



Título: Supuestos para la declaración judicial de la situación de adoptabilidad

Autores: Olmo, Juan Pablo, Caputto, María Cecilia

Publicado en: Revista de Derecho de Familia y de las Personas, mayo 2017, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, p. 11.

I. Introducción

A partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) al sistema jurídico argentino y la responsabilidad asumida en garantizar a las personas menores de edad la plenitud de ejercicio de sus derechos en la mayor medida de lo posible, conforme su condición de individuo en especial estado de desarrollo, se plantea un cambio de paradigma en materia de infancia.

Se giró el eje desde la "situación irregular" —donde el niño era considerado un objeto de pertenencia y dominación del mundo adulto— al de la "protección integral", que indica que deberá brindársele trato de sujeto con autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos que titulariza.

Como derivación del ajuste de las normas jurídicas y las prácticas sociales a los postulados de la CDN —y con diferentes grados de cumplimiento—, en nuestro país se dictaron leyes provinciales y la ley nacional 26.061, que organizan el Sistema de Protección Integral. Esta última, crea un sistema de intervención mixta (administrativa-judicial) ante situaciones de grave vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, que incluyen medidas que dan lugar a la adopción.

En el ordenamiento del Código Civil de Vélez Sarsfield no se preveía un marco procesal específico para declarar el estado de desamparo moral y material de una persona menor de edad. En la práctica, la situación de adoptabilidad se solía dictar al mismo tiempo en que se otorgaba la guarda con fines de adopción en los términos del artículo 317 CC.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), se regula el trámite de declaración de situación de adoptabilidad en forma expresa en un capítulo específico (Libro Segundo, Título VI, Capítulo 2, arts. 607 a 610). Consiste en un procedimiento que investiga si se agotaron todas las medidas posibles para asegurar la permanencia de un determinado niño, niña o adolescente en su familia de origen.

II. Supuestos de procedencia de la situación de adoptabilidad: artículo 607 CCyCN

Según el artículo 597 CCyCN, pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental.

En el presente trabajo analizaremos los distintos supuestos previstos en el artículo 607

CCyCN, que dan lugar a la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, para lo cual debemos aclarar que la vulneración de derechos que puede estar afectando a un niño, niña o adolescente, puede ser subsumida en más de uno de los apartados, o incluso mutar de uno a otro.

A su vez, es necesario mencionar que el requisito de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no se exige en los casos de adopción de integración (cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente), conforme lo normado por el artículo 632 inc. d) CCyCN.

1. Niños, niñas y adolescentes sin filiación establecida o que sus padres han fallecido

Dispone el artículo 607 CCyCN en su inciso a) que se dictará la declaración judicial de la situación de adoptabilidad 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 días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada".

El supuesto aquí planteado contempla la falta de emplazamiento filial y la extinción de la responsabilidad parental por fallecimiento de los progenitores.

A modo de ejemplo, la falta de emplazamiento filial podría darse en el caso de recién nacidos en partos no asistidos médicamente que son abandonados en lugares públicos o privados, o donde la progenitora abandona al niño en el efector de salud, falseando su identidad o negándose a brindar datos.

Al respecto, cabe resaltar que la determinación de la maternidad no se genera por la voluntad de la madre derivada del reconocimiento, sino que es de índole legal de conformidad con lo que disponía el artículo 242 CC, sistema que mantiene la reforma en el artículo 565 CCyCN. Por lo tanto, aunque la madre v.gr., se retire del hospital antes de que se le otorgue el alta médica o realice cualquier otra maniobra de este tenor, lo cierto es que si se cuenta con la identidad de la madre y del nacido, se procederá a la correspondiente inscripción de la filiación materna, con independencia de la voluntad o consentimiento materno.

Asimismo, se contempla el caso en que ambos progenitores fallezcan, o uno solo, en el caso de que no cuente con la doble filiación. En estos casos, se deberá procurar la búsqueda de los miembros de la familia ampliada. Cuando esté agotada la posibilidad de permanencia en el grupo biológico, podrá declararse que el niño se encuentra en situación de adoptabilidad.

La norma indica que el plazo fijado a dicho fin es de 30 días, prorrogable, por razones fundadas, por un período igual. Este proceso de búsqueda está a cargo del órgano administrativo de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes (conf. ley 26.061), por ser la instancia institucional local que por sus funciones y funcionalidad estaría en mejores condiciones para llevar adelante diferentes estrategias; juntamente con los distintos operadores judiciales intervinientes, puesto que en este tipo de casos debería darse inmediato aviso al juzgado con competencia en asuntos de familia y al Ministerio Público, en cuyo marco debería proveérsele de representación legal al recién nacido hasta tanto se resuelva la situación de fondo.



Si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela, y el pedido es considerado adecuado en pos de su interés superior, no se puede dictar la declaración de adoptabilidad. En orden a ello, será el juez competente quien evalúe la conveniencia de la crianza dentro del entorno familiar.

Si por el contrario se agotó el plazo sin que se encontraran a los familiares de origen, o estos no se ofrecen para ejercer el cuidado del niño o niña, o demostrada la inconveniencia de que ello sea así, el juez debe dictar la declaración de adoptabilidad.

2. Manifestación de los progenitores de que su hijo sea adoptado

Según el inciso b), la declaración de adoptabilidad se dictará si "...los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento".

Los padres tienen la facultad de decidir si quieren que su hijo sea adoptado, mediante una declaración en tal sentido. La misma solo podrá realizarse si han transcurrido más de cuarenta y cinco días desde el nacimiento del niño.

La reforma pretende que la decisión esté lo más despojada posible de cualquier tipo de condicionamientos. Para ello, establece dos recaudos específicos e ineludibles: 1) que sea libre e informada, 2) que no sea durante un tiempo determinado (45 días desde el nacimiento del niño), que se conoce como "estado puerperal".

Cuando refiere que la decisión debe ser "libre e informada", significa que se esté en conocimiento de sus alcances o efectos jurídicos, pero también que se haya informado sobre la posibilidad de ejercer derechos.

Se ha dicho que el recaudo del consentimiento informado expresado con posterioridad al período puerperal surge a partir del Seminario Europeo sobre Adopción Internacional celebrado en Leysin, Suiza, entre el 22 y el 31 de mayo de 1960, bajo el auspicio de la ONU. Las conclusiones de ese Seminario, sobre la situación que atravesaba Europa respecto del tema, se reflejaron luego en la Convención Europea en materia de Adopción de Niños del 24 de abril de 1967. (1)

Asimismo, que la decisión sea libre e informada se vincula con otro de los principios de derechos humanos relativo a la imposibilidad de separar al niño de su familia fundado en razones de pobreza o carencias materiales. Es sabido que este tipo de vulneraciones de derechos condicionan la voluntad; es por ello que si la decisión de que un hijo ingrese en otra familia a través de la adopción responde a necesidades materiales, no es la adopción la institución que debe ingresar a escena a través de la declaración de la situación de adoptabilidad, sino todo el andamiaje que regula la ley 26.061 relativo al fortalecimiento familiar, el rol de las políticas públicas y los programas específicos, las medidas de protección de derechos que prevé esta normativa nacional y sus pares en el ámbito local (2).

El segundo recaudo se vincula con los desajustes emocionales que provocan el embarazo y el parto, principalmente en la mujer, conocido como puerperio. Si bien no todas las mujeres lo padecen, lo cierto es que la regla legal tiene un sentido preventivo.

Finalmente, si los progenitores son adolescentes (menos de 18 años de edad), es preciso señalar que el consentimiento que ellos brinden para que sus hijos sean adoptados debe complementarse con el asentimiento de quienes ejercen la responsabilidad parental respecto de ellos (abuelos del niño o niña). Así lo establece el artículo 644 del CCyCN, según el cual "... El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentales para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción... En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto en la ley local".

Sin embargo, la norma debe ser interpretada en un sentido amplio, esto es, de que el asentimiento lo otorgue quien ejerza la "representación legal" del adolescente y no necesariamente la "responsabilidad parental". De otro modo, se estaría dejando de lado los supuestos de adolescentes que se encuentren bajo tutela. En estos casos, será el tutor designado quien deba integrar el asentimiento para la adopción y, en caso de negativa, lo resolverá al juez.

Aquí también podría darse el caso de que algún familiar o referente afectivo esté a asumir su guarda o tutela. En este caso, si el juez considera que ello es conveniente para el niño o niña, no dictará la declaración de adoptabilidad.

3. Fracaso de las medidas excepcionales de protección

Finalmente, el tercer supuesto para declarar la situación de adoptabilidad se da si: "...las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen, 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".

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen el derecho de todo niño, niña y adolescente de crecer en el seno de su familia, grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de sus miembros.

Ahora bien, estas mismas normas prevén la posibilidad de separarlos de sus familias de origen cuando ello resulte necesario en su mejor interés, sobre todo cuando los mismos son víctimas de violencia intrafamiliar o de trato negligente en el desempeño de los roles parentales (arts. 9, 19 y 20 CDN, arts. 9 y 39 ley 26.061).

Los artículos 19 y 20 CDN establecen la protección de todos los niños contra toda forma de "abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación mientras se encuentren bajo la custodia de los padres". Los niños solo podrán ser privados permanentemente de su medio familiar cuando su "superior interés exija que no permanezcan en ese medio", debiéndose garantizar "otros tipos de cuidado para esos niños".

Es decir que, si los progenitores no son idóneos para cumplir con la función esencial asignada por la ley, de crianza, educación y contención afectiva de sus hijos menores de edad, al punto de representar un serio riesgo para su normal desarrollo, los hijos tienen



derecho a crecer y desarrollarse dentro de otras familias, donde puedan satisfacer las necesidades vitales.

El inciso c) del artículo 607 CCyCN se aplica cuando las medidas excepcionales adoptadas en el marco de la ley 26.061 y trabajadas en el marco del sistema de protección integral de niños, niñas y adolescente no dieron resultado positivo, por lo cual el niño no puede regresar a su familia de origen o ampliada, y es necesario separar definitivamente al niño de la familia.

La ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes sancionada en el año 2005 introdujo varias modificaciones de fondo, pero también procedimentales, al incentivar que las provincias recepten el llamado "Sistema de Protección Integral de Derechos" mediante la creación de organismos administrativos descentralizados que intervengan como primera instancia ante cualquier violación de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Este sistema funciona, básicamente, a través del dictado de dos tipos de medidas: 1) medidas de protección de derechos (art. 33 ley 26.061); y 2) medidas excepcionales (art. 39).

Las primeras tienen por finalidad "la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias", y tal objetivo se puede alcanzar mediante la puesta en marcha de diversas acciones a las que, de manera meramente enunciativa, la ley 26.061 alude en su artículo 37. Por su parte, las medidas excepcionales se dan en situaciones de mayor gravedad y por ello la ley 26.061 impone una doble intervención administrativa-judicial, ya que serán controladas por el juez. Estas medidas traen consigo la separación del niño de su grupo familiar de origen y su inserción temporal en algún dispositivo alternativo, familiar o institucional.

Este tipo de decisiones administrativas, con el debido control judicial (art. 41 ley 26.061), pueden ser la antesala de la adopción. Es decir, pasados los 180 días sin que se haya podido lograr el retorno del niño a su hogar, o sea "sin revertirse las causas que motivaron la medida", la ley obliga a que el organismo de protección de derechos interviniente dictamine sobre la posible declaración en situación de adoptabilidad.

Por cierto, el plazo de 180 días es de "máxima" y no de "mínima", motivo por el cual el juez podrá resolver con anterioridad la situación de adoptabilidad. Asimismo, si bien las medidas excepcionales suelen prolongarse por 90 prorrogables por 90 días más, y aunadas suman 180 días, como se trata de una norma incluida en el Código de fondo, es indistinto que se hayan adoptado dos medidas o menos o más, según la duración que se pudiera prever en cada jurisdicción del país. Importa el plazo total de 180 días.

De este modo, el Código establece que vencidos los 180 días desde el dictado de la medida excepcional que separa al niño, niña o adolescente de su familia, el órgano administrativo de protección de derechos debe emitir un dictamen y remitirlo al juez dentro de las 24 hs. a fin de que se resuelva: 1) el retorno del niño, niña o adolescente a su núcleo familiar de origen; 2) el cuidado del niño dentro de su familia ampliada o de referentes afectivos; 3) declarar la situación de adoptabilidad.

A continuación, y a modo ejemplificativo, transcribimos la parte pertinente de una sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia de la provincia de Mendoza, donde se

mencionan las medidas de protección y las medidas excepcionales dictadas por el órgano administrativo competente, tendientes a revertir la situación de vulnerabilidad en que se encontraba un grupo de hermanos, las cuales tuvieron resultado infructuoso, por lo que se declaró la situación de adoptabilidad de los niños: "...A través de los distintos elementos arrojados a la causa se ha demostrado que las instituciones que intervinieron en la problemática de este grupo familiar elaboraron numerosas estrategias en forma previa a adoptarse la medida de excepción por la que se separara a los niños de sus progenitores, como así también durante el tiempo en que se efectivizó la misma. Así, surge del informe emitido por el Servicio Local de Protección de Derechos de la Municipalidad de Guaymallén y que glosa a fs. 5/9 que, previo a adoptarse la primera medida, se mantuvieron diversas entrevistas con la familia extensa a fin de que algún integrante de la misma se hiciera cargo de los niños, con resultado negativo. En tanto que el informe obrante a fs. 13/16 emitido por el Centro Educativo San Leonardo Muriado, detalla todas las estrategias desplegadas a fin de mantener unida al grupo familiar: así se le brindaron instalaciones en la institución y en compañía de una auxiliar en trabajo social se le indicaron las formas de higienizar a los niños; se incentivó al Sr. S. a fin de que realizara trabajos durante la mañana mientras que su esposa y sus hijos concurrían al centro; se le otorgó apoyo nutricional, se escolarizó a los niños, etc. tareas realizadas en conjunto con el OAL. Asimismo, luego de haber sido reintegrados los niños a sus progenitores luego de adoptarse la primera medida de excepción (cfr. fs. 42 y 51), se elaboró un plan de trabajo y seguimiento por parte de AVOME y pese al seguimiento de esta institución, los progenitores nuevamente mostraron su incapacidad para poder hacerse cargo de sus hijos, decidiéndose en primer término la inclusión de la hija menor, C., en el programa de familia temporaria (cfr. fs. 60), para luego disponerse el alojamiento del resto de los niños en Casa Cuna (cfs. fs. 75). AVOME a fs. 73 informa que desde las diferentes instituciones intervinientes se agotaron los recursos con esta familia, tanto materiales como humanos (se le brindaron dos acompañantes familiares, bolsones de mercadería, almuerzo para los niños en el jardín, controles de salud, tratamiento psicológico y psiquiátrico para los padres) y que a pesar de todas las estrategias trabajadas no se ha logrado ningún avance, considerando que los derechos de los niños continúan siendo vulnerados sin registrar los progenitores nivel de alarma ante situaciones de riesgo que viven sus hijos. Ya institucionalizados, no se observó un cambio positivo en la progenitora, habiéndose incluso durante un período prohibido las visitas de la misma al lugar de internación, por su comportamiento violento respecto de los profesionales que llevan el caso. Siendo ello así, debemos resaltar que más allá de la queja generalizada y de las difíciles circunstancias de vida de la apelante, ésta no logra desvirtuar ninguno de los numerosos informes agregados a la causa, de los que surge sin lugar a dudas la situación de riesgo de los niños ante los graves problemas que tiene su madre, los que incluyen el abuso de alcohol y sustancias tóxicas, como así de los conflictos que permanentemente generaba en su entorno. De todos los elementos referenciados surge que se procuró en todo momento fomentar y preservar el vínculo de los niños con sus progenitores, pero ni las circunstancias ni el comportamiento asumido por los mismos, colaboraron a tal fin.

Desde que fueron albergados en casa cuna, los informes emitidos por dicha institución resultan también negativos aconsejando el mantenimiento de la medida para finalmente solicitar la declaración judicial de situación de adoptabilidad de los niños. ...En conclusión, advertimos que en el caso se presentan los presupuestos previstos por el art. 607 del Código Civil y Comercial de la Nación en tanto las medidas tendientes a que los niños permanecieran en su familia de origen, no han dado resultado, siendo que ha transcurrido



con creces un plazo mayor a ciento ochenta días, y sin que se hayan revertido las causas que motivaron la medida de excepción adoptada. Por otra parte ningún familiar o referente afectivo de los niños se han ofrecido para asumir su guarda, no quedando otra opción que consulte mejor su interés que la declaración de su situación de adoptabilidad". (3)

Finalmente, resta señalar que si bien el Código habla de "medidas excepcionales", aquí también la norma debe interpretarse en sentido amplio, puesto que se trata de una fórmula aplicable a todo el país. En efecto, puede no necesariamente haberse dictado este tipo de medidas sino otras, como ser las medidas cautelares en el marco de un expediente sobre violencia familiar, entre otras. Por lo tanto, lo importante es considerar el hecho de la separación de los niños, niñas y adolescentes de su núcleo familiar de origen, independientemente del nombre que lleve la medida dictada al efecto, sea que se trate de una medida administrativa o judicial, puesto que en cualquier caso se trata de medidas provisorias en cuyo marco deben agotarse los esfuerzos para el retorno con su familia en caso de que sea posible.

III. Declaración de adoptabilidad

Una vez verificado el cumplimiento de cualquiera de los tres incisos del artículo 607, el juez cuenta con un plazo máximo de 90 días para resolver la situación de adoptabilidad (último párrafo). Previo a resolver, es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita.

Una vez que se encuentra firme la resolución judicial que declara la situación de adoptabilidad, el juez deberá discernir la guarda con fines de adopción, también conocida como "guarda preadoptiva"; a cuyo fin requerirá al registro de adoptantes los legajos con los postulantes dentro de los 10 días. Elegirá el postulante y dictará la sentencia de guarda con fines de adopción, la que no podrá exceder los 6 meses. Luego se inicia el juicio de adopción propiamente dicho.

IV. Breves palabras de cierre

La regulación de un proceso tendiente a declarar a un niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad es un acierto que introdujo el nuevo Código unificado, tendiente a ordenar el trámite de la adopción y consigo la cuestión de los tiempos; ya que es sabido que el paso del tiempo tiene significativas consecuencias en la vida de niños, niñas y adolescentes.

Si bien las situaciones que pueden dar lugar a la adoptabilidad son muy variadas, el Código receta tres causas fuentes. Así, se pretende ordenar tal diversidad que en la práctica, en la mayoría de las veces, deriva de una intervención previa por parte del organismo administrativo de protección. Es por ello que resulta de suma importancia una adecuada articulación entre la instancia administrativa y la judicial, en pos de obtener soluciones que mejor se condigan con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

- (1) NAJURIETA, María S., "Una nueva mirada sobre la adopción internacional", Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de Familia, n° 30, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 81.
- (2) HERRERA, Marisa, su comentario al artículo 607 en Ricardo Luis Lorenzetti (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. IV, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, p. 91.
- (3) Cámara de Apelaciones de Familia, Mendoza, 02/09/2015, "Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia (DINAF) por los menores N. S. L., K. E. S., R. A. S. L. y C. B. S. L. s. Control de legalidad" (Rubinzal Culzoni online: RC J 5933/15).