

PONENCIA

**“DECLARACION JUDICIAL DE
ADOPTABILIDAD Y PROCESO.**

JORNADAS NACIONALES DE ADOPCION

BLOQUES 1 y 2

Autor: ALBERTO JURY

**“DECLARACION JUDICIAL DE ADOPTABILIDAD Y PROCESO.
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 607 inc. C del C.C.C.**

El artículo 607 del Código Civil y Comercial se refiere a los distintos supuestos fácticos que pueden dar lugar a una declaración judicial de situación de adoptabilidad. Previamente a analizar el contenido de la norma, proponemos algunas reflexiones sobre tal declaración:

La resolución que declara que una persona menor de edad se encuentra en situación de adoptabilidad o, en otras palabras, susceptible de ser adoptada, es siempre judicial.

Así, les está expresamente vedado a las autoridades administrativas e incluso a los propios progenitores disponer la adopción por acto administrativo, o escrituras públicas y/o entregas directas.

Tratándose de una resolución judicial, debe ser fundada y es susceptible de recurso, surtiendo sus efectos sólo cuando queda firme. La declaración judicial de situación de adoptabilidad firme es requisito indispensable y previo para una eventual adopción ulterior, salvo en los casos de la adopción de integración, adopción de mayores de edad o la adopción del pupilo por parte del tutor.

La declaración judicial de adoptabilidad no configura un estado de adoptabilidad ni constituye un nuevo estado de familia. Tampoco implica la comprobación judicial de un estado de abandono moral o material. Por el contrario, esta resolución judicial tiene por principal efecto disponer la desvinculación jurídica -en términos de titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental- de la persona menor de edad respecto de sus progenitores y, al mismo tiempo, declarar que puede ser adoptada para, en su caso, terminar emplazándose en el estado de hija o hijo en el seno de una nueva familia adoptiva.

[LA INTERVENCIÓN DE ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS Y LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES
COMO ETAPA PREVIA A LA ADOPCIÓN](#)

Para cumplir con los mandatos convencionales y constitucionales vigentes, el plexo normativo argentino consagra un sistema estatal de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes. Este sistema engloba la actuación de entes administrativos dependientes de los poderes ejecutivos y también la actuación de los tribunales y juzgados.

El sistema prevé que las actuaciones de los entes administrativos y los órganos judiciales sean coordinadas y muchas veces concomitantes, lo que provoca la existencia de varios puntos de contacto en el desarrollo de sus funciones, sin que esto implique de ningún modo confundir o fusionar competencias. En Argentina, este sistema de protección se encuentra regulado primordialmente por la ley de orden público número 26.061 de “*Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes*” y en los códigos procesales locales que siguen sus lineamientos. De esta forma, observaremos que toda sentencia judicial que declara la adoptabilidad de una niña o niño, tuvo por antecedente la actuación extrajudicial de un órgano administrativo.

Prueba de ello son las situaciones de hecho que prevé la norma del art. 607 del Código Civil y Comercial para el dictado de una sentencia de declaración judicial de adoptabilidad. Todas presuponen la intervención previa del órgano administrativo competente, por cuanto se refieren a situaciones de mayor o menor vulnerabilidad en la vida de niñas, niños o adolescentes que requieren de algún tipo de accionar estatal.

El primer supuesto previsto en la ley es el de niños sin filiación conocida o acreditada, es decir, huérfanos. Ante estas situaciones, corresponde al órgano administrativo competente dirigir la búsqueda y abordaje de los progenitores o de la familia extensa para que, en caso de ser hallados y resultar beneficioso, intente un proceso de revinculación.

Si esta búsqueda dirigida y ejecutada por el órgano administrativo no arroja resultados positivos en el plazo previsto por la ley, corresponderá entonces el dictado de una sentencia judicial que declare en situación de adoptabilidad a la niña o niño de que se trate.

El segundo supuesto se refiere a aquellos casos en que los progenitores manifiestan su intención de dar a su hija o hijo en adopción. Aquí cobra esencial relevancia la noción de consentimiento informado, acuñada por la jurisprudencia norteamericana y muy utilizada en el campo de la bioética y los derechos personalísimos. Ante la extrema relevancia de esta decisión, la norma requiere expresamente que el consentimiento sea libre e informado. Libre por cuanto no puede estar condicionado o fundado por coacción alguna, incluso la derivada de una carencia o dificultad socioeconómica que aqueje a los progenitores; e informado por cuanto requiere en quien realiza el acto el pleno conocimiento y comprensión de las consecuencias jurídicas del mismo, tal como lo exige el art. 21 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño¹.

