parece centrarse en la validación legal de los usos y costumbres sino, más

bien, el cambio parece llamar a contar con nuevos elementos que nos permitan identificar aspectos específicos a modificar.

Seguramente la ley 24.779 aspiró a dar respuestas a la necesidad de contar con normas adecuadas para asegurar el derecho del niño a crecer en el seno de una familia cuando no puede ser contenido por la propia, la biológica, y somete dicha situación a la decisión judicial.

Sin embargo hoy a quince años de la sanción de la ley, es mucho lo que falta por hacer para asegurar el referido derecho del niño, tema que tratare en el siguiente capítulo.

CAPITULO II

PROTECCIÓN DEL ADOPTADO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

SUMARIO: 1.Introducción. 2. Evolución histórica de los derechos del niño. 3. La convención y el interés superior del niño. 4. El interés superior del niño en el D. Argentino. 5. El interés superior del niño en situación de conflicto. 6. Leyes que protegen la niñez en la Argentina. 6. a. Principales punto de la ley 26.061. 6. b. Medidas de protección. 6. c. Medidas excepcionales. 7. Consecuencia de un debate social. 8. Legislación en la provincia de Santa Fe. 9. Problemática que apunta como objetivo la adopción. 10. Exigibilidad de los derechos en la figura del Defensor. 11. Exigibilidad de derechos desde el Estado. 12. Derechos de los menores en la adopción. 13 Conclusiones.

1. Introducción.

Es muy importante que se reconozca que la adopción es una institución que tiene por objeto ‘proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia’, dejando de lado el tan reiterado concepto de la adopción como institución que otorga hijos a quienes no pueden tenerlos.

Esta diferencia no es para nada superficial. ‘La adopción es un acto de extrema generosidad realizado por personas que desean fructificar su amor, en la dación desinteresada a un ser indefenso necesitado de afecto y de atención personalizada. Desde este punto de vista, la adopción es una decisión deliberada, de un enorme y profundo contenido ético, que enaltece a quienes la toman y ayuda a los niños sin familia a insertarse en la sociedad con la oportunidad de recuperar la alegría de vivir y convertirse en hombres y mujeres de bien’.

2. Evolución histórica de los Derechos del Niño.

En la Antigüedad nadie pensaba en ofrecer protección especial a los niños. En la Edad Media, los niños eran considerados “adultos pequeños”. A mediados del siglo XIX, surgió en Francia la idea de ofrecer protección especial a los niños; esto permitió el desarrollo progresivo de los derechos de los menores. A partir de 1841, las leyes comenzaron a proteger a los niños en su lugar de trabajo y, a partir de 1881, las leyes francesas garantizaron el derecho de los niños a una educación.

A principios del siglo XX, comenzó a implementarse la protección de los niños, incluso en el área social, jurídica y de la salud. Este nuevo desarrollo, que comenzó en Francia, se extendió más adelante a toda Europa.

Desde 1919, tras la creación de la Liga de las Naciones (que luego se convertiría en la ONU), la comunidad internacional comenzó a otorgarle más importancia a este tema, por lo que elaboró el Comité para la Protección de los Niños.

El 16 de septiembre de 1924, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño (también llamada la Declaración de Ginebra), el primer tratado internacional sobre los Derechos de los Niños. A lo largo de cinco capítulos la Declaración otorga derechos específicos a los niños, así como responsabilidades a los adultos.

La Declaración de Ginebra se basa en el trabajo del médico polaco Janusz Korczak.⁴⁴

⁴⁴Historia de los derechos del niño. [en línea]. [Disponible en internet: <http://www.humanium.org/es/historia/> [última consulta 24/06/2013]

La Segunda Guerra Mundial dejó entre sus víctimas a miles de niños en una situación desesperada. Como consecuencia, en 1947 se creó el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (conocido como UNICEF) al cual se le concedió el estatus de organización internacional permanente en 1953.

Durante sus inicios, la UNICEF se centró particularmente en ayudar a las jóvenes víctimas de la Segunda Guerra Mundial, principalmente a los niños europeos. Sin embargo, en 1953 su mandato alcanzó una dimensión internacional y comenzó a auxiliar a niños en países en vías de desarrollo. La Organización luego estableció una serie de programas para que los niños tuvieran acceso a una educación, buena salud, agua potable y alimentos.

Desde el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.

En 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, que describe los derechos de los niños en diez principios. Si bien este documento todavía no ha sido firmado por todos los países y sus principios tienen carácter indicativo, le facilita el camino a la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño.

Luego de aprobar la Declaración de los Derechos Humanos, la ONU deseaba presentar una Carta de Derechos Fundamentales que exigiera a los gobiernos a respetarla. Como consecuencia, la Comisión de los Derechos Humanos se dispuso a redactar este documento.

En medio de la Guerra Fría, y tras arduas negociaciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en Nueva York dos textos complementarios a la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho a la protección contra la explotación económica y el derecho a la educación y a la asistencia médica.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho a poseer un nombre y una nacionalidad.

La ONU proclamó al año 1979 como el Año Internacional del Niño. Durante este año, tuvo lugar un verdadero cambio de espíritu, ya que Polonia propuso crear un

grupo de trabajo dentro de la Comisión de los Derechos Humanos que se encargara de redactar una carta internacional.⁴⁵

Así, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁶. A lo largo de 54 artículos el documento establece los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

Este es el tratado sobre derechos humanos que se ha aprobado más rápidamente. Se convirtió en un tratado internacional y el 2 de septiembre de 1990 entró en vigencia luego de ser ratificado por 20 países.

El 11 de julio de 1990 la Organización para la Unidad Africana aprobó la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño.

Se adoptó el 17 de junio de 1999 la Convención sobre las peores formas de trabajo infantil.

En mayo de 2000, se ratificó el Protocolo facultativo de la Carta Internacional sobre los Derechos del Niño, que trata la participación de los niños en conflictos armados y entró en vigor en 2002. Este documento prohíbe que los menores participen en conflictos armados.

Hasta ahora, la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido firmada por 190 de 192 estados, aunque hay algunas reservas sobre ciertos fragmentos del documento. Sólo Estados Unidos y Somalia la han firmado pero no ratificado.

3. La Convención y el interés superior del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño vino a dar su espaldarazo definitivo en el concierto de las naciones. Desde ese pacto, no puede haber Estado en que no se reconozca la niñez como interés público. El interés del niño explica la potestad del Estado como deber, y también como derecho fundamental que aquél tiene (arts. 19 y 20). Potestad del Estado que hay quienes ponen en crisis, resistiendo un supuesto “paternalismo” o “tutelarismo” que negaría al niño garantías fundamentales, cuando justamente de lo que se trata es de reconocer en la Convención la co-presencia y la co-implicancia de la intervención estatal protectora, los supuestos legitimantes, sus principios informantes, sus límites y su finalidad, como corresponde a una concepción integral.

⁴⁵ ONU Comisión de los derechos humanos [en línea] [Disponible en internet: http://www.unicef.org/lac/media_14634.htm [última consulta 01/07/2013]

⁴⁶ Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Ciudad de Nueva York, EE UU, el 20/11/1989. Aprobada por la República Argentina por ley 23849 (sancionada el 27/09/90; promulgada de hecho el 16/10/90 y publicada en el BO el 22/10/90). Su Art. 2º formula una reserva y tres declaraciones.

La Convención consagra un principio, el del interés superior del niño. Al decir que ese interés merece una consideración primordial, lo pone como pilar del ordenamiento, como axioma sobre el que debe reposar la regulación en la materia (art. 3°).

En cuanto superior, le cabe cuanto ya se dijo al respecto, dado que el comparativo lo sienta como prevaleciente ante otros con los que pueda entrar en colisión. No de manera absoluta, como supremo, sino decididamente relativa, en atención a las circunstancias concretas en que el niño pueda hallarse. Da poder jurídico para actuar, y para imponerlo a otros con los que entre en colisión, aunque siempre en forma tal que su satisfacción no afecte de modo innecesario a los no prevalecientes.

Como interés, comprende la expectativa de una satisfacción. Como lo significa la redacción inglesa original, con el “best interest of child”, y como ha entendido la legislación que se ha ido dictando en consecuencia, comprende la expectativa de máxima satisfacción en sus derechos fundamentales, los que la Convención proclama y respecto a los cuales se ha comprometido cada uno de los Estados.

Desde luego, y como se desprende del tenor, se trata de la máxima satisfacción en mérito a las circunstancias, sea en lo referente a la necesidad en que el niño se encuentra, sea en lo referido a la posibilidad con que cuenta el obligado.

Necesidad y posibilidad siempre deben conjugarse en el interés del niño. No lo establece de otra manera el tenor de la Convención, fruto de más de una década de gestación en que han debido atenderse las muy variadas circunstancias en que el niño puede hallarse en nuestro tiempo, con particular referencia a las que revisten riesgo de suyo para su desarrollo personal e integración social, y las también muy distintas y mudables circunstancias en que pueden encontrarse los Estados con respecto a su capacidad de generar condiciones propicias para la plena vigencia de los derechos que se reconocen en la niñez, y para atender las necesidades que acusan las alternativas de desventaja social.

Por un lado, porque la máxima satisfacción de sus derechos fundamentales atiende, más allá de su formulación general y abstracta, a lo que exige lo singular y concreto de cada niño para su desarrollo personal, en la actualización de su potencialidad física, psíquica y moral, y para su integración social merced a la incorporación de actitudes y hábitos favorables a la vida de relación en la sociedad en que se desenvuelve, signadas por la conciencia sobre los deberes y derechos recíprocos que hacen al bien común. La privación de bienes que encierran las situaciones de carencia, con necesidades básicas insatisfechas, y las de conflicto, con el

incumplimiento grave de los deberes que incumben a padres, tutores y guardadores, se levanta como clamor de justicia en el conjunto social y demanda respuesta a quienes tienen responsabilidad subsidiaria (arts. 18 y 27) o supletoria (arts. 19 y 20) para asegurarles una vida digna.

Por otro lado, el Estado que ha asumido el deber, y le cabe la responsabilidad de proveer con los recursos disponibles, pero también –y sobre todo- de la voluntad política de generarlos en medida creciente, en cantidad y calidad, para que la niñez, tanto la pauperizada como la desamparada, encuentren en sus servicios el reconocimiento de sus derechos fundamentales, de su pertenencia a la sociedad como mérito y no como favor, del interés público que su infortunio suscita, jurídicamente protegido como potestad pública, y de la asistencia o la tutela, según el caso, al desfavorecido.

4. El interés superior del niño en el Derecho Argentino.

Si bien la Constitución, en su art. 75 inc. 22, incorporó en 1994 los derechos y garantías de la Convención a la normativa fundamental, gesto inequívoco de voluntad política que destaca a la Argentina en el concierto jurídico internacional, la ley 26.061 vino a modo de consolidación en el año 2005, es decir más de una década después.

Imprecisiones en su texto no quitan que el legislador, haciéndose eco de lo que ya habían ido anticipando leyes provinciales de derecho público, haya querido poner particular énfasis en lo que por interés superior del niño –y de los adolescentes menores de edad por expresa extensión- corresponde entender, y que expresa como máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías que la ley reconoce.⁴⁷

Queriendo hacer operativa esta definición, el mismo art. 3º comprende el respeto a: 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 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.

En cuanto al centro de vida, aclara que toma por tal al lugar donde las niñas, niños y adolescentes hayan transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, y lo sienta como principio para dirimir conflictos en materia de patria

⁴⁷ González del Solar, José H., 2008 “Derecho de la minoridad”, Ed. Mediterránea, 2ª Edición actualizada y ampliada, Córdoba, pág. 380.

potestad, filiación, restitución, adopción, emancipación y toda otra cuestión que se les vincule.

En palabras que usamos antes, la máxima satisfacción de los derechos y garantías mira al pleno desarrollo personal del niño y el adolescente menor de edad, y a su integración social desde el lugar devenido en centro de vida, con equilibrio entre sus derechos y garantías y las exigencias del bien común.

El interés superior obtiene reconocimiento legal como principio jurídico y político. Principio jurídico, porque está puesto como axioma que preside la trama de derechos y garantías, como pilar básico que se incorpora a otros que forman el basamento constitucional, como el de igualdad ante la ley, con el que entra en muy rica y sorprendente conjugación (art. 1º). Y principio político, a la vez normativo y ejecutivo, porque las normas reguladoras en esta materia y los programas gubernamentales encuentran en él su punto de partida operativo (art. 5º).

La ley también instala el interés superior como criterio para discernir y resolver en cualquier conflicto jurídico que involucre a los niños y adolescentes menores de edad, es decir cuando entren en colisión intereses con relevancia jurídica. Cabe interpretar al respecto que debe prevalecer lo que interesa de modo inevitable e irrefragable a sus derechos y garantías fundamentales, en cuanto se encuentren en juego su desarrollo personal y su integración social.

5. El interés superior del niño en situación de conflicto.

Un conflicto jurídico puede producirse con prescindencia de la situación en que la persona se encuentra. Así sucede cuando entran en colisión intereses con motivo de un hecho o un acto que afecta al menor de edad. Puede suceder, por caso, cuando es autor o víctima de algún hecho delictuoso, o cuando se celebra un acto jurídico que le irroga perjuicio personal o patrimonial.

La situación de conflicto, empero, denota algo más, cualitativamente trascendente: la persona, con estado civil de minoridad, es decir con un emplazamiento en la sociedad civil que le dispensa protección jurídica, se encuentra, no obstante, en situación de conflicto, esto es efectivamente indefenso cuando uno o más de sus derechos fundamentales están siendo embestidos, sea por inexistencia, ausencia, impedimento, omisión u ofensa de quienes deben legalmente protegerlo⁴⁸. Hay veces en que la situación de conflicto luce manifiesta, y por lo común sucede cuando hay un hecho o acto que la genera y la patentiza. Otras veces, y tal vez las más

⁴⁸ IBIDEM

frecuentes, se halla encubierta en la trama familiar o social en que el niño o adolescente se encuentra, como realidad latente que algún hecho o acto viene a develar.

Lo cierto es que en esa situación, manifiesta o no, se está afectando el interés superior en términos que necesariamente se deben definir. Cada caso que llega a conocimiento judicial como instancia superadora, pone al órgano decisor, cualesquiera sean su competencia o grado, en la necesidad de hacer explícita la denotación que atribuye al principio de interés superior en la resolución del conflicto, así como el modo en que éste lo compromete y exige tutela judicial efectiva.

Tratándose de un principio constitucional, que consecuentemente impregna todo el ordenamiento normativo hasta la misma norma individual con que se sentencia en cada caso, cabe esperar que los jueces tengan de él un concepto unívoco y una definición clara y precisa, con respaldo en la más jerarquizada jurisprudencia nacional, de manera tal que le permita operar como criterio en la decisión respectiva.

