

Situación de adoptabilidad: cuando ser de la familia no es suficiente... (Comentario a un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta¹)

Adoptability: when being a family member is not enough...
(A commentary on a ruling of the Court of Civil
and Commercial Appeals of Salta)

Ivanna Chamale de Reina²

Para eso están, queridos padres, específicamente para eso. Primero el alimento, el techo, la salud, la protección física, y luego —pero no después, sino al lado— el velar por el crecimiento de la persona en su individualidad, lo que implica crecer con ella.

Jaime Barylko

Resumen

A partir de la sanción de la Ley 26061, las decisiones sobre si un niño se encuentra en condiciones de permanecer en su familia de origen o debe ser incluido transitoriamente en otro grupo familiar se toman a partir de las evaluaciones sobre las medidas excepcionales aplicadas para su protección. La declaración de adoptabilidad instituida por el nuevo ordenamiento legal se materializa con la decisión to-

Abstract

Since the enactment of the law Law 26.061, decisions on whether a child is able to remain in his family of origin or must be included temporarily in another family group, are taken from the evaluations on the exceptional measures applied for their protection. The declaration of adoptability instituted by the new legal system is materialized with the decision taken by the court, af-

Derecho / jurisprudencia

Citar: Chamale de Reina, I. (2018). Situación de adoptabilidad: “Cuando ser de la familia no es suficiente (comentario a un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta). *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 127-134.

¹ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta, Sala I, T. 2016 S.D., folios 49/54; 08/03/2016, caso “R. J. E.; R. J. M. y otros - Declaración de Abandono, Estado de Adoptabilidad”.

² Poder Judicial de Sala.

mada por el órgano jurisdiccional, luego de haber analizado los hechos y circunstancias que colocaron a ese niño, niña o adolescente en una situación de vulneración tal que justifica la pronta separación de su familia de origen, la que debe ser reemplazada. En este trabajo se analiza el fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta, Sala I en el caso “R., J. E.; R., J. M. y otros - Declaración de Abandono, Estado de Adoptabilidad”, en el que se confirma la sentencia que declaró a cinco hermanos en estado de adoptabilidad.

Palabras clave: adoptabilidad - familia - interés superior - niños

ter having analyzed the facts and circumstances that placed that child or adolescent in a situation of such violation that justifies the early separation of his family of origin, which must be replaced.

This paper analyzes the ruling of the Chamber of Civil and Commercial Appeals of Salta, Room I in case “R, J.E; R.J.M. and others - Declaration of Abandonment, State of Adoptability” which confirms the sentence that declared that five brothers are in a state of adoptability.

Key Words: adoptability - family - higher interest - children

INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN), en lo que respecta al instituto de la adopción, ensambló dos sistemas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes que hasta ahora funcionaban en forma desarticulada.

En efecto, por un lado se tenía el sistema de las medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes establecido por la Ley 26.061, de 2005 —Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes— y, por otro, a la adopción regulada en el Código Civil a partir de la normativa incorporada por Ley 24.779 del año 1997.

El nuevo ordenamiento unificado diseña un proceso de adopción compuesto por lo que podrían considerarse tres juicios: el de estado de adoptabilidad, el de guarda y el de adopción propiamente dicha, receptando así una práctica judicial consolidada tendiente a demarcar un procedimiento con reglas particulares, en el que los roles de la familia de origen y de la pretensa adoptante quedan perfectamente identificados.

Ya desde la definición de la adopción en el art. 594, el CCyCN —partiendo de principios

tales como la prevalencia de la familia de origen del niño o niña y la excepcionalidad de la intervención del Estado a través de las medidas extremas de separación familiar— concibe a aquella (la adopción) como una institución de carácter subsidiario que se activa cuando los cuidados familiares no pueden ser brindados en el ámbito familiar de origen.

Por ello hace expresa mención al “agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada” (art. 595, inc. “c”) y la improcedencia de la declaración en situación de adoptabilidad “si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado en el interés de este” (art. 607 CCyCN).

Se innova, pues, legislando sobre un proceso de declaración judicial de adoptabilidad, armonizado con el Sistema Protectorio de la Ley 26.061, que prevé una primera intervención del Estado en esos contextos de amenaza o vulneración de los derechos del niño y con la finalidad de preservarlos o restituirlos. Del mismo modo, se procura otorgar a todas las partes intervinientes en la adopción de un niño, el goce de las debidas garantías constituciona-

les, tanto en los procedimientos administrativos como en los procesos judiciales correspondientes.