Se verá que el accionar previo del órgano administrativo también es esencial en este caso en cuanto se repare que es obligación del Estado implementar políticas públicas de acompañamiento familiar, a fin de que tamaña decisión no le sea impuesta a los progenitores por causas banales y superables que puedan conducir eventualmente a futuros arrepentimientos. En concreto, la obligación estatal radica en impedir que la decisión de dar a un hijo o hija en adopción encuentre como motivo principal carencias socioeconómicas de sus padres. Si ello sucediera, son los órganos administrativos los canales e instrumentos para la implementación concreta de asistencia estatal cuya finalidad es superar la situación de vulneración de derechos existente. En este sentido, se dijo que *“También aquí es importante el trabajo de los equipos administrativo de protección de derechos de la infancia, en tanto y en cuanto, debe propenderse a evitar que la decisión sea producto de una situación socio económica desfavorecida. Ello proviene de la manda constitucional propia de la doctrina de la Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que prohíbe la judicialización de la pobreza y cualquiera de sus consecuencias, como sería la separación de un NNyA de su familia por razones exclusivamente económicas. Con mucha mayor razón, será importante el trabajo de los organismos administrativos si la decisión es manifestada antes de los 45 días, en cuyo caso, será fundamental el acompañamiento y sostén de la madre, y la colaboración con la misma tendiente a evitar una decisión apresurada o desesperada.”* (FERRER, Germán y RUGGERI, María Delicia, Directores, *Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de la Provincia de Mendoza, comentado, concordado y ordenado*, ASC Librería Jurídica, Mendoza, 2019, p. 811).

El último supuesto normativo se configura ante el vencimiento de medidas excepcionales dispuestas por los órganos administrativos para la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes. Conforme el art. 39 de la ley 26061 las medidas excepcionales: *“Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.”* y el artículo 40 agrega: *“Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado*

debidamente las medidas dispuestas en el art. 33. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción (...) La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de setenta y dos (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes”.

Como su nombre lo indica, estas medidas se caracterizan por ser excepcionales o una *última ratio* ante el fracaso de una previa estrategia de protección de derechos desplegada por los órganos administrativos locales en el ámbito familiar. Este fracaso se traduce en la necesidad de apartar temporalmente a la niña o niño del cuidado de su familia de origen, por no ser ésta debidamente continente, protectora o benefactora. Una vez dispuestas estas medidas que importan apartar temporalmente a un niño de su familia, deben someterse al control casi inmediato de su legalidad por parte del órgano judicial competente.

Sin embargo, puede suceder que las medidas excepcionales tampoco arrojen un resultado positivo en el sentido de lograr revertir la situación de vulneración de derechos sufrida por una niña o niño en su ámbito familiar. En estos casos aún más excepcionales y luego de vencido el plazo legal de duración máxima de las medidas se abre la posibilidad de procedencia de la declaración judicial de adoptabilidad, que importa una desvinculación jurídica definitiva de los niños respecto de sus progenitores, como puerta de entrada para una eventual adopción.

A continuación, revisaremos los tres supuestos regulados por la norma sustancial que pueden dar origen a la declaración judicial de situación de adoptabilidad. Estos supuestos se encuentran regulados en el art. 607 del Código Civil y Comercial.

Dice la norma: *“La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:*

a) 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;

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

c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.”.

Más allá de las diferencias que a simple vista surgen de los tres incisos del artículo, una lectura profunda nos muestra con claridad que el inciso c) es esencialmente distinto a los restantes. En efecto, los supuestos mencionados en los incisos a) y b) abarcan siempre casos en los que los progenitores o la familia de origen del pretendido adoptado no ofrece oposición, resistencia o controversia alguna a la posibilidad de la

adopción. Esta falta de oposición o resistencia se produce porque los progenitores o los familiares de la niña o niño no están presentes y se desconoce su identidad (supuesto del inciso a) o por el hecho de que los progenitores manifiestan su voluntad libre, informada y válida de dar a su hija o hijo en adopción (supuesto del inciso b).

Por el contrario, en el supuesto previsto por el inciso c) se contempla la posibilidad de que un progenitor, ambos o algún miembro de la familia de origen del pretendido adoptado se oponga, resista o controvierta una eventual declaración judicial de situación de adoptabilidad. Esta oposición, resistencia o controversia en el plano de la realidad puede también tener reflejo en el plano procesal, lo que derivará en la existencia de un pleito judicial. En este pleito judicial, no hay dudas, el o los progenitores tienen carácter de parte, tal como lo reconoce expresamente el art. 608 del Código Civil y Comercial.

Así las cosas, la parte resistente a la declaración judicial de situación de adoptabilidad *deberá serlo* en el marco de un proceso propiamente dicho. Es decir, ejercerá una resistencia procesal en el marco de un debate que debe ser dialéctico, con igualdad de partes y ante una autoridad decisora imparcial e imparcial: el juez. Volveremos sobre este punto con mayor profundidad.

Por el contrario, en los incisos a) y b) no existe oposición o resistencia alguna a la adopción y, por lo tanto, se trata de meros *procedimientos*, entendiendo éstos como un conjunto ordenado y consecutivo de actos vinculados causalmente entre sí, en los que no existe pleito y, por tanto, necesidad y posibilidad de ejercicio del derecho de defensa como resistencia a una pretensión procesal.

Es por ello que, como arriba se dijo, consideramos esencialmente diferente al supuesto previsto en el inciso c) del art. 607 del Código Civil y Comercial. Esta diferencia radica en la existencia de un conflicto volcado en un pleito procesal, en el planteo de una resistencia u oposición a una pretensión -que una niña o niño sea declarado en situación de adoptabilidad- o, en términos procesales constitucionales, la manifestación del ejercicio del derecho de defensa en juicio realizado por una parte en un proceso ante otra que puede considerarse contradictoria. Esto es lo que llamamos *proceso* a los efectos de este trabajo.

En este orden de ideas y a mayor profundidad, recordamos lo dicho respecto a que el *proceso* es una especie del género *procedimiento*. Siempre que exista un proceso existirá también un procedimiento (supuesto del inciso c), pero puede existir un procedimiento sin que exista proceso (supuestos de los incisos a) y b).

A diferencia del *procedimiento*, el *proceso* judicial se manifiesta por medio de una acción procesal que forma el marco de un pleito entre partes iguales que poseen pretensiones contradictorias y que debe ser resuelto por una autoridad judicial imparcial, imparcial e independiente. De allí que la acción procesal sea necesariamente una instancia judicial de carácter bilateral.

EL NUDO DEL PROBLEMA: ¿CONTRA QUIÉN SE LITIGA?

Si se concuerda con la existencia y entidad de las diferencias señaladas en los párrafos anteriores se notará que, no obstante las mismas, las normas del Capítulo 2, Título VI del Código Civil y Comercial no realizan distinción alguna relativa a los supuestos del art. 607 del Código Civil y Comercial.

Por el contrario, el art. 609 del Código Civil y Comercial dispone las mismas reglas de procedimiento para todos los supuestos. Este artículo expresa: “*Se aplican al procedimiento para obtener la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, las siguientes reglas: 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; 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.*”.

En este marco normativo, surgen serios interrogantes cuando los hechos configuran el supuesto previsto por el inc. c) del art. 607; es decir, cuando los progenitores de la niña o niño controvierten, se oponen o resisten una eventual

declaración judicial de situación de adoptabilidad. ¿Contra quién se ejerce dicha resistencia procesal de parte o ejercicio del derecho constitucional de defensa en juicio?

Ciertamente, identificamos a los progenitores de origen en el rol procesal de parte resistente. Es decir, son ellos quienes pretenden que NO SE HAGAN LUGAR a la declaración judicial de situación de adoptabilidad.

Pero, ¿quién pretende tal declaración? ¿Quién es el titular de la pretensión procesal consistente en que determinada niña o niño sea declarado en situación de ser adoptado? En otras simples palabras: ¿quién titulariza, impulsa, sostiene y acredita durante este proceso el fundamento y la procedencia de la declaración de situación de adoptabilidad? ¿Contra quién litigan los progenitores? ¿Quiénes ejercen el rol de antagonistas?

Las preguntas que realizamos no tienen una clara respuesta en la norma. Sin embargo, estos cuestionamientos resultan muy importantes a la hora de determinar si estamos ante una estructura procesal adecuada, que respeta plenamente los principios y garantías del debido proceso que imponen los tratados internacionales de Derechos Humanos y nuestra Constitución.

A esta altura de nuestro trabajo, creemos fundamental destacar que el rol o posicionamiento procesal de titular de la pretensión (es decir, quien pretende la declaración de situación de adoptabilidad) no puede ni debe ser ejercido por el juez que debe resolver. Las más elementales nociones que configuran al debido proceso imponen que no lo sea, ni abierta ni solapadamente. Considerar que el juez puede titularizar o ejercer la pretensión de declaración judicial de adoptabilidad implica negar en forma absoluta su deber de imparcialidad e imparcialidad (es decir, no ser parte) y con ello, negar el derecho fundamental al debido proceso que ostentan los progenitores.

Así, se afecta gravemente la eficacia del derecho de defensa en juicio y el debido proceso si quien esgrime la pretensión resistida por una parte es, ostensible o disimuladamente, el propio juez que debe resolver. Admitir la posibilidad de que el titular de la pretensión sea el juez, significa consagrar la presencia de un proceso de puro tinte inquisitivo, más propio de la doctrina de la situación irregular que concibe a niñas y niños como menores objeto de protección y al juez como un “buen padre de

familia”, habilitado en su función para actuar ajeno a toda regla y previsión procesal. Implica para el caso que el proceso se inicie ante una denuncia o dictamen de organismos administrativos del Estado o de oficio por el juez, que el impulso procesal y la prueba sean de oficio, que el o los demandados no conozcan claramente los términos y alcances de la demanda en su contra, que no conozcan claramente contra quien litigan, etc.

Como vemos, esta interpretación normativa configura al ejercicio del poder judicial como puro poder de disposición, puro paternalismo jurídico sin límites ni garantía alguna para los individuos involucrados. En definitiva, la negación inaceptable del debido proceso.

LOS “SUJETOS DEL PROCESO”

En este orden de ideas, consideramos que la estructura procesal dispuesta por las normas del Código Civil y Comercial que venimos analizando, posibilita o permite que pueda afectarse el deber de imparcialidad e imparcialidad judicial. Explicaremos por qué:

Ya veremos que es esta misma normativa de fondo la que descarta el carácter de parte de los Órganos Administrativos de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, por exclusión expresa del art. 608 del Código Civil y Comercial. Sin embargo, conforme el art. 607 del Código Civil y Comercial, es el Órgano Administrativo quien se encuentra obligado a emitir un *dictamen* dirigido al juez sobre la situación de adoptabilidad. Cabe preguntarse: ¿la emisión de dicho dictamen implica el ejercicio de una instancia o, más precisamente, la interposición de una acción procesal? Para el caso, ¿dictaminar es lo mismo que accionar judicialmente? ¿Es este dictamen una demanda? (Conforme el Diccionario de la Real Academia Española, un dictamen es una *opinión o juicio que se forma o emite sobre algo. Tomar consejo de alguien*).

Del propio texto legal parece desprenderse que la respuesta a todos estos interrogantes es negativa. En efecto, el art. 608 del Código Civil y Comercial omite

expresamente considerar al Órgano Administrativo como parte en el proceso. Expresa este artículo:

“Sujetos del procedimiento: El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención: a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;

b) con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes;

c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;

d) del Ministerio Público.

El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.”

Mientras tanto, la doctrina aclara que *“La declaración judicial de adoptabilidad es (...) un proceso autónomo. Como todo proceso, debe contar con la participación activa de ciertos y determinados sujetos, quienes son los que en definitiva se encuentran principalmente obligados, amén de otras personas que desde un lugar institucional también deben participar a modo de control (...). El Código se ocupa de enumerar quiénes son las personas que deben intervenir en el proceso tendiente a la declaración de adoptabilidad, pero no se limita a ello sino que también señala en qué carácter, de parte o intervención necesaria y obligatoria sin tener que ostentar ese carácter. De este modo, se señala quienes son los sujetos procesales, es decir, las personas capaces legalmente para poder participar en un proceso, ya sea como parte esencial o accesoria (...) el mayor grado de intervención que se puede tener en un proceso judicial como es el ser parte se le reconoce a los dos protagonistas en toda historia en la cual se analiza, en definitiva, si un niño puede permanecer o no en su familia de origen. Así, intervienen en carácter de parte los padres del niño y el niño si cuenta con edad y grado de madurez suficiente. En cambio, de manera accesoria participan el asesor o defensor de menores (...) y el organismo administrativo de protección”* (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa;

LLOVERAS, Nora; *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, t. III, p. 263).

De lo expuesto surge con claridad que, conforme la normativa vigente, el organismo administrativo no es parte del proceso, por lo que mal podría ejercer una acción procesal, demandar o instar para que se dicte la declaración.

Recordamos que, entendemos que una parte procesal es todo sujeto que deduce una pretensión en el marco de un proceso. Sumado a esto, frente a un proceso, siempre y necesariamente deben haber dos partes, una pretendiente y otra resistente, aun cuando cada parte esté compuesta por uno o más sujetos. Así, necesariamente en el ejercicio de una acción procesal y en un proceso existe una dualidad de bandos contrapuestos, antagonistas y contradictorios.

Ya vimos que para que se trate de un verdadero proceso constitucional, estas partes deben estar en un pie de igualdad procesal, la que implica igualdad de audiencia y de armas en el proceso, es decir, igualdad de afirmar, negar, confirmar y alegar.