En casos en que se prueba la grosera vulneración de derechos fundamentales y en que se encuentran alternativas que permitan poner al niño a salvo de la situación que lo aflige, la definición de que se habla parece exigir menos rigor. Pero cuando el caso conlleva una trama de relaciones intrincada o hay pobres o nulas alternativas que ofrezcan salvaguarda al niño, la definición luce sobremanera importante y trascendente ya que, de cuanto se entienda comprendido en el interés prevaleciente, dependerá el acierto de la solución que se escoja, para nada ligero si se tiene en cuenta que en ello se juega algún derecho del acervo constitucional.

Esto aún se complica más cuando se toma en consideración que el niño, en más de una ocasión, encuentra la mejor tutela posible de sus derechos, con arreglo a las circunstancias en que se encuentra, en su efectiva sujeción a la autoridad estatal por aplicación de otro principio concurrente, el de subsidiariedad, que tiene asimismo rango constitucional en la materia porque impregna la Convención y encuentra especial concreción en su art. 9.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴⁹, en un fallo, concentra cuanto ya había anticipado en precedentes sobre el particular, si bien lo hace al acoger lo que acopia en su dictamen el Procurador Fiscal al expedirse. Al recordar que en esos fallos señeros el Tribunal ha puesto énfasis en los compromisos asumidos por el Estado nacional en la materia, y que en ellos queda involucrado el interés superior de la niñez “cuya tutela encarece la Convención elevándolo al rango de principio”, resalta “que los menores, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente

⁴⁹ C.S.J.N.: M.S.P.y M.S.V. /s guarda con fines de adopción. LL 2012-C-569.

obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda”, y “que la consideración primordial del interés del niño viene tanto a orientar como a condicionar la decisión”, ya que “subyace en todo el plexo normativo de que se trata”.

Agrega que “en la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica”, ya que “es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación”. Sin embargo, y yendo al punto que el caso traía en cuestión, pues la madre biológica reclamaba a su hijo que, después de larga guarda en otra familia, estaba en curso de adopción, destaca que la verdad biológica no es un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, ya que debe respetar “el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares”, y que “la sugerencia técnica consigna que es importante preservar la integridad de la niña desde un enfoque psicosocial de la situación y el deseo de la misma”.

Acotando así la prioridad en la pertenencia a la familia biológica, como derivación del principio del interés superior en juego, sostiene que justamente corresponde hacer prevalecer “el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección”, y que “los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles”.

Colectando los puntos doctrinales de la jurisprudencia, vemos que ratifica una vez más que el principio preside todo el ordenamiento normativo del país, y que se impone cuando hay intereses contrapuestos que involucran al menor de edad y llegan a decisión judicial. También se observa que lo reconoce como criterio rector en la formación de un veredicto, y que siempre se dirige al resguardo de los derechos fundamentales de la niñez, más no tomándolos como absolutos desde lo general y abstracto de la formulación normativa, sino proveyendo a su respecto con relación a lo singular y específico de cada situación, de cada caso. Desalienta así que el juez, en la consideración de un determinado derecho en cuestión, como por caso los de verdad biológica y de prioridad de los lazos consanguíneos, se ignore la preservación de la integridad del niño como lo prevaleciente, ya que corresponde hacer un enfoque psicosocial de la situación y mantener las condiciones de equilibrio que se presentan

con mayor estabilidad, previniendo nuevos conflictos y sus consecuencias en la vida del tutelado.

También la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁵⁰, en un fallo, recoge precedentes al subrayar que “la atención primordial del interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas: constituirse en una pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y en un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño”. Sigue diciendo que “este principio proporciona así un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del menor con los adultos que lo tienen bajo su cuidado”, y “que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor”. Al dar contenido al principio, y esclarecer así el criterio de decisión, expresa que “se ha concebido al interés superior del niño como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto”, y que ello “se conecta con la idea de bienestar en la más amplia acepción del vocablo”. Aunque destaca el derecho del niño a ser oído, que la Convención reconoce y tiene rango fundamental, estima que –como los demás derechos- no puede atenderse de manera absoluta, ya que haya que tomar en cuenta sus opiniones conforme a su edad y madurez “no significa que haya que aceptar incondicionalmente el deseo del niño si ello puede resultar perjudicial para su formación.

Contemporáneo al anterior es un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Corrientes⁵¹, que avanza sobre el tema, y fija un límite fundamental, al precisar que el interés superior no aparece en pugna con el de los padres cuando éstos quieren y pueden hacerse cargo de sus hijos, “no con sus magros recursos económicos, pero sí si el Estado les brinda asistencia”. Citando a Luis Moreno⁵², dice que “cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección a aplicar son los progresos sociales establecidos por las políticas públicas, que deben brindar orientación, ayuda y apoyo incluso económico, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del cuidado de niñas, niños y adolescentes”.

Un Tribunal de la Provincia de Córdoba en La Carlota⁵³, había dicho que el interés superior del niño debe entenderse como “parámetro objetivo que permite

⁵⁰ C.S.J, BUENOS AIRES, D.M.M. sobre adopción, LL C. 93525.

⁵¹ TRIBUNAL SUPERIOR DE CORRIENTES, A.A.S. s/ prevención.LP2-5488/1

⁵² MORENO Luis, 2000, “Ciudadanos precarios”, Edit. Ariel s.a., Barcelona, España, pág. 44.

⁵³ TRIBUNAL DE FAMILIA LA CARLOTA: S., M.C. y otro – Adopción Plena LS523/03/2011.

resolver los problemas de los niños por lo que resulta de mayor beneficio”, y enseguida como “una noción marco en tanto configura una fórmula flexible que permite y exige al juzgador definirlo a partir de la información que surge de cada caso y atendiendo a particularidades del mismo”. Acierta al reconocer el interés superior como parámetro objetivo, esto es como criterio de decisión, haciéndose eco de precedentes de la Corte nacional. Pero desacierta, no tanto cuando le asigna al principio que lo sustenta una indefinición inicial, considerándolo noción marco, es decir fórmula flexible que el juzgador define en cada caso de acuerdo a sus particularidades. Felizmente los fallos mentados antes, en niveles máximos de decisión judicial, reconocen lo que la lógica exige: que el principio se conozca ab initio con claridad como proposición axiomática, y que se le dé contenido preciso como criterio de decisión antes de su aplicación en concreto. La elasticidad luce recién en la proyección del principio, y del criterio que deriva, a las particularidades que presenta cada caso.

6. Leyes que protegen la niñez en Argentina.

La protección integral de los derechos que establece la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) fue integrado a nuestra legislación con la sanción de la ley 26.061 que establece el sistema de la protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. El artículo 4º de la Convención invita a los estados partes a adoptar las medidas necesarias y de toda índole, para efectivizar dichos derechos. El Congreso Nacional ha logrado avanzar en un conjunto de leyes conexas a la ley 26.061, aunque todavía se encuentra pendiente la reforma de la ley de adopción en los términos que conforma un objetivo fundamental: garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a vivir con su familia, preservando la integralidad de sus derechos.

6. a. Los principales puntos de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Las principales cuestiones de una ley fundamental: la misma crea un Sistema de Protección de Derechos para niños, niñas y adolescentes.

El sistema de protección integrales el conjunto de políticas que consideran la niña, niño y el adolescente como un sujeto activo de derechos, en un sentido abarcativo de los mismos y a lo largo de todo su crecimiento. Define las responsabilidades de la familia, la sociedad y el Estado en relación a los derechos universales y especiales por su condición de personas en desarrollo.

En la base de este Sistema se encuentran el conjunto de Políticas Públicas Básicas y Universales, que definen la concepción del niño /a o adolescente como sujeto de derechos; las políticas necesarias para su pleno desarrollo: educación, salud,

desarrollo social, cultura, recreación, juego, participación ciudadana; y la garantía estatal para el pleno acceso a las mismas, la prioridad en la atención y la permanencia en ellas a lo largo de todo su crecimiento.

En el Sistema de Protección Integral los Derechos constituyen las Políticas Públicas Universales, el Estado garantiza a todos los niños, las niñas y adolescentes el pleno acceso, la gratuidad y prioridad en la atención. Además reconoce la calidad de sujetos activos de derecho habilitando el ejercicio de la ciudadanía.

Política estatal: Es obligación del Estado adoptar las medidas administrativas, judiciales, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, destinadas a garantizar la plena efectividad de los derechos y garantías fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Objetivo de las Políticas Públicas:

- a. Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;
- b. Descentralización de los organismos de aplicación y de los planes y programas específicos de las distintas políticas de protección de derechos, a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia;
- c. Gestión asociada de los organismos de gobierno en sus distintos niveles en coordinación con la sociedad civil, con capacitación y fiscalización permanente;
- d. Promoción de redes intersectoriales locales;
- e. Propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Medidas de Protección Integral de Derechos: Como segunda instancia se define las políticas públicas específicas o Medidas de Protección Integral: aquellas emanadas del órgano administrativo de infancia a nivel local y deben estar dirigidas a restituir los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Los artículos 33 y 34 las definen, indican cuándo y cómo deben ser utilizadas, a la vez que limitan la intervención discrecional del Estado.

El artículo 33 de la ley 26.061 claramente lo establece: "La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización". Las medidas de protección integral de derechos que deben efectivizar las correspondientes áreas de gobierno precisamente apuntan al

fortalecimiento del niño en su grupo familiar, concibiendo a éste en un sentido amplio, haciendo hincapié en los vínculos personales, afectivos, sociales y culturales que establece a lo largo de su desarrollo.

La ley como vemos define además la forma de aplicación de estas medidas de Protección Integral. Se genera así una nueva modalidad de gestión de las políticas públicas de infancia y adolescencia. Detalla también los mecanismos que las hacen exigibles. A modo de ejemplo, cuando a un niño/ a se lo expulsa de la escuela de su barrio el Estado local debe trabajar en diferentes instancias: el área educativa correspondiente deberá restituir ese derecho, pero si esa instancia primaria fallare, el Sistema de Protección Integral prevé otra superior a nivel administrativo con características específicas: un Consejo Provincial y municipal de derechos de niños, niñas y adolescentes, quien a través de un mecanismo de exigibilidad podrá hacer efectiva la política pública correspondiente.

Esta concepción de Políticas Públicas resuelve además un serio problema institucional e intersectorial: la superposición de funciones entre el Poder Ejecutivo y Judicial, la cual ha generado históricamente una fuerte tensión entre poderes a la hora de definir la situación de niños y adolescentes, que se pone en juego al momento de establecer las intervenciones del Estado.

De acuerdo entonces al paradigma vigente en Argentina, sobre protección integral de derechos de niños y niñas hay que tener en cuenta que la falta de recursos no debe entenderse como motivo para la separación de la familia biológica. Se define, acorde con lo dispuesto tanto en el Preámbulo como en los artículos 18 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el artículo 35 de la ley 26.061, la responsabilidad del Estado de prestar asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales del niño para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza de sus hijos o hijas. El artículo 35 de la ley 26.061, de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, establece: "Cuando la amenaza o violación de derechos sea la consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo, incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares".

6. b. Medidas de Protección.

Comprobada la amenaza o violación de derechos deben adoptarse, las siguientes medidas: (artículo 37°). Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;

- a. Solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- b. Asistencia integral a la embarazada;
- c. Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- d. Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;
- e. Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
- f. Asistencia económica.

6. c. Medidas Excepcionales.

Se encuentran ubicadas en la cúspide del Sistema. Son aquellas que deben adoptarse en situaciones excepcionales cuando las niñas, niños o adolescentes deban ser temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo interés superior así lo exija.

Son limitadas en el tiempo y excepcionales y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que le dieron origen. Serán procedentes una vez que se hayan agotado todas las posibilidades de implementar las medidas de protección integral, debiendo observarse detenidamente lo detallado a tal fin en el Art. 40:

a. Momentos en que se aplican las Medidas Excepcionales.

El organismo administrativo local de infancia será quien decida y establezca la medida excepcional, quedando la autoridad judicial competente de cada jurisdicción como instancia de garantía del procedimiento, por ser una medida que, aunque necesaria, limita temporalmente derechos.

b. Las Garantías Mínimas de Procedimiento del Estado.

En este esquema es importante establecer las garantías mínimas de procedimiento del Estado el cual debe atender a la necesidad del niño a ser oído, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta, a ser asistido por un letrado especializado, a participar activamente de cualquier proceso que lo involucre hasta llegar a la instancia superior (Art.27) tomando en cuenta el principio de igualdad y no discriminación (Art.28) y el principio de efectividad del Estado (Art.29).

Como primera instancia se encuentra el organismo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, técnico especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia. Este se integrará por representantes interministeriales y por las organizaciones de la sociedad civil.

En segundo lugar se crea el Consejo Federal. Organismo de concertación en la formulación de propuestas, integrado por el representante del organismo Nacional de Niñez y Adolescencia, por cada una de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La ley define las atribuciones específicas de cada uno y le asigna a ambos organismos atribuciones conjuntas para la elaboración del Plan Nacional de Infancia.

Las provincias constituyen una tercera instancia que tendrá un órgano administrativo de planificación y a partir de este nivel se prevé la ejecución de la política pública conjuntamente con la última instancia que es la municipal para la que se prevé la creación de un organismo de seguimiento de programas y la articulación con las organizaciones no gubernamentales.

c. El defensor de los Derechos del Niño.

La ley prevé como última instancia la creación de la figura del Defensor de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, quien tendrá a su cargo velar por la protección y promoción de los Derechos de Niños y Jóvenes. Lo interesante de esta figura, es su especificidad técnica y su calidad de institución externa al Poder Ejecutivo.

Esta última cualidad permite instancias de supervisión, control y establecimiento de garantías no contaminadas por intereses políticos o de gestión, dando más independencia al sistema.

De esta manera se establecen diferentes instancias en el sistema, que permiten establecer articulaciones y controles cruzados en todo el sistema. De la misma forma, la institucionalidad de este sistema permite implementar un amplio marco de garantías y de mecanismos de exigibilidad de los derechos reconocidos por la presente ley, que las legislaciones locales y los organismos específicos del poder ejecutivo deberán profundizar a partir de esta ley marco.

d. Los fondos para la aplicación de la ley.

La Ley establece que el Presupuesto General de la Nación preverá las partidas necesarias para los organismos que crea. Establece que la previsión presupuestaria en ningún caso podrá ser inferior a la mayor previsión o ejecución de ejercicios anteriores, disponiendo asimismo la intangibilidad de los fondos para la infancia establecidos en el Presupuesto Nacional. Esta aseveración no sólo dispone del presupuesto actualmente

ejecutado por el Consejo de la Niñez, Adolescencia y Familia, sino también de aquellas otras partidas de las otras áreas vinculadas a políticas públicas de infancia.

Con anterioridad en la Argentina el patronato ha sido el modelo de intervención principal del Siglo XX Ley Agote⁵⁴. Entendido como el conjunto de políticas estatales enmarcadas en el paradigma de la situación irregular que considera al niño o adolescente como un “objeto” de tutela por parte del Estado. Utiliza como parámetro las condiciones morales y materiales de la vida privada del niño.

