

aplicar la LCyQ en materia de regulación de honorarios. No sería ilógico y también sería congruente, porque el juez tiene el deber de emplear la norma de la LCyQ que sea “pertinente”. Entonces en materia de regulación de honorarios puede entender que es “pertinente” aplicar los arts. 265 y ss. de la ley concursal. En conclusión, sería posible que el juez de la liquidación decida no aplicar la ley arancelaria de la LCyQ sosteniendo que no es “pertinente” o por el contrario determinar que su aplicación es “pertinente” sobre la “base” de esa ley.

6. Otro criterio podría ser el siguiente. Si el juez de la liquidación determina como “pertinente” la desinsaculación de *síndico concursal*, la normativa arancelaria aplicable sería la establecida en la LCyQ. En cambio, si los liquidadores son profesionales designados por el juez, porque decidió que no era “pertinente” seguir la LCyQ, los honorarios de aquéllos estarían determinados por sus respectivas leyes arancelarias.

7. Estamos en el territorio de la casuística, donde es imposible dar conclusiones definitivas; sin embargo opinamos que no debería haber diferencia de trato entre unos y otros (síndicos concursales designados por sorteo vs. profesionales designados por el juez), en cuanto a la normativa aplicable, en materia arancelaria. De lo contrario sería irritante, inequitativo y tal vez contraproducente

como desestímulo, en cuanto a la eficacia de quienes sufren el trato normativo desigual, porque en ambos supuestos resultaron liquidadores de un patrimonio fiduciario, en la órbita de un régimen específico establecido por el art. 1687. La diferencia debería estar en los parámetros que miden el *quantum* de la retribución y no en la ley que se aplica. En esto último no debería haber diferencia. En definitiva, deberemos esperar que se produzca jurisprudencia que marque el criterio que se seguirá en esta materia.

### VIII. Conclusión

En definitiva, del relevamiento de las liquidaciones judiciales de patrimonios fiduciarios “insuficientes” según el régimen que estableció el art. 1687 del Cód. Civ. y Com., que localicé con mis posibilidades de investigación, correspondientes a contratos de fideicomisos “no financieros”, luego del análisis individual y un estudio comparativo hasta el momento y en el estadio procesal que se encuentra cada uno, concluyo:

1. Las liquidaciones se desarrollan eficientemente en los juzgados donde tramitan los procesos de que dimos cuenta en este artículo. Pensemos que esos jueces, aun cuando están especializados y con experiencia dirigiendo concursos preventivos y quiebras, de toda escala y dimensión y resolviendo cuestiones complejas, apenas comienzan a intervenir en

liquidaciones de patrimonios fiduciarios con un régimen especial no experimentado, salvo las pocos procesos de corte pretoriano que se resolvieron cuando se hallaba vigente el art. 16 (ley 24.441) derogado.

2. Cuando se recorren los actuales procesos de liquidación y se lee detenidamente las circunstancias que rodean los contratos de fideicomiso sometidos a liquidación, es fácil advertir las diferentes circunstancias contractuales y fácticas que presenta cada contrato y la dimensión de la crisis que evidencia cada caso. Esta característica obliga a los jueces, al momento de decretar la liquidación, a dictarla siguiendo el lineamiento que le impone el art. 1687: “...debe fijar el procedimiento sobre la base de las normas previstas para concursos y quiebras, en lo que sea pertinente”. Ahora, se cae de maduro que, al fijar ese procedimiento, antes necesito conocer y analizar —para comenzar— el contrato de fideicomiso (objeto del conflicto) y continuar “contra-reloj” con lo más complejo: visualizar las características de la problemática concreta y circunstanciada del negocio fiduciario fracasado, cuya liquidación se requiere. A partir de ese conocimiento, que adquirirá hasta donde le sea dado, se halla en un estadio inicial, y deberá decretar la liquidación adecuándola a la guía que le impone el citado art. 1687.

3. Se pueden advertir tendencias y criterios comunes en los procesos de liquidación

revisados, aunque no es dable predicar uniformidad en todos los aspectos. No es criticable, porque precisamente el régimen del art. 1687 no supone la aplicación lineal ni rígida de la LCyQ. Sin perjuicio de ello, a medida que se produzcan fallos en la instancia superior, creemos que en algunas cuestiones se sentarán criterios uniformes de “pertinencia” o “impertinencia”.

