

ADOPCIÓN ~ Generalidades

Autor: Herrera, Marisa

Título: El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil: más sobre la trilogía: Blanc

Publicado: SJA 2012/06/20-83 ; JA 2012-II-1361

(*)

"Todo lo que no se legisla explícitamente a favor del más débil, queda implícitamente legislado a favor del más fuerte" Raúl Scalabrini Ortiz

I. PALABRAS INTRODUCTORIAS

Éste es un nuevo trabajo que sigue la línea trazada en uno anterior referido a las técnicas de reproducción humana asistida que, al ser una de las novedades que plantea el Anteproyecto de Reforma del Código Civil de la Nación, ha sido abordado de manera prioritaria, portando en su título la palabra "Bleu", en alusión a la trilogía del cineasta polaco Krzysztof Kieslowski (1).

En este segundo artículo analizamos las principales modificaciones que propone el mencionado Anteproyecto en lo relativo a la filiación adoptiva, fuente filial que desde 1948, tras la sanción de la ley 13252, integra el ordenamiento jurídico. Desde allí y hasta la sanción de la ley 24779 por fuera del Código Civil, y desde esta normativa sancionada en el año 1997 y hasta ahora —y por varios años más, si es que el Anteproyecto se aprueba— integra el articulado del Código Civil.

¿Se introducen modificaciones sustanciales al régimen de la adopción? En caso afirmativo, ¿éstos han sido verdaderos cambios o sólo algunas modificaciones cosméticas? ¿Cuáles eran los pilares constitucionales/internacionales sobre los cuales debía edificarse el régimen de la adopción en el Anteproyecto? ¿En qué mejora la redacción actual la situación de la adopción en la Argentina? ¿Cómo se resuelve la cuestión del "chico puesto" y qué pasa con la guarda de hecho?

Éstos son algunos de los interrogantes que pretenden ser contestados en el presente trabajo, el segundo de una trilogía fundada en la obligada doctrina internacional de los derechos humanos.

Previo a destacar cuáles son los principios constitucionales que inspiran el régimen de la adopción proyectado y que son explicitados en el texto, cabe dejar expresada una aclaración a los fines de colocar la regulación de la adopción en su justo lugar.

Como suele acontecer con los temas, situaciones o conflictos complejos como el que encierra la adopción, atravesado por vertientes jurídicas pero, principalmente, no jurídicas, fácil se comprende que una ley, por más precisa que sea desde el punto de vista técnico, lo más clara posible desde su redacción o lo más ajustada desde su regulación, no soluciona el problema de la adopción y sus "desviaciones" o malas interpretaciones, así como tampoco evita conductas delictivas como la inscripción a nombre propio de un hijo ajeno o los casos de reconocimientos complacientes y posteriores adopciones de integraciones que nacen de una abierta falsedad, o el contacto directo, la figura del "chico puesto" y la seguida consolidación del vínculo afectivo nacida de una relación irregular. ¿Cómo poder combatir estas lamentables "realidades"? Si bien la ley tiene cierto poder para diluir o modificar conductas, tiene también sus limitaciones, y entre ellas está la imposibilidad de hacer "desaparecer" ciertas actitudes o fuerzas que aparecen en la realidad social. Salirse de esta visión, que se puede adjetivar de "romántica", sobre el valor de la ley constituye una consideración previa y central para comprender, en su justa medida, qué cambios ciertos puede lograr una modificación del texto legal vigente en materia de adopción. En otras palabras, no se le puede pedir a la ley que diga, haga y logre lo que no está en sus posibilidades decir, hacer y lograr.

II. BASES CONSTITUCIONALES COMO PUNTO DE PARTIDA Y DE LLEGADA

Como bien se ha expresado en el primer trabajo de esta trilogía y que permite comprender en profundidad cuáles son los hilos conductores de los cambios que propone el Anteproyecto en el derecho filial en sus diferentes fuentes, el eje o columna vertebral desde el cual se edifica todo régimen jurídico, y que también cabe para su interpretación ante posibles silencios o falta de previsión expresa, es la mirada constitucional/internacional que campea el estado actual del derecho nacional. Tal como lo expresan los

considerandos del dec. 191/2011, mediante el cual se crea la comisión de reforma del Código Civil, la reforma constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos tratados de derechos humanos, así como la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos. Esto lo expresa muy bien Ricardo Lorenzetti, presidente de la comisión de reforma, quien, al analizar el Título Preliminar del Anteproyecto, a modo introductorio, destaca la lograda "constitucionalización del derecho privado", afirmando que "existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado"(2).

En este sentido, y en lo que respecta al régimen adoptivo, el Anteproyecto prevé una disposición expresa en el que se explicitan cuáles son los principios o bases sobre los cuales se edifica su normativa, siguiendo la técnica legislativa que siguen algunos textos legales contemporáneos en el derecho comparado (por ejemplo, el art. 153, Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador) (3). De este modo, el art. 595 se titula "Principios generales" y expresa que "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 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 10 años". ¿Cuál es la razón de explicitar principios de índole constitucional/internacional que ya están volcados en sendos instrumentos de derechos humanos? No sólo para reforzar esta obligada perspectiva, sino también para destacar que ante cualquier silencio, vacío legislativo o laguna propia del derecho y, más aún, del derecho de familia, que es tan cambiante y dinámico, debe siempre apelarse a estos principios generales, que observan un valor especial tratándose de la adopción.

A los fines de entender con mayor precisión este argumento, traemos a colación un interesante caso resuelto por el Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial y de Familia de Río Cuarto, en fecha 18/11/2011 (4), en el que se planteó la adopción de un niño que fallece durante el período de guarda preadoptiva. ¿Regula de manera expresa el Código Civil vigente y aun el proyectado, este tipo de supuestos? La respuesta negativa se impone. ¿Y entonces?

La plataforma fáctica del caso era la siguiente. El niño E. nace el 11/6/2001 en Río Cuarto, quien padece de una problemática neurológica que requiere tratamiento especial. Es dado en guarda judicial preadoptiva al matrimonio M. y B., casados desde el año 1997, el 9/8/2004. El 8/9/2005 el tribunal declara el estado de desamparo moral y material del niño y confirma la guarda judicial con fines de adopción. El matrimonio interpone demanda de adopción, solicitando que sea plena. Durante la sustanciación del proceso, el 17/3/2010, el niño fallece como consecuencia de un accidente ocurrido en la vivienda familiar, con más precisión, presumiblemente por asfixia producida por una bolsa de nylon mientras jugaba con su perro. En este contexto, el matrimonio decide continuar el proceso, excluyendo, de manera expresa y por si fuera necesario, cualquier beneficio económico.

El tribunal destaca, con acierto, que esta situación no está prevista en la ley y que debe superarse el vacío legal "desentrañándose el verdadero sentido del instituto de la adopción". En este marco, se destaca que la adopción debe ser analizada a la luz del nuevo paradigma del derecho familiar tras la reforma constitucional de 1994, que persigue: a) garantizar el interés superior del niño; b) que se declare en interés del niño; c) garantizar el derecho a la identidad; d) transparentar el origen de la filiación y condenar los orígenes ilícitos.

En esta línea, se sostuvo que "La adopción se concibe, además, como un proceso de compromiso psicológico y emocional por parte de los adultos, con el fin de establecer un vínculo afectivo con el niño, lo que se erige a través de la convivencia cotidiana impregnada de afecto y cariño. Ello se ha producido de manera clara y efectiva en el caso... en los casi siete años que E. vivió en el seno de la familia M. B."

Que "si bien el norte orientador debe ser necesariamente el respeto por el superior interés del niño, soy de la opinión de que a ello debe agregarse la identidad del menor, hoy fallecido. La misma no puede referirse en forma exclusiva a su origen biológico, sino como un concepto dinámico" y, por ende, que "La preservación de la identidad de E. se alcanza sobradamente a través del instituto de la adopción plena". Siguiéndose con el derecho a la identidad, se asevera: "No podemos olvidar que la identidad dinámica es recíproca, no sólo del niño sino también de los adultos, teniendo derecho ellos a que se les reconozca que tuvieron un hijo adoptivo y que ante el dolor de su pérdida, el vínculo afectivo quede debidamente constituido con la filiación adoptiva".