Se sustenta en un andamiaje institucional basado en el control social estatal. Entonces, la intervención del Estado:

- a. Parte del concepto de “riesgo moral y material” de niños y jóvenes. Actúa cuando considera a niños / as y jóvenes como un peligro para sí o para los demás.
- b. Se lleva a cabo a través de la institucionalización y judicialización de la pobreza. Se sustenta básicamente en el poder de coerción del Estado.

Este modelo ha generado a lo largo del siglo una poderosa maquinaria de instituciones tutelares sustitutivas de lo familiar y lo comunitario, como institutos asistenciales y penales, instituciones psiquiátricas, comunidades terapéuticas conforme al problema social y al abordaje propuesto por los profesionales del sistema.

El patronato se sustentaba en esquemas clientelares y asistencialistas, desconociendo los principios universales de políticas públicas para niños, niñas y adolescentes. Los beneficiarios de las políticas fueron por momento los inmigrantes, más tarde los desposeídos, los pobres, los nuevos pobres, los indigentes, redefiniendo una y otra vez la condición de pobreza, pero homologándola siempre al peligro.

Este paradigma debió ser abandonado como sostén ideológico de las políticas para la niñez desde el momento en que Argentina suscribió la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el año 1990. Posteriormente, se incorporó este Tratado a la Constitución Nacional convirtiéndolo en una concepción de Estado. Pero este paso importante tampoco pudo con el Patronato y su sistema de control y tutelaje.

Desde 1983, tres intentos de modificación del patronato con numerosos proyectos de Protección Integral de Derechos de Niños/ as y Adolescentes, recién con esta ley se logro implementar fehacientemente lo de la Convención.

7. Consecuencias de un debate social.

Para poder entender las políticas públicas de infancia de esa época es prioritario indicar algunas transformaciones que se han suscitado en el último tiempo en la

⁵⁴ La Ley de Patronato de Menores N° 10.903 (publicada en B.O. el 27/09/1919) o Ley Agote.

Argentina. Desde el 2001, el país no es el mismo, el estallido social producto del indefectible proceso de desestructuración social provocado por las políticas neoliberales, colocó a la sociedad argentina en un estado de anomia generalizada.

Se puede sintetizar que hubo crisis económica, financiera, social y política. La primera se profundizó a través del agravamiento de la recesión; la segunda implicó huida de capitales, explosión del riesgo-país, corrida bancaria, default y maxidevaluación; la tercera involucró un brutal aumento del desempleo y la pobreza y la última a partir de la renuncia de varios ministros frente al ajuste fiscal realizado por el gobierno en turno.⁵⁵

La protesta social se tradujo, al compás de las cacerolas, en el slogan “que se vayan todos”, aludiendo a la necesidad de que renuncien todos los políticos. La misma desconfianza se trasladó a los bancos que retuvieron el dinero de los ahorristas. De esta manera el sistema político económico quedó en jaque frente a la insurrección social.

8. Legislación en la provincia de Santa Fe.

Las Políticas Públicas de Infancia conforme a la Promoción y Protección Integral de Derechos en la Provincia de Santa Fe, tienen como principal objetivo analizar las transformaciones de las políticas públicas de infancia en el marco de la Promoción y Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes en la Provincia de Santa Fe (Argentina) entre los años 2005 hasta la actualidad. El corte temporal se debe como lo mencione anteriormente a la sanción de la Ley Nacional de Infancia N° 26.061 sancionada en el año 2005 y la adhesión provincial a la misma, Ley N° 12.967 del año 2009. Una a nivel nacional y otra a nivel provincial ambas se ajustan a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establecida en 1989 por Naciones Unidas. Así, se intenta responder a la pregunta de qué modo el corpus normativo vigente contribuye a la transformación de la ciudadanía de los niños y niñas de la Provincia, es de especial interés explorar las disposiciones que organizan e instrumentan las políticas públicas de protección integral a los derechos de la infancia.

Se considera que las creaciones legislativas dejan ver algo más que una enumeración de procedimientos técnicos-jurídicos ya que muestran, en un contexto histórico político, los conflictos presentes en la sociedad en la cual emergen.

En este contexto, las propuestas que advinieron luego, intentaron intermitentemente dejar atrás la orientación neoliberal de las políticas públicas, sin embargo este proceso hoy se encuentra en pleno desarrollo. Las discusiones sobre un

⁵⁵ GERVASONI, Carlos. (1999-2001) “Crisis política y crisis financiera en el Gobierno de la Alianza en la Argentina” Universidad Católica Argentina. Pág. 24.

nuevo rol del Estado, las políticas de distribución de la riqueza se han reeditado con nuevos matices. Sancionada la ley de protección integral de los derechos de niños y adolescentes quedó sin efecto la Ley de Patronato de Menores. Hasta ese momento la ley de menores convivía contradictoriamente con la Constitución Nacional, ya que el país incorporó el tratado en la reforma Constitucional del año 1994. Fueron organizaciones sociales, especialmente de defensa de Derechos Humanos quienes pudieron articularse y ejercer la presión suficiente para finalmente sancionar la normativa vigente.

A nivel de la provincia de Santa Fe a comienzos del año 2009 se sanciona la Ley Provincial de Promoción y Protección Integral de Derechos de la niñez y adolescencia⁵⁶ adhiriendo a la Ley Nacional y conformando así un sistema de protección integral con sus propios matices.

A los efectos de cumplimentar con la reglamentación de la ley el gobierno de Santa Fe realizó cinco reuniones de consulta en los nodos regionales, distribución territorial de la provincia, los encuentros fueron desplegados en las ciudades de Rafaela, Reconquista, Santa Fe, Venado Tuerto y Rosario, estuvieron organizados en dos etapas: una convocatoria a los jueces con competencia en materia de familia y de menores, los colegios de abogados, defensores y fiscales. En otra sección participaron los equipos profesionales de las diferentes delegaciones y efectores públicos tanto municipales como provinciales, organizaciones de la sociedad civil, colegios profesionales, legisladores y docentes universitarios.

Las miradas y preocupaciones de los diferentes actores involucrados reconstruyen las tensiones propias de la ciudadanía, esto es, la relación entre la dimensión del derecho y su ejercicio efectivo. Puesto los alcances acotados de este trabajo a continuación propongo sistematizar la discusión de los actores en dos ejes:

a. La visión sobre las problemáticas de infancia actuales y los dispositivos propuestos para superarlas (fortalecimiento de la familia y alternativas de tutela estatal).

b. La relevancia que se expone en la existencia de mecanismos de exigibilidad de derechos vulnerados. Las problemáticas de la infancia, propuestas para su superación.

La polémica sobre la situación actual de la infancia se traduce en el planteo sobre ¿Quiénes son los sujetos de la ley? ¿Existen los niños y niñas como sujetos universales? La discusión puso de manifiesto la necesidad de hacer pública en la reglamentación las diferencias que hacen a la identidad de niños y niñas. De esta

⁵⁶ Ley 12697 sancionada en el año 2009.

manera dejar sentada la heterogeneidad en el origen étnico, cultural y la desigualdad material. Plasmar las diferencias puede pensarse como una acción que incide políticamente ya que corre el velo de la universalidad abstracta propia del derecho.

Otra de las tensiones centrales se suscitó en la superposición entre las obligaciones del Estado en garantizar los derechos reconocidos y la responsabilidad de las familias. En este sentido la propuesta de reglamentación establece que el abordaje de problemáticas de la infancia en el ámbito de los municipios y comunas serán responsabilidad de los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos quienes deben: “garantizar políticas básicas universales para la niñez, promover acciones tendientes al fortalecimiento familiar, favorecer la permanencia y promoción de las niñas, niños y adolescentes en su centro de Vida (proyecto de reglamentación)”.

Sin embargo, según el texto de la ley provincial (ley 12.967) los mismos deben intervenir para “facilitar que los niños, niñas y adolescentes que tengan amenazados o violados sus derechos puedan acceder a los programas y planes disponibles en su comunidad” así como también “recibir denuncias e intervenir de oficio ante el conocimiento de la posible amenaza o vulneración en el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes que se configure en su ámbito de actuación territorial”.

En relación a este tema es importante precisar que las políticas básicas universales no pueden elaborarse en ámbitos municipales o locales sino que implican decisiones provinciales y nacionales que trascienden tanto las localidades como las posibilidades de los servicios específicos. Las acciones tendientes a evitar la separación de los niños y niñas de su centro de vida implicó la discusión sobre ¿Qué se entiende por fortalecimiento familiar? Hay que resaltar la necesidad de complementar o suplir las acciones de cuidado como soporte de las familias a través de instituciones específicas como guarderías, centros de cuidado. También hay que priorizar la necesidad de la educación de las madres, la apelación al involucramiento en las acciones de crianza y la responsabilidad del Estado en el seguimiento y acompañamiento de las familias problemáticas.

En el marco de estos puntos de vista se concentra la discusión sobre la inclusión, objetivo que se plasma en las políticas públicas asistenciales actuales. Facilitar el acceso de niños y niñas que tienen amenazados o vulnerados sus derechos a determinados programas y planes en su comunidad refuerza la idea de una desconexión voluntaria de los infantes o sus familias. Al mismo tiempo acrecienta la visualización de la amenaza y vulneración de derechos por parte de las familias en detrimento de las acciones u omisiones del propio Estado que tienen el mismo o peor resultado.

9. Problemática que apunta como uno de los objetivos la Adopción.

Lo que surge como regularidad es la familiarización de los problemas sociales. Hay que debatir sobre la formulación de las políticas que estructuran e influyen las posibilidades de las familias, no enfatizar solamente la responsabilidad de los padres, que sin importar las diferencias, se espera de ellos las funciones socializadoras y la generación de espacios de contención o resguardo para sus hijos e hijas.

El derecho de los niños y niñas a que se respete su centro de vida se deslizó hacia la pronunciación del derecho de los mismos a vivir en un ambiente familiar.⁵⁷ Este sutil deslizamiento implicó abrir la discusión sobre las condiciones de adoptabilidad de los infantes. La adopción así se presenta como posibilidad de hacer efectivos los derechos.

10. Exigibilidad de derechos en la figura del defensor.

Los mecanismos de exigibilidad de derechos están previstos tanto en la ley nacional como provincial en la figura del Defensor de Niños y Niñas que depende de la Defensoría General de la Nación y sus respectivas dependencias provinciales. En este ámbito pueden los niños y niñas o cualquier persona denunciar la vulneración de derechos por parte de cualquier persona y fundamentalmente por parte de los organismos del Estado.

Es interesante la poca relevancia que se da a la figura del Defensor por parte de los actores involucrados en la reglamentación. En este tema los puntos polémicos durante las reuniones se concentraron en las medidas de protección de derechos y en las medidas de protección excepcional de derechos. En el ámbito de la provincia de Santa Fe las medidas de protección de derechos la aplican los Servicios Locales ámbitos de los municipios y comunas.

Es importante remarcar cómo estas medidas aparecen enunciadas en el proyecto de reglamentación asimilándolas a cualquier acción que toman los profesionales de los organismos públicos para hacer efectivo un derecho. Se remarca así como ejemplos el acto de enseñar, dar un turno para la atención médica, inscribir a un niño o niña en un taller de expresión o favorecer la documentación de los nacimientos.

En cambio, las medidas excepcionales que implican la institucionalización o separación de los niños y niñas de sus grupos familiares de origen sólo pueden tomarlas las Delegaciones Regionales con la debida fundamentación legal y posterior control de

⁵⁷ Moreno, José Luis 2004 "Historia de la familia en el Río de la Plata", Buenos Aires: Edit. Sudamericana, pág. 62.

legalidad de la autoridad judicial competente en materia de familia. Se contempla la creación de cinco delegaciones en todo el territorio de la provincia. Así la distribución geopolítica se elabora en función de niveles de intervención.

El ámbito local implica un primer nivel de intervención al que se supone una complejidad menor, en cambio el ámbito regional implica un segundo nivel de intervención el que se prevé cuando el primer nivel ha excedido, agotado o reducido todas las posibilidades de intervención en razón de la complejidad de la problemática a abordar.

11. Exigibilidad de derechos desde el Estado.

Sin lugar a duda cada niño, niña o adolescente tiene el derecho a vivir con su familia de origen y en la comunidad en la que ésta habita. Las instituciones deben asumir éste como un objetivo prioritario, respetando la identidad de cada persona menor de edad y su identidad familiar, cultural y social a lo largo de su desarrollo.

En ese sentido, el Estado debe ser garante de los derechos, para lo cual deberá promover el acceso universal y transparente al conjunto de políticas públicas que promuevan y protejan integralmente a cada uno de los derechos que a cada niño, niña o adolescente le asiste: no existe ninguna razón que justifique la separación de un niño, niña o adolescente de su madre o su padre por razones de pobreza, y la superación de estas cuestiones, como la indigencia o la pobreza extrema, deben ser efectivizadas por el Estado a través de las políticas públicas.

Al respecto dice Ricardo Gil Lavedra⁵⁸: "El Estado tiene la obligación, a través de acciones positivas, de neutralizar las diferencias iniciales de origen para que las personas puedan desarrollar con autonomía su propio plan de vida" y agrega que "todos los derechos sociales incluidos en la Constitución, hay que mirarlos en clave de derechos, en clave de derechos exigibles, reconocibles y exigibles frente al Estado.

Una sociedad democrática debe establecer un mínimo de igualdad que debe garantizarse. Es inaceptable que este mínimo perfore el derecho a la vida, la salud a la educación, que permita el normal desarrollo de las personas." ⁵⁹

12. Los derechos de los niños en la adopción.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 31º, establece: "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el

⁵⁸GIL LAVEDRA, Ricardo, 2002, "Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política"

⁵⁹Seminario Pobreza y Desigualdad. 3 de junio del 2010, Honorable Senado de la Nación

interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño solo 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.

El instituto de la adopción, tal como lo concebimos, debe otorgar primacía a los derechos que la persona menor de edad tiene a preservar su identidad, a ser criado por su familia biológica, así como al discernimiento de estas cuestiones en un procedimiento respetuoso de las garantías y prerrogativas que implican un debido proceso legal.

En este sentido, consideramos inadecuadas las prácticas actuales sobre adopción, dado que su objetivo prioritario pareciera ser un programa destinado a proveer de niños y niñas a las familias que los desean y no los tienen, deseo que aunque legítimo no puede superar a la obligación del Estado de priorizar la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, privilegiando su derecho a crecer y desarrollarse en el seno de la familia biológica.

"Tradicional y erróneamente, el imaginario social argentino incorporaba la idea de que una de las funciones del instituto de adopción era la de paliar situaciones de pobreza, postergando a un plano secundario el derecho de las personas menores de edad a permanecer con su familia biológica. Con la redefinición de las leyes de protección de los derechos de la infancia, y las políticas públicas respetuosas de sus derechos, vuelven éstos a tener primacía en el ordenamiento jurídico específico para la niñez, y es en ese entendimiento que hay que proponer la reformulación del instituto de adopción de acuerdo con lo que los instrumentos de derechos humanos promueven".