El art. 607 prevé los supuestos en los cuales debe dictarse el estado de adoptabilidad. Así, en su inciso “a” contempla la situación de los menores que no tienen filiación establecida o sus padres han fallecido y se agotó la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de 30 días, prorrogables; en el inc. “b”, la de aquellos cuyos padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña fuera adoptado, siempre que esta manifestación se produzca después de los 45 días del nacimiento; en el “c”, el de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren en situación de riesgo conforme a las previsiones de la Ley 26.061, cuando las medidas tomadas por el organismo administrativo para mantenerlo en su familia de origen o ampliada han fracasado, estableciendo específicamente un plazo máximo de 180 días; ello, sumado a un dictamen que debe emitir dicho organismo para la evaluación de esa etapa previa. Recién entonces se habilita la declaración del juez sobre la situación de esos niños o adolescentes.

En síntesis, la declaración de adoptabilidad instituida por el nuevo ordenamiento legal se materializa con la decisión tomada por el órgano jurisdiccional, luego de haber realizado un análisis concienzudo de los hechos y circunstancias que colocaron a ese niño, niña o adolescente en una situación de vulneración tal que justifica la pronta separación de su familia de origen, la que debe ser reemplazada.

En este sentido, se ha sostenido que la decisión judicial

...involucra la evaluación del rol que despliega la familia de origen en sus funciones de amparo y responsabilidad en el desarrollo de

los niños, la implementación de políticas públicas destinadas al fortalecimiento familiar, el derecho del niño a vivir en una familia que le provea la satisfacción de sus necesidades en la mayor medida posible, la intervención del Estado como garante a través del poder público (administrativo y judicial); la necesidad de adoptar decisiones para producir los cambios en tiempo oportuno y ante su fracaso, evaluar la pertinencia de una filiación adoptiva (Herrero, Caramelo, Picaso, 2015:401).

LA PRIORIDAD: PERMANENCIA DEL NIÑO EN SU FAMILIA DE ORIGEN

La incorporación de los tratados internacionales “en las condiciones de su vigencia” en nuestro ordenamiento institucional, a partir de la reforma constitucional del año 1994, produjo intensos debates y marcados cambios de paradigmas en los distintos regímenes legales vigentes a ese tiempo.

Va de suyo que el sistema jurídico del derecho de familia y, específicamente, el del derecho de menores no ha quedado ajeno a tales implicancias, correspondiendo reconocer el alto impacto producido por la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. En efecto, a partir de ella se aceleraron los tiempos de consolidación de un sistema de garantías para el ámbito de la minoridad, reforzada por la responsabilidad internacional asumida por el Estado Nacional de tutelar a las personas menores de edad en la plenitud de ejercicio de sus derechos, en la mayor medida posible y en consideración a su condición de vulnerabilidad y estado de desarrollo madurativo creciente y constante.

Se verificaron profundos cambios en la concepción de la infancia y el niño pasó de ser un “objeto” de pertenencia y determinación de los

adultos, a ser tratado como un sujeto pleno de derecho, con autonomía progresiva para ejercerlos y al que la sociedad en su conjunto debe brindar una protección integral.

En ese contexto se sanciona la Ley 26.061, la que sucintamente

...consiste en un conjunto de garantías y procedimientos destinados al ejercicio de la mayor cantidad de derechos posibles por parte de los niños, niñas y adolescentes, en todos los ámbitos en que se desarrollen, que deben serles garantizados por la familia, la comunidad y el Estado, en ese orden (Herreiro, Caramelo, Picasso, 2015).

De esta forma, el sistema se presenta articulando la actividad de los órganos administrativos con el Poder Judicial, trabajando de consuno avocados a atender la situación particular en la que se encuentren los destinatarios para garantizar su protección integral, haciendo operativo el compromiso asumido por el Estado a tal fin.

