



Trabajo final de graduación. PIA

“La actual regulación de la adopción, su impacto en el derecho de los niños, niñas y adolescentes y la celeridad del sistema”

Juich Jorgelina María

DNI: 38.160.066

Legajo: VABG48167

Abogacía

2019

Agradecimientos:

Este Trabajo Final de Graduación va dedicado muy especialmente a mi papá, Darío y a mi mamá, Yanina, quienes me han apoyado incansablemente durante toda la carrera, me han dado las palabras justas de aliento cada vez que los resultados no eran los esperados y han hecho hasta lo imposible para solventar toda mi carrera en esta prestigiosa Universidad, porque en palabras de mi papá “esta es la mejor herencia que te puedo dejar”.

A mis hermanas, Lucia y Paulina. A ellas se los dedico, y me pongo como su ejemplo, para que el día de mañana no le teman a nada, ya que me han visto más de una vez llorar y pensar en que no se puede, pero la realidad es que sí, ¡Los sueños están para cumplirse! ¡Adelante!

A mi abuela Bebi, quién más de una vez “salió a bancar” cuando no se llegaba a pagar, quien me hacia el acompañamiento con mates a cualquier hora del día mientras yo estudiaba y quien siempre me esperaba a la vuelta para saber cómo había rendido. Y a mi abuela Mari, que sé que hubiese estado ahí, al pie del cañón como lo estuvo siempre para sus tres nietas.

Jorgelina María Juich.

Resumen

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado por la Ley 26.994, introdujo importantes reformas en materia de derecho de familia, y dentro del mismo en la institución jurídica de la adopción. Con la modificación del Código se pretendió dar solución a los problemas del acto jurídico de la adopción tal como se había propuesto en el anteproyecto del mismo. El presente trabajo analiza si la nueva regulación da celeridad al proceso de adopción, con el fin de garantizar y acelerar los trámites. En el mismo se indaga acerca de si se logra o no la protección del niño, niña o adolescente en el nuevo sistema de adopción. Para ello se utilizó el método descriptivo, apoyado sobre legislación, doctrina y jurisprudencia de relevancia en la materia. En cuanto a la estrategia metodológica utilizada, se optó por la cualitativa, por ser la más acorde a los objetivos planteados en el trabajo. Se concluye con que, si bien los cambios en materia de adopción fueron acertados y brindan seguridad a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues estos no le dan al proceso la debida celeridad de la cual debería gozar.

Palabras claves: Derecho de familia, adopción, derechos de los niños, niñas y adolescentes, proceso de adopción, celeridad.

Abstract

The new Civil and Commercial Code of the Nation, Promulgated by Law 26.994, introduced important reforms in the area of family law, and within it in the legal institution of adoption. With the modification of the Code, it was intended to solve the problems of the legal act of adoption as proposed in the preliminary draft thereof. The present work analyzes if the new regulation gives speed to the process of adoption, in order to guarantee and accelerate the procedures. It inquires into whether or not the protection of the child or adolescent is achieved in the new adoption system. To do this descriptive method was used, supported by relevant legislation, doctrine and jurisprudence. Regarding the methodological strategy used, the qualitative strategy was chosen, as it is the one most in line with the objectives set in the work. It concludes that, although the changes in adoption were correct and provide security to the rights of children and adolescents, because they do not give the process the due speed that should enjoy.

Keywords: Family law, adoption, rights of children and adolescents, adoption process, speed.

Índice

Introducción	3
CAPITULO I	5
“El instituto jurídico de la adopción”	5
1.1. Introducción.....	5
1.2. Recepción legal del instituto.	6
1.3. Influencia de la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños.	7
1.4. La adopción. Concepto y caracteres.	8
1.4.1. Principios generales.	8
1.5. Conclusiones parciales.	11
CAPITULO II	12
“El procedimiento de adopción”	12
2.1. Introducción.....	12
2.2. Declaración judicial de la situación de adoptabilidad.....	13
2.3. Guarda con fines de adopción.	15
2.4. Juicio de adopción.	18
2.5. Conclusiones parciales.....	19
CAPITULO III	20
“Análisis jurisprudencial del fallo “Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas Serie C N° 242-27-4-2012”	20

3.1. Introducción.....	21
3.2. Descripción de los hechos y del proceso.....	21
3.2.1. Análisis de la violación del proceso judicial de la adopción.....	22
3.3. Incidencia del fallo sobre las modificaciones introducidas al Código en materia de adopción.....	24
3.4. Conclusiones parciales.....	26
CAPITULO IV	27
“La nueva regulación del sistema de adopción”	27
4.1. Introducción.....	28
4.2. El funcionamiento del proceso de adopción y los fundamentos que llevaron a la realización de una nueva regulación.....	28
4.3. Análisis de los cambios realizados y de las innovaciones del Código Unificado.....	31
4.4. Conclusiones parciales.....	36
Conclusiones finales.	37
Referencias.	40

Introducción

La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en el seno de una familia adoptiva cuando sus necesidades afectivas y materiales no puedan ser satisfechas por su familia de origen¹. El funcionamiento de tal institución en Argentina fue y es ampliamente cuestionado, la principal crítica ha sido con respecto a las largas esperas para poder adoptar, que en muchos casos terminan agotando a los pretensos adoptantes quienes optan por abandonar el trámite debido a la burocracia administrativa. La existencia de este instituto en nuestro país se remonta al año 1948, desde esa fecha hasta nuestros días, el instituto jurídico de la adopción ha experimentado diversos cambios y modificaciones.

En el presente trabajo analizaremos la regulación que establece el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación para la institución jurídica de la adopción. Nuestra pregunta de investigación será la siguiente: ¿La nueva regulación da celeridad al proceso de adopción? ¿Bajo qué argumentos es posible afirmar que dicha regulación protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Nuestra investigación tomará como punto de partida la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que rige en nuestro país desde el primero de Agosto del año 2015. Sin embargo, es dable aclarar, que nos será inevitable retroceder en el tiempo en cuanto a la comparación que podemos llegar hacer con el anterior sistema de adopciones. Puntualmente el objetivo general de nuestra investigación consistirá en analizar si la nueva regulación que establece el Código Unificado da celeridad al proceso de adopción y si logra la protección del niño, niña o adolescente como sujetos de derechos

¹ Artículo 594 del Código Civil y Comercial de la Nación.

que son. Dentro de los objetivos específicos buscaremos analizar la incidencia de la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños en las modificaciones introducidas en la nueva regulación de la adopción, explicaremos los principios fundamentales por los que se rige el instituto, analizaremos y explicaremos el nuevo procedimiento de adopción que regula el Código Unificado, realizaremos un análisis del fallo “*Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas Serie C N°242 – 27-4-2012*” emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar su influencia en el nuevo sistema de adopciones, y finalmente, indagaremos acerca de la necesidad de las modificaciones introducidas en materia de adopción.

Se utilizará el método descriptivo, ya que lo que pretendemos es analizar la celeridad del sistema de adopción luego de la entrada en vigor de la nueva regulación y si se logra con esta regulación la protección del niño, niña o adolescente en el proceso de adopción, en todo el territorio de la República Argentina. Todo ello, apoyado sobre la base de legislación, doctrina y jurisprudencia.

La estrategia metodológica que utilizaremos será la cualitativa, ya que buscaremos observar de manera integrada el funcionamiento del sistema de adopción y el proceso propiamente dicho. Sumado a aquello, analizaremos la jurisprudencia más relevante en la materia, antes y luego de la entrada en vigencia del Código Unificado. Todo ello, con el propósito de analizar de manera crítica y de poder comparar el sistema de adopciones antes y después de la nueva regulación. En esta investigación utilizaremos la técnica de observación de datos y documentos.

El desarrollo de nuestro TFG comprenderá cuatro capítulos. En el primero analizaremos la recepción legal de instituto jurídico de la adopción, explicaremos la influencia que tuvo la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños en la nueva regulación, desarrollaremos el concepto de adopción y los principios rectores del instituto. En el segundo capítulo desarrollaremos y analizaremos las distintas etapas que comprenden el nuevo procedimiento de adopción. En el tercer capítulo de nuestro trabajo realizaremos un análisis del fallo “Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas Serie C 242- 27-4-2012.” Emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, describiremos los hechos y como ha sido el proceso, por lo cual, inevitablemente analizaremos la violación que se ha hecho del proceso judicial de la adopción en el citado caso y nos preguntaremos y desarrollaremos acerca de la incidencia del fallo sobre la regulación de la adopción en el nuevo Código. Por último, en el capítulo cuarto indagaremos acerca de la necesidad de una nueva regulación, los cambios que trajo y si estos contribuyen a un sistema de adopción más ágil, eficiente y eficaz.

Finalmente, elaboraremos las conclusiones finales a las que abordaremos, las cuales tendrán por resultado saber si las modificaciones en materia de adopción han sido acertadas o no, si dan la celeridad apropiada de la que el proceso debe gozar y si la nueva regulación protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para lo cual, analizaremos el funcionamiento del sistema de adopciones en comparación con el anterior.

CAPITULO I

“El instituto jurídico de la adopción”

1.1. Introducción

La institución jurídica de la adopción, en nuestra legislación, es reconocida a partir del año 1948, cuando se sancionó la ley 13.252, que incorporó la adopción al ordenamiento jurídico argentino (González de Vicel, 2015).

Los fines de la adopción han ido cambiando a lo largo del tiempo, este instituto jurídico ha tenido como finalidad en la antigüedad la continuidad del culto doméstico, la perpetuidad de la familia, es decir, los fines eran de carácter político o religioso, y en algunas partes del mundo, de índole guerrero (Bossert y Zannoni, 2004). El adoptado no era más que un instrumento de perpetuación, ya que la adopción se organizaba en favor de la familia adoptante (Baelo Álvarez, 2014).

La concepción de la adopción ha cambiado y hoy tiene una finalidad muy distinta a la de sus orígenes, pues ya no se centra en las necesidades del adoptante y en su deseo de ser padre (Obligado, 2015). Actualmente la doctrina establece que el objeto de la adopción es la protección de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que satisfaga sus necesidades tanto afectivas como materiales, cuando su familia de origen no pueda hacerlo (González de Vicel, 2015). Se persigue que los niños, niñas y adolescentes, ante la falta de posibilidades de su familia de origen, encuentren el amparo de una familia adoptiva que lo proteja y le provea todo lo necesario para su crecimiento y desarrollo. En palabras de Bossert y Zannoni (2004) la adopción como hoy la conocemos nada tiene que ver con la adopción conocida en siglos anteriores, pues las finalidades eran otras (p. 481). El adoptado hoy ya no es un instrumento más de la adopción, sino que es considerado sujeto de derechos, y como tal, es que el instituto de la adopción se encuentre centrado en su interés superior y en el respeto y

compromiso hacia el derecho del adoptado a conocer sus orígenes, dos principios que en la antigüedad eran impensados (Bossert y Zannoni, 2004).

En este primer capítulo realizaremos un análisis sobre la evolución histórica del instituto jurídico de la adopción para conocer su transformación a lo largo de los años, analizaremos la recepción legal del instituto en el Código Unificado y la influencia de la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños sobre la nueva regulación, para luego pasar a desarrollar el concepto y la finalidad de la adopción. Por último, analizaremos los principios por los que se rige el instituto.

1.2. Recepción legal del instituto.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la adopción a partir del año 1948, cuando se sancionó la ley 13.252, que introducía lo que hoy llamamos adopción simple (González de Vicel, 2015). Esto fue así ya que Vélez Sarsfield se había manifestado en contra de este instituto, argumentando que la adopción no estaba en nuestras costumbres, no lo exigía ningún bien social y en que la misma se había dado sólo en casos muy singulares. Si bien la ley 13.252 terminó con las inscripciones fraudulentas, fue una ley muy criticada, una de las tantas críticas fue que la adopción estaba sólo al alcance de las familias más pudientes (Baelo Álvarez, 2014). En 1971 se sancionó una nueva ley de adopción, la ley 19.134, que derogó a la 13.252. Esta ley amplió los efectos y alcances de la adopción, reconociéndose en ella, dos tipos de adopción: la simple que ya estaba regulada en la anterior ley derogada y la adopción plena, incorporada por esta ley, sin embargo, los defectos y omisiones se fueron haciendo cada vez más visibles con el paso del tiempo por lo que afloraba la necesidad de su reforma (Bossert y Zannoni, 2004). Si bien se presentaron diversos proyectos de reforma a esta ley, en palabras de Bossert y Zannoni (2004)

“todos ellos coincidieron en mantener el doble régimen de la adopción – simple y plena –, pero tratando de flexibilizar requisitos o suplir deficiencias advertidas en la aplicación de aquella” (p. 487). Las leyes mencionadas sólo hablaban de los aspectos generales de la adopción, es decir, sobre quienes podían adoptar y quienes no, quienes podían ser adoptados y quienes no, sobre la diferencia de edad que se debía respetar entre adoptante y adoptado, de los tipos de adopción y de las prohibiciones que cada una de estas leyes estipulaba (Baelo Álvarez, 2014).

En 1997, la ley 24.779 modificó el régimen de la adopción en varios aspectos, introduciendo su reglamentación al articulado del Código Civil de Vélez Sarsfield. Esta ley le dio luz a los derechos del adoptado, a partir de darle la posibilidad de conocer sus orígenes luego de que haya cumplido los 18 años de edad. El primero de Agosto del año 2015, entra en vigencia en nuestro país el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Este Código Unificado incorpora la ley 24.779, en el Libro Segundo. Relaciones de familia. Título IV. Adopción. Capítulo I. Disposiciones Generales. Artículos 594 al 606. Éste trae consigo, no solo modificaciones que intentan agilizar y dar celeridad al procedimiento de adopción, sino también un nuevo paradigma con respecto al niño, niña o adolescente, como protagonista del instituto (González de Vicel, 2015). La adopción está centrada en el interés superior del niño, niña o adolescente, es decir, en considerar la voluntad del adoptado; en garantizarles el cumplimiento de sus derechos fundamentales y en brindarles la protección necesaria; algo que para las antiguas concepciones de la adopción era impensado.

1.3. Influencia de la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños.

Instrumentos internacionales como la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños, han sido incorporados en 1994 a nuestro derecho interno a través del artículo 75, inc. 22 de nuestra carta magna, gozando de jerarquía constitucional y entendiéndose complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos². Bien sabemos que todos los estados partes deben velar por la aplicación y vigencia de los mismos. Por lo tanto, nuestro Estado debe garantizar el cumplimiento de todos los principios contenidos en la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños, mediante la instrumentación de los mecanismos necesarios para ello (González de Vicel, 2015). Dicha Convención sostiene en su artículo 3 que “el interés superior del niño debe regir cualquier tipo de interpretación judicial, legislativa y aun administrativa”. De lo que se interpreta que en caso de conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses, prevalecerán los primeros. En palabras de Herrera (2015) “el interés superior del niño, vendría a ser una directriz que cumple una función correctora e integradora de las normales legales [...]” (p. 31). De aquí que el nuevo Código se ocupe prioritariamente de este principio rector.

El artículo 8 de la Convención compromete a los estados partes a la preservación de la identidad del niño, niña o adolescente, en tanto que el artículo 12 garantiza el derecho del niño, niña o adolescente a expresar su opinión y a que esta sea tenida en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Esto último se evidencia en varios de los artículos del Código Unificado, que regulan la participación activa de los niños, niñas y adolescentes en todos los procesos de familia que le atañen (Herrera, 2015). Los artículos 20 y 21 de la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños obligan a los estados partes a proporcionar protección a aquellos niños,

² Artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

niñas y adolescentes privados de su familia biológica o a aquellos cuyo interés superior sea no permanecer en ella, y brindarles la asistencia especial requerida. Los estados que reconocen la adopción deberán cuidar que el interés superior del niño sea la consideración primordial³.

En palabras de Herrera (2015), la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños es una herramienta normativa central en todo lo relativo a los derechos de los niños, niñas o adolescentes. Es por ello que los preceptos de la Convención han sido incorporados al Código Unificado en el artículo 595, como principios rectores, velando por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y por el cumplimiento del debido proceso de adopción (González de Vicel, 2015).

1.4. La adopción. Concepto y caracteres.

Obligado (2015) afirma que el concepto de adopción “se ha redefinido, en consideración del interés superior del niño, niña y /o adolescente, como una institución de orden público e interés social que permite crear, mediante sentencia rendida al efecto, un vínculo de familia voluntario [...]” (p. 441). El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a diferencia del Código de Vélez, conceptualiza al instituto jurídico de la adopción (González de Vicel, 2015). De esta manera, el artículo 594 del Código Unificado establece que la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le puedan ser proporcionados por su familia de origen. Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras (2014) sostienen que “Primero debe

³ Artículo 21 de la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños.

indagarse sobre las razones de esta dificultad, no siendo una razón viable la falta de recursos económicos de la familia de origen para que el niño no permanezca en ella” (p. 25). El artículo 594 termina por aclarar que la adopción solo se otorga por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo (González de Vicel, 2015). Pues, existen distintas teorías que definen la adopción: la contractual y la judicial. La adopción contractual es aquella por la cual el vínculo jurídico de filiación surge de un convenio o acuerdo, el que generalmente, consta en escritura pública. Las leyes argentinas, por su parte, se han separado totalmente de aquellas legislaciones en que se admite la adopción como un contrato o como resultado de un acuerdo de voluntades (Borda, 2003). En palabras de Borda, (2003) “en nuestro derecho positivo la concepción de la adopción como contrato no tiene asidero posible [...]” (p. 118).

Afirmamos, entonces, que en casos de niños, niñas y adolescentes vulnerables, que no puedan ser criados por sus padres biológicos, el Estado, en concordancia con el derecho internacional y nuestra carta magna, tiene la responsabilidad de encontrarles otro grupo familiar en el cual puedan crecer y desarrollarse (González de Vicel, 2015). Por lo tanto, el eje central de tal instituto son los niños, niñas y adolescentes y no los pretensos adoptantes, quienes desean ser padres y ven a este instituto como una herramienta de acceso hacia a la consecución de ese deseo.

1.4.1. Principios generales.

La nueva regulación del sistema de adopciones se rige por principios esenciales que vienen a enriquecer, optimizar y perfeccionar el funcionamiento del sistema y a realzar la nueva posición que hoy ocupan los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos que son

(Herrera, 2015). Los principios fundamentales⁴ por los que se rige la institución jurídica de la adopción son, el interés superior del niño, el respeto por su derecho a la identidad, el agotamiento de la posibilidad de permanencia en la familia de origen, la preservación de vínculos fraternos, el derecho a conocer sus orígenes y el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez⁵. Estos principios, han sido conceptualizados como mandatos de optimización, derechos para el ejercicio de los derechos, directrices para resolver conflictos de derechos de igual reconocimiento, lineamientos para resolver problemas de interpretación ante lagunas normativas, etc. (González de Vicel, 2015, p. 356)

De lo redactado ut supra se desprende que la adopción, luego de la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación, tiene como primer principio rector, al interés superior del niño, niña o adolescente⁶, principio este que se encuentra plasmado en instrumentos nacionales, como la ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (N°26.061)⁷, y en instrumentos internacionales, como en la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños, más precisamente en su artículo 3, que expresa que los estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial (González de Vicel, 2015). A la hora de otorgar una adopción, el juez deberá valorar el interés superior del niño, niña o adolescente, que prevalecerá por sobre los intereses del o de los adoptantes y por sobre el de los padres biológicos (Obligado, 2015). La noción del interés superior del niño invadió todo el ordenamiento jurídico

⁴ Artículo 595 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵ La Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones.

⁶ Artículo 595, inc. a). del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁷ Artículo 1 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes N°26.061.

presentándose como uno de los cuatro principios más significantes que rigen el instituto (Kemelmajer de Carlucci et al., 2014).

Otro de los principios que recepta el Código es el derecho a la identidad. El derecho del adoptado a conocer su identidad deberá respetarse, ya que el cambio de filiación no supone de manera alguna que el adoptado no pueda o no deba conocer sus orígenes, es decir, saber de dónde proviene (Obligado, 2015). La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo 8 establece que “[...] los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”⁸

El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, es otro de los principios rectores de la adopción. Según expresa Obligado (2015) “La intención de este principio legal es tasar el tiempo del proceso para el niño, niña y adolescente [...]” (p. 451). En otras palabras, este principio nos dice que ante la imposibilidad de que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen, se tome la decisión -no de manera apresurada pero si necesaria y que no devenga en demorada- de declararlo en situación de adoptabilidad, con el fin de no privarlo del derecho a tener un familia (Obligado, 2015).

Nuestro actual sistema de adopciones se rige también, por la preservación de los vínculos fraternos⁹, el artículo 596 del Código Civil y Comercial de la Nación, en su inciso d) prioriza la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de los vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas.

⁸ Artículo 8 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños.

⁹ Artículo 596, inc. d). del Código Civil y Comercial de la Nación.

El nuevo Código Unificado le dedica un extenso artículo al derecho a conocer los orígenes, y es en el en donde se puede destacar una importante incorporación que ha hecho el legislador en el sistema de adopciones como es el acceso que tiene el adoptado al expediente judicial y administrativo por el cual se tramitó su adopción. Obligado (2015) afirma al respecto que “[...] conforme a lo que establece el Código, el adoptado con edad y grado de madurez suficiente, conocerá los entretelones jurisdiccionales que lo llevaron a su actual estado de hijo adoptivo” (p. 453). El expediente administrativo y judicial tendrá que contener la mayor cantidad de datos, sean estos: historias clínicas, certificados, fotografías, legajos escolares, constancias de hogares de tránsito, antecedentes penales y médicos, para proveerle al adoptado toda la información referida a su familia de origen, cuando su edad y grado de madurez así lo permitan (Gonzalez de Vicel, 2015). Según lo que establece el artículo 596 en su tercer párrafo, además del derecho de acceso al expediente, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes, para lo cual deberá contar con asistencia letrada¹⁰

El principio del derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, se encuentra regulado en artículo 596, inc. f) del Código Unificado. Es obligatorio requerir el consentimiento del niño, niña o adolescente a partir de los diez años. La Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños se expide sobre este principio en su artículo 12, inciso 1 estableciendo que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Mientras que el inciso

¹⁰ Artículo 596 del Código Civil y Comercial de la Nación.

2, por su parte, hace hincapié en la oportunidad del niño de ser escuchado en todo el procedimiento judicial o administrativo que le afecte. Anteriormente, el niño era escuchado por el juez siempre y cuando sea mayor de diez años o cuando éste así lo juzgara conveniente, el nuevo Código eliminó la limitación de edad para que el adoptado pueda ser oído y consagra a este principio como un elemento valioso y necesario a la hora de resolver lo que mejor resulte al interés superior del niño, niña o adolescente (Obligado, 2015).

El Estado deberá garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a crecer y desarrollarse en el seno de una familia adoptiva, cuando no le sea posible en su familia biológica (González de Vicel, 2015). Para cumplir con este objetivo, el Estado deberá apoyarse en los principios mencionados en este capítulo, principios que rigen y sustentan la adopción y velan por los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Kemelmajer de Carlucci et al., 2014). Para resumir y en palabras de Obligado (2015) “Lo determinante de estos principios legales es que deben estar presentes en la sentencia de adopción bajo pena de nulidad del acto jurisdiccional (sentencia)” (p. 442).

1.5. Conclusiones parciales.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación hace constantemente hincapié en la finalidad del instituto jurídico de la adopción, y creemos que es a partir de aquí donde inicia el gran cambio que trae esta nueva normativa. Pues, con el anterior sistema la finalidad de este instituto se veía distorsionada por los pretensos adoptantes, quienes creían que el objetivo de la adopción era satisfacer el deseo frustrado, de muchos de ellos, de ser padres. El nuevo sistema no sólo protege al niño, niña o adolescente y le garantiza el goce de sus derechos en el seno de una

familia que le provea todo lo necesario para su desarrollo integral y pleno, sino que, además, hace que se genere consciencia entre los adultos a cerca del fin de la adopción, es decir, hace que quienes deseen adoptar lo hagan con motivos más humanos, por el prójimo, y no sólo por un deseo egoísta. El estado pasa a tener un rol más activo en el sistema de adopción a partir de la entrada en vigencia del Código Unificado, pues las nuevas normas relativas a la adopción se encuentran impregnadas de los preceptos de la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños, preceptos que comprometen a todos los estados que ratificaron la Convención a cumplir y velar por ellos. Por lo que el Estado, ante la situación de vulnerabilidad y abandono de un niño, niña y adolescente, deberá tomar las medidas que considere más apropiadas para garantizar la protección del niño, niña o adolescente, el goce pleno de sus derechos, y su crecimiento y desarrollo dentro de una familia que satisfaga sus necesidades no sólo materiales, sino también afectivas.

Los preceptos de la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños impactan desde lleno en el nuevo sistema de adopciones, y prueba de ello, es el artículo 559 del Código que establece los principios por los cuales se deberá regir la adopción. Principios estos, que colocan al niño, niña y adolescente como protagonista indiscutible de todo el proceso de adopción, en el cual se respetará su derecho a la identidad; se lo escuchará; se tendrá en cuenta su opinión, su interés superior; se preservarán los vínculos fraternos; y se agotarán las posibilidades de permanencia en su familia de origen.

Era necesario que el sistema de adopciones sufriera modificaciones, ajustándose, no sólo al contexto social en el cual hoy vivimos, sino fundamentalmente que se ajuste a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, derechos que durante años han sido vulnerados, violados y quebrantados.

CAPITULO II

“El procedimiento de adopción”

2.1. Introducción.

En cuanto al sistema de adopciones el nuevo Código Unificado regula dos procesos judiciales y uno administrativo (Medina, 2012). El nuevo procedimiento de adopción se caracteriza por garantizarle al niño, niña o adolescente el cumplimiento de todos sus derechos (Lorenzetti, 2015). Por lo tanto, el proceso deberá cumplir, desde el inicio del procedimiento administrativo hasta la sentencia de adopción, con los preceptos de la Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños y con nuestra Carta magna. El niño, niña o adolescente es el protagonista indiscutible de este nuevo procedimiento, su voz deberá ser escuchada y su interés superior deberá estar presente en cada decisión judicial (Medina, 2012).

2.2. Declaración judicial de la situación de adoptabilidad.

Esta nueva etapa dentro del proceso de adopción, denominada declaración judicial de la situación de adoptabilidad, se encuentra regulada en el Título VI, capítulo 2 del Código Civil y Comercial, artículos 607 a 610. Anteriormente el artículo 317 del Código de Vélez Sarsfield disponía que la declaración de adoptabilidad se dictara en el mismo acto en el que se otorgaba la guarda con fines de adopción (Rivera y Medina, 2015). Actualmente la declaración judicial de la situación de adoptabilidad es un procedimiento previo al juicio de adopción propiamente dicho, el cual se rige por reglas propias y en el que, fundamentalmente, se detalla el rol de la familia biológica y de la que pretende adoptar (Rivera y Medina, 2015). Por lo tanto, en este proceso, el niño, niña o adolescente es declarado en situación de adoptabilidad cuando se llevaron a cabo todas las medidas tendientes a garantizar su permanencia en la familia de origen, sin resultados positivos al respecto (Seda, 2018).

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dictará cuando el niño, niña o adolescente no tenga filiación establecida o sus padres hayan fallecido y se haya agotado la búsqueda de familiares de origen, aquí el órgano administrativo deberá buscar a los familiares de origen por un plazo de 30 días, prorrogables por 30 días más, si existen razones debidamente fundadas; cuando los padres hayan tomado la decisión libre e informada de que el niño, niña o adolescente sea adoptado, decisión que será válida cuando hayan transcurridos 45 días desde el nacimiento de hijo, esto es así para que los padres que vayan a dar a su hijo en adopción puedan tomar una decisión razonada y madura; o cuando las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no hayan dado resultados en el plazo máximo establecido en nuestro Código Civil y Comercial (Rivera y Medina, 2015). La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no podrá ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente se ofrece a asumir su guarda o tutela y tal pedido es coincidente con el interés superior del niño, niña o adolescente¹¹.

Al respecto del artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación, Rivera y Medina (2015) comentan que este artículo genera todo tipo de dudas y pone como ejemplo el caso de una joven madre, que aún vive con sus padres, planteándose ante dicha situación, que sucedería si éstos ofrecen asumir el cuidado de su nieto, pese a la negativa de su hija, quien habría manifestado su deseo de no criar y por lo tanto dar en adopción. La contradicción, según Rivera y Medina (2015), radica en que el niño seguiría viviendo, en este caso, en su grupo familiar de origen, donde convivirá con su madre, quien manifestó su deseo de no criarlo.

Dicho lo anterior, podemos citar un fallo del 07/06/17 en el que el tribunal ordena revocar la declaración de adoptabilidad de una niña, otorgándole la guarda a su abuela materna. La

¹¹ Artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación.

decisión del tribunal se funda en que debe priorizarse el mantenimiento de los lazos biológicos por sobre otras posibilidades, salvo que existan motivos y razones suficientes y debidamente fundadas, para optar por separar a la niña de su familia biológica. El tribunal entendió que “declarar el estado de situación de adoptabilidad de la niña, sin agotar la posibilidad de que un familiar como es su abuela materna, quien además, se encarga del cuidado de su hermano, asistiéndolo en todas sus necesidades, asuma su guarda o tutela, resulta contrario a su interés superior”¹²

Creemos que en supuestos como el citado y ante el análisis de Rivera y Medina (2015), cada caso en particular deberá ser analizado minuciosamente, teniendo en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente, realizando un análisis de que será lo más positivo y conveniente para su futuro desarrollo y, además, contar con su opinión cuando su edad y grado de madurez lo permitan.

Otro supuesto completamente distinto al que citamos anteriormente, pero con la misma intención, es decir, asumir la guarda de un niño, niña o adolescente, sería el del referente afectivo. Con fecha 27/03/2017, el referente adoptivo de un niño, se opone al dictado de situación de adoptabilidad de éste. La oposición formulada por quien fuere profesor del niño en cuestión, se fundamenta en la desprotección por parte de los progenitores del niño, el desinterés y la falta de capacidad de éstos para resguardarlo, asumiendo el profesor, ante dicha situación, el cuidado del niño. El profesor alega que el niño se encuentra plenamente integrado a su familia y que separarlo implicaría un dolor irremediable, por lo que se hace lugar a su pedido, rechazando la solicitud de declaración de adoptabilidad, y disponiéndose, además, a declarar la privación de la responsabilidad parental y emplazar al referente afectivo a iniciar los trámites de la guarda

¹² Cám. Apel. Gualeguaychú Sala I – 07/06/2016 – IUSJU010224E.

preadoptiva¹³. La presencia de un referente adoptivo, como en este caso, quedará a consideración del juez, quien en caso de entender que esto es valioso para el niño, niña o adolescente en cuestión, no dictará la declaración de adoptabilidad (Rivera y Medina, 2015).

Con relación a la privación de responsabilidad parental, el nuevo Código Unificado en su artículo 610 establece que la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad, claro está, siempre que se haya dictado en contra de los dos progenitores (Rivera y Medina, 2015).

En cuanto a los sujetos que son parte de este procedimiento, el Código, en el artículo 608 menciona: el niño, niña o adolescente con asistencia letrada y con carácter de parte, si tiene edad y grado de madurez suficiente; los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescente, con carácter de parte, que a diferencia de la legislación anterior los establece como parte obligatoria del proceso; el organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial. Anteriormente el organismo administrativo no tenía participación en calidad de parte del proceso (Medina, 2012). Y por último menciona al Ministerio Público, que actuaba en forma complementaria según la regulación del Código derogado, y ahora lo hace en carácter de parte. Además, cuando el Ministerio Público no actuó en el proceso, se dará origen a la nulidad relativa del acto. (Lorenzetti, 2015). El juez podrá escuchar también, a los parientes y otros referentes adoptivos del niño, niña o adolescente¹⁴.

El magistrado deberá resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días. El procedimiento para obtener la declaración judicial de situación de

¹³ Juz. en lo Civ. y Com., de Conciliación, Fam., Inst., Menores y Falta, Cura Brochero "C., J. G. s/ Control de legalidad" Llon line AR/JUR/17568/2017.

¹⁴ Artículo 608 del Código Civil y Comercial de la Nación.

adoptabilidad¹⁵ tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales. El juez deberá entrevistar personalmente a los padres, si existen, y al niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita (Seda, 2018). Rivera y Medina (2015) afirman que “de este modo, la declaración judicial de adoptabilidad es regulada como un proceso autónomo con reglas precisas que respetan los derechos de los principales involucrados en esta primera etapa: el niño y sus progenitores” (p. 444). A los fines de dar inicio al proceso de guarda con fines de adopción, la sentencia de declaración de situación de adoptabilidad deberá disponer que se remita al juez interviniente, en un plazo no mayor a diez días, el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda (Seda, 2018).

2.3. Guarda con fines de adopción.

Una vez declarado el estado de situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente y remitidos al juez los legajos de aspirantes a adopción que el registro crea que mejor responden a las necesidades del posible adoptado, el juez elegirá uno de esos legajos (Kemelmajer de Carlucci et al., 2014). El Código no establece un plazo para que el juez seleccione el legajo que mejor se ajuste a las necesidades del niño, niña o adolescente, por lo que muchas veces el proceso se interrumpe, hasta que el juez haga la elección de ese legajo. Bossert y Zannoni (2004) dicen al respecto que “los datos de los aspirantes constarán en un legajo en el que deben asentarse sus datos personales y de familia, y las evaluaciones jurídicas, médicas, psicológicas y socioambientales de ellos y de su núcleo familiar” (p. 524). Para la selección tomará en cuenta, entre otras cosas, las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos

¹⁵ Artículo 609 del Código Civil y Comercial de la Nación.

adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente (Kemelmajer de Carlucci et al., 2014). Luego, entrevistará a los postulantes para conocerlos y contarles la situación del niño, niña o adolescente (Seda, 2018). El juez deberá citar al niño, niña o adolescente para que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. El Código Unificado dispone, que para esos fines, o para otras actividades que el juez considere pertinentes, convocará a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo éste, que podrá comparecer también de manera espontánea¹⁶.

Si el juez da su permiso, se iniciará entre el niño, niña o adolescente y los posibles adoptantes un período llamado de vinculación, con el objetivo de que se conozcan. La duración de este período de vinculación dependerá del vínculo que vayan construyendo y si la vinculación resulta positiva, el juez dictará la guarda con fines de adopción (Kemelmajer de Carlucci et al., 2014). Bossert y Zannoni (2004) afirman que “[...] se establece en beneficio del menor asegurando al juez que existe un afecto por parte del adoptante y que no se trata de una decisión precipitada o que responde a móviles subalternos [...]” (p. 518). Por otra parte, vale aclarar que, la guarda con fines de adopción sólo puede ser otorgada a quienes se encuentren inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (Lorenzetti, 2015).

En cuanto a la guarda de hecho, el artículo 318 del Código Civil de Vélez Sarsfield rezaba: “Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo” esto no constituía una prohibición para el otorgamiento de la guarda de hecho, ni tampoco una imposibilidad para que los progenitores elijan quienes van a ser los guardadores de sus hijos, por aplicación del principio de que todo lo que no está prohibido está

¹⁶ Artículo 613 del Código Civil y Comercial de la Nación.

permitido (Di Lella, 1997). En forma acertada nuestro nuevo Código prohíbe expresamente en su artículo 611 la guarda de hecho, es decir, la entrega directa de niños, niñas o adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares biológicos del niño, niña o adolescente (Lorenzetti, 2015). Es aquí, con la prohibición expresa de la entrega directa en guarda, que el Código Unificado se diferencia del articulado del Código derogado. Con esto se pretende evitar que muchos niños, niñas y adolescentes, sean vendidos por su familia de origen ante la necesidad económica que les aqueja, quedando el niño, niña o adolescente, puestos en un lugar de objeto y no como sujetos de derechos, como así también, para evitar el mal accionar de los organismos administrativos que consolidaban estas situaciones de hecho sin control jurisdiccional alguno (Bossert y Zannoni, 2004). Ante el incumplimiento de lo dispuesto, el juez procede a separar, transitoria o definitivamente, al niño, niña o adolescente de su pretense guardador. La excepción a la norma es la existencia de parentesco entre los progenitores, el niño, niña o adolescente y los pretensos guardadores (Lorenzetti, 2015).

Sin embargo, varios fallos dictados luego de la entrada en vigencia del Código Unificado, sientan jurisprudencia en cuanto a quienes invocan guarda de hecho con el fin de petitionar una guarda preadoptiva (Kemelmajer de Carlucci et al., 2014). En un fallo con fecha 19/05/2017 los guardadores de hecho de un niño solicitaron su adopción plena, siendo la misma otorgada por el tribunal, entendiéndose que, quienes han sido sus guardadores de hecho durante siete años, han velado por la satisfacción de las necesidades materiales, físicas, culturales, educativas, espirituales y emocionales del niño; su progenitora ha consentido la adopción; y el adolescente, asesorado por un abogado, ha sido oído y ha manifestado expresamente su deseo de ser adoptado por el matrimonio M. M. Si bien invocar una guarda de hecho con el fin de acceder a una

adopción plena, como en este caso, implica sortear el sistema legalmente establecido por el Código como vía de acceso a la adopción, y la excepción a la norma no se adecua al caso concreto, pues resulta cierto también que separar al adolescente de sus guardadores de hecho implicaría un nuevo estado de vulnerabilidad y de desamparo, por lo que no sería posible tomar esa determinación (Lorenzetti, 2015).

La resolución de otorgar la adopción plena al matrimonio que fuere los guardadores de hecho del adolescente se justifica en que el interés superior del adolescente se encuentra garantizado; en que mantener su estado actual garantiza su derecho a vivir y seguir desarrollarse en el seno de la familia que lo cobija hace siete años; en que sus guardadores han respetado su derecho a la identidad, conociendo el adolescente su origen, su familia biológica, y manteniendo los vínculos con la madre y sus hermanos biológicos (Lorenzetti, 2015). El fallo reza en uno de sus párrafos que “esto es esencial al momento de resolver, es el claro reconocimiento de sus derechos, más allá de las normas cuyas disposiciones se hubieran vulnerado, en principio por su progenitora y luego por sus guardadores y sobre todo por el Estado ausente ante la vulneración de los derechos de este niño”. Por último, el tribunal fundamenta que “el artículo 3.1. de la CDN ordena sobreponer el interés superior del niño a cualesquiera otras consideraciones” entendiéndose así que corresponde declarar la inconstitucionalidad por incompatibilidad de los artículos 613, primera parte, del Código Civil y Comercial de la Nación y 634, inc. h)¹⁷. Creemos que la prohibición de la guarda de hecho tal como está expresada en nuestro Código Unificado es acertada, sin embargo, el criterio del tribunal en este fallo, al considerar situaciones ya existentes, también nos parece correcto, en cuanto a que se cumple con el propósito de la adopción y se respeta el interés superior del adolescente, ubicándolo como figura central del instituto. Lorenzetti (2015) afirma al respecto que “la jurisprudencia ha dado cuenta de este tipo de

¹⁷ Juz. Flia. 1ºInst. Comodoro Rivadavia “M., A. E. y M., L. H. s/ Adopción” LLon line AR/JUR/42356/2017

situaciones y en una gran cantidad de casos ha sido priorizando el vínculo afectivo frente a los restantes derechos en conflictos [...]” (p. 123).

En cuanto a la duración de la guarda, el artículo 316 del Código de Vélez Sarsfield rezaba: “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”. Mediante este artículo se le permitía al juez establecer el plazo de duración de la guarda desde que la otorgaba (Bossert y Zannoni, 2004). Si bien, el propósito de este artículo era que ese plazo se ajuste a las circunstancias de cada caso en particular, no hacía más que a la lentitud del proceso. Es por ello que, en el nuevo Código Unificado, el legislador ha establecido en el artículo 614 que el plazo de duración de la guarda no podrá excederse de seis meses -es decir, podrá ser inferior, pero no podrá superar ese plazo- en donde el posible adoptante deberá convivir con el posible adoptado. De este modo se pretendió dar celeridad al proceso de guarda. Este mismo artículo establece que la sentencia de guarda con fines de adopción deberá ser dictada por el mismo juez que declaró la situación de adoptabilidad (Seda, 2018).

2.4. Juicio de adopción.

Obligado (2015) define al juicio de adopción como “un proceso que tiene por objeto el dictado de una sentencia constitutiva que apareja el emplazamiento de una persona en el estado de hijo adoptivo [...]” (p. 480).

Entonces, vencido el plazo de la guarda, el juez interviniente, de oficio, a pedido de parte o de la autoridad administrativa, da inicio al proceso de adopción propiamente dicho. Bossert y Zannoni (2004), afirman que, para ese entonces el juez “ya ha realizado un control de legalidad y

también de mérito sobre la situación de adoptabilidad del menor y sobre la persona de quienes lo han recibido en guarda, precisamente con la finalidad de adoptarlo [...]” (p. 532).

Que el juez pueda iniciar de oficio el proceso de adopción es una innovación acertada que implementa el Código para que el plazo de la guarda no se exceda de los seis meses de duración en caso de que los pretendientes adoptantes no den inicio al proceso (Seda, 2018). El juez competente para ello, será el juez que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretendientes adoptantes, el del lugar en el que el niño, niña o adolescente, tiene su centro de vida¹⁸. Para Lorenzetti (2015) que la adopción se tramite ante el mismo juez o tribunal que otorgó la guarda con fines de adopción es conveniente, “pues es el que cuenta con todos los elementos de análisis y conoce a todos los protagonistas de la historia desde el comienzo” (p. 137).

Son partes del proceso de adopción, los pretendientes adoptantes y el pretense adoptado, quién deberá comparecer con asistencia letrada, según su edad y grado de madurez (Bossert y Zannoni, 2004). No son partes del proceso los padres biológicos, que si bien el magistrado tiene la obligación de entrevistarlos y escuchar los argumentos por los cuales deciden entregar en adopción a su hijo, ello no los legitima a ser partes del proceso de adopción propiamente dicho. En relación a esto, Lorenzetti (2015) afirma que esta exclusión del proceso de adopción se debe a que éstos tuvieron intervención en el proceso administrativo y en el juicio de declaración de adoptabilidad. Durante el proceso el juez deberá escuchar personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión, según su edad y grado de madurez. Si el pretense adoptado es mayor de diez años, este deberá prestar consentimiento expreso para su propia adopción.

La participación activa y efectiva que el Código le otorga al niño, niña o adolescente en el proceso de adopción, se evidencia aquí, donde la charla entre el magistrado y el pretense adoptado es fundamental y necesaria, pues anteriormente, el juez sólo escuchaba al niño, niña o

¹⁸ Artículo 615 del Código Civil y Comercial de la Nación.

adolescente si lo estimaba conveniente (Obligado, 2015). El magistrado que entrevista, dice Lorenzetti (2015), deberá observar, saber preguntar, generar confianza, atender a los detalles, tener presente el grado de autonomía del niño, niña o adolescente y su desarrollo madurativo; y asegurarse que la manifestación sea propia, y no inducida por los adultos. El Código pone como protagonista del proceso al niño, niña o adolescente y garantiza de esta forma su derecho a ser oído y fundamenta con ello, la decisión del juez, en cuanto a otorgar o no la adopción (Lorenzetti, 2015).

La sentencia que otorgue la adopción, es una sentencia constitutiva, que tiene efectos retroactivos a la fecha del otorgamiento judicial de la guarda (Obligado, 2015). Excepto cuando se trate de una adopción de integración, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción¹⁹. Tanto la sentencia de adopción, como su revocación, conversión y nulidad, deben ser inscriptas en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas²⁰. Esto es así a los fines de dar la mayor publicidad posible al título de estado que se creó mediante la sentencia (Bossert y Zannoni, 2004).

2.5. Conclusiones parciales

En cuanto a las novedades y modificaciones que se introdujeron en el procedimiento de adopción, afirmamos, que el juez competente para dictar la sentencia de adopción, sea el mismo que declaró el estado de situación de adoptabilidad del niño, niña o adolescente y el que otorgó la guarda con fines de adopción, nos parece lo correcto, ya que evidencia la intención del legislador en agilizar y dar celeridad al trámite, también nos parece acertado, en cuanto a que conoce en su totalidad la historia de vida del niño, niña o adolescente cuya adopción se tramita.

¹⁹ Artículo 618 del Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁰ Artículo 637 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La incorporación de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad viene a confirmar la característica de última instancia de la adopción y es, además, el presupuesto necesario para dar inicio al proceso de adopción.

El nuevo Código prohíbe, al igual que el Código derogado, la guarda de hecho, pero a nuestro criterio, el artículo del nuevo Código lo hace con una redacción que no da lugar a interpretaciones vagas del mismo. El objetivo de esta prohibición, es evitar el llamado “mercado negro de niños”, es decir, la entrega de niños, niñas y adolescentes por dinero, como si no fuesen éstos sujetos de derechos, sino objetos. Por otro lado, nos parece acertado que ante situaciones de guarda de hecho preexistentes a la entrada en vigencia del nuevo Código, el magistrado analice el caso concreto y tenga en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente, ya que desprender al niño, niña o adolescente de quienes ostentan el título de padres, no hace más que vulnerar nuevamente sus derechos y ponerlo en un estado de incertidumbre con respecto a su futuro.

El procedimiento de adopción, fue ampliamente cuestionado en nuestro país por la lentitud del trámite debido a los largos plazos de espera; que hacen a la ineficacia de su funcionamiento. El Código Unificado hace un gran esfuerzo por reducir los plazos y porque el proceso sea eficaz imponiendo plazos improrrogables. Sin embargo creemos, que al no determinarse un plazo para la elección del legajo más acorde a la situación del niño, niña o adolescente que se encuentra en situación de adoptabilidad; y no haber determinado un plazo máximo de duración del periodo de vinculación; ni tampoco un plazo para el dictado de la sentencia de adopción, no nos parece acertado, pues dejar estas cuestiones en manos del magistrado o al arbitrio de las normas procedimentales de cada provincia, hacen a un procedimiento dotado de celeridad y eficacia a medias.

CAPITULO III

**“Análisis jurisprudencial del fallo “Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo,
reparaciones y costas Serie C N° 242-27-4-2012””**

3.1. Introducción.

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caratulado como “Fornerón e hija Vs. Argentina” ha sentado jurisprudencia en la materia, siendo utilizado para resolver casos similares, y además de ello, es objeto de estudio desde varias perspectivas debido a su amplio contenido (Lopes, 2014). En lo que respecta a nuestro trabajo, primeramente comentaremos los hechos, luego describiremos la violación que se ha hecho del debido proceso de adopción, todo ello con el fin de analizar la incidencia que este fallo ha tenido en la nueva regulación del instituto jurídico de la adopción.

3.2. Descripción de los hechos y del proceso.

El 16 de Junio de 2000 nace en Victoria, Entre Ríos, la niña M, hija de la Sra. Enríquez y del Sr. Fornerón. La relación que mantenían ambos culminó antes del nacimiento de la niña, razón por la cual, el Sr Fornerón desconocía la existencia del embarazo de la Sra. Enríquez, tomando conocimiento del mismo por una amiga en común de ambos, ante ello, se comunicó varias veces con la Sra. Enríquez para preguntarle si él era el padre del niño por nacer, lo cual fue negado en varias ocasiones por la Sra. Enríquez. El día siguiente al nacimiento de la niña M., la Sra. Enríquez hace entrega de su hija al matrimonio B-Z en guarda provisoria con fines de adopción. Se dejó constancia de la entrega en un acta formal y en presencia del Defensor de Pobres y Menores suplente de la Ciudad de Victoria. Ante el desconocimiento del paradero de la niña y sobre las dudas de su paternidad, el Sr. Fornerón acudió a la Defensoría de Pobres y Menores manifestando su situación y su deseo de hacerse cargo de la niña, en caso de que la misma sea su hija. Se citó ante la Defensoría de Pobres y Menores a la Sra. Enríquez quien

sostuvo que el Sr. Fornerón no era el padre de la niña. Un mes después del nacimiento de la niña M. el Sr. Fornerón pudo confirmar legalmente su paternidad.

El 11 de Julio de 2000 se abre una investigación en cuanto al posible delito de supresión de identidad en el que habría incurrido la madre de la niña M. y en la existencia de indicios que harían suponer la entrega de su hija a cambio de dinero. Dicha causa quedo archivada.

El 1º de Agosto del año 2000 el matrimonio B-Z solicita la guarda con fines de adopción de la niña M., el Sr. Fornerón manifestó su oposición a la guarda y solicitó que la niña M. le fuera entregada. Se les practicó al Sr. Fornerón y a la niña M. un examen de ADN, el cual confirmó el vínculo entre ambos. Sin embargo, y luego de una pericia psicológica que arribó que lo más conveniente para la niña M. “es que permanezca en la familia que reconoce, ya que sería sumamente dañino para la niña su traspaso a otra familia a la cual desconoce”²¹, el 17 de mayo de 2001 el juez de primera instancia otorgó la guarda al matrimonio B-Z e indicó que, para que la niña pueda tener contacto con su padre, se instrumente un futuro régimen de visitas. El Sr. Fornerón recurrió la sentencia, que “fue revocada en apelación dos años después, tras medidas probatorias que habían sido omitidas en primera instancia”²². Ante ello el matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de ley. El 23 de Diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de la niña M.

El 29 de Noviembre de 2010 se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso Fornerón e hija en contra de la República Argentina. La Corte dispuso entre otras cosas, la revinculación del Sr. Fornerón con su hija y responsabilizar al

²¹ CIDH “Fornerón e hija c. Argentina” LOnline AR/JUR/27523/2012.

²² CIDH “Fornerón e hija c. Argentina” LOnline AR/JUR/27523/2012.

Estado argentino por la violación del debido proceso y del derecho de familia y por incumplir con su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno²³.

3.2.1. Análisis de la violación del proceso judicial de la adopción.

Para hacer este análisis primeramente nos ubicaremos en el tiempo. Los hechos de esta causa se suceden en el año 2000 a partir del nacimiento de la niña M., por lo tanto la ley de adopción vigente en ese momento era la Ley 24.779, que regía en nuestro país desde 1997 y que había sido incorporada al texto del Código Civil de Vélez Sarsfield. Entre los artículos más relevantes de esta ley y que hacen al caso concreto, podemos hacer mención de los siguientes: El artículo 316 de dicha ley establecía la duración de la guarda la cual no debía ser menor a seis meses ni superar un año de duración²⁴. Este mismo artículo en su tercer párrafo establecía que la guarda debía ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del adoptado o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo. Por su parte, el artículo 317 fijaba los requisitos que se debían cumplir para la otorgación de la guarda²⁵.

En dicho caso, la madre hace entrega de la niña al día siguiente de su nacimiento, sin el consentimiento del padre biológico de la niña y eludiendo el procedimiento previo a la entrega en guarda con fines de adopción, en los cuales se debería haber investigado e indagado acerca de la situación de la familia de origen de la niña M. con fin de preservar los vínculos familiares. Pues, una adecuada intervención en esta instancia hubiese evitado todo lo ocurrido. El tercer párrafo del artículo 316 tampoco fue respetado. Por otra parte el plazo de duración de la guarda que establecía el artículo, tampoco se cumplió, ya que en el mencionado caso la guarda duró más de tres años. Dice Lopes (2014) que “de manera contundente el factor tiempo operó

²³ CIDH “Fornerón e hija c. Argentina” LOnline AR/JUR/27523/2012.

²⁴ Código Civil de Vélez Sarsfield.

²⁵ Código Civil de Vélez Sarsfield.

consolidando la situación de hecho, pasando a formar ahora la noción del interés superior de la niña quedarse con quien ya había estado más de tres años” (p.4). Aquí es preciso aclarar que luego de que el Sr. Fornerón, mediante un examen de ADN, confirmara legamente su paternidad, se manifestó en contra de la entrega en guarda de su hija. Pese a ello, la niña fue entregada al matrimonio B-Z, haciendo caso omiso de los derechos y deberes que le asisten al Sr. Fornerón como progenitor de la niña M. Lopes (2014) explica que esta decisión fue un claro cuestionamiento y condicionamiento a la capacidad del Sr. Fornerón de poder ejercer su paternidad y que esa denegación que le han hecho de su derecho estuvo basada en estereotipos sobre la familia estándar, con un papá y una mamá, en donde cada uno cumple un rol fundamental, violando de esta manera no sólo los derechos del padre sino que además no han velado efectivamente por el interés superior de la niña.

El artículo 318 del Código de Vélez prohibía expresamente la entrega en guarda mediante escritura pública o acto administrativo²⁶, esto con el fin de evitar la compraventa de niños, niñas y adolescentes, algo que se presume en este caso por el obrar malicioso de la madre, quién podría haber recibido dinero por parte del matrimonio B-Z a cambio de la niña. Lo que también llama poderosamente la atención en este caso, es el accionar del Defensor de Menores y Pobres, ante quien se hace constar la entrega de la niña M., y al cual se lo podría considerar cómplice y partícipe de dicha situación, haciendo suponer que también habría recibido alguna remuneración a cambio de los servicios prestados (Graham y Sardá, 2014). Si bien todo lo anteriormente comentado fue denunciado por el Sr. Fornerón, las actuaciones fueron archivadas en varias ocasiones.

²⁶ Código Civil de Vélez Sarsfield.

El artículo 321²⁷ disponía las reglas que debían observarse en el juicio de adopción, si bien esas reglas se cumplieron, el proceso en el presente caso no fue tramitado en un plazo razonable, dejando a la vista el mal accionar en el ejercicio de sus funciones de todos aquellos funcionarios que han intervenido, evidenciando también, la intención de perjudicar con ello al Sr. Fornerón, quien desde su lugar ha intervenido activamente en todo momento con el fin de poder restablecer los vínculos con su hija (Lopes, 2014). Graham y Sardá (2014) afirman que “el Sr. Fornerón no puso obstáculos a la intervención judicial para evitar una solución al conflicto dentro del plazo razonable, sino todo lo contrario, hizo lo posible para avanzar en la resolución de los mismos” (p. 495). En fin, las reglas del debido proceso no han sido respetadas en lo absoluto. En el presente caso no sólo se ha violado la normativa nacional, sino que además, no se han respetado las disposiciones de Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país.

3.3. Incidencia del fallo sobre las modificaciones introducidas al Código en materia de adopción.

La Ley 24.799, que entró en vigencia en el año 1997, era clara en cuanto a su redacción, sin embargo, muchas veces el accionar de los funcionarios públicos no concordaba con lo que la ley establecía, además de ello, los plazos estipulados no se cumplían y el mercado de niños, niñas y adolescentes no hacía más que incentivar e incrementar las fallas que caracterizaban al sistema de adopción argentino, prueba de ello fue la incansable lucha del Sr. Fornerón por recuperar a su hija.

El fallo “Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas serie C N° 242-27-4-2012”, a nuestro criterio, ha marcado un antes y un después en el sistema de adopciones de

²⁷ Código Civil de Vélez Sarsfield.

nuestro país, y es por ello que creemos que tuvo gran incidencia en la elaboración y resultado final de la regulación que actualmente establece el Código Unificado para el instituto jurídico de la adopción. Lopes (2014) afirma que “la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado al descubierto algunos de los problemas que tiene la adopción en nuestro país” (p. 12). Esta sentencia fue, entonces, un antecedente al nuevo Código Civil y Comercial, que trajo consigo cambios significativos, orientados por la realidad que se vivía en Argentina en torno al sistema de adopciones (Lopes, 2014).

Actualmente la adopción se rige por principios, entre ellos, el Código Unificado menciona el derecho a la identidad, específicamente, el respeto por tal derecho. Pues no nos parece mera casualidad que este principio rijan a la adopción, teniendo en cuenta que en el caso del Sr. Fornerón y su hija, este derecho ha sido vulnerado terriblemente y sometido al criterio de todos aquellos que intervinieron en el procedimiento de adopción que se llevó a cabo. Por otra parte, la preservación de vínculos fraternos es otro de los principios más fuertes que rigen la adopción, de hecho tampoco nos parece casual su incorporación en el Código Unificado, ya que la preservación de los vínculos no fue significativa en el caso que analizamos, y esto se corrobora con la actuación del magistrado, quien no actuó con la debida diligencia que el caso le exigía y al hacer entrega de la niña al matrimonio B-Z, pese al requerimiento del padre biológico de hacerle entrega de su hija para ejercer los derechos y obligaciones que le competen. Sobre lo comentado Lopes (2014) razona que “[...] la Corte considera que frente a la imposibilidad de la niña de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña” (p. 10).

Aquí también jugó un rol fundamental el factor tiempo, pues, habiendo leído los hechos del presente caso, estamos en condiciones de afirmar que la celeridad que se le ha dado al

proceso ha tenido la notable intención de perjudicar al padre biológico de la niña, pues en la medida que el tiempo transcurría, la niña seguía sin tener relación con su padre, por lo tanto, familiarizándose con el matrimonio al cual había sido entregada (Lopes, 2014). Graham y Sardá (2014) afirman que “[...] por años, los derechos de familia del Señor Fornerón y su hija han sido vulnerados. Y sus efectos aun hoy, con el fallo de la Corte, tienen consecuencias” (p. 496).

El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen no tuvo consideración alguna en el caso que analizamos. Su incorporación entre los principios que rigen el instituto de la adopción nos parece extremadamente adecuado, pues como hemos mencionado anteriormente cuando nos explayamos sobre este principio, la adopción es considerada una herramienta de última ratio. Sobre ello, Lopes (2014) afirma que “la familia a la que todo niño tiene derecho es principalmente a su familia de biológica” (p. 10). Este principio que mencionamos está íntimamente relacionado con una de las novedades que el Código Unificado ha incorporado a la nueva regulación del proceso de adopción: la declaración de estado de la situación de adoptabilidad.

El nuevo Código establece que ningún niño, niña o adolescente, podrá ser declarado en situación de ser adoptado si algún familiar o referente afectivo se ofrece a asumir su guarda, el Código también establece que esta declaración de adoptabilidad podrá dictarse cuando se haya agotado la búsqueda de familiares de origen, en el plazo, estipulado, y sin que se hayan obtenido resultados positivos. Se deja expresamente establecido que dicha declaración podrá ser dictada si los padres toman esa decisión de manera libre e informada, y que sólo será válida luego de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento²⁸. Creemos que en esta novedad que trae consigo el nuevo Código se evidencia la influencia que tuvo el caso “Fornerón e hija Vs. Argentina”, pues, que se dejen sentados estos lineamientos para poder dar en adopción a un niño,

²⁸ Artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación.

niña o adolescente contribuye no sólo a subsanar fallas del sistema de adopción, sino que compromete al Estado argentino a velar por los derechos, que en el caso del Sr. Fornerón y su hija, vulneró, violó y avasalló (Lopes, 2014). Como si esto fuera poco, el Código Unificado en su artículo 609 refuerza todo lo anteriormente comentado, al instaurar las reglas que se deben respetar en el procedimiento para poder obtener la declaración de estado de situación de adoptabilidad.

El Código Unificado en el artículo 611 prohíbe expresamente la guarda de hecho mediante escritura pública o acto administrativo, hasta aquí se podría decir que la redacción de este artículo es idéntico al artículo 318 del Código de Vélez, sin embargo el nuevo Código Civil y Comercial continúa diciendo “[...] así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.”. Esta redacción que el legislador hace del artículo 611 no deja lugar a dudas acerca de la prohibición de la entrega de niños, niñas y adolescentes con fines adoptivos haciendo imposible de esta manera, transgredirla (Lopes, 2014). Este artículo, a nuestra consideración, es un consecuencia directa del fallo que venimos analizando, situaciones como la entrega de una niña por parte de su madre y sin el consentimiento del padre, no tendrán posibilidad alguna de llevarse a cabo, ni mucho menos la entrega a cambio de dinero. A su vez, este artículo faculta al juez a cargo del proceso, quien tendrá el deber de actuar ante este tipo de situaciones, separando al niño, niña o adolescente de quienes haya sido entregado.

El Código es claro en cuanto al procedimiento que se debe cumplir para la obtención de una adopción legal que no sólo cumpla con las expectativas de los adoptantes, sino que vele por los derechos y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, es por ello que también nos parece importante mencionar, otras incorporaciones que hacen a la seguridad del instituto, como que a

la hora de la elección del guardador, el Código deje esta tarea sólo en manos del juez que viene interviniendo en el proceso; que los pretensos adoptantes deban estar inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos²⁹, además de cumplimentar con los requisitos exigidos por los artículos 599 y 600 inciso a).; y por último el hecho de que establezca las nulidades absolutas y relativas de las que puede adolecer una adopción.

La nueva regulación del instituto trae consigo procedimientos de distinta índole: uno administrativo y otro judicial, que hacen a la efectividad del instituto, puesto que la relación que se da entre ellos conlleva a la protección de los derechos del niño, niña o adolescente y hacen, además, a la seguridad y celeridad de la que debe gozar el proceso de adopción (Lorenzetti, 2015).

3.4. Conclusiones parciales.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vino a instaurar un sistema de adopción mucho más seguro en cuanto a su procedimiento y enfocado en las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos centrales del instituto.

En esta transformación del Código Civil a un Código Unificado tuvo gran incidencia, en materia de adopción, el fallo conocido como “Fornerón e hija Vs. Argentina”, pues este caso ha sido aberrante en cuanto a las violaciones de derechos y del propio proceso de adopción, y vergonzoso en cuanto a la actuación de los funcionarios públicos. El fallo sentó jurisprudencia y ha sido de utilidad para resolver situaciones similares, puesto que se trataba nada más y nada menos que de un fallo emitido por la Corte Internacional de Derechos Humanos, sin embargo

²⁹ Artículo 600 inciso b) del Código Civil y Comercial de la Nación.

nuestro país necesitaba una normativa legislativa acorde; que no pudiera ser transgredida; con prohibiciones claras; con un proceso compuesto de varias etapas que hagan satisfactorio, para todas las partes, el fin último del mismo; una normativa que delimite la actuación del juez y de todos aquellos que intervienen en el proceso. Es a partir de todo lo analizado en este capítulo que podemos afirmar que el nuevo Código Unificado ha traído consigo todo eso y más. A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, creemos que situaciones como la del Sr. Fornerón y su hija, no podrán volver a repetirse o por lo menos, no con tanta facilidad. Este Código vela por los derechos de los niños, niñas y adolescentes y esto, se puede ver en cada línea del articulado del mismo.

El Código remarca constantemente el derecho a la protección de la familia y se encarga de dejar claro que la adopción es una herramienta de última ratio, es decir, de carácter subsidiario. Por otra parte, este Código tiene en cuenta el factor tiempo, es por ello que esta nueva regulación se encargó de fijar plazos en la mayoría de las instancias, lo cual nos parece extremadamente adecuado, sin embargo, como ya lo hemos manifestado anteriormente, hay ciertas instancias, ya sean administrativas o judiciales, que no tienen un plazo establecido, lo cual hacen que el proceso tenga celeridad en ciertos momentos y quede “estancado³⁰” en otros.

El legislador ha hecho un gran trabajo con la nueva regulación del proceso de adopción, los aciertos han sido muchos, el proceso tiende a tener celeridad, es seguro y con él se ha reivindicado la figura del niño, niña y adolescente como protagonista indiscutible del instituto, sin embargo, si nos preguntamos si esto ha sido suficiente, la respuesta sería no, pues en el caso de la celeridad, si bien el proceso ha mejorado en cuanto a ello, no lo ha hecho en su totalidad.

³⁰ Estancado: acción y resultado de estancar o estancarse, detener, paralizar, obstaculizar, parar, retener e inmovilizar la corriente y el curso de cualquier fluido, en dejar la marcha de algún asunto o negocio.

CAPITULO IV

“La nueva regulación del sistema de adopción”

4.1. Introducción.

En este último capítulo de nuestro trabajo nos ocuparemos de desarrollar, primeramente, el funcionamiento del proceso de adopción antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Unificado y los fundamentos que llevaron a modificar la regulación de la adopción, y por último, analizaremos los cambios que produjo la nueva normativa y si los mismos ayudan a dar celeridad y eficacia al sistema.

4.2. El funcionamiento del proceso de adopción y los fundamentos que llevaron a la realización de una nueva regulación.

La incorporación de la Ley 24.779 en el Código de Vélez Sarsfield, fue un avance de gran trascendencia y magnitud, si tenemos en cuenta que hasta ese momento, las regulaciones de la adopción en nuestro país no eran más que meros intentos por desarrollar legislativamente al instituto. Álvarez (2012) por su parte, afirma que “en las seis décadas y media de vigencia de los tres regímenes sucesivos de adopción no hubo momento en que no existieran iniciativas y proyectos de reformar o clamor político-periodístico por una nueva ley” (p. 333). Esto es así debido a las permanentes críticas que recibió el instituto a lo largo del tiempo, éstas se centraban principalmente en el funcionamiento del proceso de adopción, en la lentitud del trámite y por lo tanto en la ineficacia misma del sistema. Para adentrarnos en el tema que queremos abordar en esta parte de nuestro trabajo, haremos hincapié en el funcionamiento del instituto de la adopción desde la incorporación de la Ley 24.779 al Código de Vélez Sarsfield.

Se observaba claramente que cuando un matrimonio sin posibilidad de tener hijos biológicos, optaba por la filiación adoptiva, muchas veces terminaban por abandonar el trámite alegando la lentitud y burocracia del mismo, y ello hacía que, ante la ansiedad imperiosa y

latente de formar una familia, de realizar el deseo de convertirse en padres, muchos de los pretendidos adoptantes escojan por seguir caminos ilegales hacia la consecución de la tan ansiada adopción, caminos que muchas veces encubrían el tráfico de niños, niñas y adolescentes (Álvarez, 2012). Es aquí donde se pone de manifiesto los principales problemas que posee la adopción: la lentitud del proceso, el tráfico de niños, niñas y adolescentes, las entregas directas y el accionar malicioso y cómplice de los funcionarios públicos ante estas situaciones.

La jurisprudencia nos respalda y es por ello que citaremos el siguiente fallo para corroborar lo afirmado ut supra. Con fecha 21/05/1999 el Tribunal de Familia de Formosa³¹ otorga la guarda con vías de adopción de una niña de dos años al matrimonio con el cual convivía prácticamente desde su nacimiento. De los hechos surge que la niña fue entregada por la madre biológica al matrimonio B.S. y que para que esta entrega se lleve a cabo fue fundamental el accionar de una enfermera del hospital donde la niña había nacido, quien hizo de nexo entre la madre biológica de la niña y un matrimonio al cual la enfermera conocía. El fallo fue polémico porque pese a los errores y falencias cometidos la niña fue entregada en guarda con vías de adopción, pues el tribunal falló con dos votos a favor y uno en contra.

Se evidencian, entonces, en este fallo de manera muy clara y sucinta los problemas del sistema de adopción que llevan a la modificación de su regulación: por un lado, las entregas directas. En este caso en particular, a cargo de una enfermera, quien hace de nexo entre la madre biológica y el matrimonio. Dejando entrever, además, el “negocio” de la enfermera, pues presumimos que ese nexo, ese contacto que la enfermera hace entre el matrimonio y la madre biológica de la niña le fue remunerado por parte del matrimonio. Por otra parte, creemos que es preciso aclarar aquí, que la enfermera es una profesional de la salud, por lo tanto, no tiene facultad para hacer este tipo de entregas, ya que es facultad de un juez, pues debería ser él quien

³¹ Tribunal de Familia de Formosa “C., M, E.” Llonline AR/JUR/2691/1999.

otorgue a un niño, niña o adolescente en guarda, previo a cumplir con los procedimientos establecidos para ello. Belluscio (2004) dice al respecto que “la Ley 24.779 ha introducido una novedad: la adopción debe estar precedida por una guarda del menor otorgada judicialmente” (p. 326).

Por otro lado, el mal accionar de los funcionarios públicos. En este fallo se evidencia el accionar cómplice y malicioso de los funcionarios públicos, desde la inscripción mediante acta de la entrega de la niña, prohibido al tiempo de la inscripción por el artículo 318 del Código de Vélez Sarsfield, siguiendo por el accionar de Juzgado de Menores, que pese a la guarda de hecho, otorga la guarda provisoria al matrimonio y culminando con la sentencia de guarda con vías de adopción del Tribunal de Familia de Formosa. Todo ello que mencionamos, fue “aprobado” y concretado pese a la trasgresión de la ley de adopción y al procedimiento legal previsto para la obtención de la sentencia de adopción.

La falta de estipulación de plazos. En este caso en particular se puede observar otro de los problemas con los que acarrea el proceso de adopción: la ausencia de plazos específicamente estipulados que ayuden a un procedimiento mas ágil, veloz y eficaz, pues se puede advertir claramente, en este fallo, como el plazo de la guarda –que según establece el artículo 316 del Código de Vélez Sarsfield tiene una duración mínima de seis meses y máxima de un año- se deja a total consideración del juez, quien entendió que en este caso en particular la guarda tendrá una duración de seis meses (Belluscio, 2004).

El uso del interés superior del niño para convalidar estas situaciones. El fallo invoca el interés superior de la niña como sustento de la sentencia que otorga la guarda con vías de adopción, pues de ningún modo creemos que sea correcto este fundamento y es por ello que

consideramos menester citar las palabras que la Dra. Zabala de Copes³² expone en el fallo y por las cuales fundamenta su voto en contra, ella dice que “[...] es necesario no convalidar procedimientos viciados en aras de un difuso interés del menor”. Por otra parte la Dra. expresa: “precisamente dije, que el verdadero interés del menor es que los procedimientos sean prístinos para no conculcar el derecho de otros ciudadanos que pretenden también adoptar niños”³³. Creemos que el criterio de la Dra. Zabala de Copes es acertado y que el mismo se encuentra fundamentado en lo que la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño quiso manifestar por “interés superior” y es por ello que estamos en total acuerdo con lo que la Dra. manifiesta y con su postura frente a la sentencia. Belluscio (2004) afirma que: “[...] no se trata de un concepto autónomo sino de uno comparativo, vale decir que el interés del menor es superior al de cualquier otra persona involucrada en las relaciones jurídicas de las que es parte” (p. 330). Muchos han sido los casos en los que el llamado “interés superior del niño” se ha invocado en favor de estas guardas de hecho, en favor de los pretensos adoptantes, y no en favor del niño, niña o adolescente que solo era escuchado, pero que muy pocas veces su opinión era tomada en cuenta verdaderamente. Belluscio (2004) dice que “en materia de adopción, pues, las decisiones deben tomarse teniendo en cuenta que el interés superior del menor prevalece sobre el de los padres biológicos y el de los que pretenden adoptarlos” (p. 330). Sin embargo, nosotros creemos, y la jurisprudencia nos respalda, que lo que Belluscio manifiesta es meramente teórico, pues en la práctica se observa como este falso “interés superior” era una herramienta utilizada, en la mayoría de los casos, como sustento más que suficiente para la declaración de una sentencia de adopción que tenía como punto de partida una guarda de hecho que se efectivizó. Y así como es usado el interés superior del niño, niña o adolescente, de la misma forma se observa cómo se

³² Tribunal de Familia de Formosa “C., M, E.” Llonline AR/JUR/2691/1999.

³³ Tribunal de Familia de Formosa “C., M, E.” Llonline AR/JUR/2691/1999.

utiliza el término “abandono” en favor de las entregas directas. Sin ir más lejos, en el citado fallo se hace mención de que la madre biológica de la niña sufre de trastornos mentales, haciendo alusión de que los mismos serian motivos suficientemente fundados para que la niña sea dada en adopción. Pues no nos parece correcto en lo más mínimo, de hecho creemos que lo correcto, en todo caso, sería agotar las medidas tendientes a buscar otros familiares de origen de la niña, con el fin de reinsertarla en su propia familia, no debemos olvidar que la adopción debería ser la última opción, es decir, en caso de que los resultados de la búsqueda sean negativos, correspondería declarar el estado de abandono o desamparo moral o material de la niña, que llevarían a que la misma sea otorgada en guarda preadoptiva.

El fallo citado fue elegido al azar entre tantos otros con características similares -sin ir más lejos, el fallo “Fornerón e hija Vs. Argentina”- la idea no era expandirnos a lo largo del trabajo, citando y desarrollando fallos y más fallos, sino dejar constancia de lo que veníamos afirmando, es decir, utilizar la jurisprudencia como sustento de nuestras afirmaciones. Todo lo analizado y comentado no hace más que al fallido funcionamiento del sistema de adopción, obstaculizándolo y transgrediéndolo, además de incentivar las adopciones ilegales, ya que en aquellos tiempos -tiempos no muy remotos- los pretendientes adoptantes querían un hijo, sin importar la vía por la cual fuere conseguido. Sí, pues así era, aunque no suene ni humano ni moral. Sobre esto último la Dra. Zabala de Copes, citando en el mencionado fallo a Eva Giberti³⁴, sostiene que esto lleva a que los pretendientes adoptantes que tuvieron “éxito”, es decir, la posibilidad de acceder a la obtención de un niño, niña o adolescente mediante un camino ilegal, informen, a otros pretendientes adoptantes que se encuentren en las mismas condiciones de querer realizar el deseo de ser padres, sobre cómo funciona este mecanismo extrajudicial y a quienes

³⁴ Tribunal de Familia de Formosa “C., M, E.” Llonline AR/JUR/2691/1999.

contactar -a que profesionales acudir- en caso de optar por el camino de la adopción ilegal. Álvarez (2012) citando al maestro don Rafael Sajón, explica que “[...] se ha convertido en tal por un juego de necesidades, expectativas y valores morales, jurídicos, políticos, prospectivos y proyectivos hasta más allá del año 2000” (p. 333).

Creemos, por lo tanto, que lo hasta aquí redactado fue fundamento suficiente para la realización de una reforma notoria al sistema de adopciones, pues no hay manera de afirmar lo contrario luego de todo lo expuesto. La doctrina y la jurisprudencia nos avalan al respecto: el cambio de paradigma era totalmente necesario. Según Álvarez (2012) “de más está decir que la experiencia y la reflexión de décadas nos inclina a sostener que la sociedad argentina necesita una adopción mejor en todo sentido, más segura para el niño, y no solamente más rápida” (p. 333). Ahora, finalmente, resta preguntarnos y respondernos: ¿La nueva regulación da celeridad al proceso de adopción? ¿Bajo qué argumentos es posible afirmar que dicha regulación protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

4.3. Análisis de los cambios realizados y de las innovaciones del Código Unificado.

En este apartado de nuestro trabajo analizaremos si la reforma llevada a cabo solo tiene como propósito acelerar los procesos adoptivos -pues de ser así en poco habremos avanzado- o si la reforma va más allá al pedido constante de celeridad por parte de los pretendientes adoptantes, trayendo verdaderos aportes al sistema de adopciones (Álvarez, 2012).

Álvarez (2012) nos dice que “en cada reforma de la ley el legislador ofreció, casi demagógicamente, una mayor celeridad en la adopción, sin lograrla en absoluto” (p. 340). Pues bien, creemos que esta nueva reforma al sistema de adopciones no ha sido la excepción a lo que

Álvarez afirma. Si bien el nuevo Código Unificado fija plazos más breves e incorpora otros a los ya establecidos por el Código de Vélez Sarsfield, podemos afirmar que, si bien esto ayuda a brindar tiempos más acotados en el proceso no podemos afirmar que estos plazos establecidos sean la clave para brindar la debida celeridad que el proceso de adopción gozar.

El nuevo procedimiento hacia la obtención de una sentencia de adopción, es más breve en comparación con el anterior sistema debido a los plazos que estipula el Código Civil y Comercial de la Nación y ello queda demostrado. Bien dijimos que el procedimiento de adopción está compuesto de dos procesos, uno administrativo y otro judicial. Dicho esto, el procedimiento inicia con el proceso administrativo, en el cual, las autoridades administrativas tendrán a su cargo la tarea de buscar a la familia de origen de aquellos niños, niñas o adolescentes sin vínculo filial establecido o huérfanos de padre y madre. El Código Unificado establece un plazo para ello y lo fija en 30 días, prorrogable por única vez. Con ello se pretende la reinserción del niño, niña o adolescente en su familia de origen. Azpiri (2015) afirma que esto surge como una consecuencia de “[...] el caso “Fornerón e hija C. Argentina” en el que se responsabilizó al país por no haber garantizado el derecho de la hija a vincularse con su padre biológico [...]” (p. 205). Con respecto al plazo establecido nos parece correcto que el mismo haya sido fijado, para no prolongar la búsqueda innecesariamente, dejando al niño en un impasse³⁵ de incertidumbre acerca de su futuro.

Si las medidas tendientes a buscar a los familiares de origen, arrojaran resultados negativos, el juez procede a declarar el estado de situación de adoptabilidad. Es en el artículo 607, último párrafo, donde el legislador decidió incorporar un plazo de 90 días para resolver la

³⁵ Impasee: Situación en la que se encuentra un asunto o problema que no progresa o al que no se le encuentra solución.

sobre la situación de adoptabilidad. Pues no nos parece necesario volver a hacer mención de lo que el estado de adoptabilidad significa, solo diremos que, a nuestro criterio, se trata de una novedad acertada incorporada por el Código Unificado, que hace a un sistema de adopción más transparente y seguro (Álvarez, 2012). La adopción de un niño, niña o adolescente ya no tendrá como sustento el sólo abandono por parte de sus padres biológicos, sino que será necesario indagar al respecto, es decir, que el juez compruebe dicha situación de abandono mediante las características que debe tener el desamparo moral y material, que deberá ser evidente, manifiesto y continuo (Yuba, 2011). Con el dictado de la situación de adoptabilidad se inicia el proceso judicial. A partir de ello, se le deben remitir al juez, en un plazo de 10 días, los legajos de los pretendientes adoptantes -quienes deben estar debidamente inscriptos en el RUAGA³⁶- a los fines de elegir el que, a criterio del juez, se ajuste mejor a las necesidades del niño, niña o adolescente (Seda, 2018). El Código no establece aquí un plazo para que el juez haga la elección del legajo que mejor se ajuste a las necesidades del niño, niña o adolescente, creemos que esto se le ha pasado por alto al legislador, pues el tiempo que el juez se tome para hacer esa elección es tiempo valioso de espera de un niño, niña o adolescente que necesita vivir y desarrollarse en una familia, ya que es su derecho. No nos parece correcto que esto dependa de la actividad procesal del juez.

Luego de que el juez elija el legajo que crea más conveniente al caso en particular, se iniciará entre adoptado y adoptante/es un período llamado “de vinculación” con el propósito de que se conozcan. Pues bien, el Código Unificado tampoco fija un plazo de duración de este período llamado “de vinculación”. Nosotros creemos que hubiese sido acertado que se establezca uno que tenga un tope máximo, en el cual durante ese tiempo, se pueda observar la relación que

³⁶ RUAGA: Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción.

se haya formado entre el niño, niña o adolescente en situación de ser adoptado y el o los pretense/s adoptante/s. A nuestro criterio los plazos son importantes para delimitar el inicio y fin de las etapas del proceso y que las mismas no se extiendan en el tiempo sin necesidad alguna, pues en todo caso los plazos podrían ser prorrogados siempre que sea necesario y haga a la utilidad del proceso.

Si el período “de vinculación” resulta positivo, el juez debe disponer la guarda con fines de adopción. El Código en su artículo 611 prohíbe las guardas de hecho y las entregas directas, dejando claramente establecido en el artículo 612 que el juez que declaró la situación de adoptabilidad será el único competente para otorgar la guarda con fines de adopción (Azpiri, 2015). El Código tiene consigo esta prohibición expresa, que además de ser innovadora en cuanto a su redacción -pues el legislador fue claro a la hora de expresar el sentido de este artículo de manera que no haya forma de volver a transgredirlo- pone un freno a las adopciones ilegales que ya tenían en nuestro país una estructura organizativa -en cuanto al rol de cada profesional o funcionario público- que hacía al funcionamiento habitual del camino ilegal. Azpiri (2015) afirma, entonces, que “la razón de ser de ésta prohibición se encuentra en el propósito de impedir el tráfico de menores que la guarda de hecho posibilitaba” (p. 208). En cuanto al plazo de duración de la guarda con fines de adopción, el artículo 316 del Código de Vélez Sarsfield establecía un plazo para la guarda que no podía ser menor a seis meses ni mayor a un año dejando a consideración del juez la duración de la guarda. Esto ya no es así gracias a la nueva regulación, que acortó el plazo y que le dio un tope máximo al mismo, no pudiendo extenderlo por la sola consideración que el juez haga del caso particular, pero sí establecer a su criterio un plazo menor en caso de que lo crea conveniente. La norma es categórica y superadora del artículo derogado del Código de Vélez Sarsfield, pues la guarda, según el artículo 614 del

Código Unificado, no podrá excederse de los seis meses. Azpiri (2015) es crítico en cuanto a este nuevo plazo que estipula el Código, pues afirma que “[...] puede poner en riesgo la situación del menor, porque los conflictos que surjan de la adaptación entre los interesados, muchas veces tardan en manifestarse” (p. 209). Por nuestra parte, creemos que el plazo fue establecido claramente a favor del niño, niña o adolescente que en la espera de ser adoptado, pasa su vida en orfanatos, casas hogar, establecimientos asistenciales u hogares en tránsito y en favor de su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia -adoptiva- que le provea lo afectivo y material que su familia de origen, por diferentes motivos, no le pudo dar. No podemos dejar de pensar al niño, niña o adolescente como figura central del instituto jurídico de la adopción, y si bien la tarea de otorgarle una familia adoptiva debe ser asumida con el debido cuidado y respeto que exige, no es menos cierto que el niño, niña o adolescente tiene derecho a una familia, y pues, en ningún lado está establecido que esa familia deberá ser perfecta, es por ello que el criterio de Azpiri nos parece un poco meticuloso, creemos que el proceso “de vinculación”, previo a la guarda, es un proceso acertado, que en todo caso, será en él en donde se manifieste la química que puede llegar a haber o no entre las partes del proceso, pues esos conflictos de adaptación a los que Azpiri se refiere, se pueden observar aun en las familias biológicas y más armoniosas, pues es parte de la convivencia, del aprender a convivir, desde nuestro punto de vista.

Reza el artículo 616 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Una vez cumplido el período de guarda, juez interviniente de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción”. Azpiri (2015) afirma que “no hay reglas procesales que regulen la sustanciación del juicio de adopción y tampoco se encuentran especificadas las cuestiones que deban ser acreditadas para la procedencia de la demanda” (p. 210). La nueva regulación del sistema de adopción, ha quedado por la mitad teniendo en cuenta

lo que Azpiri afirma ut supra y remitiéndonos al mismo Código que solo en cuatro artículos se refiere al juicio de adopción. Por otra parte, creemos que hubiese sido sumamente necesario incorporar un artículo que establezca un plazo para el dictado de la sentencia de adopción, sin dejar esta cuestión a total consideración del magistrado competente o al arbitrio de las normas procedimentales de cada provincia.

Todo lo desarrollado y analizado no hace más que llevarnos a coincidir con Álvarez (2012) quien con cierta clarividencia advertía que el nuevo Código Civil y Comercial iba a traer una “aparente celeridad” al sistema de adopciones. La intención del legislador por agilizar el trámite y dotarlo de celeridad se evidencia en el articulado, en la estipulación de nuevos plazos y plazos más acotados, pero a su vez, se puede advertir que en ciertas etapas del proceso muchas cuestiones no han sido consideradas, lo que hace que la labor del legislador y su intento por brindarle al sistema la celeridad debida, haya quedado por la mitad.

En cuanto al lugar que el nuevo Código Civil y Comercial le da al niño, niña o adolescente nos parece de gran avance, es indiscutible que el verdadero protagonista y figura central del instituto jurídico de la adopción es el adoptado y no quienes pretenden adoptar. Garate (2013) explica que fue la Convención la que marco este cambio de paradigma “[...] con relación a la mirada sobre la infancia y la adolescencia que pasaría a considerar al niño como un sujeto de derechos, dejando de lado la visión que se mantuvo durante gran parte del siglo xx [...]” (p. 121). Es a partir de la ratificación que nuestro país realiza de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de las exigencias sociales, que este cambio de paradigma se empieza a hacer notar. Nuestro nuevo Código comienza regulando la adopción en el artículo 594, conceptualizándolo; luego en el artículo 595 enumera los principios por los que deberá regirse la adopción, es decir, estos principios deberán estar presentes a lo largo de todo el

procedimiento de adopción y será tarea del juez observar que se cumplan con los mismos. Si bien el Código los enumera en este artículo en particular, debemos aclarar que estos se encuentran en todo el articulado que el legislador elaboró para el instituto de la adopción.

El primer principio es el interés superior del niño, pues no es casualidad que se encuentre regulado en primer lugar, ya que este principio es el eje rector sobre el cual debe sustanciarse todo el procedimiento de adopción, pues todas las decisiones que se tomen deberán estar sujetas a él (Garate, 2013). Según explica Garate (2013) este principio “[...] implica determinar a futuro la mejor posibilidad para el desarrollo integral del niño, realizando una valoración sobre lo que conviene y debe realizarse [...]” (p. 119). Esto es lo que el Código quiere dejar sentado a la hora de poner en práctica el interés superior del niño, asegurar mediante este principio el cuidado y protección de todos los derechos del niño, niña y adolescente y no que este orientado y sea utilizado -como pasaba anteriormente a la vigencia del Código Unificado- para favorecer los intereses de los adultos, aludiendo que el interés del niño se encontraba satisfecho (Garate, 2013).

El respeto por el derecho a la identidad es el siguiente principio enumerado por el Código en el artículo 595. Solari (2015) dice al respecto “pues la creación legal de un vínculo jurídico entre las partes no ha de significar un desconocimiento y desaparición de la historia de vida de dicha persona, entre las cuales se encuentra su pasado” (p. 304). La supresión de la identidad ha sido un delito de moneda corriente en el anterior régimen de adopción, los adoptantes la mayoría de las veces omitían hablar de los orígenes del niño, niña o adolescente adoptado, no enterándose nunca o por medio de un pariente lejano -y luego de varios años- de que habían sido adoptados, de que sus padres no eran sus padres biológicos y preguntándose porque se lo habían ocultado. Solari (2015) sostiene con firmeza que “el otorgamiento de la adopción no debe significar una

negación o el ocultamiento de su realidad biológica” (p. 304). El Código Unificado viene a terminar con todos estos entramados del antiguo régimen de adopción con principios rectores como el respeto por el derecho a la identidad y el derecho a conocer sus orígenes, este último, también enumerado en el artículo 595. Solari (2015) entiende que “[...] el niño tiene derecho a acceder oportunamente al conocimiento de su realidad biológica, y los adoptantes el deber de proporcionar la información que le es posible suministrar y permitir al adoptado (p. 306).

El agotamiento de las posibilidades de permanencia en su familia de origen o ampliada, es un principio que viene a recordar el fin último al cual se debe recurrir, es decir, como último recurso recurrimos a la adopción, a insertar al niño, niña o adolescente en una familia distinta de la de origen, ya que si bien el niño, niña o adolescente tiene derecho a una familia y a vivir y desarrollarse en ella, ésta es primeramente su familia biológica, de la cual sólo podrá ser apartado en caso de ser estrictamente necesario para su desarrollo pleno e integral (Solari, 2015).

En cuanto a la preservación de vínculos fraternos, Solari (2015) explica que se intenta “[...] la adopción de grupos de hermanos a la misma familia adoptiva, pues de lo contrario, si se diera a distintas familias, además de la separación de su familia de origen se agregaría la separación de los hermanos entre sí” (p. 305). Por su parte Seda (2018) manifiesta que esto no es sencillo, pero aún en caso de no ser viable, se intentará mantener los vínculos jurídicos entre los hermanos a través de un régimen de comunicación (p. 150).

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, es otro de los principios que recepta el Código. Este principio hace a un rol más activo del niño, niña o adolescente como figura y sujeto de derechos dentro del proceso. Garate (2013) explica que no se trata de aceptar los deseos del pretense adoptado, sino

que, el objetivo de que sea escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta, es la protección de su interés superior.

Estamos en condiciones de afirmar que el Código es armónico a la hora de regular la adopción, pues empieza por el concepto de lo que es tal institución, en donde se hace hincapié que el objeto es la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia, y es por ello, que acto seguido enumera los principios que rigen la adopción y que se deben respetar y observar durante todo el procedimiento hasta la consecución de la sentencia de adopción, pues estos son la garantía de que se han respetado los derechos del niño, niña o adolescente (Solari, 2015). Además de lo dicho, el Código le otorga una participación más activa al niño, niña o adolescente, la cual se hace notar a lo largo de todo el articulado, pues se los considera sujetos de derechos y no meros objetos de la institución. Los derechos “adquiridos” por los niños, niñas y adolescentes en materia de adopción, que trajo el nuevo Código Unificado, son la novedad incipiente que hacen al cambio de paradigma y a que esta modificación no sea percibida como una más de las tantas.

4.4. Conclusiones parciales.

El fallido funcionamiento del sistema de adopción y las constantes críticas que recibió el instituto, fue el punto de partida para la realización de esta nueva regulación. Si bien las críticas, a nuestro criterio, son realizadas no de manera objetiva, debido a que la mayoría de los “críticos” son pretensos adoptantes, el legislador ha hecho caso omiso a la subjetividad que se escondía detrás de las peticiones realizadas y ha puesto en el foco de atención a los niños, niñas y adolescentes que desde que el instituto jurídico de la adopción es reconocido en nuestro país, no

han sido tratados más que como meros objetos. Hoy en día las cosas han cambiado en cuanto al nuevo paradigma que el Código trajo consigo, reconociendo a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, dedicándoles un artículo destinado sólo a enumerar los principios por los que se deberá regir la adopción, que no son más que garantías de los derechos que poseen los niños, niñas y adolescentes, otorgándoles, además, un rol más activo dentro del proceso por el cual se dictará su adopción, en donde se lo escuchará y se tendrá en cuenta su opinión, la cual será fundamental a la hora de tomar una decisión sobre el futuro del niño, niña o adolescente. Esta modificación que se ha hecho del sistema de adopciones ha sido de las más innovadoras y acertadas hasta el momento, el cambio de paradigma es lo que realmente hace la diferencia entre esta modificación y tantas otras que el legislador ha hecho a lo largo del tiempo. Por primera vez en años, el niño, niña o adolescente es tomado y ubicado como figura central e indiscutible de un instituto que siempre ha sido utilizado en favor de intereses diferentes para los cuales verdaderamente ha sido creado: otorgar una familia a un niño, niña o adolescente que por diferentes motivos no puede vivir y desarrollarse en la de origen.

En cuanto a la celeridad, el legislador ha hecho su mejor intento, hasta el momento, por lograr darle al proceso la celeridad debida, sin embargo, como explicáramos más arriba, esto ha quedado por la mitad. De lo analizado se desprende que muchas cuestiones no han sido consideradas, lo que hace que el intento del legislador por mejorar la celeridad del trámite, haya quedado en eso, en un intento. La celeridad, para que se la debida, tendría que ser ostentada en todo momento, sin embargo, por cuestiones que se han dejado libradas al azar, a consideración del magistrado o que directamente no se tuvieron en cuenta a la hora de realizar la nueva regulación, el proceso por momentos gozará de celeridad, por momentos será más lento, todo ello dependiendo el caso en particular, por lo que a su vez, podrá ser más breve o más extenso, y

será más ágil dependiendo de la actividad procesal que despliegue el magistrado competente en el caso.

Conclusiones finales.

Conforme fue desarrollado en el presente trabajo la institución jurídica de la adopción fue legalmente reconocida por nuestro país en el año 1948. Desde esa fecha hasta nuestros días el sistema de adopción ha experimentado diversos cambios y modificaciones, la última de ellas fue a través de la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el primero de Agosto del año 2015. Actualmente, el objeto de la adopción es la protección de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que satisfaga sus necesidades afectivas y materiales, siempre y cuando su familia de origen no pueda hacerlo. A partir de aquí, el cambio de paradigma se hace notar. La adopción ya no se centra en las necesidades del adoptante y en su deseo de ser padre, el adoptado ya no es más un instrumento u objeto del instituto, la adopción ya no se organiza a favor de los pretensos adoptantes, sino todo lo contrario, el niño, niña o adolescente pasa a ser el eje central y figura indiscutible del instituto jurídico de la adopción, que se encuentra, a su vez, focalizado en el interés superior de estos, es decir, en considerar la voluntad del adoptado, en garantizarles el cumplimiento de sus derechos fundamentales y en brindarles protección. Para que este cambio de paradigma sea posible, fue necesaria la influencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, una herramienta normativa fundamental en lo relativo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Gracias a ella nuestro Estado es un estado más comprometido con el instituto y con el niño, niña y adolescente, pues las nuevas normas relativas a la adopción se encuentran impregnadas por los preceptos de la Convención, tal es así, que han sido incorporados al Código a través del artículo 595 como principios rectores del instituto, velando por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y por el cumplimiento del debido proceso de adopción. Además, se hacen notar a lo largo de todo el articulado que regula a la adopción, pues los preceptos comprometen a todos los

estados que ratificaron la Convención a cumplir y velar por ellos, y nuestro nuevo Código Civil y Comercial ha acatado con excelencia tal compromiso.

Estimamos esta modificación al sistema de adopción, y con respecto a este nuevo paradigma, como una de las mejores modificaciones realizadas hasta el momento, no sólo reivindica al niño, niña y adolescente como figura central de instituto, sino que, como sujetos de derechos que son, se los “concede”; además de dotarlos de legitimidad activa durante el proceso por el cual se tramita su propia adopción, se los escucha y se tiene en cuenta sus opiniones a la hora de decidir sobre cuestiones que tengan que ver con su futuro. Consideramos que esta modificación al régimen de adopción será la base de otras futuras modificaciones que terminen por perfeccionar el instituto. También creemos que es a partir de ella que este cambio de paradigma generará entre otras cosas, conciencia en los adultos quienes, a pesar de que el Código ya lleva entre nosotros casi cuatro años de vigencia, la mayoría sigue pensando a la adopción como una consecución al deseo de ser padres, sin tener en claro el verdadero fin del instituto, lo que a su vez implica un “estancamiento” en el funcionamiento del procedimiento de adopción, que muchas veces no puede ser iniciado porque el niño, niña o adolescente que se encuentra en situación de ser adoptado, no cumple con las expectativas de los pretensos adoptantes, quienes, en la mayoría de los casos, desean adoptar a un bebé, y no a un niño, niña o adolescente. La nueva normativa es maravillosa en cuanto a todo lo que mencionamos ut supra, pero sólo para quienes entendemos en derecho, en otras palabras, a nuestro entender el legislador ha hecho su mejor trabajo en materia de adopción hasta el momento, siendo ahora tarea de la sociedad informarse, aceptar lo que verdaderamente es el instituto jurídico de la adopción y comenzar a emprender este camino con motivos más humanos, por el prójimo y no sólo promoverlo por el deseo egoísta de ser padres.

La reforma al Código Civil y Comercial de la Nación ha traído, en materia de adopción, muchas novedades y modificaciones. Nos parece correcto hacer mención de la modificación a la prohibición de las guardas de hecho por ejemplo, a través de una nueva redacción, que no da lugar a interpretaciones erróneas de la misma, sino todo lo contrario, se deja expresamente establecida a fin de ser el camino por el cual no vuelvan a repetirse las entregas directas como acceso a las adopciones ilegales. También nos parece correcto mencionar la incorporación de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad. Esta nueva etapa dentro del proceso de adopción, y de acuerdo a lo leído y estudiado, ha sido mayoritariamente cuestionada por la doctrina, sin embargo nosotros creemos que la misma es una herramienta de protección del derecho a la familia y ha sido una novedad que ha venido a clarificar el proceso, es decir, el juicio de adopción no podrá iniciarse sin antes haberse otorgado la guarda, pero a su vez la guarda no podrá ser otorgada si el niño, niña o adolescente no ha sido declarado en situación de adoptabilidad, para lo cual se deberá haber indagado en profundidad sobre la verdadera situación del niño, niña o adolescente. Es decir, esta etapa viene a afirmar la característica de ultima ratio del instituto, en otras palabras, el instituto de la adopción será a lo último a lo cual se recurra. Nos parecía sumamente importante hacer mención sobre nuestro parecer de la prohibición de las guardas de hecho y la incorporación de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, ya que ambas hacen a la protección por lo que nuestro nuevo Código tanto vela: los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

La lentitud del trámite ha sido otro de los fundamentos que motivó esta reforma al sistema de adopciones. Sin embargo, y como ya hemos expresado a lo largo de nuestro trabajo, pese a que el legislador ha hecho un gran trabajo a la hora de reducir los plazos y al esforzarse para que el proceso sea ágil y eficaz, esto no ha sido suficiente. Luego de haber analizado todo el

procedimiento de adopción estamos en condiciones de afirmar que muchas cuestiones se han dejado libradas al azar del procedimiento mismo o al arbitrio de las normas procedimentales de cada provincia o en manos del magistrado, siendo este último caso el que más nos preocupa, pues, lejos estamos de querer demonizar al juez, pero remitiéndonos a la jurisprudencia, la misma nos respalda para poder afirmar que muchas veces, el juez ha sido cómplice, partícipe y no ha actuado con la diligencia debida, dejando en muchos casos correr el tiempo y que el transcurso del mismo haga lo suyo, sin ir más lejos al caso “Fornerón e hija C. Argentina” podríamos remitirnos. Es por ello y más que creemos que los plazos son la herramienta y el camino para lograr la celeridad de la cual todo el procedimiento debería gozar, los plazos son importantes para delimitar el inicio y fin de las etapas del proceso y que las mismas no se extiendan en el tiempo innecesariamente, es por ello también que nos parece peligroso para la seguridad del sistema y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que ciertas cuestiones se hayan dejado a consideración del magistrado, es decir, dependientes de su actividad procesal; o que directamente haya plazos que no se hayan establecidos o que su incorporación no haya sido tomada en cuenta por el legislador. Si bien el nuevo Código Unificado fija plazos más breves e incorpora otros a los ya establecidos por el Código Civil de Vélez Sarsfield, no podemos afirmar que estos le brinden al procedimiento la celeridad que debería tener ni la celeridad que la sociedad reclama. Si nos remitimos a la jurisprudencia -luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial- podemos observar como la celeridad que este Código le brinda al proceso dependerá de cada caso en particular, pues podrá ser más breve o más extenso, podrá tener celeridad por momentos o se paralizará dependiendo de la actividad del magistrado competente en el caso.

En conclusión, en nuevo Código Civil y Comercial de la Nación trae un cambio de paradigma que es asombroso si tenemos en cuenta el lugar donde ubica al niño, niña y adolescente que durante años no fue más que un objeto del instituto, y que será fructífero si la sociedad lo sabe aprovechar; pero la labor del legislador para dotar al proceso de celeridad, ha quedado por la mitad, en un intento por brindarle al sistema la celeridad debida. Sin embargo, creemos que es a partir de esta modificación en la cual se deberá trabajar para elaborar y desarrollar una futura reforma que termine por perfeccionar al instituto jurídico de la adopción.

Referencias.

Doctrina.

- Álvarez, A. (2012). Libro II Derecho de Familia. La adopción. En Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. *Análisis del proyecto del Código Civil y Comercial 2012*. (pp. 333-342). Buenos Aires: El derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>
- Azpiri, J. O. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. 6ª reimpr. Buenos Aires: Hammurabi.
- Baelo Álvarez, M. (2014). *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*. España: Dykinson.
- Belluscio, A. C. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. 7ª ed. t. II. Buenos Aires: Astrea.
- Borda, Guillermo. *Tratado de derecho civil. Familia*, t.2 n°785, p.91; Buenos Aires. 2003
- Bossert, G. y Zannoni, E. (2004). *Manual de derecho de familia*. 6ta ed. Ciudad de Buenos Aires: Astrea.
- Di Lella, Pedro. (1997). Vigencia de la delegación notarial de la guarda. *Revista del Notariado*, N° 849.
- Garate, M. R. (2013). El interés superior del niño en la filiación por adopción. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. UNLP. Año 2013 / N°46 – 2016. ISSN 0075-7411.

- González de Vicel, M. (2015). Libro segundo. Relaciones de familia – Título VI. Adopción. En M. Herrera, G. Caramelo y S. Picasso. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. t. 2, 1º ed. (pp. 350-465). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus
- González de Vicel, M. (2015). *Régimen jurídico de la Adopción: Cuestiones de fondo*. LOnline AR/DOC/1298/2015.
- Graham, M. y Sardá, L. (2014). Fallo “Fornerón e hija” El desafío de las reparaciones. En M. Graham y M. Herrera. *Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea*. (pp. 485-506). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- Herrera, M. (2015). *Manual de derecho de las familias*. 1º ed. 1º reimp. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kemelmajer de Carlucci, A. Herrera, M., Lloveras, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, t.3. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Lopes, C. (2014, Julio). Algunos problemas de la adopción en Argentina puestos de manifiesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Niños, Menores e Infancias*. 8, 1-17.
- Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 4, 1º ed. – Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Medina, G. (2012). *Las diez grandes reformas al derecho de familia*. LOnline AR/DOC/3061/2012.

- Medina, G. (2015). *El derecho a la identidad en el CCyC*. LL on line AR/DOC/4769/2015.
- Obligado, C. A. (2015). Capítulo XXII Adopción. En A. M. Chechile y C. Lopes. *Derecho de familia conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. 1º ed. (pp. 441-490). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rivera, J. C. y Medina, G. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1ª ed. t. II. Buenos Aires: La Ley.
- Seda, J. A. (2018). *Manual de derecho de familia*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Jusbaire. Libro digital, PDF. Descarga digital: ISBN 978-987-768-029-4
- Solari, N. E. (2015). *Derecho de las familias*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Yuba, G. (2011). El estado de abandono y declaración de preadoptabilidad. *Revista de derecho de familia y de las personas*. ed. La Ley, año 3, nº 3 de abril de 2011.

Legislación.

Nacional.

- Constitución Nacional.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código Civil de Vélez Sarsfield.
- Ley de Adopción N° 24.779.

Internacional.

- Convención Internacional Sobre los Derechos de los Niños.

Jurisprudencia.

- Cámara de Apel. Gualeguaychú Sala I – 07/06/2016 – IUSJU010224E.
- CIDH “Fornerón e hija c. Argentina” LLonline AR/JUR/27523/2012.
- Juz. en lo Civ. y Com., de Conciliación, Fam, Inst., Menores y Falta, Cura Brochero “C., J. G. s/ Control de legalidad” LL on line AR/JUR/17568/2017.
- Juz. Flia. 1ºInst. Comodoro Rivadavia “M., A. E. y M., L. H. s/ Adopción” LL on line AR/JUR/42356/2017.
- Tribunal de Familia de Formosa “C., M, E.” LL on line AR/JUR/2691/1999.

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERSIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Juich Jorgelina María.
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	38.160.066
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“La actual regulación de la adopción, su impacto en el derecho de los niños, niñas y adolescentes y la celeridad del sistema”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	jorgelina_juich@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21.

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	Sí.
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	Se publicarán todos los capítulos.

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