En el sistema vigente la participación del adoptado, si bien protagonista del instituto, es limitada o nula, toda vez que el juez no está obligado a escucharlo ni a pedir su opinión. Además debe tenerse en cuenta que la representación que el Ministerio Público de Menores ejerce no puede, ni debe, suplir el derecho de la persona menor de

edad a expresar libremente su opinión en todo procedimiento que lo afecte, lo que implica el reconocimiento de su condición de parte necesariamente interesada⁶⁰.

Otro de los aspectos a destacar es la participación del adoptado en este proceso que lo involucra. En tal sentido, si el legislador establece una norma por la que una persona quedara en la situación análoga a la de hijo o hija biológicos, en relación con otro u otros dos seres humanos que no son sus padres por naturaleza, resulta obvio que para respetar su libertad individual y su dignidad humana esa persona debe expresar directa y personalmente su opinión, ya que se trata de un acto inminentemente personalísimo.

De esta forma se cumplimenta lo normado principalmente por el artículo 12° de la CDN y los artículos 24° y 27° de la ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que establecen para el juez la obligación de escuchar al niño, tanto en lo que respecta al periodo anterior a la decisión de su entrega en guarda, como el que corresponde al procedimiento de la adopción, garantizándose la designación de un abogado que lo asista en su carácter de parte. En este sentido, el artículo 27° de la ley 26.061, de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, dispone: "Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los incluya, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte.

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos, el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en el procedimiento;

e) A recurrir ante el tribunal frente a cualquier decisión que lo afecte.

⁶⁰ KIELLMANOVICH, Jorge, 2005 "Garantías Procesales en la adopción", documento elaborado para el encuentro "Reformulación legal de la adopción a la luz del derecho a la identidad y de la sanción de la ley 26.061" Pág. 4.

13. Conclusiones.

El interés superior del niño es uno de los principios jurídicos más citados en las decisiones judiciales, quizás tanto como otros que tocan también aspectos muy sensibles a los derechos fundamentales de la ciudadanía en general, como son las garantías de tutela judicial efectiva. No puede ser de otra manera si tenemos en cuenta que el principio que nos ocupa preside la tutela judicial efectiva del menor de edad.

Sin embargo, que mucho se lo cite no garantiza de suyo esa protección jurídica, o puede brindarla a alto costo en la afectación de otros intereses en juego, a menos que el interés superior tenga consistencia como principio que alumbró el quehacer judicial. Consistencia que los fallos deben ir encontrando y poniendo de manifiesto, de manera progresiva a medida que la complejidad de situaciones que ofrece la casuística lo vaya exigiendo, de modo tal que luzca en cada una de las decisiones como la máxima satisfacción jurídica que las circunstancias hacen posible.

Se torna entonces necesario apuntalar dos temas, uno inherente a la resignificación del instituto de la adopción y otro no menos importante, a los procedimientos y garantías en el ámbito administrativo y judicial que permitan preservar los derechos que tienen las niñas, niños y adolescentes. Las instituciones responsables de la adopción deben garantizar los derechos y los procedimientos, de modo que la adopción sea un instituto transparente, no arbitrario y confiable para toda la sociedad.

Entiendo como oportuna y necesaria la adecuación de la institución de la adopción a los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la ley 26.061, de "Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", a los fines de resguardar cabalmente el pleno respeto de sus derechos humanos, y un debido proceso constitucional.

CAPITULO III

EL NUEVO RÉGIMEN PROYECTADO DE LA LEY DE ADOPCIÓN

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Enumeración de los cambios más importantes que se plasman en la ley de Adopción del régimen proyectado. 3. Principios que rigen la adopción en el régimen proyectado. 3. a. Respeto por el derecho a la identidad y derecho a conocer los orígenes. 3. b. Agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada. 3. c. Derecho del niño, niña o adolescente a ser oído. 4. Procesos para llegar a la adopción de menores. Uno administrativo y tres judiciales. 5. Tipos de procesos requeridos para obtener la adopción de niño. 6. Proceso de declaración administrativa de preadoptabilidad. 6. a. Proceso de declaración administrativa de adoptabilidad de niños entregados en adopción por sus padres. 7. Declaración judicial de adoptabilidad. 7.1 Como procede la declaración judicial. 7.2. Partes en el juicio de declaración judicial de adoptabilidad. 7.3. Procedimiento. 8. Administrativización de los procesos. 9. El abandono y desamparo cambio de paradigma. 10. Pautas para la elección del guardador con fines de adopción. 11. Determinación de los intervinientes en el juicio de guarda con fines de adopción. 12. Guarda de hecho: en qué casos procede. 13. En que se sustenta la guarda de hecho: Vínculo de parentesco o afectivo. 14. Jurisprudencia que en la actualidad convalida la guarda de hecho. 15. El plazo de guarda. 16. Las reglas procedimentales del juicio de adopción. 17. Cambios en los requisitos objetivos de los adoptantes. 18. Consentimiento del mayor de diez años y derecho a ser oído. 19. Tipos de adopciones. 19.1 Adopción integrativa. 19.2. Las adopciones plena y simple. 20. Conclusiones.

1. Introducción.

Han pasado 15 años desde la última reforma a la figura de la adopción; podría parecer a simple vista, poco tiempo pero en las instituciones que integran el derecho de familia, un ámbito en constante desarrollo y dinamismo, el tiempo cobra otra dimensión y veremos, al final de este breve capítulo, todas las cuestiones que existen para revisar y cambiar.

La problemática existente en el sistema argentino de adopción motivó que uno de los fines tenidos en cuenta en el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación sea mejorarlo.

Considero necesario reiterar el carácter preliminar de muchos de los análisis que aquí formulo, dichos análisis están sujetos sobre todo al debate parlamentario y que ciertamente tendrán que ser confrontados en el debate doctrinario, a la experiencia jurídica cotidiana y judicial, en caso de que se avance con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

2. Enumeración de los cambios más importantes que se plasman en la ley de Adopción del régimen proyectado.

El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación propone múltiples cambios en materia de adopción:

- 1) Incorporación de una parte general en materia de adopción con principios generales.
- 2) Definición limitada de uno de los tres tipos de adopción que acepta el código.
- 3) Regulación de tres tipos diferentes de adopción: de menores, de mayores, de integración.
- 4) Fortalecimiento del derecho a conocer sus orígenes.
- 5) Establecimiento de cuatro procesos para llegar a la adopción. Uno administrativo y tres Judiciales.
- 6) Administrativización de los procesos judiciales para lograr la adopción. Intervención en calidad de parte del órgano administrativo.
- 7) Regulación de la declaración de adoptabilidad.
- 8) El abandono deja de ser una causal de entrega en guarda con fines de adopción.
- 9) Los convivientes pueden adoptar conjuntamente.
- 10) Se permite la adopción conjunta por divorciados.
- 11) Se disminuye la edad para adoptar de treinta, a veinticinco años.
- 12) Se suprime la condición de duración de tres años en el matrimonio.

13) Se suprime la esterilidad matrimonial para legitimar la adopción, sin la edad legal.

14) Se disminuye la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 18 a 16 años.

15) El mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado.

16) Se regula la adopción de integración.

17) Regulación de las relaciones con la familia biológica.

18) Disminución del plazo de guarda con fines de adopción de un año a seis meses.

19) Aceptación relativa de las guarda de hecho.

20) Intervención judicial de oficio en juicio de adopción.

21) La adopción plena se relativiza y se mantienen los lazos con la familia de origen.

22) En la adopción plena se permite la investigación de la filiación biológica a los fines de los impedimentos matrimoniales y de los derechos sucesorios.⁶¹

3. Principios que rigen la adopción en el régimen proyectado.

a) el interés superior del niño;

b) el respeto por el derecho a la identidad;

c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;

d) 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, excepto razones debidamente fundadas;

e) el derecho a conocer los orígenes;

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años.

Todos estos principios se integran con todo el ordenamiento jurídico, no pueden interpretarse aisladamente, sino que se interrelacionan, así por ejemplo la prioridad a la adopción de grupos de hermanos debe ser realizada en tanto ello beneficie el interés superior del menor.

Con respecto al interés superior del niño, es un tema ya analizado en el capítulo II de este trabajo, en donde se desarrolla la legislación que protege a la niñez.

⁶¹ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.2012, Proyecto del poder Ejecutivo Nacional redactado por la comisión de Reforma Designada por decreto 191/2011 Edit. Rubinzal-Culzoni,-Buenos Aires pág. 123.

3. a. Respeto por el derecho a la identidad y derecho a conocer los orígenes.

Ambos principios los trataré en conjunto, dado que existe entre ellos una evidente conexión conceptual. Si bien el derecho a la identidad es mucho más que el derecho a conocer los orígenes; este último está comprendido en el primero.

a) La identidad se conceptualiza como aquella parte del propio concepto desde el cual el individuo opera como tal; esto significa que aporta al desarrollo de la propia consistencia y coherencia. Desde aquí está emparentada con la autoestima, ya que una presupone la otra.

b) El sentido de la identidad permite al hombre dos tipos de descubrimientos. Uno, interior, que surge a partir de estos interrogantes: ¿quién soy?, ¿soy igual a mí mismo?, ¿soy coherente conmigo mismo?

c) El otro, exterior, que lo vincula con el otro y con la percepción de sí a través del otro, gracias a estas preguntas: ¿quiénes son mis ancestros?, ¿quién soy para los otros?, ¿qué son los otros para mí?, ¿quién soy yo en mi entorno?

Descubrirse a sí mismo es un escalón ineludible para encaminarse a la realización personal. La falta de certeza sobre la propia identidad no solo nos priva de hombres eficaces y seguros de sí, capaces de realizarse plenamente; sino que contribuye a la exclusión, la insatisfacción y la inseguridad, multiplicando las difíciles situaciones humanas que promueven la disgregación social y la violencia estructural.

La identidad es un derecho natural, que no se resume en el derecho al nombre y a la inscripción del nacimiento, sino que se vincula con todos aquellos datos y rasgos que permiten a cada ser humano conocerse y diferenciarse de los demás, para ser sí mismo y ello implica, necesariamente, vincularse con el propio origen, conocer las raíces y a los portadores de su impronta genética.

Por ello es que considero que el derecho a la identidad, que el proyecto marca como principio que debe regir la adopción, debe ir invariablemente unido al derecho a conocer sus orígenes, pues sin ellos, la formación del propio yo queda inconclusa.

3. b. Agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.

Este es sin lugar a dudas uno de los principios más importantes, ya que la permanencia del niño en su grupo familiar, está contemplado en la Convención del Derechos del niño en su art 9.⁶²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica se ha ocupado extensamente sobre los derechos del niño y la protección a la familia en su Opinión Consultiva N °17. En ella ha establecido que el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

Pero el Máximo Tribunal Interamericano de Derechos Humanos de América se ha preocupado por señalar que el derecho de permanencia con la familia de origen no es un principio absoluto. Y por ende, si existen motivos fundados, el niño debe ser separado de su familia, ya que el Estado debe preservar su interés superior.

En el caso “Forneron”, la Argentina ha sido condenada a reparar a un padre biológico porque el Estado entregó a su hija en adopción sin su consentimiento y con su oposición, privando a la niña de vivir en su familia de origen.

También hay que tener en cuenta los casos en que el Estado es responsable por excederse en la búsqueda de la familia biológica y pasar años antes de dictar el estado de adoptabilidad, lo que contraría el interés superior del menor al prácticamente impedirle la adopción.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha aclarado con respecto al derecho de permanencia en la familia de origen que: el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia.

La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño.

⁶²http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_242_esp.pdf. Corte interamericana de Derechos Humanos Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de la sentencia de 27 de abril de 2012. TRUCCO Marcelo, “Derecho a la protección de la familia, identidad e interés superior del niño en una nueva sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos.

El Estado es responsable ante los menores tanto si los priva indebidamente de vivir en su familia de origen, como si priva a los niños de su derecho a vivir en una familia adoptiva por exagerar la búsqueda de la familia de origen y dejar pasar el tiempo de la niñez sin otorgarlos en adopción.

También hay que tener en cuenta los casos en que el Estado es responsable por excederse en la búsqueda de la familia biológica y pasar años antes de dictar el estado de adaptabilidad, lo que contraría el interés superior del menor al prácticamente impedirle la adopción.

Es por eso que el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen ampliada debe hacerse en los plazos establecidos por la ley y teniendo en cuenta el interés del niño.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.

3. c. Derecho del niño, niña o adolescente a ser oído.

Que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los 10 años.

No cabe duda que el reconocimiento de estos derechos parten del convencimiento de que los niños son merecedores del mayor de los respetos, por el hecho de ser personas.

Ser oído y lograr que la propia opinión sea escuchada es un paso muy importante para sentirse protagonista de su historia y para reforzar la autoestima.

Los niños han dejado de ser objetos de preocupación jurídica para convertirse en sujetos de derechos. El sujeto de derechos que es el niño se ve protegido jurídicamente por el reconocimiento expreso de determinados atributos que tanto los ciudadanos como el Estado deben no solo respetar, en el sentido de no violentar o lesionar, sino fundamentalmente, deben promover y hacer efectivos, convirtiéndose en sujeto pasivo

de determinado débito. A este tema lo analizare nuevamente en el punto 18 de este capítulo.

4. Procesos para llegar a la adopción de menores. Uno administrativo y tres judiciales.

La Ley 24.779, establece dos procesos para llegar a la adopción:

- 1) La guarda de hecho, que dura de seis meses a un año.
- 2) El juicio de adopción, que otorga la filiación adoptiva.

El proyecto agrega dos nuevos procesos a los existentes, previo a todo, hay:

- 1) Procedimiento administrativo de adoptabilidad (art. 607).
- 2) Un juicio de declaración de adoptabilidad (arts. 608 a 610).

La declaración judicial de situación de adoptabilidad se puede obtener siempre previo a una declaración administrativa de adoptabilidad que tiene diferentes requisitos según se trate de:

- _ Supuesto de niños huérfanos.
- _ Supuesto de niños entregados en adopción.
- _ Supuesto de niños en que las medidas excepcionales tendientes a que permanezcan en su familia de origen o ampliada no han dado resultado en un plazo de 180 días.

3) Hay un proceso de guarda judicial preadoptiva (“Guarda con fines de adopción”, arts. 611 a 614).

4) El juicio de adopción (“Juicio de adopción”, arts. 615 a 618).

Esta cuadruplicidad procedimental, busca dar certeza al procedimiento de adopción y cumplir con la obligación establecida en la convención de preservar el derecho del niño de permanecer en su familia biológica.

Por otra parte, en otros casos, previo a la guarda con fines de adopción, se requiere que tenga lugar el proceso de privación de la responsabilidad parental, el cual es un proceso ordinario y con plazos extendidos.

Lo que en definitiva queremos destacar es que siempre se requieren cuatro o tres procesos para lograr una sentencia de adopción.

5. Tipos de procesos requeridos para obtener la adopción de niño.

El Código Civil y Comercial distingue tres tipos de adopciones:

- a. Adopción de mayores.
- b. Adopción de menor.
- c. Adopción integrativa.