Por ende, las decisiones sobre si un niño se encuentra en condiciones de permanecer en su familia de origen o debe ser incluido transitoriamente en otro grupo familiar (ya sea ampliado o comunitario o, en su defecto, definitivamente a través del instituto de la adopción en una familia alternativa), se toman a partir de las evaluaciones que se realicen respecto de las medidas excepcionales aplicadas para su protección, previstas en la citada Ley 26.061.

En definitiva, la directriz está orientada a la reorganización y el fortalecimiento de la familia nuclear, la que, eventualmente y dadas las características propias de cada caso particular, puede dejar de ser un ámbito propicio para el desarrollo integral de un niño e, inclusive, llegar a convertirse en un factor de riesgo el permanecer en el espacio familiar.

En estas circunstancias adquiere especial importancia la actividad interdisciplinaria desplegada por los órganos administrativos, obligados a “agotar” todas las medidas a su cargo, con control judicial, tendientes a lograr el fortalecimiento familiar y la efectivización del derecho de todo niño a convivir con su familia de origen.

El art. 607 inc. “c” del CCyCN prevé que, para el supuesto que dichas medidas excepcionales hayan fracasado en el plazo máximo allí indicado de 180 días, se proceda a la “declaración de adoptabilidad” del niño, niña o adolescente en situación de amenaza o vulneración de sus derechos, dando lugar a la separación de la familia de origen.

En una primera etapa, la intervención estatal se verifica a través de los órganos administrativos y está orientada a la recuperación de ese espacio familiar originario, a rehabilitar a la familia en su función de crianza de los hijos. Para ello cuenta con una serie de mecanismos que deben activarse y poner a disposición del grupo nuclear, con diversos elementos para su fortalecimiento, ya sea a través de “políticas públicas integrales” o con programas de acción adecuados destinados a paliar la situación de vulneración que se alertó y en la que se encuentra inmerso el niño.

Asimismo, y ampliando un poco más el espectro de los sujetos involucrados en esta especial tutela, se ha señalado que

...toda la sociedad, la sociedad en su conjunto, debe proteger los derechos de sus niños. Eso significa, por un lado, que el Estado, que nos representa, tiene que ocuparse de todos y cada uno de los niños y niñas del país, garantizarles el bienestar y hacer que se respeten cada uno de sus derechos. Pero también significa que cada adulto de una sociedad debería sentirse responsable por

cada niño, protegerlo y exigir que el Estado lo proteja, protegiendo sus derechos. Esta idea de la responsabilidad social que nos cabe en conjunto por el bienestar de todos los niños y niñas es el gran aporte de esta Convención por los Derechos del Niño: los Estados que la han firmado se han comprometido en esa responsabilidad (Montes, 2000:8-9).

EL “INTERÉS SUPERIOR”

Son conocidas las dificultades que ha ocasionado al intérprete la determinación del alcance y contenido del “interés superior” a través de una noción general, abstracta. El concepto se define y establece en cada caso particular y luego de valorar las circunstancias personales del niño y su grupo familiar de origen.

No obstante, se ha entendido al interés como un “principio general del derecho” y no solo un “principio del derecho de familia”, en tanto en muchos casos es aplicable a los niños, niñas y adolescentes no solo en el ámbito interno de la familia, sino también por fuera de ella e incluso a los niños que no cuentan con una familia (Méndez Costa, en Tagle de Ferreyra, 2009:199).

La Convención sobre los Derechos del niño (CDN) prevé en su art. 3 que: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En nuestro ámbito jurídico nacional, la Ley 26.061 prescribe la aplicación obligatoria de la CDN (art. 2), definiendo en forma expresa al interés superior como “[...] la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y

garantías reconocidos en esta ley” (art. 3), entre los que figura el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos (art. 3, inc. “c”).

Cabe preguntarse entonces, cuáles son los derechos protegibles en forma integral. Al respecto, Graciela Montes señala que el niño

En primer lugar, tiene derecho a vivir, a gozar de estar vivo [...] Tiene derecho a disfrutar de su cuerpo y del mundo que lo rodea. A crear lazos de afecto con otras personas y disfrutar de esos lazos. A desarrollar su inteligencia, sus emociones y sus fantasías. A hacerse preguntas, a conocer. Un niño tiene derecho a un lugar en el mundo. Tiene derecho a una oportunidad, y es la sociedad la que debe ocuparse de proporcionársela (2000:13).