4. No será difícil corroborar el acierto o desacierto de las conclusiones precedentes. Bastará recorrer los procedimientos de liquidación que puntalicé en el presente artículo. ●

Cita on line: AR/DOC/821/2018

### MÁS INFORMACIÓN

**Lisoprawski, Silvio V. - Kiper, Claudio M.**, “Vicios que pueden afectar al contrato de fideicomiso. Remedios legales cuando se emplea el fideicomiso para burlar la ley”, RCCyC 2017 (julio), 46.

**Larrondo, Evangelina - Wetzel, Fernando**, “La aplicación de las normas concursales al fideicomiso”, RDCO 282, 3.

**Moyano, Alejandra**, “La inconveniente exclusión del fiduciario de la liquidación judicial del patrimonio insuficiente”, RDCO 281, 809.

**García, Silvana Mabel**, “Liquidación judicial del fideicomiso insolvente: ¿inhabilitación falencial del fiduciario?”, LA LEY, 2016-F, 910.

## NOTA A FALLO

### Niños en situación de adoptabilidad

**Grupo de hermanos. Necesidad de priorizar una adopción de todo el grupo. Conservación del vínculo entre hermanos**

**Hechos:** El Ministerio Público apeló la sentencia que dispuso la remisión de legajos de postulantes con el fin de otorgar en forma separada la guarda de cinco hermanos. La Cámara modificó la decisión.

1. - El otorgamiento de guarda separada de cinco hermanos debe ser modificado, ello en virtud de los principios esta-

blecidos por el Cód. Civil y Comercial, sumado al excesivamente prolongado período de tiempo de institucionalización —más de 4 años— y los padecimientos previos en la convivencia con su familia de origen, pues debe compatibilizarse el derecho de aquéllos a la preservación de sus vínculos fraternos con la tutela efectiva de su derecho a insertarse, crecer y desarrollarse en una familia; a estos fines todos los operadores que intervienen en el caso deben extremar sus esfuerzos para evitar la separación, orientando la búsqueda de postulantes que estén dispuestos a la adopción conjunta de los niños durante el plazo de 60 días, cumplido el cual deberá procederse de forma inme-

diata a la búsqueda de postulantes para subgrupos de hermanos.

2. - Como derivación del derecho a la preservación de los vínculos con la familia de origen, el art. 595, inc. c), del Cód. Civil y Comercial consagra como uno de los principios que rigen el instituto de la adopción el de 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; por ello guarda una estrecha relación con los enunciados en los incs. b) y c) de la norma, esto es, el respeto por el derecho a la identi-

dad, y el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.

3. - El principio de inseparabilidad de los hermanos surge directamente del principio de interés del adoptado.

121.023 — CNCiv., sala B, 22/11/2017. - M. M. A. s/ art. 250 CPC - Incidente Familia.

[Cita on line: AR/JUR/89315/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 26/03/2018, p. 9, Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

# Los principios generales aplicables a la adopción

## LA PRESERVACIÓN DE LOS VÍNCULOS FRATERNOS DE ACUERDO CON LAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DEL CASO

Nora Lloveras y María Valentina Huais

**SUMARIO:** I. La adopción en la legislación argentina. — II. Breve mención de los hechos. — III. Los principios aplicables al proceso de adopción. — IV. Nuestra opinión sobre la decisión judicial. — V. A modo de conclusiones.

### I. La adopción en la legislación argentina

La filiación es quizá uno de los institutos que más ha evolucionado a lo largo de nuestra historia jurídico-institucional.

En la versión originaria del Código Civil —ya derogado— se reconocía únicamente

efecto jurídico a la filiación por naturaleza, pues en ese momento no se imaginaba ni se diseñaba la construcción del vínculo filiatorio con independencia de la realidad biológica.

Este paradigma, concretado en la omisión del s. XIX, que no reguló la adopción para el Derecho argentino, respondía a cir-

cunstancias históricas, sociales, filosóficas, culturales (1).

Esta concepción histórico-cultural se fue modificando progresivamente, lo que se vio reflejado en las diversas reformas legislativas que se sucedieron en las tres leyes del siglo XX que regularon la adopción, hasta el dictado del Código Civil y Comercial de la Nación, en vigencia desde el 01/08/2015 —en adelante, Cód. Civ. y Com.—, que responde a una mirada constitucional-convencional en la materia.

La primera manifestación de esta evolución se dio en el año 1948 con el dictado de la ley 13.252, que incorporó a nuestro sistema el instituto de la adopción y que tuvo la importancia de introducir el elemento volitivo como fuente de la filiación.

Como es de esperar, esta primera regulación presuponía una valoración un tanto negativa de la adopción en comparación con la

filiación derivada de la naturaleza. Teniendo en cuenta que, incluso dentro de este último grupo, no todos los vínculos tenían el mismo valor —se distinguían los hijos legítimos de los naturales, adulterinos e incestuosos—, no es de extrañar que la adopción no haya sido equiparada valorativamente a este tipo filiatorio.