La adopción de menores se puede obtener de diferentes maneras, como ser:

- a. Por pérdida de la responsabilidad parental.
- b. Por declaración judicial de situación de adoptabilidad.
- c. Por entrega directa de los progenitores en casos limitados.

6. Proceso de declaración administrativa de preadoptabilidad.

En el caso de los niños huérfanos, sin filiación acreditada, la autoridad administrativa debe agotar la búsqueda de los familiares de origen por un plazo de 30 días prorrogables por otros 30 días (art. 607).

Si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y el pedido es considerado adecuado, no se puede dictar la declaración de adoptabilidad.

Si por el contrario, se agotó el plazo sin que se encontraran a los familiares de origen, o éstos no se hacen cargo del menor, se debe dictar la declaración administrativa de adoptabilidad.

La norma no señala el plazo que tiene el órgano administrativo para su dictado, solamente establece que debe emitirse el acto administrativo una vez vencidos los plazos de búsqueda de la familia de origen. Naturalmente debe existir un plazo prudencial para dictaminar, esperando siempre que la administración no sea morosa en su dictado, porque no veo quién podría plantear un “Pronto Despacho”.

La autoridad administrativa deberá ser muy cuidadosa en este sentido y explicar claramente cuál es el fundamento por el cual impide la adopción mediante una decisión en la que prioriza otorgar la guarda a “un referente afectivo” que no ofrece adoptarlo. Además la autoridad administrativa deberá fundar en qué contribuye ello al interés superior del niño.

6. a. Proceso de declaración administrativa de adoptabilidad de niños entregados en adopción por sus padres.

Si los padres tomaron la decisión libre e informada de que su hijo sea adoptado, hay que distinguir si los progenitores son mayores o menores.

1) Si los padres que entregan a los niño en adopción son mayores de edad: En el supuesto de que la madre decida entregar a su hijo en adopción, su decisión solo puede ser tomada después de los 45 días de nacido el niño; en este caso, el organismo administrativo competente debe agotar las medidas tendientes a que el niño o niña permanezca en su familia de origen o ampliada, durante un plazo de 180 días; vencido el término sin resultado positivo, se puede dictar la declaración administrativa de adoptabilidad, siempre que un referente afectivo no decida asumir la guarda.

2) Si los padres que entregan a los niños en adopción son menores de edad, en ese caso necesitara el asentimiento de uno de los titulares de la responsabilidad parental del adolescente.

En caso de que una madre adolescente decida entregar su hijo en adopción la autoridad administrativa deberá tratar de obtener el asentimiento de al menos uno de los progenitores del adolescente para completar su consentimiento, ya que no obstante el reconocimiento de su capacidad progresiva, la legislación proyectada no los ha considerado absolutamente capaces para entregar a sus hijos en adopción sin el asentimiento de quienes ejercen la autoridad parental.

El proyecto del Código Civil y Comercial no ha determinado un plazo para lograr este asentimiento, pero el término no debería superar los 180 días, dentro de los cuales se deberán tratar de agotar las medidas tendientes a que el niño o niña permanezca en su familia de origen o ampliada, o se deberá lograr el asentimiento de quien detenta la responsabilidad parental del progenitor adolescente que quiere dar a su hijo en adopción.

Vencido el plazo de 180 días sin que se haya encontrado al titular de la responsabilidad parental que pueda dar el asentimiento para que el adolescente entregue a su hijo en adopción, o cuando este asentimiento es negado, el juez debe decidir por el procedimiento más breve previsto por la ley local.

Debe señalar que el juez en este caso sólo decide sobre la posibilidad de que la autoridad administrativa dicte la declaración administrativa de adoptabilidad, pero no sobre la declaración judicial de adoptabilidad, que requiere una decisión administrativa previa. La triplicidad de procesos (judicial, administrativo y judicial) constituye una pérdida de tiempo, que debería evitarse, directamente con la declaración judicial de adoptabilidad.

7. Declaración judicial de adoptabilidad. Administrativización del procedimiento judicial.

Una vez que se logra que el órgano administrativo dictamine sobre si el niño, niña o adolescente se encuentra en estado de adoptabilidad, se deben elevar las actuaciones para que un órgano judicial lo vuelva a declarar en igual estado.

No se trata de una revisión del pronunciamiento administrativo sino de un nuevo proceso

7.1 Como procede la declaración judicial.

Se tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales.

Puede ocurrir que no hayan existido medidas excepcionales, en este caso la regla que fija la competencia es la establecida en el artículo 716, que especialmente dice que: “En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”.

7.2. Partes en el juicio de declaración judicial de adoptabilidad.

El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, según el artículo 608, requiere de la intervención de:

- a) con carácter de parte: el niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;
- b) con carácter de parte: los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescente;
- c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;
- d) del Ministerio Público.

El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.

7.3. Procedimiento.

Se aplican al procedimiento para obtener la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, las siguientes reglas:

- a) Es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita.
- b) 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.

8. Administrativización de los procesos

El proceso de adopción, el juicio de guarda con fines de adopción y el de declaración de adoptabilidad se administrativizan al dársele intervención en calidad de parte al órgano administrativo que participó en la etapa extrajudicial.

Hasta el presente, el trámite de adopción en la Argentina es judicial y el órgano administrativo no tiene intervención, ni en el proceso de guarda preadoptiva, ni en la declaración de adoptabilidad y es el Poder Judicial quien tiene que controlar los

requisitos de legalidad y oportunidad de la adopción, estando reservado a los jueces la búsqueda y selección del guardador según el mejor interés del menor.

Mientras que en la actualidad, tanto en la guarda preadoptiva, como en el juicio de adopción son parte sólo los padres biológicos, los pretensos adoptantes y el Ministerio Público, en el nuevo proyecto de ley, se le da calidad de parte al órgano administrativo.

En el sistema que se propone, en el juicio de declaración de adoptabilidad el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que dictó las medidas excepcionales, debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad y dicho dictamen se debe comunicar al juez.

9. El abandono y desamparo cambio de paradigma.

La actual ley de adopción 24.779 establece que el niño, niña o adolescente puede ser entregado en guarda preadoptiva cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial.

En el Código Civil, la comprobación del desamparo no necesita una declaración previa de pérdida de la patria potestad de los menores, pero tal comprobación debe ser realizada por el Poder Judicial, y al hablarse de desamparo, se comprende tanto el abandono material como espiritual, es decir, aquellas situaciones en que el menor no está protegido como necesita en esa etapa de su vida.

En el régimen proyectado desaparece toda alusión al desamparo y al abandono como situaciones autorizantes de la guarda preadoptiva y de la adopción.

El “abandono” sólo es mencionado en la privación de responsabilidad parental en el art. 700, que establece que cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo la custodia del otro progenitor o la guarda de un tercero.

Por otra parte, al mencionarse a las personas que pueden ser adoptadas se hace referencia a quienes se encuentran privados de la autoridad parental. De allí que, a diferencia del régimen vigente, en el sistema que se propone, cuando media abandono del hijo hace falta un juicio de privación de la patria potestad, o deberá acudirse a las leyes locales de protección al niño, niña o adolescente como lo es a nivel nacional la ley 26.061, pero no se puede obtener directamente la guarda preadoptiva.

10. Pautas para la elección del guardador con fines de adopción.

Cabe señalar que el proceso de guarda con fines de adopción tiene los siguientes objetos:

1) La elección de la persona del guardador con fines adoptivos cuando esta elección no haya sido realizada por los progenitores biológicos, por razones afectivas o de parentesco.

2) La toma de medidas para vincular al niño, niña o adolescente con el guardador con fines de adopción.

3) El control de la relación entre los pretensos adoptantes y el niño durante un tiempo determinado que permita presumir que esta vinculación va a contribuir de un modo permanente y satisfactorio al desarrollo pleno del niño, niña o adolescente.

La reforma contempla pautas claras para la selección de los futuros adoptantes en el art. 613, donde se dice que se deberá tener en cuenta:

a) Las condiciones personales del o de los pretensos adoptantes;

b) Edades del o de los pretensos adoptantes;

c) Aptitudes del o de los pretensos adoptantes;

d) Su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado;

e) Educación;

f) Sus motivaciones y expectativas frente a la adopción;

g) El respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

h) La opinión del niño, niña o adolescente según su edad y grado de madurez.

11. Determinación de los intervinientes en el juicio de guarda con fines de adopción.

En el juicio de guarda con fines de adopción intervienen:

1) Los guardadores con fines de adopción.

2) La autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración de situación de preadoptabilidad.

3) Los niños, niñas o adolescentes.

4) El ministerio público que en el caso de adopción tiene una participación principal.⁶³

⁶³ARTÍCULO 103.- **Actuación del Ministerio Público.** La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementario o principal.
a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa

12. Guarda de hecho: en qué casos procede.

La posibilidad de que los progenitores biológicos entreguen directamente en guarda de hecho a sus hijos ha sido largamente discutida en la doctrina y la jurisprudencia nacional. Mientras que en la legislación ha tenido diferentes posturas.

En el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial se adopta una posición intermedia. Por un lado se acepta la entrega en guarda cuando existan lazos de parentesco o una relación de afecto y por otra parte, se prohíbe toda otra guarda de hecho para evitar la comercialización de niños.

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. En estos casos es donde el Juez permite la guarda de hecho.

13. En que se sustenta la guarda de hecho: Vínculo de parentesco o afectivo.

En el Proyecto del Código Civil y Comercial el respeto de la voluntad de los progenitores de entregar su hijo en adopción a una persona y no a otra cuando esta reúna los requisitos para ser adoptante, ya que el nuevo Proyecto del Código prioriza la autonomía de la voluntad personal y respeta las conductas autorreferentes cuando no sean violatorias de la moral y las buenas costumbres.

Parte de la doctrina fundamenta que en un sistema que establece como tercera forma de filiación la “voluntad procreacional” y que acepta los convenios de gestación por otro y respeta que la madre gestante entregue su hijo a la madre social por voluntad de ambas, no puede negarse a respetar la voluntad de la madre biológica de entregar su hijo en adopción a la persona de su elección, al menos cuando la una un vínculo de afecto o parentesco.⁶⁴

Adviértase que en el supuesto de la mujer gestante que entrega un niño a la madre social no se exige que la unan lazos de afecto ni parentesco mientras en el

del acto.

b) Es principal:

- (i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;
- (ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;
- (iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

⁶⁴ MEDINA, Graciela, Enero/Febrero 2012 “La guarda de hecho y el necesario respeto a los derechos humanos de la mujer” (Comentario al fallo de la C.Civ. y Com., La Matanza, Sala I, 2011/06/30), en Revista de Familia y de las Personas (DFyP) Nro. 1, pág. 11 y ss.

supuesto de entrega del hijo en adopción sí se requiere que exista lazo de parentesco o de vínculo afectivo.

La cuestión está en determinar cuál es el lazo afectivo que se solicita para validar la guarda. El tema al que se apunta es que no encierre el comercio de un menor y los adoptantes deberán estar inscriptos en el registro de ser así se debería según los argumentos del proyecto respetar la voluntad materna y paterna.⁶⁵

El Proyecto requiere ahora que, aún para el supuesto de excepción establecido en el Art.611⁶⁶, corresponde la inscripción en el registro correspondiente “de todos modos, aun en este caso se requiere la correspondiente declaración de situación de adoptabilidad, como así también estar debidamente inscriptos en el registro de adoptantes pertinente siendo esta omisión una causal de nulidad absoluta. En suma, los pretendidos adoptantes deben, necesariamente, estar inscriptos y haber sido evaluados en los registros respectivos de cada jurisdicción, siendo el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y los equipos técnicos de los organismos de protección los que proponen los mejores postulantes a las autoridades judiciales”.⁶⁷

La razón que anima tal decisión legislativa es el rechazo a la práctica conocida como “pacto de entrega directa”, pero es importante resaltar, entiendo, cuando ella es materializada fuera del ámbito institucional, administrativo o judicial.

La finalidad es evitar ese contexto extraño y ajeno al institucional (administrativo – judicial) que reduce a los niños y niñas a la condición de objeto de transacción (onerosa) a través de mecanismos irregulares o ilegales que el legislador los advierte de un modo más o menos organizado. Esa práctica es juzgada como absolutamente lesiva de la persona y de sus derechos humanos fundamentales.

Por otra parte, el Proyecto del Código Civil y Comercial permite la delegación de la responsabilidad parental, si ello es así y siguiendo la lógica no se vería en principio, la razón por la cual no se puede respetar la voluntad materna de entregar un niño en adopción a una persona en lugar de a otra.

Entregar la guarda de un niño por lazos de afecto o intereses culturales o religiosos no es un hecho ilícito, ya que antijurídico es el acto que contradice el ordenamiento jurídico entendido éste no sólo como la ley positiva, sino como el conjunto de normas legales y de principios jurídicos.

⁶⁵ BASSET, Úrsula C., Julio 2012 “La Adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, N° 06, pág. 157.

⁶⁶ “CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”, Op. Cit., pág. 442.

⁶⁷ IBIDEM

Si se analiza la totalidad del ordenamiento jurídico, considerado desde una visión integral, no encontramos ninguna norma positiva, ni ningún principio de derecho que prohíba a una mujer elegir, por afecto, por intereses culturales, o familiares a quién va a entregar su hijo con miras de adopción pero con la actual ley de adopción indudablemente (y en forma expresa así ha sido reconocido en la exposición de motivos de la ley 24.779) la supresión de las entregas en guarda mediante escritura pública tiene como finalidad terminar con el tráfico y comercio de niños. Para ello, se elige dotar al Poder Judicial de capacidad suficiente para hegemonizar el control sobre el destino de los niños que vayan a ser entregados en adopción. La finalidad de la ley es clara: terminar con las entregas extrajudiciales ya que en ellas no puede ejercerse el control que el Estado debe tener en todas las entregas de niños para ser adoptados.

La guarda de hecho surge como un dato de la realidad que no puede ser soslayado y exige su análisis a la luz de la legitimidad del acto que le dio origen.⁶⁸

No son los jueces quienes deben juzgar las causas íntimas por las que una mujer entrega su hijo en adopción, ya que el Estado no les ha dado poder para juzgar ni los pensamientos, ni las intenciones de las madres que no ponen en peligro a sus hijos, ni pierden en vista su interés superior, pero es importante que se efectúen cambios, para poder erradicar el comercio de los menores, y que como dije con anterioridad sean tratados como mercancía vulnerando todos sus derechos. Una de las finalidades principales del legislador al dictar normas jurídicas es motivar determinadas conductas sociales.

La ley pretende que los futuros adoptantes se presenten ante los tribunales para ser evaluados y si reúnen las condiciones, ser inscriptos en el registro de adoptantes. Así ante un menor en condiciones de ser adoptado, el Estado le garantizará que quien va a ser su guardador aspirante a adoptarlo exhiba, ya al inicio de la guarda (provisoria pero trascendente), un conjunto de aptitudes que lo califiquen positivamente para desempeñarse en el rol paterno o materno.

Los jueces deben encargarse de proteger al niño examinando si los elegidos por la madre tienen los requisitos necesarios para ser sus padres adoptivos. Es en los futuros adoptantes donde debe estar puesta la mira y el celo de los magistrados porque ellos son los que educarán al niño.

La potestad que el Estado ha dado a los jueces de familia les ha sido entregada para que protejan a los niños del abandono o de la violencia de sus progenitores. Pero

⁶⁸ STILERMAN – SEPLIARSKI ,1999 “Adopción integración familiar”, Ed. Universidad, Bs. As., pág. 113 y 259.

parte de la doctrina considera que cuando los niños no se encuentran en ninguna forma de desprotección, ni de peligro, el Estado no se encuentra legitimado para intervenir en aras del interés del menor, cuando éste no se encuentra comprometido. Las adopciones, para ser no solo legales sino también legítimas, deben respetar estrictamente lo que plantea la ley, y procurar la protección de los derechos de los niños/as, es decir, tener en cuenta “el interés superior del niño o niña a tener una familia que respete sus orígenes, identidad y sus derechos plenos”

La convención de los Derechos del niño exige la revisión de las actitudes y relaciones que los adultos mantienen con los niños y adolescentes.⁶⁹

Entonces como mencioné con anterioridad la prohibición de la guarda de hecho contenida en el artículo 611 debe ser entendida como prohibición de comercializar con un niño, niña o adolescente, lo que es absolutamente reprochable, y ahí si lo jueces deberían hacer un análisis profundo de las características de cada caso en particular.

14. Jurisprudencia que en la actualidad convalida la guarda de hecho.

La CSJN ha convalidado muchas veces la entrega de niños en forma directa aún a personas que no se encontraban inscriptas en el Registro de adoptantes señalando en el año 2008, en el caso G.,M.G , que "a los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cual es el interés superior de éste, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias"⁷⁰.

15. El plazo de guarda.

El plazo de guarda está previsto para demostrar en un periodo de tiempo acotado la idoneidad de los guardadores y probar la relación entre pretensos adoptantes y niños desamparados.

⁶⁹DUTTO Ricardo J, 2011, “Principios Procesales”, Director Peyrano, Jorge W, t. II, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 413.

⁷⁰CSJN; 16/09/2008; "G., M. G." LA LEY, 2008-F, 59, nota de Jáuregui ; DJ, 2008-II, 1766 - LA LEY, 2009-A, 450, con nota de Silvia E. Fernández, AR/JUR/7453/2008; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1a Nominación de Santiago del Estero, 09/03/2010, B., S. B. y Otro, LLNOA, 2010-669, AR/JUR/27353/2010. En igual sentido Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1a Nominación de Santiago del Estero; 19/02/2010; "Castro, Norberto Javier y Benedetti, Claudia Hortensia s/guarda con fines de adopción de la menor Aguirre, Lucía Abigail", La Ley Online; AR/JUR/18623/2010.

En este período 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 régimen de la ley 24.779 establece en el artículo 316 del Código Civil que el adoptante deberá tener al menor bajo su guarda por un plazo no menor de seis meses ni mayor de un año.

El artículo 614 del proyecto establece que “El plazo de guarda no puede exceder los seis (6) meses”, con lo cual deja abierta la posibilidad que el plazo sea menor a los seis meses.

Considero que 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 test 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.

16. Las reglas procedimentales del juicio de adopción.

Se establecen reglas especiales para el juicio de adopción, entre ellas cabe destacar que no son partes los padres biológicos que ya intervinieron en el proceso administrativo, en el juicio de declaración de adoptabilidad.

Solo intervienen en calidad de parte los pretensos adoptantes, el pretense adoptado que cuenta con edad y grado de madurez, el Ministerio Público y la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad; el pretense adoptado debe contar con asistencia letrada.

En el juicio de adopción el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez; y el pretense adoptado mayor de DIEZ (10) años debe prestar consentimiento expreso. Por otra parte hay que tener en cuenta que las audiencias son privadas y el expediente reservado.

Lo más novedoso es que el juicio de adopción puede ser promovido de oficio por el juez o por la autoridad administrativa, lo que es contradictorio con el principio de inherencia personal de las acciones de estado de familia.

Cabe recordar que la adopción es una acción de familia y estas son acciones de inherencia personal que solo las puede ejercer la persona y no se transmiten a sus herederos.

Así no se entiende bien cómo va a promover el juez ante sí mismo la acción de adopción, ya que el juez no puede ser juez y parte al mismo tiempo, y tampoco puede el magistrado adoptar la representación del pretense adoptante.

El propósito de la ley al decir que el juez puede promover la adopción, es evitar que se eternicen las guardas con fines de adopción y que no se finalicen por desidia los procesos, pero la forma elegida no parece la mejor, ya que, un juez no puede ser juez y parte, ni puede representar a las partes que litigan en su tribunal; a lo sumo el juez podrá intimar a las partes a que continúen con el proceso de adopción e inclusive podrá hacerlo bajo algún apercibimiento, pero lo que no puede es iniciar por ellos la adopción.

17. Cambios en los requisitos objetivos de los adoptantes.

Se disminuye la edad para adoptar de treinta, a veinticinco años. El Código Civil vigente⁷¹ contempla como uno de los requisitos para ser adoptante a la edad mínima que debe tener el adoptante, que es de 30 años. Con esta norma se ha reducido la edad mínima que exigía la anterior Ley de Adopción, que era de 35 años.

La ley no debería establecer edades mínimas para adoptar, correspondiendo al juez valorar en el caso concreto, ya que en nada garantiza el éxito de la relación paterno-filial que se constituirá el hecho de que una persona tenga más de 25 años.

Hay que señalar que esta modificación en la legislación ha obedecido, en gran medida, a una tendencia que se advierte en las legislaciones extranjeras a reducir la edad mínima requerida al adoptante.

Algunos referentes en el Derecho Comparado: el artículo 175.1 del Código Civil Español⁷² establece como requisito de edad mínima en el adoptante la de 25 años, habiendo sido este requisito de 30 años antes de la última modificación.

También podemos señalar que en Honduras la edad mínima requerida es la de 30 años, y en El Salvador⁷³, Nicaragua⁷⁴ y Costa Rica⁷⁵, de 25 años.

⁷¹Código Civil Argentino [en línea]. [Disponible en internet] <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm> [última consulta 27/07/2013]

⁷²Código Civil Español, [en línea]. [Disponible en internet] <http://noticias.juridicas.com/basedatos/Privado/cc.11t7.html#175> [última consulta 05/08/2013].

⁷³Código Civil de El Salvador [en línea]. [Disponible en internet] <http://www.oas.org/dil/esp/CodigoCivilElSalvador.pdf> [última consulta 05/08/2013]

⁷⁴Código Civil de Nicaragua [en línea] [Disponible en internet] <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigonicaragua.pdf> [última consulta 05/08/2013].

- Se suprime la condición de duración de tres años en el matrimonio y la imposibilidad de tener hijos.

En el sistema actual se establece a modo de excepción que aunque los cónyuges no cumplan con el requisito de edad mínima, igualmente podrán adoptar si tienen más de tres años de casados, y aun por debajo de este término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos.

Ambos requisitos son suprimidos en el proyecto donde la imposibilidad de tener hijos no invalida la necesidad de tener 25 años y la duración del matrimonio tampoco. Ello se justifica porque en el caso del matrimonio homosexual siempre existe imposibilidad de tener hijos en forma conjunta con lo cual de mantenerse este requisito, ellos podrían adoptar sin necesidad de acreditar ninguna edad mínima, además se suprime la esterilidad matrimonial para legitimar la adopción, sin la edad legal.

- La diferencia de edad entre adoptante y adoptado

El artículo 312 del Código Civil del actual Código Civil establece la diferencia de edad de dieciocho años entre adoptante y adoptado, como requisito para el otorgamiento de la adopción.

Creo que el cumplimiento del requisito de la diferencia de edad es ineludible, ya que mediante la adopción se pretende generar un vínculo paterno-filial natural, en el cual, normalmente, existe una cierta diferencia de edad entre los progenitores y su hijo.

Si bien no se puede determinarse cuál es la diferencia de edad exacta que debe existir entre padre o madre e hijo, el legislador de todos los países ha establecido una diferencia de edad mínima que debe existir entre adoptante y adoptado para que se haga lugar al otorgamiento de la adopción.

En el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial la diferencia de edad se baja de 18 a 16 años, de esta forma se reconoce que bastan 16 años de diferencia de edad para establecer una relación paterno-filial madura para el ejercicio consciente de los roles de cada uno en la familia que se establece con la adopción.

18. Consentimiento del mayor de diez años y derecho a ser oído.

El niño, niña y adolescente es parte en todo el proceso de adopción y debe ser oído de acuerdo a su capacidad, que se sindicada como progresiva. 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.

⁷⁵ Código Civil Costa Rica [en línea] [Disponible en internet http://www.academianotarialamericana.org/base/leyes/costa_rica/codigo-civilcosta-rica.pdf] [última consulta 05/08/2013]

Adviértase que dar el consentimiento es mucho más que oír al menor, ya que si este no consiente el juez no puede ignorar su opinión siendo el consentimiento un requisito ineludible para la celebración del acto.

La ley 26.061 estableció la asistencia letrada del niño/a y adolescente en todo proceso administrativo o judicial que lo afecta, como una garantía mínima de procedimiento que el Estado debe asegurar. Dicha garantía a su vez posibilita el cumplimiento de otras garantías mínimas previstas en el mismo texto legal que se refieren al derecho del niño/a y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas primordialmente en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, debiendo participar activamente en dicho proceso.⁷⁶

La efectivización de esa garantía es responsabilidad del Estado, el cual debe adoptar una serie de medidas a tal fin. La designación de un abogado que asista al niño/a o adolescente es una actividad que la puede realizar por sí mismo, en función de su discernimiento y madurez, o puede ser suplido por una persona adulta, función que debe serle vedada a los progenitores si se trata de conflictos intrafamiliares. El rol de abogado del niño debe recaer en profesionales especializados en la materia que integren los cuadros de organismos de control externo de la administración pública o que sean contratados por dichos organismos a tales fines, y que se desempeñen en organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados y/o universidades.

19. Tipos de adopciones

A continuación se detallará los distintos tipos de adopción que contempla el nuevo Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial.

19.1. Adopción integrativa.

La adopción del hijo del cónyuge constituye un subsistema dentro de la adopción, con pautas diferenciadas, que debía ser regulado integralmente.

Así lo había declarado las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Lomas de Zamora 27, 28 y 29 de Septiembre de 2007 diciendo “ es necesario legislar sobre la adopción integrativa del hijo del cónyuge, determinar su naturaleza jurídica, que supuestos la integran y los efectos que producen”.⁷⁷

Siguiendo esta recomendación se regula la adopción de integración con las siguientes características:

⁷⁶MORELLO de RAMIREZ, María y MORELLO, Augusto M., 1997, “El Abogado del niño”, en E.D. 164-1180. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires.

⁷⁷ Citado por COMISION N° 5: FAMILIA Presidentes: Gustavo A. Bossert- Adriana Waigmaister- Graciela Medina

Vicepresidentes: Eduardo Fanzolato y Robinson Rodríguez Coordinadores Nacionales: Enrique Muller y Manuel Cornet Secretarios: Marta Pascual y Alicia Taliensio Relatores: Vilma Vanella

- a) El adoptado puede ser mayor de edad.
- b) El adoptante puede prescindir de la diferencia de edad si adopta a hijo del cónyuge o del conviviente.
- c) El cónyuge y el conviviente adoptan en forma unilateral y no conjunta, lo que constituye una excepción a las pautas previstas para la adopción conjunta.
- d) La adopción de integración no requiere de guarda preadoptiva, el adoptante no requiere estar inscripto en el registro de adoptantes.
- e) El cónyuge y el conviviente del adoptante no pierde el ejercicio de la responsabilidad parental ni la administración de los bienes de sus hijos.

En cuanto a la forma en que se concede la adopción de integración:

1) 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.

2) El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Cuando sea más 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 en la adopción plena, y crear vínculos jurídicos con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

19.2. Las adopciones plena y simple

Ambas adopciones se relativizan manteniéndose lazos con la familia de origen en la primera y creándose lazos con la familia del adoptante en la segunda.

En la regulación de las relaciones con la familia biológica el proyecto opta por no crear sistemas rígidos de adopción, y por privilegiar el mantenimiento de las relaciones con la familia biológica aun en el supuesto de adopción plena. Interpreto, que el supuesto más común en el cual se mantendrán los lazos con la familia de origen en la adopción plena será en el caso de hermanos. Puede ser que un grupo de hermanos no puedan ser dados todos en adopción a una misma familia, ya sea porque no se encuentre esta familia o porque algunos niños no quieran ser adoptados y otros sí. En estos supuestos, puede resultar conveniente tanto la adopción plena como el mantenimiento de los lazos fraternos y es correcto que la norma no impida la adopción plena por

beneficiar el lazo de los hermanos, ni viceversa, cuando se puede dejar a estos persistentes al tiempo que se adopta plenamente.

20. Conclusiones.

El Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, se presenta nuevamente ante la sociedad argentina como una respuesta a las ansias de celeridad de los pretensos adoptantes, aun sin poder garantizarla. El único modo de lograr celeridad en la adopción es la firme persecución del tráfico de niños, que es el fenómeno que provoca el desequilibrio entre el número de postulantes y los casos de adopción. También coadyuvará a la celeridad la conciencia generalizada sobre la temprana toma de decisiones en cuanto a formar familia mediante adopción.

Pero para esto último, como así también para limitar los alcances del tráfico de niños, se necesita una mejor adopción. Es decir, una adopción más transparente y más segura. Respecto de la transparencia no es un avance la idea de delegación de responsabilidad parental, propicia a todo fraude; y en cuanto a lo segundo, no brinda seguridad sino que la quita la confusa normativa que regiría los efectos jurídicos de la adopción en sus formas plena y simple. Está en el Congreso de la Nación la responsabilidad de partir de una base valiosa y mejorar aquellos aspectos que parecen haber surgido de una transacción con otras formas de pensamiento contrarias a la institución de la adopción en tanto que emplazamiento en estado de familia.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS

Conclusiones Finales.

Hemos tratado de analizar que la adopción se pronuncia como un excepcional recurso de protección de menores, proporcionando a estos una familia cuyas funciones paternas se vienen mostrando imprescindibles para el adecuado desarrollo personal, social y psicológico de los adoptados. No obstante dada la naturaleza de los agentes implicados, los procesos adoptivos siempre son susceptibles de mejoras en lo concerniente a la formación, información, selección y seguimientos preadoptivo y postadoptivo. De este modo todos los esfuerzos para incrementar paulatinamente los recursos ya sea materiales, humanos y a una mayor y mejor formación y especialización de los distintos trabajadores responsables de los procesos adoptivos seguirán siendo imprescindibles para el desempeño de este loable instituto. Se tendría que tratar de:

1-Incrementar la información sobre la historia del niño, niña o adolescente, que va a ser adoptado, a fin de proceder a tener las mejores características y circunstancias del niño/a, lo que contribuiría a la mejora del proceso de asignación y adaptación en su nueva familia.