De allí la importancia fundamental que reviste concretar y dar pautas de aplicación de este principio rector garantista, establecido por la CDN (el interés superior) al momento de resolver el caso particular, evitando la utilización de una noción vaga, imprecisa, que se aleje discrecionalmente de su verdadero sentido y la trascendencia que conlleva.

Se exige así de los jueces que deben aplicarlo, la mayor diligencia y máxima probidad al momento de dictar sus sentencias, pues de ellas dependen no solo la vida actual sino también la futura de ese niño, niña o adolescente.

En definitiva, el “interés superior del niño” no debe comprenderse como una mera inspiración de las decisiones judiciales sino que, por el contrario, su acatamiento implica una limitación a sus resoluciones, una obligación y una prescripción imperativa, entornándose en definitiva como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: “[...] debe entenderse como la ‘plena satisfacción de los intereses’, que lleve al juzgador a realizar un *prius* en su actividad con

miras a su determinación en cada caso especial y que se construye justamente con ese límite/obligación” (Cillero Bruñol, en Tagle de Freyre 2009:199).

EL FALLO EN COMENTARIO

En el decisorio objeto del presente trabajo (referenciado arriba, en nota al pie número uno), la Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta rechazó la apelación interpuesta por la abuela materna de cinco niños (hermanos entre sí) que se encontraban en diferentes Centros de Inclusión Transitoria (CIT, del Ministerio de Derechos Humanos de la Provincia de Salta), confirmando la sentencia de grado que los declaró en estado de adoptabilidad. Ello, con fundamento en que habían resultado infructuosas las numerosas acciones realizadas por los órganos administrativos intervinientes, tendientes a la permanencia de aquéllos en su familia de origen.

Así, en esa oportunidad se consideró que la progenitora de los niños no había desarrollado conductas positivas de asunción de su rol materno, ni mucho menos generaba la convicción en el juzgador de que en un futuro (inmediato ni mediato) pudieran revertirse para modificar la situación de altísimo riesgo en la que colocó a esos niños, que en definitiva llevó a los organismos intervinientes a adoptar las medidas de institucionalización dispuestas. Puntualmente, uno de los niños involucrados —de solo seis años— fue hallado en situación de calle y real abandono, lo que provocó la inmediata alerta e intervención de la Asesora de Incapaces con competencia en el lugar de los hechos, quien dio inicio al proceso de protección de personas.

Cabe destacar, además, que la evaluación sobre la falta de aptitud materna de la proge-

nitora y las consecuencias nefastas que ello provocó en la crianza de sus hijos fue corroborada por numerosos y diversos informes interdisciplinarios realizados en forma previa, que luego fueron ratificados en el extenso proceso judicial llevado a cabo, el cual —dicho sea de paso— superó ampliamente el plazo legal aludido por el art. 607 del CCyCN, al que hicieramos puntual mención en el análisis precedente.

Los órganos jurisdiccionales actuantes, tanto en la primera como en la segunda instancia, partieron —en su argumentación jurídica— de esta base dogmática: la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y cualquier cambio implica necesariamente un trauma. Sin embargo, ponderaron en el caso concreto que ello no debe considerarse como una barrera infranqueable cuando la existencia comprobada de situaciones anómalas —como la presente— genera la convicción de que la permanencia en ese espacio originario ocasionará sufrimientos o daños aún mayores que los propios o naturales de un cambio en dicho paradigma.

En clara muestra de un “análisis consecuencialista” (conf. Lorenzetti, 2006:457-458), se decidió que en el contexto de los antecedentes fácticos de la causa y las recomendaciones interdisciplinarias colectadas, la decisión judicial de la declaración de adoptabilidad de esos niños era la solución que mejor armonizaba con el interés superior, aún a fuerza de franquear ese ámbito familiar natural, y que así se lograría la tutela efectiva de sus derechos a crecer y desarrollarse en condiciones dignas de salud y educación en un marco de contención afectiva y espiritual. En fin, en condiciones de vida distintas de las que tenían esos niños desde su nacimiento junto a su progenitora y que fueron las que alertaron a los órganos intervinientes —tanto administra-

tivos como judiciales— sobre un probable daño efectivo a tales integridades, que ameritaba la intervención estatal.

