

## Declaración de estado de adoptabilidad de un niño con parientes biológicos vivos. Dos decisorios con diferente solución

25 enero 2018 por [Ed. Microjuris.com Argentina](#)



Autor: Stilerman, Marta N.

Fecha: 19-ago-2017

Cita: MJ-DOC-11999-AR | MJD11999

Sumario:

I. Introducción. II. Aquello que es común a los dos decisorios. III. Opción por mantener el vínculo. IV. La adopción como única salida. V. Cuando los derechos del mismo menor entran en conflicto. VI. El problema de la edad. VII. Las normas legales. VIII. Conclusiones.

Doctrina:

Por Marta N. Stilerman (\*)

### I. INTRODUCCIÓN

Cuando un niño, niña o adolescente se encuentra en riesgo material o moral por el abandono del progenitor único, o de ambos, en caso de haberlos, sin que persona alguna se haga cargo, transita una etapa de institucionalización que, si se prolonga, lo marca para siempre.

Cuando existen progenitores o entorno familiar, los intentos de revinculación que no producen resultados alargan los tiempos y los niños no siempre son declarados en situación de adoptabilidad antes de que los daños sobre su psiquis se hayan producido.

Es sabido de la mayoría de los pretendientes adoptantes quieren niños recién nacidos o lo suficientemente pequeños como para pensar que superarán rápidamente las secuelas del abandono y la institucionalización.

Es por ello por lo que, sin descuidar la búsqueda del interés supremo de cada niño, niña o adolescente en riesgo, los tiempos judiciales para determinar la posibilidad o no de su reinserción en la familia, no han de extenderse más allá de lo necesario.

### II. AQUELLO QUE ES COMÚN A LOS DOS DECISORIOS

Los dos casos que comparamos tienen en común características semejantes, en tanto sus disimilitudes llevan a diferentes soluciones.

Las semejanzas pasan por la circunstancia de que los progenitores biológicos no son aptos para brindar a niño/a involucrado/a las condiciones esenciales para su desarrollo.

Las diferencias, que forman el hilo conductor de los finales de uno y otro caso, se vinculan a la voluntad integrativa o no de la familia biológica ampliada; la que en un caso resulta expulsora y en el otro contenedora y afectiva.

### III. OPCIÓN POR MANTENER EL VÍNCULO

En autos «D., N. A.s/ control de legalidad Ley 26.061 (1), la Sala M de la CNCiv revocó el decisorio de primer grado que declaraba en situación de adoptabilidad a un niño cuya madre, en situación de calle, rechazaba toda oferta de asistencia estatal tendiente a dar solución a su problema habitacional.

Como consecuencia de su situación de calle N (el niño) fue evaluado e internado en el Hospital Durand, en razón de que la falta de los cuidados necesarios (vacunas, alimentación apropiada, etc.) derivó en problemas bronquiales.

Al externar al niño del hospital se dictó, el 18/6/2015, la medida excepcional por la cual, separando al niño de su madre, aquel fue internado en el Hogar Vallecito.

A partir de la internación, el vínculo de la madre con el niño -si bien no dejó de ser afectuoso- se vio debilitado por la incapacidad materna de asumir sus responsabilidades; incapacidad -esta- que se manifestaba a través de su ausencia a las visitas y su propia falta de compromiso con el tratamiento indicado para superar sus adicciones.

Apelada la sentencia que declaraba la situación de adoptabilidad por la madre y la abuela, con un dictamen desfavorable de la Defensora de Menores de Cámara, la Sala convocó a las apelantes, quienes concurren con las hermanas mayores de N. -de quienes la abuela se hacía cargo- y del nuevo hermanito.

El decisorio analiza todo el plexo de normas legales y enfatiza en privilegiar el derecho del niño a preservar sus lazos de sangre, como implícito en el derecho a la identidad, así como la directiva categórica del último párrafo del art.607 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCivCom).

La aparición, en la vida de la madre, de una pareja con visos de estabilidad y que manifiesta que ellos están dispuestos « a colaborar con el cuidado y atención de todos sus hijos y de asumir también la consiguiente manutención de ellos», permitiría pensar en un futuro mejor, en el que su incapacidad para hacerse cargo de sus hijos se revierta y pueda asumir su maternidad.

Sin perjuicio de ello, lo que realmente marcó la definición en este caso es que la abuela materna se encontraba dispuesta a hacerse cargo del niño así como ya lo hacía con sus cuatro hermanos mayores.

Acá se tuvo en cuenta que, si bien, a raíz de un incendio en su casa, la abuela habría sufrido alguna discapacidad y -en razón de ella- había tenido que distribuir temporariamente a sus cuatro nietos por no poderlos mantener, a la fecha del decisorio comentado, la situación ya se había

modificado, estando los cuatro hermanos mayores de N. viviendo con su abuela, quien, además de encontrarse en condiciones de hacerse cargo del niño, deseaba hacerlo.

Ese deseo resultó definitivo.

Por su parte, la madre de N. no deseaba recuperar la guarda del niño y, por el contrario, manifestaba interés en que este permaneciera junto con sus hermanos mayores y a cargo de su propia madre.

Además de resolver la inmediata externación de N. y la entrega en guarda a su abuela, el tribunal señala que «... no pasamos por alto que la manda legal y convencional no será satisfactoriamente cumplida si no se adoptan medidas de revinculación y fortalecimiento familiar, para lo cual se cuenta con los recursos que proporcionan las políticas públicas», por lo que «... deberá solicitarse la intervención del Programa de Fortalecimiento de Vínculos que depende de la Dirección General de la Niñez y adolescencia del GCBA (...) con el objetivo de apuntalar a la familia de N. y garantizar que pueda desarrollarse adecuadamente al cuidado de su abuela».

#### IV. LA ADOPCIÓN COMO ÚNICA SALIDA

Distinta debió ser la solución adoptada por la sala H. el 14/3/2017, en autos «B. C. T. D. s/ control de legalidad Ley 26.061» (2), en los que la niña T., cuyo entorno familiar era muy distinto del de N., fue declarada en situación de adoptabilidad en función de las mismas normas que, en el caso «supra» comentado, llevaron a la solución contraria.

En este caso, T., ya de 6 años, hija de M. y sobrina de E., no contaba en su entorno familiar con la posibilidad de reinserción.

Las actuaciones se inician al intervenir la Defensoría Zonal de la Comuna 9 del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual «tomó conocimiento de la conflictiva familiar», a través de la denuncia efectuada por E., tía de T., ante la OVD de la que surge el estado de vulnerabilidad de la denunciante, su hermana M. y su sobrina T.; asimismo, E. denunció al esposo de su propia tía por abuso sexual.

Al mismo tiempo, si bien el denunciado, esposo de la tía, había reconocido a T. como su hijo, se encontraba demandado por impugnación de la paternidad.

Se trató de un reconocimiento efectuado por temor a que se dispusiera su adoptabilidad, con la oposición de la madre, quien señaló haberse visto presionada por sus tíos a aceptarlo.

En el caso de T., a diferencia del de N., el entorno familiar no constituía un lugar contenedor en momentos en que, quien figura como su padre transita un proceso de impugnación de paternidad.

El aspecto más grave de este caso es que, al tiempo de decidir su situación de adoptabilidad, la niña ya había cumplido 6 años que son, en términos de formación de la psiquis humana los años más importantes de la vida.

Que un niño o una niña sea declarado/a en situación de adoptabilidad en plazos mucho más largos que lo que marca la ley no es inusual.

En efecto, de semejante tenor, aunque con un encuadre fáctico algo diferente es lo resuelto en los autos «R. D. A. s/ abrigo» (3), en los que, tras un prolongado proceso, la sala I de la C. Apel. Civ. Com. de Azul resolvió declarar al niño D en estado de adoptabilidad, pese a la oposición del padre

biológico, quien si bien lo visitaba, lo hacía en estado de ebriedad, aspecto que no aceptaba tratar, por no considerarlo una enfermedad.