Además, se recuerda que el art. 322, CCiv., dispone que la sentencia de adopción tiene efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda, situación esta última que estaba cumplida en el caso. Por lo tanto, se resuelve que "No existiendo una prohibición expresa (...) debiéndose preferirse toda interpretación que

favorezca la adopción (...) corresponde admitir la adopción plena".

Este precedente es uno de los tantos en los cuales se debe apelar a los principios constitucionales/internacionales operativos en el campo de la adopción a los fines de resolver el conflicto jurídico planteado. ¿En qué difiere la legislación actual del Anteproyecto? Que en este último, tales principios forman parte del texto o cuerpo legal específico en la materia; en otras palabras, que el texto del proyecto hace suyos estos principios que inspiran toda interpretación al respecto.

Si bien no es el objetivo de este ensayo profundizar sobre cada uno de los aportes y avances, y en este caso, de los principios que iluminan el Título VI del Libro Segundo referido a la adopción, lo cierto es que en esta primera parte referida a las "Disposiciones generales", hay un principio que observa un tratamiento especial y que el Anteproyecto introduce modificaciones y actualizaciones sustanciales. Nos referimos al derecho a conocer los orígenes.

Dispone el art. 596 que "El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a acceder al expediente judicial en el que se tramitó su adopción y demás información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En todo caso debe contar con asistencia letrada".

Esta normativa, de base, recepta el ya conocido principio de autonomía progresiva (art. 12, CDN, OC 17 sobre la Condición Jurídica del Niño de la Corte Interamericana de Derechos del Niño y observación general n. 12 del Comité de los Derechos del Niño) (5) que el Anteproyecto reconoce y defiende de manera expresa al regular varias instituciones del derecho de familia y del derecho civil, en general, en lo relativo, por ejemplo, al ejercicio de ciertos derechos como el derecho a la salud (6) o también como uno de los principios rectores sobre los cuales se edifica el régimen de la responsabilidad parental (ex patria potestad) cuando en el inc. b se afirma que "la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos", y en consonancia con ello, el inciso siguiente reconoce "el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez".

¿Cuáles son los principales aportes del Anteproyecto a la efectivización del derecho a conocer los orígenes del adoptado? Varios: a) quitar la restricción etaria al ejercicio de este derecho; b) ampliar el ámbito material o fuentes de información sobre los orígenes; c) ampliar los organismos o personas que pueden brindar esta información, la cual no sólo estaría destinada a los adoptados sino también a los adoptantes —ergo, otra ampliación más—; d) obligación mínima de qué tipo de información debe ser recabada, resguardada y reservada y e) la acción autónoma a los fines de conocer los orígenes sin involucrar el vínculo jurídico creado por la adopción. Pasamos a analizar sintéticamente cada uno de estos tópicos.

a) La ley 24779, que regula la figura de la adopción en el Código Civil vigente, concede el ejercicio del derecho a conocer los orígenes recién cuando el adoptado cuenta con 18 años de edad, es decir, y a la luz del plexo normativo vigente, cuando adquiere la mayoría de edad (conf. ley 26579). Antes de la baja de la edad legal en la que se adquiere la plena capacidad civil, ya varias voces doctrinarias habían criticado esta limitación etaria rígida por varias razones, jurídicas y de otra índole (en especial, desde la psicología, que indica que las personas adoptadas tienen inquietudes acerca de sus orígenes mucho antes de alcanzar los 18 años). Una de ellas, siguiendo normativas flexibles en el ámbito del derecho a la salud que también involucra el ejercicio de derechos personalísimos como el de conocer los orígenes, siendo seguida en algunos proyectos de ley, propugnaba quitar el requisito de la edad como valladar para el ejercicio del derecho a conocer los orígenes (7). Esta es la línea que sigue el Anteproyecto. ¿Es posible tener algún temor si no se fija edad alguna? Si una persona adoptada, cualquiera sea su edad, se acerca a la justicia o a algunas de las instituciones que señala el Anteproyecto (registro de adoptantes u órgano de protección) para conocer sus orígenes, ya está demostrando una inquietud que debe ser escuchada por quienes están especializados o al menos interiorizados en temáticas relacionadas con infancia y adolescencia. De este modo, el Anteproyecto trata de que la ley esté disponible para la mayor cantidad de personas, conflictos y situaciones posibles y no para excluir por miedo a cómo enfrentar a un joven que quiere acceder a su identidad, en este caso, a conocer sus orígenes.

b) De conformidad con los cambios que se proponen, los datos o información relativos a los orígenes de una

persona no sólo están en el expediente de adopción, como lo expresa el art. 328, CCiv. vigente, sino, principalmente, en otros expedientes tanto judiciales como administrativos. Es que se debe tener en cuenta —y esta observación no sólo cabe para analizar este tema referido a los orígenes sino a varios más relativos a la figura de la adopción en general— la puesta en marcha (con desarrollo dispar, desde el punto de vista local) del sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes que prevé la ley 26061. En este sentido, el Anteproyecto debe compatibilizar la ley civil con leyes especiales como la mencionada. De este modo, es sabido que buena parte de la historia de una persona adoptada puede encontrarse en el expediente administrativo en el que se haya dictado, por ejemplo, una medida excepcional y previa a ella, medidas de protección de derechos (conf. arts. 33, 37, 39 y 41, ley 26061), así como también, en el proceso judicial que culmina con la declaración en situación de adoptabilidad que recepta el Anteproyecto y que la práctica ya daba cuenta de esta figura a pesar de su silencio legal.

c) Si se trata de optimizar los organismos que trabajan o se vinculan con la adopción, como acontece en otros países (por ej., en el derecho chileno), se prevé la posibilidad de que la información y toda medida de apoyo para lograr una buena adopción sea destinada no sólo al adoptado, sino también a los adoptantes. De este modo, el Anteproyecto amplía los objetivos de este acompañamiento en la adopción a la familia adoptiva; por ende, no se circunscribe a los adoptantes sino también a todos los vínculos de parentesco que se generan a raíz o por causa de ella (8).

d) La obligación mínima de resguardar información acerca de los orígenes, la biografía, la historia del adoptado como la de su familia de origen, así como toda información relativa a enfermedades transmisibles, siempre en protección de los derechos del adoptado. Esto significa, por ejemplo, que todo tipo de medida transitoria o provisoria que se haya llevado adelante y por la cual un niño haya estado viviendo en un pequeño hogar, familia cuidadora u hogar de tránsito o la denominación que se le dé, estas instituciones y/o personas están obligadas a generar y resguardar toda información relativa al paso de estos niños por estas figuras intermedias. Es que lo que ellos viven, comparten, los vínculos afectivos que desarrollan forman parte de su historia que es, en definitiva, el contenido del derecho que se protege en el articulado en comentario: el derecho a conocer los orígenes.

e) La acción autónoma a los fines de conocer los orígenes sin involucrar el vínculo jurídico es una de las posturas doctrinarias más firmes ante la rigidez que observa el actual art. 327, CCiv., que prohíbe toda acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción plena (9). A su vez, esta solución que adopta el Anteproyecto constituye un expreso reconocimiento a una diferencia que se ha venido desarrollando en los últimos años a partir del estudio de un resonado caso, "Odievre v. Francia", del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en la cual se diferencia el derecho a conocer los orígenes del derecho a tener o mantener vínculo jurídico (10), y que tiempo más tarde es aceptado en la jurisprudencia nacional en un precedente de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe del 30/11/2004 (11). Como se analizará de manera sucinta más adelante, la irrevocabilidad de la adopción plena —salvo que se trate de una adopción de integración— es mantenida en el texto proyectado, pero justamente es por ello, y a los fines de mitigar esta disposición un tanto rígida o tajante —más allá de que el Anteproyecto introduce algunas modificaciones—, que se regula una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes. Este tipo de soluciones legislativas se funda en la relevancia y autonomía propia que ha adquirido el derecho a conocer los orígenes, de igual modo que otro tipo de decisiones legales, como una de las dos reformas en materia de filiación que adoptó el Código Civil alemán. Nos referimos a la acción para la "clarificac[i]o[n]" de la paternidad, mediante la realizac[i]o[n] de pruebas bioló[g]icas, sin que ello traiga consigo la impugnac[i]o[n] de dicho vínculo filial (12). Al comentar un autor español esta normativa, se destacó que "la práctica de las pruebas (biológicas) no deben estar necesariamente vinculadas a un procedimiento judicial de impugnac[i]o[n] de la paternidad, de forma que aquélla puede tener carácter autónomo. El derecho a conocer los orígenes biológicos es independiente y no debe conllevar, en todo caso, a la modificac[i]o[n] del estatus legal de las relaciones familiares" (13).