Luego, la ley 19.134, específica de la adopción, que introduce dos clases —plena y simple—, provoca una suerte de “mejoría” en esta fuente filiatoria.

Sólo a partir del año 1985, con el dictado de la ley 23.264, en la Argentina se estableció el principio de igualdad de efecto entre todos los tipos filiales que existían hasta el momento, incluso el derivado de la adopción plena (2).

Un hito importante en esta materia lo marca la reforma constitucional de 1994, ya que con ella se acentuó el proceso de constitucionalización del Derecho privado.

### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Sobre el derecho histórico: LLOVERAS, Nora, “La adopción”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 252 y ss.

(2) La ley 14.367, dictada en 1954, ya había eliminado

las diversas diferenciaciones entre los hijos nacidos fuera del matrimonio, conformando una única categoría de “hijos extramatrimoniales”.

Este proceso de constitucionalización refleja la adaptación progresiva de las normas iusprivatistas a los mandatos derivados del bloque de constitucionalidad.

En un primer momento posconstitucional se dicta la ley 24.779 (3), que provoca una readaptación de la filiación adoptiva a los mandatos constitucionales.

La sanción del Cód. Civ. y Com. representa el caso paradigmático en este sentido. En el ámbito familiar, la reforma del Código significó, por un lado, modernizar las disposiciones normativas de acuerdo con las nuevas perspectivas sobre formas familiares, niñez, género, discapacidad, etc. Por otro, implicó el reconocimiento legal de diversas circunstancias de hecho que hasta el momento venían siendo receptadas a través de interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias.

En materia de adopción, una de las cuestiones más importantes fue la sistematización de los principios generales por los que se rige el instituto. Aunque todos estos principios encuentran su fundamento en el bloque de constitucionalidad y, por tanto, ya eran de observancia obligatoria, la práctica ha demostrado que la falta de incorporación expresa dentro del Código podía desincentivar su aplicación o dejarla supeditada, en un grado mayor, a la labor interpretativa del juez (4).

En lo que sigue comentamos la sentencia —de fecha 22/11/2017— dictada por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil de la ciudad de Buenos Aires, por la que se resolvió la guarda de un grupo de hermanos a la luz de los principios generales en materia de adopción.

Deviene relevante la observancia al principio o cláusula fundamental de “inseparabilidad de los hermanos”, que preside la decisión.

En primer lugar, se abordará el contenido y alcance de cada uno de estos principios, para luego analizar cómo fueron aplicados conforme a las circunstancias concretas del caso (arts. 1º y conec., Cód. Civ. y Com.).

## II. Breve mención de los hechos

El juez de primera instancia solicitó los legajos de las familias postulantes a adquirir la guarda con fines de adopción, con el propósito de otorgar la guarda separada de un grupo conformado por cinco hermanos.

Al mismo tiempo, se aclaró que las familias seleccionadas debían fomentar la vinculación entre ellos.

El Ministerio Público de la Defensa apeló esta decisión alegando que contrariaba las normas aplicables, en particular la conservación de los vínculos fraternos y el derecho a crecer y desarrollarse en una familia.

La Cámara hizo lugar a la apelación, ordenando que en el plazo máximo de sesenta [60] días los hermanos sean incorporados a una familia dispuesta a recibirlos conjun-

tamente. Sólo luego de vencido ese plazo se podría proceder a la concesión de la guarda mediante la conformación de subgrupos, de acuerdo con los informes interdisciplinarios presentados.

## III. Los principios aplicables al proceso de adopción

Es conveniente reseñar los ejes en el Cód. Civ. y Com. que presiden la filiación adoptiva, a fin de comentar el fallo en estudio.

### III.1. El interés superior de los NNA. El derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta

La Convención de los Derechos del Niño —en adelante, CDN— modificó sustancialmente el rol o situación total de los niños, niñas y adolescentes —en adelante, NNA—, quienes pasaron de ser objeto de protección a ser sujetos de derecho, es decir, titulares.

Esta impronta se ve reflejada a lo largo de todas las disposiciones del Cód. Civ. y Com.

La figura del adolescente, la autonomía progresiva, la protección de ambas facetas de la identidad —estática y dinámica—, la escucha activa, entre otras cuestiones, ponen de manifiesto el lugar central que los NNA ocupan actualmente en nuestro sistema (5).