En el caso citado, se entendió que «verificada en autos la situación de los progenitores y el niño, se observa que, a través del tiempo, el contexto de riesgo se ha visto consolidado y cristalizado en franco detrimento hacia el efectivo goce de los derechos de D (...) surge el abandono manifiesto, evidente y continuo del niño por parte de sus progenitores, el que no queda revertido por la mera voluntad del padre de convivir junto a él (...) D tiene la necesidad de contar con figuras significativas que le ofrezcan estabilidad emocional y afectiva (...) corresponde», a su mejor interés, «proporcionarle un hogar donde pueda crecer y desarrollarse con afecto y estabilidad».

Todos los casos analizados, y los muchos semejantes de que dan cuenta los decisorios judiciales, han excedido en mucho -en los términos de vida de un niño/a- los plazos establecidos por el inc. c del art. 607 del CCivCom.

#### V. CUANDO LOS DERECHOS DEL MISMO MENOR ENTRAN EN CONFLICTO

El art. 3 de la Ley 26.061 define el «interés supremo del menor» del siguiente modo: «la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley», siendo obligación respetar «su condición de sujeto de derecho», su derecho «a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta», «su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales»; disponiendo el último párrafo del referido artículo que en caso de «conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros».

Ante situaciones de abandono material y moral de niños de corta edad, nos encontramos con que resulta frecuente que el juzgador deba de resolver cuál de los derechos de cada niño en sí mismo habrá de privilegiar cuando no puede satisfacer todos los que le otorga la convención.

Tarea difícil si la hay.

¿Qué significado ha de darse, en cada caso particular, a la expresión «...máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos reconocidos en esta ley?».

Del análisis de los casos comparados, y de otros tantos de semejante tenor, parecería que se privilegia un derecho en detrimento de otros.

¿Es el derecho a criarse en la familia de origen superior al derecho de criarse dentro de una familia, aunque esta no sea la biológica?

¿Es esa elección la correcta?

Estos cuestionamientos no tienen una respuesta única para todos los supuestos; más aún, resulta muy difícil saber, en la etapa decisoria de cada situación, la que generalmente el niño transita internado en alguna institución o acogido en un hogar sustituto, si privilegiar la revinculación con su familia biológica es realmente más acorde al interés de ese niño/a en particular y durante cuánto tiempo ello puede hacerse sin daño permanente.

Los tiempos que establece la ley raramente se cumplen.

Los distintos casos que hemos comentado en el punto anterior dan cuenta de que, cuando los progenitores se encuentran incapacitados de brindar al/ a los niño/s el afecto y los cuidados

necesarios para acompañarlo/s en su desarrollo físico y emocional, los intentos de mantenerlo/s en la familia de origen se prolongan por tiempos que son demasiado largos para el / los niño/s institucionalizado/s.

Ello nos lleva a analizar el problema de la edad de cada niño al momento de decidir su situación de adoptabilidad.

## VI. EL PROBLEMA DE LA EDAD

La preferencia que da la Convención sobre los Derechos del Niño a la crianza de estos por sus progenitores biológicos conduce algunas veces a extremos que condenan al niño a vivir fuera de todo ámbito familiar por un tiempo que, en relación con sus aún cortas vidas, es demasiado largo para asegurarles la oportunidad de insertarse en una familia que les dé la contención, el cariño y la crianza que su familia de origen no ha podido o no ha querido brindarles.

Esto no ocurre solo en el ordenamiento legal argentino y ha sido criticado por parte de la doctrina francesa especializada en psiquiatría infantil (4).

Por otro lado, la prematura o innecesaria desvinculación del niño de su familia biológica, cuando su permanencia y contacto con esta resguardan su interés, exige una delicada evaluación por parte de la justicia a los efectos de determinar si tal desvinculación resulta inevitable o si un apoyo estatal a la familia permite mantenerlo en el seno de ella sin desmedro de su supremo interés.

El tema solo admite un análisis casuístico y la jurisprudencia muestra que es de resolución compleja por la cantidad de decisorios de primera instancia revocados por la Alzada.

La línea divisoria entre una y otra opción se muestra muy tenue en el análisis de cada caso en particular y se vincula a una enorme cantidad de factores que, de ninguna manera, permiten una teorización abstracta.

La doctrina, en este tema, solo sirve como guía conceptual para concretizar el análisis.

Los requerimientos de los tiempos de los niños no siempre se condicen con los deseos de mantener el vínculo, expresados por toda la familia biológica o por parte de ella, cuando no se ven sustentados en actitudes concretas por parte de esta.

Las edades de los niños/as al decidirse su adoptabilidad pueden constituirse en el mayor obstáculo para que la solución que se adopte contemple, en todos los sentidos, su mejor interés.

La edad del niño / de la niña incide de dos maneras.

Por un lado, los largos tiempos de institucionalización dejan huellas que muchas veces son imposibles de borrar y, por el otro, al aumentar la edad, encuentran menos familias interesadas en incorporarlos a sus vidas; situación esta última que tanto se produce por el deseo de formar una familia lo más parecida a una biológica, como por el temor -no siempre infundado- de que un niño que ya ha sufrido mucho les resulte muy difícil de criar.

Analizando la conveniencia o no de admitir la revocabilidad de la adopción plena, Nora Lloveras y Marcelo Salomón (5) señalan lo siguiente: «. la edad del adoptado al momento de la adopción constituye un hecho al que es necesario asignarle la trascendencia que efectivamente tiene (...) la influencia sobre la personalidad que ejercen las experiencias de los primeros cinco o seis años de vida es en gran medida condicionante de numerosos comportamientos adultos (...) las

experiencias negativas tempranas del /de los niño/s tenderán a persistir, aun cuando las circunstancias de la vida se le tornen francamente favorables, y las experiencias positivas tenderán también a persistir, aunque el medio se presente francamente adverso (...) durante este período el niño ha alcanzado su maduración psicofisiológica».

El tiempo durante el cual un niño vive en una institución (o varias, si es el caso) o con una familia distinta de la de origen, se constituye en un determinante de su desarrollo, sea tanto físico como emocional, sea solo emocional, ello debe ser tenido en especial consideración tanto cuando se decide sobre su apartamiento de la familia biológica, el otorgamiento de su guarda con fines de adopción, la posibilidad o no de reconocer una guarda de hecho, su restitución a la familia de origen y el trámite de adopción mismo.

En este contexto, los intentos de revinculación con la familia biológica que se desarrollan a lo largo de los años y / o la restitución a ella luego de un prolongado tiempo de guarda, aparecen como sumamente perjudiciales para el interés del o de los menor/es involucrado/s.

Se trata de un tema muy estudiado por el psiquiatra infantil Maurice Berger, quien destaca que se puede decir que existen dos clases de dispositivos de protección de la infancia: aquellos que, como es el caso de Francia, están centrados en la familia; es decir, en los padres, y aquellos centrados en el niño. Ambos tienen, oficialmente la voluntad de proteger a los niños. Los centrados en la familia, tienen como meta mantener al niño «a todo precio» en el seno de la familia, sin considerar que algunos adultos son incapaces de evolucionar en el nivel de sus capacidades educativas, en tanto que los centrados sobre las necesidades del niño se desarrollan normalmente en el nivel afectivo, intelectual y social, analizando de qué forma se satisfarán mejor sus necesidades esenciales. Si gracias a una ayuda adecuada los padres pueden lograr ese objetivo, el mantenimiento del niño en la familia es la solución preferible y, si ese no es el caso, se debe encontrar una solución fuera de la familia.

Son varios los aspectos de los procesos de guarda y de adopción que no contemplan los daños que, sobre un niño, producen los estados de incertidumbre y los cambios de entorno socioafectivo, derivados del excesivo apego a normas como la de creación del registro de adopción o la -a mi entender- errónea interpretación literal de la preferencia de que los niños sean criados por sus padres (aun cuando demuestren su falta de capacidad, no por aspectos económicos, donde el Estado debe acudir al auxilio, sino por falta de madurez y compromiso con las responsabilidades que requiere la crianza).

## VII. LAS NORMAS LEGALES

El Código Civil y Comercial de la Nación regula la adopción, así como la guarda con fines de adopción, en los seis capítulos del Título VI, arts. 594 a 637 .

El art. 594, con el que se inicia el Capítulo I define la adopción como «una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por la familia de origen».

Los principios por los que se rige la adopción están establecidos en los seis incisos del art.595 (6), de los cuales cabe destacar los diferentes problemas que se pueden suscitar en la aplicación práctica de los incs. c y d.

Cuando el inc. c habla del «agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada», omite definir tiempos, siendo que se trata de un concepto esencial para resguardar el interés supremo del menor.

El art. 607 (7) del texto legal parece dar respuesta al cuestionamiento «supra» realizado al inc. c del art. 595, al establecer tiempos relativamente breves para decretar la situación de adoptabilidad. Más allá de los aspectos formales de redacción, las mayores diferencias se encuentran en el inc. c. que agrega, a continuación de «las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días», que, «vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas».

A ello se agrega lo siguiente: «. la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este» y que «el juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días».

Los arts.608 y 609 , al regular el procedimiento de declaración de situación de adoptabilidad, innovaron respecto de las normas anteriormente vigentes al otorgar carácter de parte al «niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada» (8) y a «los padres u otros representantes legales del niño, niña y adolescente» (9); a la par que faculta al juez a «escuchar a los parientes y otros referentes afectivos» (10), disponiendo, el inc. b del art. 609 lo siguiente: «. es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuyo estado de adoptabilidad tramite».

## VIII. CONCLUSIONES

Las normas sobre adopción, varias veces modificadas desde aquella primera incorporación a nuestro ordenamiento legal con la Ley 13.252, aún no han encontrado una solución óptima para muchos de los problemas que se presentan frente a aquellos niños que carecen de entorno familiar y, menos aún, en casos como los que analizamos en los cuales existe un entorno familiar que algunas veces puede ser contenedor, en tanto otras tantas carecen de toda aptitud de crianza y contención para el niño involucrado.

Los dos casos aquí comparados, elegidos como representativos de tantos otros similares a alguno de ellos, dan cuenta de los largos plazos que transcurren hasta que la justicia arriba a una decisión, sea en el sentido de dejar al niño / a la niña con su familia biológica (inmediata o ampliada) o en el de declararlo en estado de adoptabilidad para poderlo incorporar a otra familia que le dé los cuidados (no los materiales, sino los morales) que la biológica no ha podido brindarle.

Las edades de los/as niños/as al tomar tal decisión pueden constituirse en un obstáculo para que la solución que se adopte contemple, en todos los sentidos, su mejor interés.

Los decisorios del tenor de los que aquí comentamos muestran que el instituto de la adopción en nuestro país aún no ha alcanzado la regulación que mejor contemple el mejor interés de cada menor en situación de desprotección.

Cuando la imposibilidad de mantener a un niño dentro de su familia biológica es económica, es obligación del Estado acudir en auxilio del o de los progenitor/es, o bien de un tío/a o abuelo/a para que el niño que puede permanecer en su familia de origen en tanto esta le brinda cuidado y contención afectiva y formativa, no deba ser separado de ella solo por la falta de cobertura de sus necesidades materiales.

Una activa labor judicial resulta necesaria para dar en cada uno de los casos que se plantean la decisión que mejor se adecue a ese niño / niña o adolescente determinado, y esa labor exige una ausencia total de preconceptos y una importante actividad interdisciplinaria.

Solo así, las situaciones como las que comparamos, junto con las muchas de semejante tenor, hallarán las soluciones más acordes para el niño, niña o adolescente cuyas vidas enteras se encuentran condicionadas por la decisión que en sus casos se adopte.

---

(1) MJJ103817 .

(2) MJJ103923 .

(3) MJJ96248 .

(4) BERGER, M.: Ces enfants qu'on sacrifie ... la protection de l'enfance. París, Dunod, 2007.

(5) «El derecho de familia. Desde la Constitución Nacional», p. 174/75. Universidad, 2009.

(6) «La adopción se rige por los siguientes principios»:

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 los 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».

(7) «La declaración judicial del estado de adoptabilidad se dicta» si se presentan las siguientes posibilidades:

A. «Un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual solo por resolución fundada».



B. «Los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida solo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento»;

C. «Las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días». Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

»La declaración judicial de estado de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este».

»El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días»

(8) Art. 608, inc. a .

(9) Ídem, inc. b.

(10) Ídem, «in fine».

(\*) Abogada especializada en Derecho de Familia. Mediadora. Doctorando en UCES. Autora de libros y artículos sobre temas de Derecho de Familia.