2- Dado que el contacto periódico con su familia de origen se viene fomentando, sería muy conveniente que los técnicos prepararan adecuadamente tanto al niño, como a los padres adoptantes y también a su familia de origen, favorecerán sobre todo al niño ayudándolo a comprender la naturaleza y sentido de la adopción.

3- Fomentar el impulso de todas aquellas actuaciones y campañas de información y sensibilización sobre la naturaleza y naturalidad de la adopción y de las peculiaridades y circunstancias que suelen rodear a los adoptados. Estas actuaciones mejorarán al mismo tiempo las actitudes sociales en torno a la adopción.

Como ya vimos en el capítulo I se analizó la actual ley de adopción la 24.779, como sabemos, dicha legislación, aquella que Vélez Sarsfield excluyó del Código Civil por considerarlo distinto a nuestras costumbres, fue muy criticado, desde su reincorporación por la ley 13.252. Al punto tal que se puede afirmar que en las seis décadas y media de vigencia de los tres regímenes sucesivos de adopción, no hubo momentos en lo que no existiera iniciativas y proyectos de reforma por una ley nueva.

Este descontento social continua, y se manifiesta cada vez más, parte de la falta de análisis de los verdaderos problemas que afectan a la adopción en la Argentina, y se funda principalmente en reformular el tema de las guardas puestas y el tráfico de niños, cada uno con su propia variable, no solo corrompen la adopción como noble práctica

proteccional para los niños, sino que generan frustraciones crónicas para quienes, inscriptos en los registros correspondientes, esperan la guarda de una criatura.

En rigor de verdad, tratar el tema de la reforma del instituto adoptivo, no es ganar unos meses más o menos en el extenso proceso personal que lleva a tomar la decisión de formar familia por medio de la adopción; es poner en debate cuestiones muy profundas del derecho, no solamente nacional, y asumir una clara toma de posición en materia de ética personal y social, que derivan de cuestiones netamente de política pública.

Uno de los aspectos de política pública sobre infancia que mas colisiona con la perspectiva proteccional es el régimen de institucionalización vigente, durante las décadas de plena vigencia del criterio del patronato, los hogares e institutos se consolidaron como depósitos donde los adultos, designados por el Estado, se ocupaban de tomar todas las decisiones sobre la vida de los niños que llegaban derivados por un sistema judicial que se arrogaba la soberanía sobre ellos, por considerarlos como objeto de protección.

Desde la sanción de la Convención internacional sobre los Derechos del niño, se ha ido generando un consenso sobre la tendencia a la desinstitucionalización, para garantizar la inserción de los niños en sus propios entornos o bien en nuevas familias adoptivas. El encierro prolongado en el tiempo y en mayor medida el del niño en un instituto no es deseable bajo ningún supuesto amen de estar expresamente prohibido en la ley 26.061 de protección integral de los derechos del niño. Por lo que debe evaluarse la permanencia caso por caso, de manera precisa y transparente.

Si seguimos analizando la evolución de la legislación adoptiva se vislumbro por un lado la disminución de los requisitos objetivos que se les requiere a los adoptantes, como el plazo de guarda con fines de adopción, al tiempo que se aumentan los números de procesos judiciales para lograr la adopción y se agregan procesos administrativos. Ni la disminución de condiciones relacionada con la edad y el estado civil de las partes, ni el aumento de trámites judiciales y administrativos que se obligan a realizar a los pretensos adoptantes han mejorado hasta ahora la situación de los niños en situación de desamparo, ni han contribuido a lograr su interés superior o derecho de vivir en una familia.

El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia. En ese sentido el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar separarlo de ella.

La decisión de modificar la ley 24.779 es compartida por todos, puesto que los estándares internacionales en materia de derechos humanos y de derechos de niños, niñas y adolescentes en particular, la han vuelto claramente obsoleta. Por ende lo más importante de esa reforma es la inclusión en la ley argentina de adopción, de los derechos de los niños y niñas y adolescentes, como lo indican los convenios internacionales, a los cuales, por otro lado Argentina adhirió oportunamente, esta ley debe garantizar básicamente esos derechos.

El desafío pendiente es lograr el mejor diseño asistencial, legal y judicial que logre asegurar el destierro de prácticas delictivas, como el tráfico de niños, sustitución de estado civil u otros, con la convicción que el desconocimiento de la realidad de las guardas de hecho no resulta eficiente para ello.

La manera en que actualmente se debate en la Argentina un tema que divide aguas y es asociado por muchos a una forma encubierta de tráfico de niños: la entrega que las mujeres realizan de sus hijos a otras personas para que los adopten. Una práctica que para algunos doctrinarios se encuentra terminantemente prohibida en la legislación vigente; para otros, no está reglamentada, pero no por ello está prohibida; mientras que otros sostienen que, es una práctica común y totalmente lícita sobre todo en los sectores populares.

Es lógico pensar que en el nuevo régimen proyectado se consagre el respeto de la voluntad de los progenitores de entregar su hijo en adopción a una persona y no a otra, cuando esta reúna los requisitos para ser adoptante, ya que el nuevo Código prioriza la autonomía de la voluntad personal y respeta las conductas autorreferentes cuando no sean violatorias de la moral y las buenas costumbres.

Así, en un sistema que establece como tercera forma de filiación la “voluntad procreacional” y que acepta los convenios de gestación por otro y respeta que la madre gestante entregue su hijo a la madre social por voluntad de ambas, no puede negarse a respetar la voluntad de la madre biológica de entregar su hijo en adopción a la persona de su elección, al menos cuando la una un vínculo de afecto o parentesco.

En el supuesto de la mujer gestante que entrega un niño a la madre social no se exige que la unan lazos de parentesco mientras en el supuesto de entrega del hijo en adopción sí se requiere que exista lazo de parentesco o de vínculo afectivo.

Si bien el proyecto dice “que queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, esto significa que más allá de la decisión que libremente pueden tomar los progenitores de proceder a la entrega en guarda de su hijo/a, por los motivos que ellos determinan, se

prohíbe que sean quienes elijan, salvo casos donde se demuestre la relación de parentesco o afectividad.

Desde mi punto de vista hay que tomar medidas para proteger niños, niñas y adolescentes de convertirse en objetos de negociaciones muchas veces con fines lucrativos, evitar el tráfico de estos e impedir intermediaciones poco claras, las estadísticas y los ejemplos en todo el país, sobran para llegar a esta definición sobre la realidad que hay encubierta en una gran parte de las guardas directas.

Otro enfoque es fijar la mirada en los modos en que la intervención del Estado diseña, materializa y tema importantísimo: el de las brechas entre la ley y el comportamiento real de la sociedad ya que hay que tener en cuenta valores y dinámicas sociales para poder apuntar el problema real.

Reflexionar sobre los debates que originan las entregas directas en los organismos encargados de conceder las adopciones conduce indefectiblemente a explorar el dilema que la adopción de niños se presenta en una sociedad de clases, atravesada por profundas desigualdades. Un dilema del que no son ajenos los agentes institucionales y que, por ejemplo, es señalado por quienes combaten la entrega directa como el trasfondo necesario para toda discusión acerca de los derechos que asisten a quienes no quieren, pero fundamentalmente no pueden criar a sus hijos.

En tanto aquellas mujeres que deciden entregar a su hijo, en la inmensa mayoría de los casos, viven en la pobreza, ya tienen otros hijos, y para ellas dar un hijo en adopción representa una opción dentro de un muy limitado abanico de opciones. Una elección que, en muchos casos, no elige precisamente al Estado y a sus instituciones para hacerse efectiva, puesto que uno y otras más allá de sus ideas, generan en estas mujeres que se sienten distantes mucho temor de ser condenadas socialmente.

En nuestra provincia de acuerdo a la ley 12.967 que adhirió a la Ley nacional 26.061 de protección integral, está prohibido separar al niño de su madre por razones económicas, en consonancia con los principios y obligaciones que impone a los Estados tanto la Convención como otros tratados de Derechos Humanos que hemos ratificados y de los cuales debemos responsabilizarnos.

Comprendo que es una decisión personal, pero el Estado no puede mirar hacia otro lado y debe velar para que los derechos del niño/a y adolescentes no sean vulnerados y proteger para que estos no puedan ser objeto de estas situaciones.

Así mismo se lograría respetar a todos los inscriptos que existen en los Registros de adoptante del país, que confían en las instituciones del Estado legítimamente constituidas, que se regulan bajo principios de equidad y accesibilidad, aspirantes que

por otra parte atraviesan por procesos de evaluación, acompañamiento y contención estatal, cosa que no ocurre con los casos de entrega directa y que hace mucho tiempo están en espera.

Por su parte, y desde la perspectiva de los aspirantes a adoptar niños, la Ley Nacional 25.854 y sus decretos reglamentarios, regulan una herramienta fundamental del sistema de adopción en el marco de la doctrina de la Convención, pues determina las condiciones para integrar la lista de espera y asimismo directivas al juez competente para la selección del postulante.

Los objetivos de la Constitución de la red de registros son a mí entender importantísimos:

1. Por poner el eje de la adopción en el sentido universalista y democrático.
2. Porque permite la transparencia del sistema e iguala oportunidades de todos los postulantes a guarda con fines de adoptivos en el país.
3. Permite erguirse como medio para la lucha contra el comercio de niños y niñas.
4. Proporcionar a los jueces una lista centralizada, íntegra y segura de aspirantes.
5. Agilizar y economizar los trámites de adopción en todo el país.

El registro único de Adoptantes tanto en la modalidad de registro único Nacional, como bajo la forma de registro que invita a las provincias a adherirse a él y bajo el tipo de red de Registros, tiene un mismo objeto, que es el de pretender dar transparencias e igualar las oportunidades de todos los aspirantes y como mencione antes un medio de lucha contra el comercio de menores.

Esta falta de organización registral es quizás lo que permite la convivencia de un “sistema legal” y un “sistema de hecho”, caracterizado éste último por el contractualismo y la intermediación.

En nuestra provincia otra de las ocupaciones del Ruaga, que adhiere al DNRUA por medio de la Ley Provincial 13.093 es analizar la necesidad de profundizar cambios estructurales tendientes a superar entre otros, la barrera ideológica impuesta por los pretensos adoptantes en cuanto a la disponibilidad adoptiva, tema relacionado directamente con la edad del niño o niña inserta en el imaginario colectivo. Ante esa circunstancia, este Registro Único Provincial, promueve medidas tendientes a la instrucción de talleres interdisciplinarios de reflexión, a llevarse a cabo con los pretensos adoptantes a los fines de lograr la construcción de la idea de familia y de su posibilidad de prohijar.

En la actualidad se sabe que, el instituto de la adopción posee diferentes miradas y circunstancias, algunas de las cuales enumeramos a continuación, que tiene relación con la implementación de este Registro Provincial.

- La edad para ser adoptado caen a partir de los 4 años, por lo que niños mayores a esa edad desafortunadamente tienen pocas posibilidades de insertarse en un contexto familiar propicio a sus necesidades.

- A ciencia cierta no se sabe cuántas personas quieren adoptar, ya que los aspirantes que desean adoptar se inscriben en los Registros de cada Provincia, cada una tiene su propio Registro. Por eso cada aspirante se inscribe en varias Provincias en donde se les pide nuevamente informes, certificados etc.

Esta situación se debe a que varias Provincias Argentinas, no han adherido al sistema nacional, teniendo como consecuencia que no se tiene certeza alguna sobre la cantidad de aspirantes, pues una misma persona o matrimonio duplica su inscripción en otras Provincias. Ahora bien, es una realidad que quienes deciden adoptar, ingresan a un mundo de mitos sociales en donde generalmente hay alguien que le inyectara temores y fantasías que generara ansiedades.

Muchas veces, esto les hará tomar contacto con la motivación de ser padres y si se fortalece en ellos el deseo de ser familia, de construirla con bases sólidas y transparentes ingresarán al sistema de judicial donde deberán cumplimentar ciertos requisitos administrativos para lograrlo; tendrán que tolerar ser observados por técnicos en su vida privada y algunas veces tomar contacto consiente por primera vez de sus miedos, fantasías, prejuicios y discriminaciones profundas.

También se pretende que los Registros sean abiertos, participativos, inclusivos; y todos los interesados del sistema (Poder Judicial, grupos de padres adoptivos, organismos relacionados con la niñez) puedan claramente aportar a la construcción del mismo. No se apunta a un Registro sólo “administrativo” donde la única actividad sea inscribirse, y nada más. Para esto el papel del Equipo Interdisciplinario es fundamental.

El problema de la eficacia del sistema de protección se debe a que tanto la materia procesal como la registral es competencia reservada de las provincias, y éstas deben organizarse y luego insertarse en el ámbito nacional.

Vuelvo a reiterar que el Registro es un freno al camino paralelo, al margen de la ley, si se quiere, de la adopción, favorecido por la falta de un sistema integrado de adopción que cuente con la herramienta destinada a incluir en la etapa y momento oportuno al adoptante, quien también merece un tratamiento respetuoso de sus

necesidades, en equilibrio con los derechos de los niños, y más aún subordinado a los intereses de éstos últimos.

En otras palabras, es un mecanismo de control social en orden a evitar o disminuir las conductas disvaliosas que generan el tráfico de niños como también la corrupción de los organismos involucrados. Para poder de a poco ir cambiando, practicas, como en este caso la entrega directa, que si bien repito no está prohibida por nuestra legislación, no es lo mismo, que sea la madre que entregue al menor a una familia en donde se corre muchos riesgos, y no se garantiza para nada los derechos de los niños en su integridad, que designar a un equipo interdisciplinario, especialistas en el tema que sean ellos los encargado a tal fin, estamos hablando del RUAGA.

Ese interés de proteger al menor implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todo los ordenes relativos a la vida de este.

Otro tema a analizar en estas conclusiones y con respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes es apuntalar sobre el derecho a conocer sus orígenes , su identidad y un concepto que tenemos los argentinos muy arraigados su verdad.

El nuevo régimen proyectado establece principios rectores de la institución, como son el interés superior del niño y el derecho a la identidad, ambos en consonancia con la legislación en vigor; el agotamiento de la posibilidad de mantener al niño en su familia de origen; el respeto hacia los vínculos fraternos; el de dar a conocer sus orígenes al niño, que ya regía en plenitud como compromiso de los adoptantes en la sentencia de adopción; el derecho del niño a ser oído, y en el caso de los mayores de 10 años, a dar su consentimiento expreso.

Si bien estos principios ya estaban consagrados en los Tratados y Convenciones Internacionales ya ratificados por Argentina, es sólo para reforzar esta obligada perspectiva, sino también para destacar que ante cualquier silencio, vacío legislativo o laguna propia del derecho y más aún del derecho de familia que es tan cambiante y dinámico, debe siempre apelarse a estos principios generales que observan un valor especial tratándose de la adopción.

Los mismos tienen un gran valor interpretativo y además, permiten comprender con mayor profundidad la razón de varios cambios normativos.