Concretamente sostuvieron que la circunstancia precisa de confrontación de intereses que se verificaba en la causa entre familia de origen o ampliada y posible familia guardadora surgida a partir de la declaración de adoptabilidad de estos, debía ser evaluada a la luz de privilegiar la situación real de los niños, y que ello no debe ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los progenitores u otros miembros de la familia biológica (en el caso, la abuela materna), pues de lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisfaca el interés superior del niño (art. 607, párrafo 2° CCyCN).

Finalmente, es dable destacar que las apreciaciones negativas realizadas respecto de los cuidados y la atención que no supo dispensar a los niños su madre biológica resultaron extensibles al examen de la conducta asumida por la abuela materna, quien, como miembro representativo de la familia ampliada, solo limitó su participación a la impugnación —vía apelativa— de la decisión judicial de adoptabilidad, sin concretar otra acción que justificara su revocación.

En definitiva, el tribunal de alzada confirmó la declaración judicial en la convicción de que tal decisorio no vulneraba el interés superior del niño —como contrariamente esgrimía la apelante— siendo que este, pese a la imprecisión que tiene en sus límites normativos, siempre permite al juzgador su determinación sobre la plataforma fáctica de cada caso sujeto al análisis, quedando librado entonces a su razonabilidad y sana crítica.

Entonces, resulta atinado señalar que la valoración realizada respecto de la situación particular de esos niños, calificada como de alto riesgo,

...no cambia por el mayor o menor grado de responsabilidad subjetiva que los progenitores tengan en la generación de las circunstancias socioculturales y económicas en las que les toca vivir, sino que se trata de establecer la existencia de causas objetivas que perjudican el derecho del niño a su libre e integral desarrollo, puesto que la mayoría de las familias, aunque estén en difícil situación económica, no descuidan ni abandonan afectiva y materialmente a sus hijos (Cámara de Familia de 1ª Nom. de Córdoba, en *Tagle de Ferreyra*, 2009:405)³.

CONCLUSIÓN

En casos como el que motivó este artículo, es evidente que las declamaciones bien intencionadas —como las de la abuela de los niños— no son suficientes frente a la comprobación de las escasas posibilidades que tienen tanto la familia nuclear como la ampliada, de brindar sostén y contención adecuadas para las necesidades psico- emocionales de aquellos, que ya vienen sufriendo carencias afectivas y materiales desde temprana edad.

La sola impugnación de la sentencia por parte de un miembro de la familia de origen de los niños, sin el aporte de elementos que demuestren que ese ambiente familiar puede ser apto para brindar la estabilidad y el bienestar necesarios para su desarrollo integral, no debe sustentar una modificación o la revocación

³ Sentencia de la Cámara de Familia de 1ª Nom. de Córdoba, del 04/07/2003, A., A.A. - Internación - Recursos de apelación y anulación.

de una decisión judicial paradigmática que, sin duda, valoró previamente el agotamiento de todas las medidas tendientes a la revinculación materno filial y familiar ampliada, resolviendo en favor del verdadero interés superior.

Lamentablemente, hay situaciones que se verifican en la realidad de niños, niñas y adolescentes en las que con “ser de la familia” no es suficiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alterini, J. H. (2015) *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*, Tomo III, 1ª edición Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Barylko, J. (1999) *Queridos Padres. El arte de crecer juntos, con nuestros hijos*, pg. 26, 3ª impresión. Buenos Aires: Emecé.
- Constitución de la Nación Argentina. Antecedentes. Leyes Constitucionales. Derechos Humanos* (1999) 15ª ed. Buenos Aires: A-Z Editora.
- Fernández, S. (2015) “Medidas de protección de derechos y adopción. La complejidad en la articulación y el Código Civil y Comercial”. *Revista Código Civil y Comercial*, año 1, n° 5, noviembre. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Herrera, M.; Caramelo, G.; Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II Libro Segundo, 1ª Ed. Buenos Aires: Infojus (infojus.gov.ar).
- Lorenzetti, R. L. (2006) *Teoría de la decisión judicial - Fundamentos de Derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Montes, G. (2000) “¿De qué hablamos cuando hablamos de Derechos? Convención sobre los Derechos del Niño”. Unicef, Cámara Argentina del Libro y CTERA. Buenos Aires: Indugraf S.A.
- Tagle de Ferreyra, G. (2009) *Interés Superior del Niño - Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico.