

# Adopción y niñez en el Proyecto de Código Civil y Comercial



DR. MARCELO JOSÉ MOLINA

Juez del Tribunal Colegiado de Familia N° 5. Rosario.

## 1. Introducción

El derecho de familia actual vincula a la adopción con el derecho de la niñez y a ambos con los tratados internacionales de derechos humanos. El juez de familia contemporáneo debe abordar las fuentes del derecho a partir de la Constitución Nacional y de dichos tratados. En ese orden, y en el tema que nos ocupa, deberá aplicar la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos), la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, la ley Nacional 26.061, el Código Civil y la ley 24.779, la ley nacional 25.854 (RUAGA), la ley provincial 12.967 y 13.237 sobre el sistema de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la ley provincial 13.093 de Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva y sus respectivos decretos reglamentarios. Conjuntamente deberá tener en cuenta y aplicar en su caso, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –como por ejemplo «Forneron vs Argentina»–, sin perjuicio de los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la de la Provincia<sup>1</sup>. El

juez no sólo debe seguir la interpretación del derecho dada por tales Tribunales –o apartarse con más que sólidos fundamentos– sino también observar la conducta esperable de su parte conforme a las pautas y recomendaciones emergentes de dichos fallos.

El proyecto de Código Civil y Comercial que se encuentra en tratamiento en el Congreso de la Nación ha contemplado en materia de adopción ese complejo de fuentes al que, sin pretender agotar, hemos enunciado en el párrafo anterior.

Si se partiera del supuesto que la totalidad de los padres y madres de nuestro país se hallaren en condiciones subjetivas adecuadas para asumir la crianza de sus hijos, o en aquellos casos en que los padres fallecieron lo pudiesen hacer en igual sentido sus ascendientes u otros parientes, no existiría sustento alguno a la adopción. Desde dicha perspectiva, la adopción no puede ser entendida como un derecho de una persona adulta a incorporar a su familia al hijo de otro. Sin embargo, esa posibilidad de crianza hipotética no se da en la realidad, no todos los padres y sus familias están en condiciones subjetivas apropiadas para asumir la crianza de sus hijos y, desde

ese lugar, sí se da un derecho subjetivo del niño a contar con una familia que lo acompañe en su crecimiento. Tomando este punto de partida, el proyecto de Código califica adecuadamente a la adopción como una institución, y desde el punto de vista individual como un derecho del niño a desarrollarse en una familia cuando la propia no puede brindarle esa posibilidad. No es visto entonces desde el prisma del derecho subjetivo del adoptante<sup>2</sup>.

## 2. Los principios

En consonancia con lo esbozado en el acápite anterior y a las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el Proyecto delinea en el artículo 595 los principios que rigen a la institución: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a

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

Aún cuando algunos de estos principios se encuentran contenidos como tales en la Convención citada, siempre es conveniente su reiteración en tanto y en cuanto puede aún observarse en nuestra comunidad marcadas vulneraciones al cambio paradigmático introducido por esa Convención.

## 3. Orígenes e identidad

En la CIDN se establece con claridad 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» (art. 8° ap. 1°). Además pauta también que todo niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos en la medida de lo posible (art. 7° ap. 1°).

El proyecto, como vimos, pone en acto el derecho del niño a ser criado por su familia de origen, siendo esa una de las formas de preservación de su derecho a la identidad. Lo vemos reflejado en diversas normas proyectadas: en los

principios (art. 595 b, c, e), en el derecho a conocer los orígenes (art. 596), en el procedimiento de declaración judicial de situación de adoptabilidad (arts. 607, 608 y 609), en la selección de adoptantes (art. 611), en la adopción simple (art. 627, b).

El artículo 596 consagra el derecho del adoptado «con edad y grado de madurez suficiente» a conocer los datos relativos a su origen y a acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Prevé expresamente que si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. Debe observarse en este punto la amplia posibilidad que se otorga al magistrado en pos de brindar al niño las herramientas necesarias para aprehender e incorporar esta información. También posibilita a la familia adoptante la solicitud de asesoramiento en los mismos organismos.

Tal como se establece actualmente, el tercer párrafo del artículo obliga a los adoptantes a comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al

adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

Crea también una acción autónoma en cabeza del adolescente dirigida a conocer sus orígenes, debiendo contar con asistencia letrada<sup>3</sup>.

#### 4. Los adoptados

La adopción está dirigida principalmente a los niños que hayan sido declarados en situación de adoptabilidad o cuyos padres hayan sido privados de la responsabilidad parental, habiendo optado la Comisión Redactora por referirlo desde su capacidad en tanto habla de «personas menores de edad no emancipadas» (art. 597). La vulneración del requisito de edad torna a la adopción absolutamente nula (art. 634 inciso a). Excepcionalmente se prevé la adopción de un mayor de edad cuando se trata del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar; o cuando hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.

Se introduce aquí un elemento diferenciador del esquema actual en la exigencia de declaración de situación de adoptabilidad, cuyo procedimiento también es una innovación del proyecto al menos desde la nor-

ma codificada. El inciso g) del artículo 634 prevé la nulidad absoluta de la adopción obtenida en violación a la previa declaración de situación de adoptabilidad. No es exigible, sin embargo, en la adopción de integración (art. 632 inciso d).

Habilita también la adopción de varias personas, simultánea o sucesivamente (art. 598).

Una importante y clara definición contiene el párrafo final del artículo 598 según el cual todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí.

Debe recordarse que el inciso f) del artículo 595 establece que si el niño es mayor de diez años debe prestar su consentimiento para la adopción. Se habla de «consentimiento» y no de una opinión a ser tenida en cuenta como se pauta para los menores de esa edad. No se prevé excepción alguna para una negativa a prestar consentimiento sin fundamentos ciertos y en su propio perjuicio. En ese orden, el inciso i) del artículo 634 sanciona con nulidad absoluta a la adopción obtenida con falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado, mientras que la vulneración del derecho a ser oído pue-

de importar la nulidad relativa también a petición exclusiva del adoptado (art. 635 inciso c)<sup>4</sup>.

En síntesis, en general para ser adoptado deben concurrir estos requisitos: a) ser menor de edad, b) no estar emancipado, c) haber sido judicialmente declarado en situación de adoptabilidad o los padres privados de la responsabilidad parental<sup>5</sup> y d) haber prestado el niño su consentimiento si es mayor de diez años (art. 595 inc. f).

Cabe destacar que el artículo 599 prevé que en caso de muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad.

#### 5. Los adoptantes

El proyecto otorga capacidad para adoptar tanto a un matrimonio o pareja de convivientes o a una persona sola (art. 599), modificando el sistema actual de adopción unipersonal como regla general y de adopción conjunta matrimonial como excepción. De este modo se recepta en la norma lo que acontece en la realidad cotidiana. En cuanto a las parejas de convivientes es conteste con la positividad de las uniones convivenciales

también propuesta en el Proyecto. Se supera así la marcada inconstitucionalidad del actual sistema que veda la posibilidad de adopción a los concubinos.

Debe tenerse presente que la adopción simultánea por más de una persona que no sean cónyuges o pareja conviviente torna absolutamente nula a la adopción (art. 634 inciso d).

Los adoptantes deben reunir los siguientes requisitos:

a) Ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado –actualmente es de dieciocho años– excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente (art 599). La carencia de este requisito es sancionada con la nulidad absoluta de la adopción (art. 634 inciso b).

b) Residir permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país (art. 600). Se supera así la discusión doctrinaria y jurisprudencial referida a los nacionales que no contaban con el plazo de residencia pautado por la ley 24.779.

c) Hallarse inscripto en el registro de adoptantes. La sanción prevista por violación de este requisito es la nulidad absoluta (art. 634 inciso h). Siguiendo lo establecido en la ley nacional 25.854 del Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva y su similar provincial n° 13.093, la inscripción en el Registro se dispone previa evaluación positiva de los equipos interdisciplinarios. En función de ello, el inciso h citado habla de «inscripción y aprobación» despejándose así toda posibilidad que se entienda por cumplido el requisito con la mera presentación de la solicitud de inscripción. Este requisito no es exigible en caso de adopción de integración (art. 632 inciso b).

d) Haber cumplido veinticinco años de edad, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumple con este requisito (art. 601 inciso a)<sup>6</sup>. La vulneración de esta norma acarrea nulidad relativa de la adopción (art. 635 inciso a).

e) No debe ser ascendiente del adoptado (art. 601 inciso b). La adopción de descendientes es sancionada con nulidad absoluta (art. 634 inciso e).

f) No debe ser hermano o medio hermano del adoptado (art. 601 inciso c) La violación de este requisito acarrea la

nulidad absoluta de la adopción [art. 634 inciso f)]<sup>7</sup>.

El artículo 598 pauta que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, debiendo ser oídos por el juez y valorarse su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez (598).

Se establecen normas para ciertas situaciones particulares de los adoptantes:

a) Las personas casadas o en unión convivencial solo pueden adoptar si lo hacen conjuntamente [art. 602], excepto que: a.1) el cónyuge o conviviente haya sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impida prestar consentimiento válido para este acto [art. 603, inciso a). En este caso debe oírse al Ministerio Público y al curador y, si es el pretense adoptante, se debe designar un curador ad litem; a.2.) los cónyuges estén separados de hecho [art. 603 inc. b).

b) Las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de edad, pueden adoptarla conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión [art. 604]. El juez debe

valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño.

c) Si la guarda con fines de adopción fue otorgada durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja [art. 605]. En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido.

d) Como actualmente se establece, el tutor sólo puede adoptar a su pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela [art. 606].

## 6. El camino de la adopción

El proyecto, para llegar a la adopción plena y simple, señala un único camino que se corre mediante tres pasos:

- La declaración judicial de la situación de adoptabilidad [arts. 607 a 610]

- La guarda con fines de adopción [arts. 611 a 614].

- El juicio de adopción [arts. 615 a 618].

Como veremos más abajo, el proyecto acota marcadamente la posibilidad de entrega directa en guarda preadoptiva por los padres, con lo que la regla general en la materia será el acceso a la adopción a través de la intervención previa de la autoridad administrativa de aplicación de las respectivas leyes de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, de la ulterior declaración en situación de adoptabilidad y de la intervención final del Registro Único de Aspirantes a Guardas Preadoptivas y de los inscriptos existentes en él.

### 6.1. La declaración judicial de situación de adoptabilidad

El proyecto indica con precisión cuáles son los supuestos para la procedencia de la declaración judicial de situación de adoptabilidad y marca ciertos lineamientos generales en materia procesal.

6.1.1. Primer supuesto [art. 607].

Contempla el caso de los niños y niñas sin filiación establecida o cuyos padres

han fallecido y respecto de los cuales el organismo administrativo competente<sup>8</sup> ha agotado la búsqueda de los familiares de origen en un plazo máximo 30 días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada.

Una de las situaciones que comprende el supuesto es la de los niños abandonados al nacer. La discusión se centra principalmente en el lapso existente entre el momento del abandono y el del dictado de la sentencia declarativa de situación de adoptabilidad. En dicho lapso el niño debe ser recibido por alguna familia, siendo ello claramente preferible a su institucionalización más aún cuando se trata de niños recién nacidos. Un aspecto del debate es si debe convocarse preventivamente a una familia inscrita en el RUAGA o si debe recurrirse a los sistemas de familias solidarias o de acogimiento. En este último caso, la eventual sentencia declarativa de situación de adoptabilidad importará para el niño un segundo desarraigo en tanto y en cuanto deberá insertarse en la familia adoptiva. Se muestra entonces imprescindible el prudente actuar de la autoridad administrativa en cuanto al tiempo de permanencia del niño en el sistema de familias solidarias.

#### 6.1.2. Segundo supuesto (art. 607)

Abarca a los niños y niñas cuyos padres tomaron la decisión libre e informada de que sean adoptados. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los 45 días de producido el nacimiento.

El plazo de 45 días está vinculado con el puerperio de la madre. Sin embargo, la decisión podría ser otorgada por los padres respecto de niños mayores. Ahora bien, se dará el supuesto –muy común en la práctica cotidiana– de madres y padres que quieren entregar su hijo recién nacido directamente a una familia adoptiva sin tener contacto con el mismo. En este caso, la decisión será adoptada con anterioridad al plazo legal y deberá proveerse a ese niño de una familia reiterándose la discusión sobre a qué tipo de familia recurrir. A mi juicio la decisión deberá ser ratificada por los padres transcurrido el plazo de 45 días.

#### 6.1.3. Tercer supuesto (art. 607)

Prevé los casos de niños respecto de los cuales se han adoptado medidas excepcionales por aplicación de la ley 26.061 y 12.967 y la revinculación intentada con la familia de origen por la autoridad de aplicación de dichas leyes no ha dado resultado en un plazo máximo de 180 días. El artículo agrega que el organismo ad-

ministrativo que tomó la decisión debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad y comunicarlo al juez interviniente dentro del plazo 24 horas.

Debemos recordar que en nuestra provincia la ley 12.967 establece un plazo máximo de duración de las medidas excepcionales de un año y seis meses (artículo 51 tercer párrafo). Se deberá compatibilizar este plazo con emergente del artículo 607 si fuere aprobado. La norma proyectada, si bien aparece con cierta inflexibilidad en el plazo, estará sujeta a diversas interpretaciones en tanto y en cuanto al vencimiento del plazo se prevé únicamente el dictamen de la autoridad de aplicación sobre la situación de adoptabilidad, sin que necesariamente dicho dictamen deba ser emitido en orden a promover la misma.

En nuestra provincia la ley 13.237 de modificación a la ley 12.967 se ha adelantado en cierto sentido a la norma proyectada y ha establecido un procedimiento a los fines de arribar a la declaración de situación de adoptabilidad. Debe tenerse en cuenta que al finalizar una medida excepcional la autoridad administrativa se encuentra ante dos posibilidades: ordenar el cese de la medida lo que implica el retorno del niño a su familia de

origen, o por el contrario resolverla definitivamente. En este último supuesto debe sugerir al juez de familia la medida definitiva a adoptar, entre las que puede estar la declaración de situación de adoptabilidad. El juez debe efectuar el control de legalidad del decisorio administrativo que resuelve definitivamente la medida, pudiendo por decisión fundada ordenar la continuación de la medida excepcional por un plazo máximo de seis meses (art. 66 bis). Si el Juez ratificara la finalización, debe citar a los padres, tutores, guardadores o responsables de los niños a comparecer a estar a derecho, expedirse sobre las medidas definitivas propuestas por la autoridad de aplicación y ofrecer prueba en el término de diez días, bajo apercibimiento de resolver sin más en caso de falta de contestación. Debe también dar intervención al Defensor General y adoptar todas las medidas que considere pertinentes en orden a proteger el superior interés de los niños comprendidos.

El artículo 66 ter de la ley 12.967 fija un procedimiento para el caso de oposición de los padres, tutores, guardadores o responsables de los niños a las medidas propuestas por la autoridad administrativa: debe nombrar un tutor especial para el o los niños y, previa aceptación

del cargo, correrle traslado por diez días tanto de la medida propuesta como de la oposición formulada, debiendo evacuarlo y ofrecer prueba. Si no hubiere oferta probatoria el juez dicta sentencia en el plazo de cinco días, caso contrario se proveerá la prueba ofrecida y designa audiencia de vista de causa en un plazo no mayor de treinta días, conforme lo establecido en el artículo 413 del Código Procesal Civil y Comercial. El juez dicta sentencia en el plazo de cinco días debiendo previamente haber tomado contacto personal con los niños y oírlos conforme a su edad.

La medida excepcional se considera prorrogada durante la tramitación del juicio de oposición debiendo la autoridad administrativa continuar interviniendo hasta tanto se dicte sentencia definitiva o el Juez atribuya cautelarmente la guarda de los niños.»

El artículo 66 quáter de la ley provincial establece que si el o los niños fueren declarados en situación de adoptabilidad se recurre al Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva a los fines del otorgamiento de la misma. En este punto, cabe consignar que no podrá desconocerse la situación de los niños que se han arraigado en familias solidarias en

tanto y en cuanto éstas pretendan una futura adopción.

#### 6.1.4. Otro supuesto (art. 610)

La sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad.

El artículo 700 enumera los casos en que procede la privación de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo la custodia del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la salud física o psíquica del hijo; d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.

El artículo 703 establece que si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola y que, en su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente.

#### 6.1.5. Excepción



El anteúltimo párrafo del artículo 607 da una chance final al grupo originario del niño por sobre la declaración de situación de adoptabilidad y dispone que la misma no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este. La excepción es lo suficientemente amplia e incluye en la misma a cualquier familiar –sin diferenciación de grados de parentesco- como así también a un «referente afectivo». En ambos casos, será la labor judicial la que dará contenido a estos conceptos de conformidad al caso concreto y a la prueba que se acerque al juez. El juez deberá ponderar si la petición se compadece con el superior interés de ese niño o niña en particular. Entiendo que también se deberá tener en cuenta la oportunidad en que es formulada la pretensión por los familiares o referentes afectivos más aún en el caso previsto para la finalización de medidas excepcionales en los que se parte de la base que la autoridad de aplicación de la ley de niñez ha agotado las posibilidades de revinculación con la familia de origen.

#### 6.1.6 Procedimiento

En el aspecto procesal el párrafo final del artículo 607 ordena al juez resolver

sobre la situación de adoptabilidad mediante el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción, extremo que obliga en nuestro caso a seleccionar en nuestro ordenamiento ritual el procedimiento que aún siendo breve otorgue todas las garantías de la defensa en juicio, al menos hasta que se adecue el código procesal a la nueva legislación.

También el nuevo Código se introduce en el ámbito procesal al establecer quiénes son las personas que deben intervenir en el procedimiento de declaración de situación de adoptabilidad, literalmente dice: a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada; b) con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes; c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial y d) del Ministerio Público. Habilita también al juez para escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.

El proyecto también unifica ciertas reglas procedimentales para esta materia, siguiendo el criterio propuesto en el mismo mediante la inclusión del Título VIII «Reglas Procesales» del Libro II «Relaciones de Familia». En ese marco,

el artículo 716 dispone que en los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

El artículo 609 prevé:

a) La declaración de situación de adoptabilidad tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales. Esta asignación de competencia es clara respecto del tercer supuesto previsto en la ley, mas no en los dos primeros. En el caso de los niños y niñas sin filiación establecida o cuyos padres han fallecido la adopción de una medida excepcional por parte de la autoridad de aplicación de la ley de niñez no es imprescindible; en el caso de los niños cuyos padres tomaron la decisión libre e informada de que sean adoptados no hay medida excepcional y tampoco intervención de la autoridad de aplicación.

b) Es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situa-

ción de adoptabilidad se tramita;

c) La sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción. El inciso debe ser relacionado con el artículo 613 que indica que el juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. Ambas normas deben ser integradas partiendo de la base que la primera refiere a la selección por el Registro de la nómina que enviará –que en algún caso particular no lo será y se limitará a un solo legajo- y es el juez el que en definitiva atribuye a una determinada familia la guarda preadoptiva.

#### 6.2. La guarda con fines de adopción

El procedimiento de guarda preadoptiva se encuentra claramente instalado en nuestro país y es suficientemente conocido por el sistema judicial de familia. El proyecto introduce algunas modificaciones a la guarda preadoptiva vigente, con especial referencia a marcadas

restricciones en el ámbito de la guarda por entrega directa, si bien no la prohíbe definitivamente. Limita también el plazo máximo de la guarda, el que no excederá de seis meses [art. 614].

##### 6.2.1. Restricciones a la guarda directa

El artículo 611 se titula «Guarda de hecho. Prohibición» mas luego el primer párrafo lo acota a la entrega directa de niños, niñas y adolescentes en guarda, ya sea por escritura pública o acto administrativo, o la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. Es decir, el principio general es que la entrega de niños en guarda se encuentra en general prohibida.

El proyecto no distingue aquí las guardas preadoptivas de otro tipo de guardas, como son las dadas de hecho y que en verdad importan solo la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (patria potestad) sin que importe intención alguna de los progenitores de cesar en la titularidad y ejercicio de la misma. A tal fin el proyecto habilita a los progenitores a convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o tercero idóneo, en el interés del hijo y por razones suficientemen-

te justificadas, siendo aplicable también para el hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido. La norma, contenida en el artículo 643, se encuentra en el título sobre «Responsabilidad Parental» y acota suficientemente la posibilidad de delegación: el acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo, tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Se establece también que los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

La regla general de prohibición de la guarda directa viene acompañada de duras sanciones para el caso de incumplimiento. Así, el segundo párrafo del artículo 611 establece que la transgresión habilita al juez a separar al niño transitorio o definitivamente de su guardador y el párrafo final quita todo efecto a la guarda de hecho, a la guarda judicial o a la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a los fines de la adopción.

Sin embargo, el segundo párrafo del

artículo 611 antes mencionado incluye una excepción: la comprobación judicial que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendientes guardadores del niño. En tanto se habla de comprobación judicial es claro que deberá producirse prueba suficiente que aporte al juez el convencimiento de que se trata de un caso de excepción.

#### 6.2.1. Aspectos procesales

También aquí el proyecto incluye normas rituales. Así, la guarda preadoptiva debe ser discernida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad (art. 612). Debe observarse que no se trata de tres procedimientos distintos sino que son secuencias dentro de un mismo camino procesal, remarcándose el uso del adverbio «inmediatamente» del otorgamiento de guarda preadoptiva respecto de la declaración de situación de adoptabilidad. Claro está que no podrán soslayarse los casos particulares donde el centro de vida del niño haya sido modificado<sup>9</sup>.

##### 6.2.1.1. Selección de pretendientes adoptantes

Como ya vimos, el artículo 613 otorga

al juez la facultad de seleccionar a los pretendientes adoptantes de la nómina remitida por el RUAGA, este aspecto no será aplicable en los casos en que sean los padres quienes toman la decisión de dar sus hijos en adopción y los han entregado de modo directo a personas con vínculo de parentesco o afectivo comprobado judicialmente.

El artículo señala que a los fines de la selección, o para otras actividades que considere pertinentes, el juez convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea. Deberá tenerse presente en este aspecto las particularidades propias de cada jurisdicción provincial. En el caso de nuestra provincia no podrá desconocerse que los equipos interdisciplinarios de la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia son distintos de los del RUAGA y que ambas reparticiones dependen de distintos Ministerios.

El artículo 613 indica al juez que para la selección, y a los a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta,

entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretendidos 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.

El último párrafo del artículo 613 ordena también al juez citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. En este aspecto, si la decisión es inmediata al proceso de declaración de situación de adoptabilidad, se deberá ponderar que el niño ya fue entrevistado conforme lo dispone el artículo 609 con el objeto de evitar la sobreexposición del niño en el ámbito judicial.

### 6.3. El juicio de adopción

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

El proyecto, siguiendo el principio de oficiosidad del artículo 709<sup>10</sup>, establece que

el juicio debe ser iniciado por el juez interviniente ya sea de oficio, a pedido de parte o de la autoridad administrativa, una vez cumplido el período de guarda (art. 616). Se disipa aquí toda posibilidad de innecesaria dilación de las guardas preadoptivas que, si bien aisladamente, se han registrado en el fuero de familia. Esas dilaciones atentan contra los derechos fundamentales de los niños y deben ser remediadas por el Estado.

Las partes de este juicio, conforme al artículo 617, son: a) los pretendidos adoptantes, b) el pretendido adoptado que cuenta con edad y grado de madurez, c) el Ministerio Público y d) la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad.

El artículo determina pautas a ser observadas respecto del pretendido adoptado: a) deben intervenir con asistencia letrada, b) si es mayor de 10 años debe prestar su consentimiento, y c) el juez debe oírlo personalmente y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez.

También se establece que las audiencias son privadas y el expediente reservado.

El artículo 618 imprime a la sentencia de adopción efecto retroactivo a la fecha de la

sentencia que otorga la guarda con fines de adopción, excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción.

## 7. Tipos de adopción (art. 620)

La actual adopción simple integrativa es separada por el Proyecto y conformada como un tipo autónomo con algunos tintes diferenciales de la actual. Se prevén entonces:

**a) Adopción Plena:** confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

**b) Adopción Simple:** otorga el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, con las excepciones que más abajo veremos.

**c) Adopción de integración:** se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera ciertos efectos que detallaremos luego.

### 7.1. Adopción plena y simple. Normas comunes

El proyecto intenta compatibilizar los tipos de adopción con la realidad familiar que no responde a moldes rígidos preestablecidos. En ese sentido, y siguiendo el temperamento general en materia de familia, se confía al juez la adecuación del instituto a cada familia en particular dentro de ciertos parámetros que impiden decisiones meramente discrecionales.

Así, el artículo 621 faculta al juez a otorgar la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Asimismo, a petición de parte y por razones fundadas el juez puede convertir una adopción simple en plena (art. 622).

Una importante innovación es la contenida en el segundo párrafo del artículo 622.

a) **Subsistencia de vínculo jurídico:** en la adopción plena el juez, a pedido de parte y por motivos fundados puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen, cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente.

b) **Creación de vínculo jurídico:** el en la

adopción simple el juez puede crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados para cada tipo de adopción.

El artículo 623 establece como regla general que el prenombre del adoptado debe ser respetado, pudiendo el juez modificarlo en el sentido que se le peticione de modo excepcional y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado.

### 7.2. Adopción plena

Tal como rige hoy en día el proyecto califica a la adopción plena de irrevocable. El segundo párrafo del artículo 624 admite la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento al solo fin de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción.

El artículo 625 establece como pauta general que la adopción plena debe preferentemente ser otorgada cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos

de padre y madre que no tengan filiación establecida. Luego agrega los siguientes supuestos: a) Cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad; b) Cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental; c) Cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

El artículo 626 ordena reglas vinculadas con el apellido del hijo por adopción plena: en la adopción unipersonal, el apellido del adoptante pudiendo solicitar se mantenga el doble apellido si lo tiene, en la adopción conjunta se siguen las reglas del apellido de los hijos matrimoniales<sup>11</sup>. De modo excepcional puede agregarse o anteponerse el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta, a petición de parte interesada y fundado en el derecho a la identidad del adoptado. El último inciso del artículo obliga al juez a valorar la opinión del adoptado si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, reiterando el criterio emergente de la CIDN.

### 7.3. Adopción simple

La adopción simple no extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen

conforme ya lo viéramos. Como consecuencia de ello, el artículo 627 el inciso a) del artículo 627 pauta la regla general de conservación de los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen, sin perjuicio que la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes. La familia de origen, conforme al mismo criterio, tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño (inciso b); el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos (inciso c) y el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; rigiendo las mismas reglas de la adopción plena a falta de petición expresa (inciso d). El último inciso del art. 627 dispone que el derecho sucesorio se rige por lo dispuesto en Libro Quinto del proyecto<sup>12</sup>.

El artículo 628 admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación contra sus progenitores, y el reconocimiento del adoptado, sin que ninguna de estas situaciones altere los efectos de la adopción establecidos en el artículo 627.

La adopción simple es revocable en los siguientes casos: a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código; b) por petición justificada del adoptado mayor de edad; c) por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente. La revocación extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro. Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.

#### 7.4. Adopción de integración

Aún cuando se trate de una categoría diferenciada respecto de la actual normativa, la adopción de integración continúa la finalidad actual de la adopción simple integrativa. Sin embargo posee dos elementos diferenciadores de importancia: la habilitación del conviviente a adoptar al hijo de su pareja y la posibilidad que sea otorgada con carácter de adopción plena o simple.

El artículo 630 mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. El artículo 631 detalla

los efectos entre el adoptado y el adoptante: a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621, es decir el juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

El artículo 632 agrega ciertas reglas específicas sin perjuicio de las disposiciones generales: a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas; b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes; c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho; d) no exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad; e) no exige previa guarda con fines de adopción. Estas reglas distinguen al instituto con nitidez respecto de los otros dos tipos y justifican plenamente su tratamiento autónomo.

La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para

la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple (art. 633)

### 8. Las nulidades (arts. 634 y 635)

En el desarrollo de este artículo hemos ido consignando las causales de nulidad absoluta y relativa previstas en los artículos 634 y 635 respectivamente<sup>13</sup>. Así, es de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a: a) la edad del adoptado; b) la diferencia de edad entre adoptante y adoptado; c) la adopción que haya tenido como antecedente necesario un delito cometido por el adoptante contra el adoptado o sus progenitores de origen; d) la adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente; e) la adopción de descendientes; f) la adopción de hermano y de medio hermano entre sí; g) La declaración judicial de la situación de adoptabilidad; h) La inscripción y aprobación del registro de adoptantes; e i) La falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado. Son de nulidad relativa las que vulneran las normas sobre: a) la edad mínima del adoptante; b) vicios del consentimiento; c) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

### 9. Inscripción (art. 637)

La adopción, su revocación, conversión y nulidad deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas

### 10. Conclusiones

La reforma propuesta en materia de adopción se compadece con el ordenamiento jurídico constitucional y con los tratados internacionales suscritos por nuestro país. Está pensada desde la perspectiva de los derechos del niño, especialmente desde su derecho a la identidad y a crecer en un marco de contención familiar. Desde ese núcleo son articulados los derechos de los adultos, tanto sea de la familia biológica originaria como de aquellas familias que desean asumir las obligaciones propias de la adopción. El diseño normativo no busca acelerar ni desacelerar los trámites de adopción sino asegurar los derechos puestos en juego. Será la labor la autoridad administrativa competente en materia de niñez, en primer término, la que provea a cada niño un ámbito propicio para un crecimiento saludable, alzándose contra ello las gestiones excesivamente prolongadas y a carencia de recursos suficientes. Corresponderá al Poder Judicial el control debido de la

actuación de la autoridad administrativa y su propio accionar diligente.

Cabe señalar finalmente que la sanción y ulterior promulgación del nuevo Código Civil y Comercial, que en el año 2012 aparecía como inevitable, se ha dilatado en su trámite parlamentario. Sin perjuicio de ello y más allá de que se ponga o no en vigencia, lo cierto es que muchas de las reformas propuestas ya están siendo aplicadas por los jueces a partir de sustentarse de modo directo en normas constitucionales y de los tratados internacionales. Amén de las discusiones y debates que pueden hacerse respecto de ciertas normas proyectadas particulares o del mayor o menor alcance de algunas instituciones previstas, los núcleos fundamentales de la reforma encuentran también un claro anclaje en la realidad que cotidiana y vemos en el Tribunal, en los estudios jurídicos, en los despachos administrativos y en las calles de nuestras respectivas comunidades. La demora en la adecuación de las instituciones jurídicas a la realidad va colocando al derecho vigente, de modo progresivo, al borde de la inconstitucionalidad en tanto dé una respuesta insatisfactoria o directamente ya no dé respuesta a las necesidades de la comunidad ■

<sup>1</sup> Claro está que observará también los fallos de las Cámaras respectivas y en el caso de los Tribunales Colegiados de Familia los fallos plenos que los mismos hayan emitido en su respectiva jurisdicción.

<sup>2</sup> Art. 594: La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. / La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

<sup>3</sup> El artículo establece además que el expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

<sup>4</sup> El artículo 707 correspondiente a las reglas procesales en materia de familia recepta el derecho de los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, y de las personas mayores con capacidad restringida a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. La obligación recae en el juez de modo personal según las circunstancias del caso.

<sup>5</sup> El artículo 610 declara equivalente la sentencia de privación de la responsabilidad parental a la declaración judicial en situación de adoptabilidad.

<sup>6</sup> El inciso a) del art. 315 vigente prohíbe la adopción a quienes no hayan cumplido treinta años de edad, es decir comprende a ambos cónyuges, y establece como excepción que tengan más de tres años de casados o cuando acrediten la imposibilidad de tener hijos.

<sup>7</sup> Llama la atención el uso de «medio hermano» cuyo reemplazo por «hermano unilateral» es establecido en el artículo 534. Los únicos artículos que utilizan «medio hermano» son los aquí referidos.

<sup>8</sup> En nuestro caso, la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia o las Direcciones Provinciales de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la 1a o 2a Circunscripción o las delegaciones locales autorizadas a tal fin.

<sup>9</sup> Recordar el criterio general emergente del artículo 716 en cuanto a la competencia del juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

<sup>10</sup> Art. 709.- Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. / El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

<sup>11</sup> Consultar las normas sobre nombre contenidas en el proyecto en los artículos 62 a 72.

<sup>12</sup> Remarco en particular los artículos 2430 y 2432 correspondientes a la sucesión de los descendientes y de los

ascendientes respectivamente: Artículo 2430.- Caso de adopción. El adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 2432.- Parentesco por adopción. Los adoptantes son considerados ascendientes. Sin embargo, en la adopción simple, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen, ni ésta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. Estas exclusiones no operan si, en su consecuencia, quedan bienes vacantes. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de origen.

<sup>13</sup> Cabe consignar aquí que el artículo 386 proyectado califica de nulidad absoluta aquellos actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres y de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas. La nulidad absoluta puede declararse de oficio si es manifiesta al momento de dictar sentencia y no puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción (art. 387). Los de nulidad relativa sólo pueden declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece pudiendo ser, excepcionalmente, invocado por la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Pueden sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo (art. 388).