III. ALGUNAS OTRAS CONSIDERACIONES GENERALES

Se suele decir —de modo un tanto fundamentalista, a nuestro entender— que las definiciones no son propias de un texto legal y menos de un Código Civil. No compartimos esta aseveración, ya que, al conceptualizar una institución, se la sitúa, delimita y explicita sus rasgos definidores. De este modo, y en la misma línea de varios proyectos de ley presentados en la Cámara de Diputados en los últimos años, el art. 594 del Anteproyecto afirma que "La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen".

Es claro que esta definición está en total consonancia con varios de los principios que se enuncian en el articulado siguiente y a los que ya nos hemos referido, en particular, a la preservación de los vínculos de origen

y ampliados y al niño como eje, centro o principal destinatario de la institución de la adopción. En este sentido, y tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios precedentes (el primero con la composición actual, del 2/5/2005), se reconoce el principio de que todo niño debe ser cuidado y criado por su familia de origen o ampliada (arts. 3, 4, 7 y 33, ley 26061), y, en su defecto, por otro grupo familiar a través de figuras como la adopción. Entonces, sólo se puede apelar a ella cuando dicha contención y afecto no le pueda ser proporcionada por la familia primaria o ampliada.

Otra cuestión general que merece ser destacada se refiere a la adopción como una de las vías o formas de acceso a la llamada "familia homoparental", es decir, a que parejas del mismo sexo puedan tener un hijo. Si bien esta cuestión atañe a la calidad o capacidad de los pretendientes adoptantes, lo cierto es que involucra mucho más que ello y por eso se le brinda un breve y especial espacio en este apartado preocupado por destacar ciertas consideraciones generales que iluminan todo el régimen legal de la adopción. Como se puede observar por el tratamiento que ha tenido el tema de la familia homoparental, principalmente a raíz de la sanción de la ley 26618, que extiende el matrimonio a todas las personas con total independencia de su orientación sexual, el debate al respecto ha girado en torno a si la crianza de un niño por parte de dos personas del mismo sexo viola, contradice o conculca el interés superior del niño.

Para responder esta inquietud de manera sintética, actual y obligada (14), cabe traer a colación la enjuiciada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Atala Riffo v. Chile", del 24/2/2012. En este extenso fallo se afirma, entre tantas cosas, que "al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un daño válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisibles legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad" (párr. 121). Además, en este mismo instrumento se destaca el fallo de la Corte Suprema de Justicia de México del 16/8/2010, en el que se debatía sobre la constitucionalidad o no de la adopción por parejas casadas del mismo sexo. Aquí se aseveró de modo elocuente que "No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el procurador general de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia".

Por lo tanto, el principio del interés del niño no se vería conculcado por mantener el Anteproyecto la posibilidad de que las parejas del mismo sexo —casadas o no, como veremos más adelante— puedan adoptar. O, en otras palabras, que por aplicación del principio de igualdad, el texto proyectado no hace ninguna distinción fundada en la orientación sexual de los pretendientes adoptantes, so pena de incurrir en un abierto trato discriminatorio.

IV. SOBRE ADOPTADOS Y ADOPTANTES

La adopción es una institución destinada a personas menores de edad, sean niños o adolescentes (conf. art. 25 del Anteproyecto, que define a los niños de 0 a 12 y adolescentes de 13 a 18), con ciertas excepciones en las que es posible adoptar a una persona mayor de edad, en los mismos términos que dispone el art. 311, CCiv. actual (conf. art. 597 del Anteproyecto).

Se mantiene la pluralidad de adoptados (art. 598), es decir que más de un niño pueda ser adoptado de manera simultánea o sucesiva; como así también que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, siendo que en estos supuestos éstos deben ser oídos por el juez, valorándose su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez, por aplicación del mencionado principio de autonomía progresiva.

La normativa proyectada recepta una crítica casi unánime en doctrina, por la cual se afirma que todos los hijos adoptivos y también los biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí.

En lo relativo a quiénes pueden adoptar, el Anteproyecto amplía el escenario de conformidad con las diversas voces doctrinarias y jurisprudenciales a favor de habilitar la adopción conjunta a las parejas convivientes (15). Así, el art. 599 del texto proyectado dispone que "El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, pareja conviviente o persona sola". Esta ampliación se funda en principios

constitucionales/internacionales de derechos humanos y, en especial, en el reconocimiento constitucional de diversas formas de organización familiar, sabiéndose que el tipo de vínculo de pareja, conyugal o no, carece de relevancia a los fines de analizar la calidad para ser adoptante. Esta restricción a la adopción por parte de parejas no casadas se fundaba en la mirada negativa sobre este tipo de uniones, que hoy la gran mayoría defiende, y que también integra la noción de familia, a tal punto que el mismo Anteproyecto las reconoce como tales e, incluso, le otorga ciertos efectos a las uniones que cumplen con ciertos requisitos (conf. Título III del Libro 2 referido a las "Uniones convivenciales").

En esta misma disposición se introduce otra modificación que en la práctica jurisprudencial se la observa cuando se trata en particular de la adopción de integración, y consiste en disminuir la diferencia de edad entre adoptado y adoptante en dieciséis años, en vez de los dieciocho años, que es la diferencia actual. Aquí también se mira con mayor flexibilidad cuando "el cónyuge o pareja conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente", en general, y no circunscripto al supuesto especial de fallecimiento, como lo hace el art. 312, CCiv., que alude al caso del "cónyuge superviviente adopta al hijo adoptado del premuerto". Y esta normativa se cierra con la siguiente afirmación: "En caso de muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad". ¿En qué difiere con el actual art. 312? En que la normativa vigente sólo se refiere al supuesto de extinción de la adopción por causa de muerte de uno de los adoptantes y no la extinción de la adopción por otra causal, tal como que el adoptante hubiera incurrido en privación de la responsabilidad parental o también se hubiera incurrido en alguna causal de nulidad de la adopción, por citar algunos ejemplos que podrían dar lugar a una nueva adopción sobre un niño ya adoptado, más allá de la causal de fallecimiento.

En cuanto a las restricciones para adoptar, se disminuye la edad de 30 a 25 años de edad y se aclara que, cuando se trata de una adopción conjunta (sea por parte de un matrimonio o una unión convivencial), es suficiente que este requisito sea cumplido sólo por uno de ellos. Otro cambio sustancial se refiere a la residencia permanente en el país por un lapso de cinco años anteriores a la guarda, a los fines de reafirmar la prohibición de la adopción de niños argentinos por pretendidos adoptantes extranjeros. Sobre este punto, en el Anteproyecto se aclara que este plazo no es un requisito a ser cumplido por parte de las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país. Y, además, este mismo art. 600 del Anteproyecto agrega como requisito para adoptar que las personas o parejas se encuentren inscriptas en el correspondiente registro de adoptantes. De esta manera, se revaloriza una herramienta de vital relevancia como son los registros, que, por su versación, se encuentran capacitadas para llevar adelante una tarea muy compleja como lo es evaluar en diferentes aspectos las cualidades y calidades para ser adoptante. ¿Todas las personas para adoptar deben estar inscriptas? La respuesta positiva se impone, aun en aquellos supuestos excepcionales que, en razón del vínculo de parentesco y afectivo, se admite la guarda de hecho. ¿Constituye un capricho o una medida burocrática? Cabe recordar que el Estado es el garante último de los derechos de las personas. En este caso, los jueces tienen la gran responsabilidad de elegir los mejores padres adoptivos para un niño de una nómina que suele ser extensa. La existencia del registro tiene, entre otras finalidades, el poner a disposición de los jueces una herramienta de integración interdisciplinaria para llevar adelante tan compleja tarea de la mejor manera posible y a los fines de evitar conflictos de extrema gravedad, como son los casos de "devoluciones".

En esta iniciativa del Anteproyecto de concentrar y reubicar los articulados para mejorar su lectura y comprensión de la institución que se trata y aun dentro de ella, se pasa a regular los diferentes supuestos especiales que son la excepción al principio de que la adopción conjunta debe contar con la voluntad adoptiva de ambos integrantes de la pareja (conf. art. 602). En este sentido, se prevén supuestos de: 1) adopción unipersonal por parte de personas casadas o en unión convivencial (art. 603): a) el cónyuge o conviviente cuya capacidad ha sido restringida y la sentencia correspondiente le impide de manera expresa prestar consentimiento válido para este acto y b) los cónyuges están separados de hecho, tal como lo expresaba la anterior ley 19134; 2) la adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial, siempre que haya habido "estado de padre con una persona menor de edad", por lo cual aun ya estando extinguido el vínculo entre los adultos, el texto proyectado —siguiendo alguna jurisprudencia que ha habido en este sentido (16)— permite la adopción conjunta. "El juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño" (art. 604) y 3) la adopción conjunta en el supuesto de fallecimiento de uno de los guardadores, situación que está prevista en el Código Civil vigente (art. 324), pero que el texto proyectado mejora su redacción y la amplía, resolviendo, por ejemplo, la cuestión del apellido (17).

V. LOS BENDITOS "TIEMPOS" Y LOS PROCESOS PARA LA ADOPCIÓN

Si bien las modificaciones que propone el Anteproyecto en el régimen jurídico de la adopción merecen un análisis profundizado, lo cierto es que en la cuestión procedimental se introducen varios temas que vendrían a dar respuesta a inquietudes planteadas desde diferentes sectores.

En primer lugar, y desde el punto de vista de la praxis judicial, la declaración en situación (o algunos dicen,

estado) de adoptabilidad (18), constituye una figura silenciada en la legislación actual, pero es sabido que, a pesar de ello, está presente en la práctica. Por ende, siendo un Anteproyecto fundado, entre tantos otros principios, en el de realidad, se recepta y regula este pedido "popular".

A los fines de regular este nuevo (desde el punto de vista legislativo) proceso, se debe tener en cuenta otra realidad de tinte legislativo, la ley 26061 y el consecuente sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes que se crea. Si bien es cierto que aún este sistema principalmente administrativo y, en ciertos supuestos, de carácter mixto (administrativo-judicial), observa un desarrollo dispar en el país, siendo incumbencia local poner en funcionamiento los dispositivos básicos para su implementación, lo cierto es que la ley 26061 es una normativa de carácter nacional y que la legislación civil que se proyecta no puede dejar de tener en cuenta y regular en consecuencia o teniendo en cuenta los aportes que aquélla introduce. De este modo, y tal como veremos en breve, el proceso para la declaración en situación de adoptabilidad de un niño debe tener en cuenta el trabajo previo con la familia de origen y ampliada que se habría llevado adelante en el marco del sistema de protección integral, previo a este nuevo proceso judicial.

¿Cuándo o ante qué supuestos se dicta tal declaración? El art. 607 del texto proyectado explicita las diferentes vías para alcanzar esta declaración: 1) cuando 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; 2) cuando los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado, siempre que esta manifestación haya sido producida después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento del niño, receptándose de este modo el conocido "estado puerperal" que varias legislaciones del derecho comparado admiten y 3) después de haberse vencido el plazo de ciento ochenta días (noventa días que la ley 26061 establece para estas medidas con prórroga a un plazo igual) de las llamadas "medidas excepcionales" que prevé la ley 26061 (conf. arts. 37 y 41), tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, sin que el organismo administrativo correspondiente haya podido revertir esta situación de excepción y, por ende, sea imposible que un niño regrese a su núcleo de pertenencia primario. En este último supuesto, se prevé de manera precisa que el organismo administrativo de protección interviniente debe, vencido ese plazo, elevar al juez en el plazo de veinticuatro horas un dictamen a los fines de solicitar la declaración en situación de adoptabilidad según o de conformidad con toda la labor realizada en el proceso administrativo previo. Además, y de conformidad con el principio de preservación de los vínculos con la familia de origen o ampliada, se pone de manifiesto que esta declaración judicial no es posible si "algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste".

Siendo la declaración en situación de adoptabilidad un proceso judicial con reglas propias, se regula en el art. 608 quiénes intervienen y en qué carácter en dicho procedimiento. En primer lugar, y en total consonancia con quien es el eje o destinatario principal de la adopción, el niño, se establece que éste actúa en carácter de parte, y que si, además, cuenta con edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada de conformidad con la figura del abogado del niño que prevé el art. 27, ley 26061, y que el Anteproyecto está obligado a respetar y regular en consonancia con ella. También en el mismo carácter de parte, los padres u otros representantes legales del niño. Además, se prevé la intervención del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial, siendo no sólo quien conoce al niño y su familia, por la labor realizada en el marco del proceso administrativo en el que se dictó la medida de separación, sino además de quien dependen las personas u hogares en el que está alojado hasta ese momento el niño a la espera de ser adoptado. Y por último, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 103 del Anteproyecto (19), el Ministerio Público.

Asimismo, se explicitan las reglas mínimas de dicho procedimiento, siendo las siguientes: a) tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales; b) 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 y c) la sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente, en un plazo no mayor a los diez días, el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción.

¿Por qué el juez competente es aquel que intervino en el correspondiente "control de legalidad" de la medida excepcional? Porque así se mantiene el principio de unidad, es decir, que sea el mismo juez que continúe interviniendo, lo cual no sólo evita reeditar el conflicto ante otra persona, sino también agilizar el mencionado "factor tiempo". Quien ya conoce a los protagonistas, sabe del conflicto y ha trabajado durante un tiempo con ellos, es quien debería continuar interviniendo. ¿Quién sería el juez competente si la declaración en situación de adoptabilidad se deriva de otras circunstancias que no sean el dictado de una medida excepcional? El juez que haya intervenido en el proceso administrativo que se hubiera sustanciado, ya sea para la búsqueda de paradero como ante la manifestación de los padres de desentenderse de la crianza de su hijo a través de la figura de la

adopción. Aquí también habría habido una intervención mixta, administrativa-judicial, tal como lo dispone el sistema de protección integral, y, por ende, sería este mismo juez el que debería continuar interviniendo.

Por otra parte, no se debe perder de vista —y justamente por ello— que el Anteproyecto contiene un título referido de manera general a los "Procesos de familia" (Título VIII del Libro Segundo), cuyo art. 716 —auspiciado por el art. 3, ley 26061— fija la regla general en materia de competencia en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, expresándose que en aquellos referidos a "responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida". Por lo tanto, no habría ningún vacío legal en lo que de competencia se trata.

Otra novedad que introduce el Anteproyecto y que, en definitiva, impacta de manera directa en el reiterado "factor tiempo", se refiere a la guarda para adopción, que no queda como un segundo proceso judicial con sujetos y reglas procedimentales propias, sino que sólo constituye una figura para cumplir con la finalidad que siempre se le ha dado —al menos en teoría—: la de evaluar el vínculo afectivo que se genera entre la persona o pareja debidamente registrada y seleccionada por el juez y el niño (20). Es por ello que ya en la sentencia que declara la situación de adoptabilidad se establece que el juez interviniente debe solicitar del registro de adoptantes correspondiente los pertinentes legajos. De este modo —como en tantas otras disposiciones de este título— se observa que el Anteproyecto introduce en su texto los registros de adoptantes, uno de los organismos claves en esta materia y que la legislación actual silencia, por ser posterior a su regulación.

También fundado en el "factor tiempo" y en el mencionado principio de realidad —en este caso, de las dudas o incertidumbres que presenta la regulación actual y que tanto la doctrina como la jurisprudencia esperan respuesta—, en el Anteproyecto se dispone que la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial del estado de adoptabilidad (art. 610), por lo tanto, no es necesario reeditar y así extender ninguna decisión tendiente a la adopción de un niño cuyos padres han sido privados de su responsabilidad parental. En esta misma línea, el Anteproyecto establece de manera expresa que, una vez cumplido el período de guarda, "el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción" (art. 616), cuestión hoy totalmente silenciada en la normativa vigente. De este modo, la preocupación por el "factor tiempo" no sólo está en el principio del proceso —en sentido amplio— de la adopción, que suele ser el cuándo y cómo llegar a la decisión de adoptabilidad, sino a la culminación y consecuente sentencia que emplaza a un niño en su estado de hijo adoptivo.

Por lo dicho hasta aquí, fácil se advierte que el Anteproyecto de ningún modo regula tres procesos para llegar a la adopción de un niño o adolescente sino, por el contrario, los procesos judiciales son dos: declaración en situación de adoptabilidad y el proceso de adopción propiamente dicho (21), con reglas claras cada uno de ellos y con sujetos, objetivos y procedimientos diferenciados en cada uno de ellos en atención a la finalidad que tiene cada uno.

VI. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VERSUS ORDEN PÚBLICO. EL EQUILIBRIO DEL SISTEMA DE LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO NACIONAL: LA CUESTIÓN SENSIBLE DE LA GUARDA DE HECHO

¿Pueden los padres "elegir" los futuros padres adoptivos de su hijo? ¿Es posible el contacto directo entre familia de origen y pretensa adoptiva? ¿Cuál es el rol o la función que le cabe al registro de adoptantes? ¿Qué sucede con los supuestos que se conocen de "chicos puestos"?

Como bien se adelantó en los primeros párrafos de este ensayo, una ley no tiene el poder de evitar maniobras fraudulentas o conductas lamentablemente arraigadas y avaladas por algunos operadores jurídicos y no jurídicos que consideran que es mejor, en el interés del niño y de su familia, contactarse de manera directa con una mujer en situación de vulnerabilidad por razones de carencia socioeconómica a quien se le ofrece "entregar" a su hijo a otra familia en la cual estaría "mejor cuidado" y podría tener "una mejor vida", llevando así una decisión "no egoísta" que mejoraría la vida del niño y de la propia madre y su familia, ya que, por lo general, suele tener otros hijos. ¿Una ley de adopción puede lograr una necesaria "deconstrucción cultural"?

Ahora bien, ¿qué postura adopta el Anteproyecto? En el art. 611 mantiene la prohibición de la guarda de hecho al vedar expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo; pero amplía esta prohibición al disponer que también se extiende a toda "entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño". Pero no se queda en la mera prohibición, sino que avanza al facultar a los jueces a "separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia

de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño". Y si de principio de realidad se trata, éste es el que está presente en esta excepción, al reconocer que no todo contacto directo es un caso de "chico puesto", con la consecuente vulneración de derechos que esta actitud conlleva, sino que hay casos en los cuales este vínculo es sincero, es decir, responde a una relación afectiva o de parentesco previa que el juez debe analizar en cada caso. Esta diferenciación que se hace en el Anteproyecto se condice o coordina con la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental que se prevé en el art. 643 (22) y que, a los fines de que no se cuelen situaciones de "chicos puesto", se establece la correspondiente intervención judicial.

En consonancia con esta prohibición, el art. 611 afirma en su última parte que "Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción", siendo necesario cumplir los pasos procesales y de fondo que se establecen en el título relativo a la adopción. A su vez, esto se vincula con la falta de registración de los pretendidos adoptantes como causal de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el inc. h del art. 634 ("La inscripción y aprobación del registro de adoptantes"), ya que, siendo una responsabilidad del Estado como garante último de los derechos de todas las personas elegir los mejores padres para un niño, el debido paso por el registro de adoptantes constituye un elemento central para el logro de este objetivo fundado, en definitiva, en el interés superior del niño, el primer principio adoptivo que se enumera en el Anteproyecto.

Como cierre de este apartado dedicado a uno de los temas más sensibles o álgidos que observa la adopción, nos parece interesante sintetizar un caso reciente de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, del 11/4/2012, que en buena hora coloca en su justo lugar esta tríada integrada por guarda de hecho-elección-registro de adoptantes.

La plataforma fáctica del caso es la siguiente. Una mujer con un niño de tres años y embarazada de su segunda hija se contacta, a través de una amiga, con un matrimonio que estaba buscando un niño para adoptar. El matrimonio en cuestión le brinda a la madre biológica y a su hijo de tres años un lugar para alojarse —le alquilan un departamento—, le equipan este lugar y le consiguen un trabajo en el club Huracán. Cuando la niña nace, la madre biológica se la entrega al matrimonio que, luego de una guarda de hecho de siete meses, se presenta a la justicia solicitando la guarda con fines de adopción del niño. El juez de primera instancia, ante una solicitud de la asesora de menores e incapaces, resuelve dar intervención al Servicio Local de Promoción y Protección de Niños y Adolescentes con el objeto de fortalecer el vínculo de la niña con la familia de origen. Dicha providencia es apelada por el matrimonio guardador y confirmada por la alzada. Acto seguido, el caso se re-caratula como "medida de abrigo" y, ante la "irregularidad" de la guarda, la asesora de incapaces, teniendo en cuenta lo actuado por el Servicio Local de Protección de Derechos de Niños y Adolescentes y el interés superior del niño, solicita como medida cautelar, en los términos del art. 232, CPCC, la guarda institucional de la niña G. a favor de alguno de los tres matrimonios inscriptos en el registro de aspirantes, que habían sido ya preseleccionados por la psicóloga de la asesoría. El juez decide hacer lugar a la medida solicitada y ordena, en consecuencia, la guarda provisoria de la niña G. en cabeza del matrimonio A.-S. (uno de los matrimonios preseleccionados por la psicóloga de la Asesoría). La medida se hace efectiva y la niña pasa a convivir con este segundo matrimonio. La sentencia de primera instancia es apelada por el primer matrimonio. La Cámara Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala 1ª, con fecha 30/6/2011, resuelve revocar la resolución apelada en cuanto dispone la exclusión de la niña del hogar de los apelantes y ordenar su reintegro, posibilitándose con ello el statu quo anterior a la medida cautelar apelada. Dicha restitución no se hace efectiva, puesto que el segundo matrimonio, a quien se le había otorgado la guarda institucional de la niña, apela el decisorio de la alzada y el caso llega así a instancias de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires con una niña de un año y ocho meses de edad.

¿Qué resuelve la máxima instancia judicial provincial? Confirmar la decisión de primera instancia y, por ende, revocar lo dispuesto por la mayoría en la alzada, quedando el niño con el matrimonio debidamente seleccionado por el registro de adoptantes correspondiente que, a la vez, respeta el statu quo y el derecho a la identidad en su faz dinámica. Para así decidir, se afirma que "en concordancia con el dictamen del señor subprocurador general y la abundante prueba en que se apoya, estimo que la mayoría de la alzada cuando afirma que la cesión ha sido fruto de una voluntad, libre, espontánea y auténtica resigna el control de legalidad que amerita una decisión de parte del juez encargado de resguardar el interés del niño como individuo en procura de satisfacer el derecho a la identidad. Esto significa que con sólo la guarda de hecho y un plan de los pretendidos adoptantes dirigido para que la justicia homologue este procedimiento con el único requerimiento de citar a la madre y entrevistarla en presencia del Defensor Oficial no alcanza para tener derecho a acceder a la adopción". En este sentido, el magistrado Soria destaca que "A ello se suma la ponderación de las especiales circunstancias que afectaban a la progenitora y la ayuda que, aunque no en dinero, recibiera del mentado matrimonio". Por su parte, el voto en minoría de la magistrada Kogan entiende —a nuestro entender, de modo incorrecto— que "Dentro de ese complejo (e, insisto, concreto) marco fáctico, el criterio de la mayoría del tribunal no consideró configuradas 'irregularidades', 'ilicitudes', 'arreglos', 'contraprestaciones' como en repetidas ocasiones se afirma (o, mucho

peor, se sugiere) que existieron sin prueba contundente que las abone". ¿Solamente un pago en dinero, casi imposible de ser probado, le quita libertad a la decisión de una mujer de "entregar" a su hijo en adopción?

Este precedente, en buena hora, coloca al menos en su justo lugar y equilibrio el régimen jurídico de la adopción, lo cual no quiere decir que lo resuelva de manera total. La inquietud que sigue rondando por la fuerza de la realidad es qué hubiera sucedido si el matrimonio a quien supuestamente había elegido la madre hubiera judicializado el caso más tarde. ¿Cuánto tiempo más tarde? ¿Seis meses, un año, dos, tres...?

VII. CAMBIOS SUSTANCIALES EN LOS TIPOS DE ADOPCIÓN

Otro de los temas en los cuales el Anteproyecto ha introducido modificaciones sustanciales se refiere a los tipos de adopción en dos aspectos centrales y que también viene a responder a ciertas voces doctrinarias y jurisprudenciales que venían bregando por cambios en sentido de flexibilizar una perspectiva legislativa rígida en este ámbito complejo como es la familia.

Nos referimos, en primer lugar, a reconocer que la adopción de integración presenta tantas particularidades, requisitos o consideraciones propias que merece una regulación autónoma, elevándola a un tipo adoptivo con sus propios caracteres. De este modo, el art. 619 del texto proyectado inicia el capítulo referido a los "Tipos de adopción" advirtiendo que "Este Código reconoce tres tipos de adopción: a) plena; b) simple; c) de integración".

Así, la adopción tiene su propio espacio normativo en el que se aclara bien qué sucede desde el punto de vista jurídico cuando el niño a ser adoptado por integración tiene doble vínculo filial o sólo un vínculo filial. Además, y en esta misma línea de receptar el principio de realidad y volcar en el texto proyectado los debates que se han generado en la doctrina y la jurisprudencia, se diferencia qué derechos y deberes subsisten con el o los progenitores de origen y cuáles se crean con el adoptante. Veamos. El art. 630 se refiere, precisamente, a los efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, aseverándose que "La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, conyuge o conviviente del adoptante".

Por su parte, el art. 631 alude a la otra parte del vínculo filial que se genera tras la adopción, es decir, a los efectos entre el adoptado y el adoptante. Y sobre este punto se dispone que "La adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante: a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el art. 621". De esta manera, la adopción de integración puede ser de carácter simple o plena, según la situación fáctica que se presente, básicamente, según si hay o no doble vínculo filial, debate que se ha planteado en varias oportunidades ya en la jurisprudencia y que lo ha resuelto, en contra de lo que dispone el Código Civil, que asevera que la adopción de integración es de carácter simple (art. 313), en forma plena (23).

Siguiéndose la línea mencionada de reacomodar, reordenar y clarificar el régimen jurídico de la adopción, el Anteproyecto concentra en un mismo articulado las diferencias que observa con relación a los demás casos de adopción. Así, el art. 632 dispone que "a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas; b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes; c) no se aplican las restricciones en materia de guarda de hecho; d) no exige declaración judicial de estado de adoptabilidad; e) no exige previa guarda con fines de adopción". Éstas son varias de las excepciones que la legislación vigente tiene desparramadas en diferentes disposiciones y que aquí se las unifica bajo un mismo articulado, amén de agregarse alguna, como lo es la no inscripción previa en el registro de adoptantes, ya que, como lo hemos adelantado, esta herramienta no está visibilizada en la ley 24779 porque ha sido creada y desarrollada posteriormente.

Por último, en lo atinente a la adopción de integración como un tercer tipo adoptivo, el art. 633 prevé su revocación "por las mismas causales previstas para la adopción simple"(24), ya sea que ésta se haya otorgado en forma simple o plena. ¿Por qué este supuesto excepcional de revocación de la adopción plena? La respuesta es sencilla. Si la adopción de integración, precisamente, integra a una persona a una familia de origen ya conformada, contenedora y protectora, si por alguna razón aquélla deja de ser beneficiosa para el adoptado o por voluntad conjunta entre adoptado y adoptante se quiere extinguir el vínculo adoptivo, éste podría ser revocado y el adoptado no se queda sin familia sino, por el contrario, subsiste su familia de origen.

La segunda novedad sustancial involucra al juego entre la adopción plena y simple. Precisamente, el Anteproyecto propone una mirada diferente. En primer término, considerar que a priori y en abstracto ninguna de ellas es mejor que la otra sino que responden a situaciones fácticas-afectivas distintas. Y en segundo lugar, y

lo más interesante, que tampoco el límite o delimitación de cada una de ellas es tan rígido y que, amén de sus diferentes conceptualizaciones y correspondientes efectos, lo cierto es que es posible que la adopción plena sea menos plena y la simple menos simple.

Nos explicamos. El art. 621 faculta al juez a decidir, según las circunstancias del caso, si se otorga la adopción plena o simple, siempre "atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño". Ahora bien, también se lo habilita, fundado en el mismo argumento, a que "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". ¿Acaso no hemos tenido en la jurisprudencia —o sea, en el plano de la realidad o de la praxis— supuestos excepcionales en los cuales en el interés de los niños comprometidos correspondía mantener el vínculo entre hermanos pero también crear vínculos con toda la familia de los adoptantes? El tema de los hermanos en la adopción, cuando es imposible o al menos dificultoso preservar esta relación dentro de una misma familia adoptiva, es, hasta ahora, un saldo pendiente. En algunos pocos casos se ha apelado a la inconstitucionalidad del art. 323, CCiv., que regula la adopción plena (25). ¿Por qué apelar a una medida de ultima ratio, extrema y que no todos los jueces se atreven a aplicar si se pueden receptar desde el texto normativo diferentes maneras de sumar vínculos afectivos y no tener que estar ante la disyuntiva de elegir si es mejor mantener el vínculo con los hermanos a través de la adopción simple o adicionar a la familia adoptiva mediante la adopción plena?

¿Qué sucede en estos casos especiales en los cuales los jueces ordenan flexibilizar alguno de los tipos adoptivos? En ese caso, el articulado en análisis dispone en su última parte que "no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción".

En materia de revocación de la adopción se introducen algunas modificaciones. En la adopción simple, se mantiene el principio de revocabilidad. En la adopción de integración se sigue la misma línea por los argumentos ya expresados y en la adopción plena se mantiene el principio de irrevocabilidad que observa el texto vigente, pero con algunas modificaciones. Veamos. Expresa el art. 624 que si bien "La adopción plena es irrevocable", "La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción". Aquí se conjugan dos cuestiones intrínsecamente relacionadas, la irrevocabilidad que prevé el actual art. 323, CCiv., y la prohibición —hoy tajante— de acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción plena prevista en el art. 327. En el texto proyectado, si bien se mantiene la irrevocabilidad de la adopción plena, no se debe perder de vista, en primer lugar, que se incorpora la acción autónoma, a los fines de conocer los orígenes, ya analizada. Pero, por otra parte, y por influencia —aunque con diferencias sustanciales— de la reforma de 1998, se permite la acción de filiación o reconocimiento posterior sólo para generar dos efectos en beneficio del adoptado: derecho alimentario y sucesorio. ¿Cuál es el fundamento de esta apertura? La respuesta también es sencilla: como durante el proceso de adopción se carecía de toda noticia sobre este vínculo de origen, el juez no pudo valorarlo y, por ende, dejar a salvo estas dos ventajas porque se desconocía la existencia de este progenitor de origen; por lo tanto, si éste es sabido con posterioridad a la adopción plena, es posible que en beneficio del adoptado se permita la acción de filiación o reconocimiento con el objeto de dejar a salvo estos dos efectos positivos para el adoptado. En otras palabras, se trata de que la adopción no sea perjudicial para el adoptado, incluso en efectos de tinte patrimonial.

¿Por qué esta postura difiere a la recetada en la reforma de 1998? Porque allí se dejaban subsistentes los derechos alimentarios y sucesorios respecto de la familia de origen en todas las adopciones plenas, más allá de que corresponda para el caso concreto y que desde el reiterado principio de realidad, es sabido que, por lo general, no es éste el punto central que merece ser mantenido entre el adoptado y su familia de origen. Por eso es que en el Anteproyecto la adopción plena produce los mismos efectos que en la normativa actual, y que toda posibilidad de subsistencia de efectos con la familia de origen queda salvada con las facultades judiciales previstas que flexibilizan la institución de la adopción en lo relativo a sus efectos, y que la cuestión patrimonial —alimentaria y sucesoria— se reconoce sólo en aquellos supuestos excepcionales en los cuales un progenitor de origen aparece en escena después de otorgada la adopción plena y es necesario flexibilizar otro principio, como lo es la prohibición de acción de filiación o reconocimiento posterior.

Otra novedad que trae el Anteproyecto, y que involucra a la adopción plena y simple, se refiere a la institución de la conversión. Como es sabido, la sentencia de adopción es una "foto" que se saca en un momento determinado; sin embargo, la vida de la gente suele parecerse más a una película, por eso puede ocurrir que al momento de dictar sentencia haya alguna razón para mantener el vínculo con la familia de origen y que, tiempo más tarde, éste haya perdido su razón de ser. Es por ello que se habilita que se pueda apelar a la conversión de la adopción simple en plena (conf. art. 622 del Anteproyecto). Si bien ya la praxis nos muestra escasos precedentes en este sentido, ello no es óbice para su regulación. Es que si se trata de regular la mayor cantidad de conflictos

posibles que se puedan presentar, sin que ello obstaculice ni perjudique los que se dan en mayor número, no se observa reparo alguno para introducir la figura de la conversión en el sentido que se lo hace (26).

Por último, y también relacionado directamente con el tipo adoptivo, cabe destacar las modificaciones que se introducen en materia de apellido en la adopción simple y plena, en total consonancia con las modificaciones operadas en el régimen jurídico general en materia de nombres de las personas, respetuoso del derecho a la identidad y, en particular, el reconocimiento del apellido como cuestión que involucra la faz dinámica o cultural de este derecho; así como también el principio de autonomía progresiva, manteniendo la coherencia en los principios constitucionales/internacionales sobre los cuales se edifica el Anteproyecto en general y cada una de sus instituciones en especial.

De este modo, el art. 626, referido al apellido en la adopción plena, dispone las siguientes reglas: "a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido; b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales; c) excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta; d) en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión".

El apellido en la adopción simple es regulado en el art. 627, que se refiere a todos los efectos que produce la adopción simple (27), destacando en el inc. d que "el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena; e) el derecho sucesorio se rige por lo dispuesto en Libro Quinto".

VIII. ¿Y LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL?

Como último tema a ser abordado en este ensayo, que sólo pretende dar un pantallazo general sobre algunas de las tantas modificaciones que plantea el Anteproyecto en el campo de la filiación adoptiva, compartimos un cambio que implica una reinterpretación o una sana distinción en torno a la adopción internacional.

Es sabido que la ley 23849, que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, hace algunas reservas, entre ellas, en relación con los incs. b, c, d y e de este instrumento jurídico internacional, "que no registrarán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta". Es claro que la prohibición —que se refuerza con el plazo de residencia permanente durante los últimos cinco años anteriores a la guarda que recepta la normativa actual y también la proyectada— está destinada a evitar que extranjeros adopten niños argentinos. ¿Y la posibilidad de que argentinos adopten en el extranjero? ¿Acaso permitirle a los pretensos adoptantes poder adoptar afuera no implicaría permitirles ampliar sus posibilidades de adoptar y, a la vez, evitar que ante la desesperación del paso del tiempo se inclinen por maniobras contra *legem* que después los jueces se ven en la disyuntiva de aceptar, fundados en el interés superior del niño en atención al vínculo afectivo generado entre el niño y quienes actuaron conculcando el sistema legal?

Esta diferencia sustancial entre la adopción de niños argentinos por extranjeros y la adopción de niños extranjeros por argentinos está claramente receptada en el Anteproyecto, ya que, por una parte y como vimos, se mantiene el plazo de residencia permanente en el país por un período de cinco años, pero, a la vez, en el art. 2635, referido a quién es el juez competente en el caso de niños con domicilio en la República, alegándose que "los jueces argentinos son exclusivamente competentes para la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción" y que en cambio para "la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado", se agrega que "Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero".

Esto se condice con lo sostenido en algunos escasos precedentes, como el dictado por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires en fecha 10/2/2010, en el que se declaró competente al tribunal de familia para entender en una solicitud de información sumaria a los fines de que se certifique la idoneidad de la peticionante y, además, llevar adelante el correspondiente seguimiento local para tramitar una adopción simple internacional ante las autoridades de Haití (28).

Como bien se ha sostenido en alguna oportunidad por un especialista en el tema: "Muy distinta es la situación

de los niños que son adoptados por argentinos en el extranjero y que luego ingresan a nuestro territorio. Para estos casos la República Argentina no cuenta con ningún mecanismo que garantice la legalidad y transparencia de los procedimientos seguidos en el extranjero. Ello es sumamente preocupante (...). Tampoco existe hoy un mecanismo que garantice que la sentencia de adopción emitida en el extranjero sea reconocida automáticamente en el país. Por el contrario, los adoptantes argentinos deben tramitar el reconocimiento de la sentencia extranjera, y en caso de que ésta se denegara, el niño adoptado podría quedar en un limbo jurídico, generándose grandes angustias para todas las partes. (...) la adopción internacional se torna muy peligrosa para los adoptantes argentinos en la actualidad, encontrándose reservada casi con exclusividad a aquellos que tienen considerables recursos económicos para solventarla y la determinación (o falta de información) necesaria para afrontar todos los riesgos que ella implica. Sin perjuicio de afirmar con contundencia que no existe un derecho de los adoptantes a que se les confíen niños, sino un derecho de los niños a ser criados por una familia, consideramos que, ante la realidad evidente que nos muestra que cada año es mayor el número de niños adoptados en el extranjero por residentes en la Argentina —y que tales adopciones son previstas y reconocidas por la legislación argentina—, el Estado argentino debería procurar hacer uso de las mejores herramientas disponibles a su alcance para brindar un grado de protección suficiente a niños y adultos inmersos en los procesos de adopción internacional"⁽²⁹⁾.

¿El principio del interés superior de niño es sólo para los niños argentinos y no para aquellos que ingresan igual al país a través de la adopción internacional? El Anteproyecto también se preocupa y ocupa de este tema.

IX. BREVES PALABRAS DE CIERRE

Este ensayo sólo ha tenido como objetivo plantear algunas de las numerosas reformas que propone el Anteproyecto en el campo de la filiación adoptiva. Ni se han podido describir todas las modificaciones ni tampoco se ha pretendido agotar el análisis de las transformaciones mencionadas. Sólo brindar un panorama general a los fines de continuar este largo camino que implica deconstruir, revisar y debatir sobre qué es del derecho de familia de hoy a la luz de la obligada perspectiva internacional/constitucional de los derechos humanos.

Si bien es cierto que desde hace tiempo se viene transitando por estos senderos denunciando insostenibles silencios normativos que algunas voces doctrinarias y jurisprudenciales han intentado —y en buena hora— calmar, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación constituye una excelente síntesis de esta búsqueda como una necesidad imperiosa. Este nuevo hito nos conmina a seguir caminando, pero ya sobre un terreno más firme, un cuerpo normativo proyectado con estructura, propuestas y decisiones normativas claras.

Este segundo paso por este andar complejo que aquí se quiere enfrentar a través de una trilogía en uno de los tantos cambios significativos que trae el Anteproyecto, como lo es el derecho filial, deja entrever —en definitiva— que se comparte plenamente aquello de que "La constitucionalización del derecho privado trata cuestiones de hondo calado cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad"⁽³⁰⁾. De eso se trata, precisamente, de ponerse a pensar qué modelo de sociedad es posible construir siempre en respeto de los derechos humanos.

(*) Doctora en Derecho, UBA. Investigadora del Conicet. Profesora adjunta de "Derecho de Familia y Sucesiones", UBA. Profesora titular de "Derecho de Familia", Universidad de Palermo. Vicedirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, UBA. Vicedirectora de la Maestría con orientación en Derecho Civil Constitucionalizado, Universidad de Palermo.

(1) Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Primera parte", 12/4/2012, MJ-DOC-5751-AR, MJD5751.

(2) Lorenzetti, Ricardo, "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil Comercial de la Nación", LL del 23/4/2012, p. 1.

(3) Dispone este articulado referido, precisamente, a los "Principios de la adopción" que "La adopción se rige por los siguientes principios específicos: 1. Se recurrirá a la adopción cuando se hubieren agotado las medidas de apoyo a la familia y de inserción familiar; 2. Se priorizará la adopción nacional sobre la internacional. La adopción internacional será excepcional; 3. Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas; 4. Se preferirá como adoptantes a los miembros de la familia de origen del niño, niña o adolescente, hasta el cuarto grado de consanguinidad; 5. El niño y la niña siempre que estén en condiciones de hacerlo deben ser escuchados en el proceso de adopción y sus opiniones serán valoradas de acuerdo al desarrollo evolutivo y emocional de cada uno. Es obligatorio el

consentimiento del adolescente; 6. Las personas adoptadas tienen derecho a conocer su condición de tal, su origen, su historia personal y a su familia consanguínea, salvo que exista prohibición expresa de esta última; 7. Los candidatos a adoptantes deberán ser personas idóneas; 8. Los niños, niñas, adolescentes y los candidatos a adoptantes deben recibir una preparación adecuada para la adopción; y 9. En los casos de adopción de niños, niñas y adolescentes pertenecientes a los pueblos y nacionalidades indígenas y afro-ecuatorianas, se preferirá a adoptantes de su propia cultura".

(4) Juzg. Civ. y Com. y Familia Río Cuarto, 6ª, 18/11/2011, "M., C. R. v. B., S. B.", AP/JUR/288/2011.

(5) Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el resonado fallo del 13/3/2012 en que se interpreta el art. 86, inc. 2, CPen., relativo a los supuestos de aborto no punible, destacó: "esta Corte considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (art. 75, inc. 22, CN), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional" (Corte Sup., 13/3/2012, "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", LL Online AR/JUR/1682/2012).

(6) El art. 26, referido al "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad" expresa: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre 13 y 16 años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo".

(7) Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad en la adopción", t. 2, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2006, ps. 115 y ss.

(8) A modo de ejemplo, citamos la legislación chilena, cuyo dec. 944, que complementa la ley de adopción 19620, dispone en su art. 3 que "Las Unidades de Adopción del Servicio Nacional de Menores y los organismos acreditados pueden brindar asesoría y apoyo al adoptado, los adoptantes, los ascendientes y descendientes de éstos, que deseen iniciar un proceso de búsqueda de sus orígenes. En relación con las personas que deseen obtener información sobre su adopción, en conformidad con lo dispuesto en el art. 27, ley 19620, y obtengan autorización para ello, por resolución judicial, podrán ser asesorados por el Servicio Nacional de Menores o por el organismo acreditado que haya intervenido en su proceso de adopción, a fin de evitar la ocurrencia de conflictos emocionales o minimizar su impacto y colaborar en el reencuentro con su familia biológica, considerando el derecho de ésta a que se respete su privacidad".

(9) Voces doctrinarias citadas en Herrera, Marisa, "El derecho...", cit., ps. 199 y ss. Y de manera más reciente: Famá, María V., "¿Adopción plena v. simple?", DFyP, diciembre de 2009, p. 57; Solari, Néstor E., "Sobre el otorgamiento de una adopción plena", LL del 3/5/2010, p. 8; Ramos Cabanellas, Beatriz, "El derecho a la identidad en el nuevo régimen de adopción (ley 18.590)", DFyP, enero 2011, p. 43; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, "Familia de origen v. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción", Supl. Const., noviembre de 2011, p. 20; LL 2011-F-225.

(10) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación (a propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso 'Odièvre v. France')", RDF, n. 26, 2003, ps. 77 y ss.

(11) Fallo comentado por Herrera, Marisa, "De orígenes y otras yerbas... Un interesante precedente que despierta viejos (y pendientes debates)", RDF 2005-II, ps. 125 y ss.

(12) Ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación (Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren), con entrada en vigor en fecha 1/4/2008.

(13) Lamarca i Marquè, Albert, "Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB", disponible en www.indret.com/pdf/561_es.pdf (compulsada el 5/5/2012).

(14) Este tema fue materia de un análisis particular en Herrera, Marisa, "Adopción y ¿homo-parentalidad u homo-fobia? Cuando el principio de igualdad manda", JA 12, 2010-III, del 22/9/2010, ps. 3 y ss. Y trabajos posteriores que siguen la misma línea como ser Lloveras, Nora y Mignon, María B., "La ley 26618 de Matrimonio Igualitario Argentino: la filiación y el Registro Civil", JA del 17/8/2011; Cagliero, Yamila S., "Adopción por parejas homosexuales y el derecho a gozar de una vida familiar plena", Supl. Act. Del 2/6/2011, p. 1; Lopes, Cecilia, "Adopción por homosexuales", UNLP 2005-36-248.

(15) Cabe recordar que por mayoría se aprobó en la comisión de familia (n. 5) de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Lomas de Zamora en el año 2007: "Se solicita la modificación del párr. 1 del art. 312, CCiv., en el sentido de admitir la adopción conjunta por parte de los convivientes heterosexuales acreditada la convivencia estable, pública y permanente".

(16) Trib. Col. Familia Quilmes, 23/9/1999, "V., D. A.", LL 1999-F-625, con nota de Bidart Campos, Germán J., "El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales. La adopción de un menor por cónyuges divorciados", Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional, dir.: Alberto Ricardo Dalla Via, LL 2002-545.

(17) Expresa el art. 605 que "Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido".

(18) Se señala que el juez no declara la existencia de un "estado" sino de una "situación" fáctica, la de que un niño se encuentra ante la necesidad de ser adoptado. De allí que en el Anteproyecto se alude a la "declaración en situación de adoptabilidad" y de ahí, o como consecuencia de ello, pasaría a ese "estado".

(19) Dispone este artículo proyectado relativo a la "Actuación del Ministerio Público" que "La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad y de personas con capacidad restringida puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal: a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad y con capacidad restringida cuya falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. b) Es principal: (i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; (ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; (iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa, ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales".

(20) En materia de guarda para adopción, la normativa se circunscribe a la elección de los pretensos adoptantes y al otorgamiento de un plazo para verificar si el vínculo afectivo entre éstos y el niño se haya logrado. Así, el art. 613 dispone: "El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea. Para la selección, y a los a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta, entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente. El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez". Y el articulado siguiente, el art. 614, que "Cumplidas las medidas dispuestas en el artículo anterior, el juez dicta la sentencia de guarda con fines de adopción. El plazo de guarda no puede exceder los seis meses".

(21) Si bien se han introducido algunas modificaciones en este proceso, al ser las menos significativas o al menos novedosas y por razones de espacio, ellas no serán materia de un estudio particularizado en esta oportunidad.

(22) Dispone este articulado proyectado que "En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o

tercero idóneo. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido".

(23) Ver C. Nac. Civ., sala B, 5/9/1995, "A. L., M. L.", LL 1996-C-242, con nota de Mauricio L. Mizrahi; Trib. Familia La Plata, n. 2, 30/12/2008, "A. N.", DFyP, diciembre de 2009, p. 132, con nota de Néstor E. Solari.

(24) ¿Cuáles son las causales de revocación de la adopción simple? Dispone el art. 629 del texto proyectado que "La adopción simple es revocable: a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código; b) por petición justificada del adoptado mayor de edad; c) por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente. La revocación extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro. Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo".

(25) Ver, entre otros: Trib. Familia Mar del Plata, n. 2, 28/3/2008, "P., J. C. y otro s/adopción - acciones vinculadas", AP 70044640; Juzg. Nac. Civ., n. 88, 2/9/2009, "R., L. P.", AP 70067353; Corte Sup. Santa Fe, 30/11/2004, "L., A. K.", LLL, junio de 2005, p. 438, con nota de Mirta H. Mangione Muro; C. Nac. Civ., sala J, 11/7/2000, "Q., C. v. I., R. y otros", LL 2001-C-761, con nota de Santos Cifuentes.

(26) Herrera, Marisa, "El derecho....", cit., ps. 60 y ss.

(27) Expresa el art. 627, referido a los efectos en la adopción simple, que éstos involucran: a) como regla, que los derechos y deberes que resulten del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes; b) que la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño; c) que el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveerlos; y d) en materia sucesoria, lo que se dispone en el cap. 3 del Título XI, referido a la sucesión intestada, cuyo art. 2432 establece que "Los adoptantes son considerados ascendientes. Sin embargo, en la adopción simple, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen, ni ésta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. Estas exclusiones no operan si, en su consecuencia, quedan bienes vacantes. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de origen".

(28) Sup. Corte Bs. As., 10/2/2010, "Incidente de competencia entre Tribunal de Flia. San Isidro n. 2 y Juzgado Civil y Comercial San Isidro n. 13".

(29) Goicoechea, Ignacio y Castro, Florencia, "Adopción internacional: la Argentina como país de recepción de niños. El Convenio de La Haya de 1993 y la reserva al art. 21, CDN", JA del 13/10/2010, AP 3/015165.

(30) De Domingo, Tomás, "El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho", Revista Derechos y Libertades, Madrid, año VII, enero-diciembre de 2002, p. 251.