

La Adopción en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

Marina Gabriela Vegh

El Anteproyecto que hoy nos reúne regula tres tipos de adopción, tal como existen en la actualidad en nuestro Código Civil, es decir: la adopción plena, la adopción simple y la adopción de integración.

De hecho, el art. 620 define las diversas modalidades de adopción tal cual hoy las entendemos.

La principal diferencia con la ley actual radica en las facultades que el art. 621 otorga al Juez. En este caso, el art. aclara que "...cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple".

Ahora bien, si el anteproyecto pretende receptar el principio del interés superior del niño, tal como enuncian sus fundamentos, ¿por qué se piensa en la posibilidad de una adopción en la que el adoptado no cree vínculos jurídicos con la familia del adoptante? Si el art. 594 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..." ¿Acaso el fundamento no es la inclusión familiar? ¿Cómo podría incluirse aquel niño (entiéndase por niño de ahora en adelante niño, niña o adolescente) a dicha familia si los padres de su adoptante no son sus abuelos, sus hermanos no son sus tíos y los hijos de su hermano no son sus primos?

Mi propuesta radica en que sigan existiendo los tres tipos de adopción que se propugnan pero con las siguientes particularidades en lo que respecta a la adopción plena y simple:

Respecto a la adopción plena, que confiera al adoptado la condición de hijo y extinga los vínculos jurídicos con la familia de origen, tal como se propugna, sin necesidad de agregar que excepcionalmente puede crear vínculo con algún miembro de su familia biológica.

Respecto a la adopción simple, que confiera al adoptado la condición de hijo (tanto respecto del adoptante como de todos sus parientes) pero sin extinguir los vínculos jurídicos con la familia de origen. De este modo, el niño adoptado en forma simple también tendría en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo, pero no se cortarían los vínculos jurídicos con su familia biológica.

Del modo en que está plasmado el tema en el anteproyecto en cuestión, se advierte que inclusive la terminología resulta discriminatoria de los niños adoptados en forma simple, al enunciar que no tendrían los mismos derechos y obligaciones de todo hijo. ¿Acaso privarlo de

los mismos derechos y obligaciones de todo hijo no es una forma de vulnerarlo? ¿Cuál se entiende que sería el interés superior de aquel niño?

Si se llega a la necesidad de otorgar la adopción de un niño es porque se parte de situaciones de vulnerabilidad de tal magnitud que, si se pretende ser respetuosos de los derechos que enuncian la ley 26.061, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, privarlo de los derechos de todo hijo, no haría más que exponerlo a una nueva situación de vulnerabilidad.

Hasta la fecha, la adopción simple tenía su razón de ser en garantizar el derecho a la identidad y a mantener el vínculo del adoptado con su familia biológica. Ahora bien, al encontrarnos ante una posibilidad de reforma, entiendo que se deben prevalecer los derechos de los niños y su interés superior y no así el que pudiere pretender preservar algún familiar del adoptante o de los adoptantes.

Así surge además de los fundamentos del anteproyecto en el título de la Adopción, que prescriben: “el anteproyecto considera necesario definir a la adopción; el concepto incorporado destaca que la institución tiene en miras, primordialmente, el interés de los niños por sobre el de los adultos comprometidos”.

En este sentido, el modo de respetar su interés superior entiendo que radica en conferirle al adoptado de forma simple la condición de hijo, creando vínculos jurídicos con los parientes del adoptante y sin extinguir los vínculos jurídicos con su familia de origen.

Tal como se encuentra redactado el anteproyecto pareciera que, partiendo de los tipos de adopción conocidos, se pretendió flexibilizar la legislación para poder dar respuestas a situaciones que quedaban por fuera de la regulación vigente. Pero de este modo, si bien la finalidad es válida, los niños respecto de los cuales se otorgue su adopción simple se encontrarán en peores condiciones que los adoptados plenamente.

También entre los fundamentos del anteproyecto encontramos el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella. Si bien se tuvieron en cuenta otras cuestiones para declamar estos fundamentos, lo cierto es que el niño adoptado en forma simple, de acuerdo a la reforma que se propone, sería discriminado en el acceso a la que, de hecho, se va a constituir como su familia.

A esto se agrega que la mayoría de los niños, tal como está plasmada la reforma, serán dados en adopción simple, ya que, como sabemos, el mayor número de niños respecto de los cuales se otorga su adopción tiene familia y sus padres no son privados de la patria potestad, ahora denominada responsabilidad parental.

Así pues, el anteproyecto establece de manera precisa, los tres diferentes supuestos fácticos y jurídicos que dan lugar a la declaración judicial del estado de adoptabilidad: “a) (si) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha

agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de TREINTA (30) días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) (si) los padres tomaron la decisión libre e informada de que su hijo sea adoptado y el organismo administrativo competente agotó las medidas tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, durante un plazo máximo de NOVENTA (90) días contados a partir de la manifestación. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los CUARENTA Y CINCO (45) días de producido el nacimiento; (y) c) (si) se comprueba que 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 (180) días”. Y los fundamentos del anteproyecto enuncian: “De este modo, el anteproyecto se armoniza con la ley 26.061”.

No se puede negar que la institución de la adopción se encuentra íntimamente ligada a la Ley N° 26.061. Por ello, si bien su incorporación resulta trascendental, lo cierto es que, si bien desde el punto de vista teórico la misma debería hacerse, quizás, de modo literal, desde el punto de vista práctico, se arrastran las deficiencias que ya hoy se visualizan en el cumplimiento/incumplimiento de la mencionada normativa.

Desde el punto de vista teórico, el plazo de 180 días para corroborar el resultado de las medidas excepcionales adoptadas para que el niño permanezca en su familia de origen o ampliada y solicitar el estado de adoptabilidad en caso de que no hayan dado resultado, es congruente con los plazos que estipula la Ley N° 26.061 y su decreto reglamentario 415/06 respecto al art. 39 de la misma. Ahora bien, desde el punto de vista práctico, se advierte a diario que resulta prácticamente imposible resolver en 180 días conflictos que ni aún adoptando todas las medidas del art. 33 de la ley mencionada pudieron evitar la institucionalización del niño.

En este sentido, ¿los jueces dictarán, pasados los 180 días, el estado de adoptabilidad de un niño si los padres y/o familia ampliada y/o de la comunidad, es decir, aquel referente del niño que desea hacerse cargo del mismo, se encuentra cumplimentando todas las indicaciones de los diversos profesionales intervinientes desde distintas disciplinas, pero aún se considera que se requiere mayor tiempo para el egreso institucional del niño con aquél?

Porque los que trabajamos en la práctica con estas cuestiones sabemos que generalmente en dicho plazo, puede encontrarse en pleno funcionamiento la estrategia planificada para el egreso de aquel niño del Hogar Convivencial o Terapéutico en que se encuentre, pero no así resuelto plenamente el conflicto familiar que derivó en el ingreso del niño al Hogar.

Cabe aclarar que el art. 607 enuncia que “la declaración judicial del estado de adoptabilidad se dicta si...” y no, en cambio, que “podrá dictarse si...”.

A mi entender, del modo en que está redactada la norma, el juez deberá, pasados los 180 días, dictar la declaración judicial del estado de adoptabilidad. Es decir, que no se trata de una facultad del Juez sino más bien de una obligación.

Por otro lado, en las situaciones en que sí se encuentren dadas las condiciones para que se otorgue la adopción del niño, que “la notificación ficta sólo proceda si se han agotado todos los medios posibles y razonables para localizar a los padres”, va a demorar la declaración judicial del estado de adoptabilidad, justamente en aquellos casos en que los padres no tienen un interés en proteger el derecho de sus hijos a vivir y desarrollarse junto a ellos.

Por último, el anteproyecto sigue la postura legislativa adoptada por la Ley N° 24.779 de prohibir las guardas de hecho y, según los fundamentos, “lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño”.

Ahora bien, lo que hemos observado a lo largo de estos años es que, en la mayoría de los casos, por no decir en todos, al momento que la situación de hecho llega a los estrados judiciales, siempre existe vínculo afectivo entre los guardadores y el niño. Si a esto se suma que los padres tienen la posibilidad de delegar la responsabilidad parental en un tercero, entiendo que la finalidad de los legisladores no se encuentra plasmada en la redacción de la norma.

Respecto a las nulidades, me parece que la nueva redacción, en este caso del inc c) del art. 634 que enuncia que “adolece de nulidad absoluta...c) la adopción que hubiese tenido como antecedente necesario un delito cometido por el adoptante contra el adoptado o sus progenitores de origen”, no prevé diversas situaciones que sí se incluyen en la redacción del actual art. 337 inc c) que legisla que “adolecerá de nulidad absoluta...c) la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario...”, independientemente de si hubiera sido cometido o no directamente por el adoptante.

Me interesa concluir expresando mi total acuerdo con la obligatoriedad de contar con el consentimiento expreso del pretense adoptado mayor de diez años para que se proceda a su adopción, es decir, en la etapa del juicio de adopción propiamente dicho; con la incorporación del art. 610, que enuncia que “la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial del estado de adoptabilidad”; con el art. 616 que incorpora la posibilidad de que sea el Juez interviniente quien, de oficio y una vez cumplido el período de guarda, inicie el proceso de adopción; y en general, con la adecuación que se hace de la institución de la adopción respecto a los estándares nacionales e internacionales de derechos de niñas, niños y adolescentes.