No deviene extraño, entonces, que en relación con la adopción, el primer principio previsto por el art. 595, inc. a), Cód. Civ. y Com., sea el del interés superior del niño.

El instituto de la adopción es en sí mismo un modo de resguardar este interés.

En efecto, el art. 20.1 de la CDN establece que los Estados son responsables de tomar todas las medidas necesarias para proteger a aquellos niños que hayan sido separados de su medio familiar. Por su parte, el art. 20.3 presenta la adopción como uno de los mecanismos adecuados para brindar esta protección. Este modo de concebir la adopción es también sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en adelante, CS—, que tiene dicho que “no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces (...)” (6).

Una de las implicancias fundamentales del interés superior de los NNA es su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta.

Se trata de una directiva que surge tanto de la CDN —art. 20.3— como de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes —art. 24—.

De acuerdo con este esquema normativo, el Cód. Civ. y Com. —como expresa la doctrina— diseña mecanismos de participación activa de las personas menores de edad en el proceso judicial.

Este derecho constitucionalizado-convencionalizado elabora un complejo normativo con di-

versidad de hipótesis que permiten realmente conocer y considerar sus intereses, opiniones y pretensiones cuando se ventilan cuestiones que los afectan (7).

El art. 595, inc. f), Cód. Civ. y Com., recepta el principio general por el cual no sólo se debe escuchar a los NNA —teniendo en cuenta su opinión de acuerdo con su edad y grado de madurez—, sino que además se debe requerir su consentimiento para ser adoptado a partir de los diez años.

La observancia del derecho a ser oído puede darse a través de distintos mecanismos. Por ello, es importante no asimilar este derecho con la participación en el proceso en calidad de parte.

Las disposiciones que regulan las diversas etapas del proceso de adopción dan cuenta de esta pluralidad de mecanismos participativos.

Mientras que en la etapa de declaración del estado de adoptabilidad, el NNA es parte en el proceso y tiene asistencia letrada, en la etapa de selección de los guardadores no tiene esta calidad, pero el juez debe citarlo teniendo debidamente en cuenta su opinión —arts. 617, inc. d), y 613, Cód. Civ. y Com.—.

No obstante, una vez iniciado el juicio de adopción vuelve a tomar la calidad de parte, siempre sujeto al requisito de edad y grado de madurez suficientes —art. 617, inc. a), Cód. Civ. y Com.—.

En casos como la adopción, donde está en juego el centro de vida del NNA, la edad y el grado de madurez son el criterio más atinado para determinar la capacidad para ser parte. Lo que se pretende es no limitar la participación del NNA recurriendo a límites rígidos, como puede ser especificación de una edad.

Este tipo de criterio genera el riesgo de dejar fuera del proceso a NNA con la madurez suficiente para formar y expresar su opinión sobre el modo en que quieren vivir su vida, simplemente por no alcanzar un límite etario fijado en abstracto. La posibilidad de elegir y perseguir el plan de vida que creemos valioso es un elemento fundamental de la autonomía y es una aptitud que se va adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la edad adulta. Por ello, atinadamente, el Cód. Civ. y Com. incorpora en estos casos la idea de capacidad progresiva.

### III.2. La identidad y el derecho a conocer los orígenes

Para comprender correctamente el rol que juega la identidad en el ámbito de la filiación en general y en la adopción en particular, no se debe perder de vista la ya conocida distinción entre su faz estática y dinámica (8).

La primera se vincula con todos aquellos elementos que se mantienen en mayor o menor medida inmutables a lo largo de la vida del individuo. El ejemplo principal es el dato genético o biológico. La faceta dinámica está determinada por las experiencias vitales, los vínculos socioafectivos, el sistema de creencias y de valores,

etc. Es decir, se encuentra en permanente evolución (9).

El reconocimiento de la identidad como derecho ha sido progresivo. Antes de la reforma constitucional del año 1994, formaba parte de los derechos implícitos contenidos en el art. 33 de la CN. Luego de esta reforma, a partir de la incorporación con jerarquía constitucional de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos —art. 75, inc. 22, CN—, la identidad ha comenzado a formar parte del bloque de constitucionalidad (10).

La CDN es la única que la regula como un derecho autónomo —art. 8º—, mientras que los demás instrumentos lo hacen por medio de sus proyecciones principales —el derecho al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción tras el nacimiento, entre otros— (11). No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que se trata de un derecho autónomo, aun cuando no se encuentre conceptualizado así en la Convención Americana de Derechos Humanos (12).

En el plano infraconstitucional, el Cód. Civ. y Com. valora la identidad como un atributo fundamental de la dignidad humana y como uno de los principios rectores de la adopción —arts. 52 y 595, inc. c), Cód. Civ. y Com.— (13).

El derecho a conocer los orígenes —art. 595, inc. e), Cód. Civ. y Com.— es una derivación del resguardo a la identidad y se vincula con sus dos facetas: permite acceder a la verdad biológica, evitando que la duda sobre los orígenes condicione el plan de vida de la persona en el futuro (14).

Sin embargo, es importante tener en cuenta dos cuestiones, sobre las que en distintos sectores de la doctrina no hay coincidencias.

i) En primer lugar, el vínculo jurídico-filial es una construcción que en algunos casos se corresponde con el dato genético o la realidad biológica y en otros no. En consecuencia, del derecho a conocer esta realidad no se sigue el de crear vínculos filiales a partir de la información obtenida (15).

ii) En segundo lugar, así como se contempla el derecho a conocer los orígenes, *a contrario sensu* se contempla el derecho a no hacerlo (16). Este derecho a no acceder a los orígenes debe ser cuidadosamente protegido y delineado, en cada caso, ya que no es difícil la manipulación de la realidad, para conformar voluntades que no se correspondan con el verdadero derecho en juego, de un modo hartamente discutible (17). Debe recordarse que este derecho autónomo al conocimiento del origen fue tomando vuelo propio y adquirió autonomía, a partir de los casos de desaparición forzada de personas, extendiendo sus límites luego como derecho constitucional—convencional con amplia operatividad (18).

### III.3. La permanencia en la familia de origen o ampliada

La familia es entendida como una institución que forma parte de la estructura básica de la

## { NOTAS }

(3) Ley 24.779, sanc.: 28/02/1997, promul.: 26/03/1997, publ.: BO del 01/04/1997. Entró en vigencia el 10/04/1997, conforme al art. 2º del Cód. Civil, excepto la disposición transitoria del art. 2º de la ley 24.779 en cuanto al Registro Único de Aspirantes a la Adopción, que exige organizarlo e implementarlo, en su caso.

(4) Cfr. HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, “¿Habrá que jugarle al tres? La perspectiva tripartita de los tipos de adopción en el Proyecto de Reforma del Código Civil”, RDF, nro. 58, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, p. 137; AP/DOC/30/2013; HERRERA, Marisa, “Colocando la figura de la adopción en su justo lugar”, LA LEY, 2015-D, 202; Cita Online: AR/DOC/2293/2015.

(5) Cfr. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - MOLINA de JUAN, Mariel F., “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, DJ del 04/05/2016, p. 10; Cita Online: AR/DOC/3850/2015.

(6) Cfr. BRIOZZO, Soledad, “Los principios generales de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2018 (abril), 3, p. 2; Cita Online: AR/DOC/419/2018.

(7) Cfr. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - MOLINA de JUAN, Mariel F., “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, DJ del 04/05/2016, 10, p. 1; Cita Online: AR/DOC/3850/2015.

(8) Cfr. HERRERA, Marisa, comentario al art. 596 del Cód. Civ. y Com., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. IV, arts. 594 a 723, ps. 30 y ss.

(9) Cfr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés - FAMÁ, María V. - HERRERA, Marisa, “Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Ley 26.061”, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 228.

(10) Cfr. MEDINA, Graciela - VERO, María Gabriela, “Comentario al art. 596 del Cód. Civ. y Com.”, en BUERES,

Alberto J. (dir.) - AZPIRI, Jorge O. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Relaciones de familia*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 2, arts. 401/723, ps. 536 y ss.

(11) Por ejemplo, el art. 24.1 y 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(12) Corte IDH, 24/02/2011, “Gelman c. Uruguay (Fondos y Reparaciones)”, Serie C-221, párr. 122.

(13) Cfr. KOWALENKO, Andrea, “Filiación. Adopción”, en LLOVERAS, Nora (dir.) - RÍOS, Juan Pablo (coord.), *Manual de derecho de las familias*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2018, 2ª ed. actual. y ampl., t. II, cap. VIII, ps. 301 y ss.

(14) Cfr. KRASNOW, Adriana N., “Un fallo ejemplar que amplía con un criterio de equidad y humanidad los límites del vínculo filial adoptivo”, APBA 2013-9, 01/09/2013, 1159, p. 5; Cita Online: AP/DOC/1736/2013.

(15) Cfr. BRIOZZO, Soledad, “Los principios generales de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2018 (abril), 3, p. 5; Cita Online: AR/DOC/419/2018.

(16) Cfr. KRASNOW, Adriana N., “Un fallo ejemplar...”, cit., p. 4; desde otra perspectiva, cfr. BASSET, Úrsula C., “La adopción en el nuevo Código Civil y Comercial”, SJA del 05/11/2014, p. 3; Cita Online: AP/DOC/1431/2014.

(17) Cfr. DUPRAT, Carolina - FERNÁNDEZ, Silvia E. - GONZÁLEZ de VICEL, Mariela - HERRERA, Marisa, “Adopción”, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), *Tratado de derecho de familia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. V-B: “Actualización doctrinal y jurisprudencial”, cap. IX, ps. 34 y ss.

(18) Cfr. FERNÁNDEZ, Silvia E., “El ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial

sociedad. Esta especial consideración hace que la relación entre el Estado y la familia sea compleja.

Por un lado, nos encontramos con la idea de intimidad familiar, que demanda que exista un ámbito de reserva libre de la injerencia estatal.

Desde otra perspectiva, nos enfrentamos al deber de resguardar los derechos individuales de los miembros de la familia, lo que exige que el ámbito de reserva sea dejado de lado cuando estos derechos estén siendo vulnerados dentro del seno familiar.

Lograr el equilibrio entre ambos supuestos es difícil, pero lo que queda claro es que en términos generales el respeto de la familia por parte del Estado se ve reflejado tanto en un deber negativo de no intromisión como en un deber positivo de tomar las medidas asistenciales necesarias para preservar la familia y resguardar los intereses de sus miembros (19).

La permanencia en la familia de origen o ampliada —art. 595, inc. c), Cód. Civ. y Com.— se deriva tanto del deber estatal de protección a la familia como del derecho individual a la vida familiar. Implica que la adopción no debe ser utilizada como una primera estrategia para solucionar los conflictos que pudieren existir entre el niño y su familia biológica sino que, por el contrario, debe constituir la *ultima ratio* (20).

De este modo, el Cód. Civ. y Com. permite declarar la situación de adoptabilidad sólo cuando se hayan agotado las medidas orientadas a que el NNA permanezca dentro de su seno familiar —art. 607, inc. c), Cód. Civ. y Com.—.

No obstante lo expresado precedentemente, el derecho a la vida familiar también incluye a la familia adoptiva, que merece el mismo resguardo que la de origen. Esto conlleva que, cuando la permanencia en la familia de origen o ampliada atente contra el interés del NNA, la disposición del art. 595, inc. c), Cód. Civ. y Com., debe ser dejada de lado.

Ésta es la conclusión a la que llega la Corte Suprema: cuando exista una controversia sobre si el niño estará mejor con sus progenitores o con los presuntos adoptantes, no se puede suponer que siempre estará mejor con los primeros. Hacerlo implica asimilar el interés del niño al de sus padres biológicos, siendo que conceptualmente son diferentes (21).

#### III.4. La conservación de los vínculos fraternos

En estrecha vinculación con lo mencionado, el Cód. Civ. y Com. ordena que se conserven los vínculos fraternos y obliga a tomar todas las medidas posibles para evitar que los hermanos sean separados mediante la adopción —art. 595, inc. d), Cód. Civ. y Com.—.

Siempre que se adecue al mejor interés de los hermanos, se deberá priorizar su adopción dentro de la misma familia y, cuando esto no fuere posible, se deberá mantener el vínculo y el contacto entre ellos.

El art. 621 del Cód. Civ. y Com. brinda las herramientas para cumplir con este propósito, ya que autoriza al juez a mantener subsistentes

los vínculos jurídicos de origen, en el caso tanto de la adopción simple como de la plena.

La normativa flexibiliza los efectos de una y otra clase de adopción, facultando al juez a “sumar” o “restar”, para expresarlo claramente, la profundidad de los efectos tanto de la adopción plena como de la adopción simple.

El fundamento de esta disposición es el mismo que hemos presentado en relación con la permanencia en la familia de origen: la protección de la familia, el derecho a la vida familiar, la identidad del niño, etc. En este sentido, el fallo comentado de la Cámara Nacional Civil estableció que “la protección jurídica de la conservación de los vínculos entre hermanos es un imperativo que deriva del interés superior de los niños, de la identidad personal y social, y de la valoración de las relaciones familiares” (22).

Algún sector de la doctrina ha aducido que, aun cuando la finalidad de la norma es loable, en la práctica podría ocasionar que los niños se encuentren institucionalizados por un mayor tiempo, debido a la dificultad de encontrar personas dispuestas a adoptar grupos de hermanos (23). Aunque esta crítica es atinada, puede ser morigerada si se tiene en miras que esta disposición se encuentra supeditada al respeto del mejor interés del NNA. Así, si el tiempo necesario para evitar la separación de los hermanos es tan extenso que termina por afectar su propio interés, entonces esta disposición deberá ser dejada de lado.

El Derecho argentino se hace cargo de esta dificultad, tratando de hacer realidad la “cláusula de inseparabilidad de los hermanos”: éste es el sentido de la segunda parte del art. 595, inc. f), Cód. Civ. y Com., que permite encontrar soluciones intermedias, como el régimen comunicacional entre los hermanos que han tenido que ser separados.

#### IV. Nuestra opinión sobre la decisión judicial

La sentencia comentada pone de manifiesto cómo los principios que hemos estado analizando funcionan en un caso concreto.

En particular, de la resolución surge cuál es el mejor modo de aplicar el principio de conservación de los vínculos fraternos, teniendo en cuenta la defensa del mejor interés de los niños implicados.

El juez de primera instancia, posiblemente preocupado por el factor tiempo —los hermanos llevaban institucionalizados más de cuatro años—, entendió que la mejor estrategia era conceder la guarda separada, con el reparo de que cada familia fomentara el contacto entre los niños.

La Cámara Civil, por el contrario, concluyó que “...cuando se trata de varios hermanos, si son adoptados por personas diferentes, a la desgracia de su desamparo se suma otra más: la de dejar de ser hermanos...” (24). En consecuencia, resolvió que se debía hacer un esfuerzo más por evitar la separación del grupo, instando tanto al órgano judicial como al administrativo a que cumplan con este cometido dentro de un plazo que entendemos razonable.

En primer lugar no es posible soslayar el estrecho vínculo que tenían los hermanos, el que se había fortalecido debido a la difícil situación que habían pasado en su familia de origen y en los años que estuvieron ingresados en diversos hogares. Durante todo ese período de inestabilidad, donde su centro de vida no pudo establecerse, lo único que se mantuvo permanente fue la unión entre ellos. Esta situación fue puesta de manifiesto tanto por las autoridades de los hogares que los alojaron como por el equipo del Programa de Extensión de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires “Atención de Niños Privados del Cuidado Parental”, quienes recomendaron mantener al grupo unido.

Por otra parte, existían familias dispuestas a adoptar grupos como el conformado por los niños. Según hizo constar el Ministerio Público, existían 416 postulantes dispuestos a aceptar grupos de tres o más hermanos, incluso cuando alguno de ellos fuera adolescente. De las familias evaluadas, ocho tuvieron evaluación positiva para adoptar al grupo de niños. Esto demuestra que aunque la inseparabilidad de los hermanos no es un principio absoluto, en este caso tanto las circunstancias de los niños como las de los presuntos guardadores justificaba hacer un intento más para evitar su separación.

Otro factor que no es posible dejar de señalar es el tiempo que los niños llevaban institucionalizados. En efecto, la Cámara Nacional lo tuvo en cuenta como una cuestión relevante al momento de fijar el plazo máximo para lograr la adopción conjunta de los niños. Esta consideración, además de adecuarse a las directivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (25), refleja una adecuada relación entre el principio de preservación de los vínculos fraternos y el del interés superior de los niños. De esta manera, la Cámara fijó un plazo razonable para que el objetivo de mantener unidos a los hermanos no termine por afectar negativamente su interés. Como señaló, el propósito fue compatibilizar “...el derecho de este grupo de hermanos a la preservación de los vínculos fraternos en el ámbito de una única familia adoptiva; con la tutela efectiva de su derecho a insertarse, crecer y desarrollarse en una familia adoptiva dentro de un plazo razonable, que en el caso debe ser lo más breve posible, habida cuenta el prolongado lapso de tiempo que llevan institucionalizados estos niños...” (26).

Finalmente, en estrecha vinculación con lo anterior, se agregó que si vencido el plazo no se hubiese encontrado una familia adecuada para obtener la guarda conjunta de los niños, se debía proceder a conformar subgrupos tomando los recaudos necesarios para evitar la ruptura del vínculo jurídico y afectivo entre los hermanos. Este criterio es adecuado teniendo en cuenta que la preservación de los vínculos fraternos no es un mandato absoluto.

Se aplica por el tribunal, de modo sistemático y profundo, la normativa de la adopción como filiación que ampara, la que en principio no puede lesionar los vínculos existentes, destacando que, en todo caso, si los hermanos no pueden estar en esa vinculación por imposibilidades fácticas de las familias que pretenden la adopción, se espere un tiempo

prudente antes de generar la separación de los hermanos.

Es una decisión que se observa iluminada por la mirada constitucional-convencional.

#### V. A modo de conclusiones

Como corolario de lo expuesto, de la sentencia comentada es posible extraer las siguientes reflexiones:

a. La adopción tiene como finalidad principal resguardar a los NNA y ésa es la prerrogativa que debe estar presente durante todo el proceso.

b. Una de las implicancias fundamentales del interés superior de los NNA es su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta.

c. En la adopción no sólo se debe escuchar a los NNA, sino que además se debe requerir su consentimiento para ser adoptados a partir de los diez años.

d. Es importante no confundir el derecho a ser oído con la participación en el proceso en calidad de parte.

e. El derecho a conocer los orígenes es una derivación del respeto de la identidad y se vincula con ambas facetas de ésta.

f. La permanencia en la familia de origen o ampliada implica que la adopción no debe ser utilizada como una primera estrategia para solucionar los conflictos que pudieren existir entre el niño y su familia biológica. Si dicha permanencia atenta contra el interés del NNA, este mandato debe ser dejado de lado.

g. De acuerdo con el principio de conservación de los vínculos fraternos, se deberá priorizar la adopción del grupo de hermanos dentro de la misma familia adoptiva y, cuando esto no fuere posible, se deberá mantener el vínculo y el contacto entre ellos.

h. Aunque la inseparabilidad de los hermanos no es un principio absoluto, en este caso las circunstancias tanto de los adoptados como de los adoptantes justificaban hacer un intento más para evitar la separación de los niños.

i. No es posible soslayar el estrecho vínculo que tenían los hermanos, el que se había fortalecido debido a la difícil situación que habían pasado en su familia de origen y en los años que estuvieron ingresados en diversos hogares. Además, existían familias dispuestas a adoptar grupos como el conformado por los niños.

j. La Cámara de Apelaciones dispuso tomar las medidas necesarias para la adopción conjunta, pero fijando un plazo razonable para que ese objetivo no termine por afectar negativamente el interés de los niños.

Se nos presenta una decisión jurisdiccional que valora ampliamente la cláusula de inseparabilidad de los hermanos, en el caso concreto. ●

Cita on line: AR/DOC/837/2018

#### { NOTAS }

por el hijo menor de edad a la luz de la Convención de los Derechos del Niño y leyes de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes”, JA del 08/07/2009.

(19) Cfr. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa, “Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción”, LA LEY, 2011-F, 225; Cita Online: AR/DOC/4838/2011. Asimismo, la familia como institución social básica y las dos vertientes del deber estatal de protegerla encuentran cabida en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Los arts. 16 de la Declaración Uni-

versal de Derechos Humanos y 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen a la familia como un elemento fundamental de la sociedad. El art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impone al Estado la obligación de asistir a la familia, sobre todo en el cuidado y educación de sus hijos. En el ámbito interamericano, el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene un contenido similar. Todos estos instrumentos, que integran el bloque de constitucionalidad, vienen a complementar el art. 14 bis de la CN. En el plano infraconstitucional, los arts. 7º, 8º, 10, 33 y 35 de la ley 26.061.

(20) Cfr. ALES URÍA, Mercedes, “Permanencia en la familia de origen e interés del menor según el art. 607 del Cód. Civ. y Com.”, RCCyC 2015 (diciembre), p. 118; Cita Online: AR/DOC/4257/2015.

(21) CS, 13/03/2007, “A., F. s/ protección de persona”, JA 2007-III-48, con comentario de GROS-MAN, Cecilia O. - HERRERA, Marisa, “Una vez más sobre el eterno conflicto entre la familia de origen y la familia adoptiva en la jurisprudencia constitucional”.

(22) CNCiv., sala B, 22/11/2017, “M. M. A. s/ art. 250, CPC — incidente familia”, p. 2; Cita Online: AR/JUR/89315/2017.

(23) Cfr. KRASNOW, Adriana N., “Un fallo ejemplar...”, cit. p. 4; BASSET, Úrsula C., “La adopción en el nuevo Código Civil y Comercial”, cit., p. 7.

(24) CNCiv., sala B, cit., p. 3.

(25) Sobre este punto son importantes las sentencias de la Corte IDH, 27/04/2012, “Fornerón, L. e hija c. Argentina”, y 01/07/2011, “L., M. Medidas provisionales respecto de Paraguay”.

(26) Ver sentencias de la Corte IDH, 27/04/2012, “Fornerón, L. e hija c. Argentina”, y 01/07/2011, “L., M. Medidas provisionales respecto de Paraguay”.