Tanto el interés superior del niño como el derecho a la identidad son dos principios esenciales cuando una figura involucra la niñez y adolescencia por un lado y el vínculo filial por el otro; por lo cual la presencia en primer lugar de ambos constituye

una obviedad necesaria. En total consonancia con la definición de la adopción, la preservación del vínculo familiar de origen es otro principio básico.

Es importante resaltar que no resulta satisfactoria la institucionalización de los menores, más allá que queden pendientes la instrumentación de medidas definitivas, se tendría que decidir la guarda de los niños, en un ámbito familiar, como medida cautelar y discernir en el proceso pertinente su mayor garantía, de acuerdo al mejor interés. La secuela producida por la larga permanencia en institutos, sin un adecuado esclarecimiento al niño de su situación, y su futuro, generalmente sin haber respetado sus derechos a ser oídos y muchas veces sin adecuada supervisión y capacitación para una tarea tan compleja, da lugar a verdaderos maltratos institucionales.

Tenemos conocimiento de las herramientas y del paradigma del sistema de adopción constitucional, y para su diseño hay que proponer usar clínicamente el conocimiento, ayudando a combatir todo aquello que consideramos incorrecto, dañino o nocivo para nuestro sentido de justicia, sabiendo que el conocimiento no determina el modo en que se lo utiliza, y que la elección de no hacer un mal uso –en provecho propio sin importar si es justo o injusto,- le corresponde a cada uno. Quede claro que no hay pretensión de expresar una verdad revelada ni única, sino brindar una visión sobre las cuestiones planteadas en el marco de la protección integral de los derechos humanos de los niños.

Propuestas.

1.- De acuerdo a lo analizado con anterioridad con respecto al nuevo Régimen proyectado unas de mis propuestas es modificar el art. 607 redactado de la siguiente manera:

Art. 607.- Supuestos. La declaración judicial del estado de adoptabilidad 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 administrativo competente en un plazo máximo de TREINTA (30) días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;

b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que su hijo sea adoptado y el organismo administrativo competente agotó las medidas tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, durante un plazo máximo de NOVENTA (90) días contados a partir de la manifestación .Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los CUARENTA Y CINCO (45) días de producido el nacimiento;

c) se comprueba que las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de CIENTO OCHENTA (180) días.

Que de acuerdo a mi propuesta quedara redactado de la siguiente manera:

Art. 607.- Supuestos. La declaración judicial del estado de adoptabilidad 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 administrativo competente en un plazo máximo de TREINTA (30) días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; *la autoridad administrativa deberá comunicárselo al juez interviniente dentro de las 48 hs.*

b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que su hijo sea adoptado y el organismo administrativo competente agotó las medidas tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, durante un plazo máximo de NOVENTA (90) días contados a partir de la manifestación. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los CUARENTA Y CINCO (45) días de producido el nacimiento;

c) se comprueba que las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de CIENTO OCHENTA (180) días.

Fundamentos: la modificación establecida en este artículo es con respecto al tiempo en que esa autoridad administrativa que hace referencia el inc., del mencionado artículo. Se agotó el plazo TREINTA (30) días, prorrogables, sin que se encontraran a los familiares de origen, o éstos no se hacen cargo del menor, se debe dictar la declaración administrativa de adoptabilidad.

La norma no señala el plazo que tiene el órgano administrativo para su dictado, solamente establece que debe emitirse el acto administrativo una vez vencidos los plazos de búsqueda de la familia de origen. Naturalmente debe existir un plazo prudencial para dictaminar, eso haría que el órgano trabaje con más celeridad, porque no veo quién podría plantear un “Pronto despacho” de acuerdo a la Ley de procedimiento administrativo. La ley siempre deberá ser lo más clara posible porque como mencione oportunamente estamos hablando de los derecho de lo niño niñas y adolescentes.

2.- Otra de mis propuestas con respecto al nuevo Régimen el proyectado es la modificación del art 611 que establece:

Art.611: “Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

La transgresión de la prohibición habilitará al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y él o los pretensos guardadores del niño.

De acuerdo a mi modificación quedaría:

Art.611: “Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

La transgresión de la prohibición habilitará al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño, entre éstos y él o los pretensos guardadores del niño.

Fundamentos: la modificación sería eliminar referente afectivo en la designación de entrega en guarda de un menor, la designación referente afectivo es poco clara y sería abarcativo de muchas irregularidades, como lo hemos mencionado con anterioridad. Es más preciso que sea el juez que determine esa excepción atendiendo fundamentalmente al interés superior del mismo en cada caso en particular.

3.- Otra de mis propuestas es el art 643 que hace referencia la Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y dice:

Art.643: Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o tercero idóneo. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de UN (1) año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

Mi propuesta de modificación sería eliminar “el tercero idóneo” que quedaría redactado de la siguiente manera:

Art.643: Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de UN (1) año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

Fundamentos: entiendo que en esta redacción de la delegación del ejercicio parental, aparece la figura de “TERCERO IDONEO”, primero no está claro a que se refiere y segundo que puede ser perjudicial, porque puede crear situaciones confusas, y seguiremos en todo el país con que las mayorías de las adopciones son efectuadas por ese mecanismo denominado entregas directas, que afecta a la transparencia, equidad y justicia de los que ya evaluados por el Estado, a través de los registros de Adoptantes esperan hace mucho. Entiendo que, de convertirse en ley esta norma tal cual como hoy en día se encuentra proyectada, el Estado deberá tener especial diligencia al verificarse una guarda de hecho, dado que bajo su apariencia podrían llegar a encubrirse supuestos de comercialización de niños.

4.- Propongo que en el art 602 de la Legislación proyectada se modifiquen condiciones en cuanto a las uniones de hecho se trate y el art dice:

Art.602: Regla general de la adopción por personas casadas o en unión convivencial. Las personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente.

De acuerdo a mi propuesta quedaría redactado de la siguiente manera:

Art.602: Regla general de la adopción por personas casadas o en unión convivencial. Las personas casadas o en unión convivencial estas últimas acreditando fehacientemente la convivencia por el termino de tres años ininterrumpidos, pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente.

Fundamentos: Como observamos en el proyecto no se impone ninguna exigencia para lo que se llama pareja de convivientes, en cuanto al tiempo de vida en común antes de tomar la decisión de adoptar.

Considero que es una omisión importante, que puede acarrear consecuencias negativas para los adoptados, dado que cuando se habla de matrimonio, fácil es comprender que se trata de una relación estable, con expectativa de permanencia; aunque sabemos que distintas alternativas de la vida pueden frustrarla.

Por el contrario, la mera convivencia puede ser ocasional, dado que los interesados no han realizado ningún acto formal, frente a la sociedad, que permita visualizar la voluntad de mantener el vínculo. Solo su permanencia en un lapso prudencial de tiempo, que propongo sea de tres años, garantizaría aquella y permitiría visualizar un proyecto en común.

5.- Otra de mis propuestas hace referencia al art 596 que establece:

Art.596: Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a acceder al expediente judicial en el que se tramitó su adopción y demás información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si es persona menor de edad, el juez debe disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del registro de adoptantes correspondiente o de los equipos interdisciplinarios de mediación. La familia adoptiva puede solicitar asesoramiento a esos mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo, si lo hay, debe contener la mayor cantidad de datos posibles del niño y de su familia de origen referidos a la identidad, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En todo caso debe contar con asistencia letrada.

Según mi propuesta quedaría redactado de la siguiente manera:

Art.596: Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a acceder al expediente judicial en el que se tramitó su adopción y demás información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si es persona menor de edad, el juez debe disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del registro de adoptantes correspondiente o de los equipos interdisciplinarios de mediación. La familia adoptiva puede solicitar asesoramiento a esos mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo, si lo hay, debe contener la mayor cantidad de datos posibles del niño y de su familia de origen referidos a la identidad, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes tienen la obligación con carácter de carga pública, a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa obligación en el expediente.

El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En todo caso debe contar con asistencia letrada.

Fundamentos: El compromiso ético que asumen los padres adoptivos en hacer conocer sus orígenes, a sus hijos, no cuenta con ningún instrumento específico de regulación que garantice su concreción. La ley lo menciona, sin darle siquiera el status de carga pública, lo que permite aplicar alguna medida conducente a hacerlo efectivo o a cuestionar su ausencia.

BIBLIOGRAFIA

a) General

BELLUSCIO, Augusto Cesar, 2011, Manual de Derecho de Familia, 10ª ed.- AlbeledoPerrot.

BORDA, Guillermo, 1993 Tratado de derecho Civil Argentino, Familia II, Edit. Abeledo- Perrot, Buenos Aires.

BOSSERT, Gustavo A., y ZANNONI, Eduardo A, .2004, Manual de Derecho de Familia, Sexta Edición Actualizada, Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina

CALDERON DE BUITRAGO Anita y otros, 1996 Manual de Derecho de Familia, Edit. Centro de informaciones jurídicas, San Salvador.

DUTTO Ricardo J., 2005, Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia.1ª ed.-Rosario, Edit., Juris.

FALCON Enrique M, 2003, Derecho Procesal Civil, Comercial, Tomo II, Primera Edición, Edit. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

ZANNONI Eduardo, 1981, Derecho de Familia, T.I, Edit. Astrea, Buenos Aires.

b) Especial

BASSET, Úrsula C., Julio 2012 “La Adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, N° 06.

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION .2012, Proyecto del poder Ejecutivo Nacional redactado por la comisión de Reforma Designada por decreto 191/2011 Edit. Rubinzal-Culzoni,-Buenos Aires.

DUTTO, Ricardo J.1997, Comentarios a la ley de Adopción 24.779. edit. Fax, Rosario.

DUTTO Ricardo J. La Suprema Corte de Buenos Aires ha declarado la nulidad de sentencia donde los jueces no hayan tomado ese contacto personal. Junio, 27-2001.ED, 196-386.

DUTTO Ricardo J, 2011, “Principios Procesales”, Director Peyrano, Jorge W, t. II, Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

DNRUA: Dirección Nacional de Registro único con fines adoptivos. Disponible en internet: <http://www.jus.gob.ar/registro-aspirantes-con-fines-adoptivos.aspx>

GERVASONI, Carlos. (1999-2001) “Crisis política y crisis financiera en el Gobierno de la Alianza en la Argentina” Universidad Católica Argentina.

GIL LAVEDRA, Ricardo, 2002, “Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política”. Honorable Senado de la Nación.

GONZALEZ del SOLAR, José H., 2008 “Derecho de la minoridad”, Ed. Mediterránea, 2ª Edición actualizada y ampliada, Córdoba.

ONU Comisión de los derechos humanos. Disponible en internet: http://www.unicef.org/lac/media_14634.htm

KIELLMANOVICH, Jorge, 2005 "Garantías Procesales en la adopción", documento elaborado para el encuentro "Reformulación legal de la adopción a la luz del derecho a la identidad y de la sanción de la ley 26.061".

MORELLO de RAMIREZ, María y MORELLO, Augusto M., 1997, “El Abogado del niño”, en E.D. 164-1180.Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires.

MORENO, José, 2004 “Historia de la familia en el Río de la Plata”, Buenos Aires:

Edit. Sudamericana.

MORENO Luis, 2000, "Ciudadanos precarios", Edit. Ariel s.a., 2000, Barcelona, España.

SAJON Rafael, 1990, Derecho de Menores, Edit. Abelado Perrot, Buenos Aires, Argentina.

STILERMAN – SEPLIARSKI ,1999 "Adopción integración familiar", Ed. Universidad, Bs. As.

INDICE

	Pág.
1. Resumen.	2
2. Estado de la Cuestión.	3
3. Marco Teórico.	4
4. Introducción.	5
5. Objetivos.	7

Capítulo I

ADOPCIÓN: ASPECTOS GENERALES

1. Introducción	9
2. Conceptos.....	10
3. Etimología.....	10
4. Antecedentes históricos.	10
5 Antecedentes nacionales.	13
6. Naturaleza.	16
6. a. Teoría contractual.	16
6. b. Teoría del acto condición.	17
6. c. Teoría de la institución.	27
6. d. Teoría de la relación jurídica.	19
7. Concepción filosófica y jurídica.	19
8. Referencia a la Ley 24.779.	19
9. Procedimiento de adopción.	22
10. Partes en el juicio.	25
11. Pasos responsables para una buena adopción.....	25
12. Conclusiones.	27

Capítulo II

PROTECCIÓN DEL ADOPTADO EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

1. Introducción.	30
2. Evolución histórica de los derechos del niño.	30
3. La convención y el interés superior del niño.	32
4. El interés superior del niño en el D. Argentino.	34
5. El interés superior del niño en situación de conflicto.	35
6. Leyes que protegen la niñez en la Argentina.	39
6. a. Principales punto de la ley 26061.	39
6. b. Medidas de protección.	41
6 .c. Medidas excepcionales.	42
7. Consecuencia de un debate social.	44
8. Legislación en la provincia de Santa Fe.	45
9. Problemática que apunta como objetivo la adopción.	48
10. Exigibilidad de los derechos en la figura del Defensor.	48
11. Exigibilidad de derechos desde el Estado.	49
12. Derechos de los menores en la adopción.	50
13 Conclusiones.	52

Capítulo III

EL NUEVO REGIMEN PROYECTADO DE LA LEY DE ADOPCIÓN

1. Introducción.	54
2. Enumeración de los cambios más importantes que se plasman en la ley de Adopción del régimen proyectado.....	54
3. Principios que rigen la adopción en el régimen proyectado.	55
3. a. Respeto por el derecho a la identidad y derecho a conocer los orígenes.	56
3. b. Agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.	56
3. c. Derecho del niño, niña o adolescente a ser oído.	58
4. Procesos para llegar a la adopción de menores. Uno administrativo y tres judiciales.	59
5. Tipos de procesos requeridos para obtener la adopción de niño.	59
6. Proceso de declaración administrativa de preadoptabilidad.	60
6. a. Proceso de declaración administrativa de adoptabilidad de niños entregados en adopción por sus padres.	60
7. Declaración judicial de adoptabilidad.	61
7.1 Como procede la declaración judicial.	61
7.2. Partes en el juicio de declaración judicial de adoptabilidad.	62
7.3. Procedimiento.	62
8. Administrativización de los procesos.	62
9. El abandono y desamparo cambio de paradigma.	63
10. Pautas para la elección del guardador con fines de adopción.	64
11. Determinación de los intervinientes en el juicio de guarda con fines de adopción.	64
12. Guarda de hecho: en qué casos procede.	65
13. En que se sustenta la guarda de hecho: Vinculo de parentesco o afectivo. ...	65
14. Jurisprudencia que en la actualidad convalida la guarda de hecho.	68
15. El plazo de guarda.....	68
16. Las reglas procedimentales del juicio de adopción.	69
17. Cambios en los requisitos objetivos de los adoptantes.	70
18. Consentimiento del mayor de diez años y derecho a ser oído.	71
19. Tipos de adopciones.....	72
19.1 Adopción integrativa.	72
19.2. Las adopciones plenas y simples.....	73
20. Conclusiones.	73

Conclusiones Finales.	75
Propuestas.	82
Bibliografía.	88
Índice.	91