Cabe considerar, por otro lado, que un dictamen tampoco puede equipararse a una demanda que exterioriza una acción procesal cuyo contenido es la pretensión, por cuanto el dictamen nada solicita, sino que se limita a expresar una opinión técnicamente fundada. Por el contrario, una demanda constituye un documento por el cual se canaliza frente al juez la instancia bilateral que es la acción procesal que contiene una pretensión que, para el caso, consistiría en que se haga lugar a la declaración de situación de adoptabilidad de determinado niño o niña.

Lo propio cabe decir del Ministerio Público Pupilar que, si bien no se encuentra obligado a dictaminar sobre la situación de adoptabilidad, tampoco tendría el carácter de parte en el proceso, por cuanto no se le reconoce expresamente en el art. 608 del Código Civil y Comercial.

Así las cosas y conforme la normativa vigente, ni el órgano administrativo ni el Ministerio Público pueden ser considerados parte “actora” que esgrime la acción procesal e impulsa la pretensión referida a que determinada niña o niño sea declarado en situación de ser adoptado; más bien parecerían cumplir un rol de asesores del juez.

Ante este panorama, volvemos a la pregunta original: ¿quién titulariza la pretensión resistida por los progenitores? Sostenemos una vez más que no puede ser el juez que debe resolver, por cuanto ello echa por tierra la garantía de imparcialidad judicial consagrada por la Constitución y los Tratados internacionales de Derechos Humanos. Como vimos, tampoco puede ser el Órgano Administrativo o el Ministerio Público, por cuanto éstos no son parte del proceso y por lo tanto no ejercen la acción procesal. Ciertamente, la falta de respuesta adecuada de la normativa nos produce desconcierto.

Este desconcierto aumenta cuando observamos, en la práctica, que esta situación se traduce en la asunción por parte de los jueces de un rol que no es compatible con su deber de imparcialidad e imparcialidad; con todas las consecuencias negativas y perjudiciales al derecho de defensa en juicio que ello significa. En efecto, la realidad demuestra cómo algunos jueces no dudan en desconocer su deber de imparcialidad y asumen el rol inquisitivo de instar -frente a ellos mismos- la pretensión procesal que culmina en una declaración de adoptabilidad. Enfrentados en notoria desigualdad e inferioridad de condiciones se encuentran los progenitores, quienes deberán realizar esfuerzos cuasi imposibles para convencer al juez, no ya de hacer lugar a su pretensión resistente, sino de cambiar su propia opinión formada antes del dictado de la sentencia.

Nuestra postura, ciertamente minoritaria en la doctrina de familia, disiente en considerar que la manda constitucional de garantía del debido proceso se encuentra suficientemente cubierta con el mero reconocimiento del carácter de parte de los progenitores, a la par de los niños o niñas con grado de madurez suficiente. En efecto, la mayoría de los autores sostienen por ejemplo que *“En definitiva, mediante el reconocimiento del carácter de parte de los padres en el proceso de declaración de la situación de adoptabilidad se da cabal cumplimiento a una manda constitucional-internacional como lo es el derecho de defensa en juicio en un proceso con consecuencias de suma envergadura en la relación paterno-filial como es la posibilidad de que un hijo forme parte de otro grupo familiar a través de la figura de la adopción. Éste es uno de los cambios necesarios que debía introducir el nuevo texto civil desde la obligada perspectiva que queda sintetizada por la llamada constitucionalización del Derecho Privado”* (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa;

LLOVERAS, Nora; *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, t. III, p. 272). O también que “...el Código Civil y Comercial (...) les reconoce el mayor grado de intervención que se puede ostentar, es decir, ser parte y, en consecuencia, ver satisfecho en su máxima expresión el derecho de defensa en juicio (...) se resguarda -a nuestro criterio, adecuadamente- el derecho a permanecer al cuidado de la familia de origen, tanto desde la óptica del NNA, como de sus padres, tíos, abuelos y otros miembros de la familia ampliada, y en tal sentido la norma procesal respeta el esquema convencional internacional.” (FERRER, Germán y RUGGERI, María Delicia, Directores, *Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de la Provincia de Mendoza, comentado, concordado y ordenado*, ASC Librería Jurídica, Mendoza, 2019, p. 830).

Como dijimos, no estamos de acuerdo con los alcances de estas afirmaciones. Lo que no advierte la doctrina mayoritaria, a nuestro entender, es que el derecho de defensa y el debido proceso mal y poco pueden concretarse con el solo reconocimiento del carácter de parte a los progenitores. Y es que ello no resulta suficiente cuando ese rol de parte debe desplegarse en el marco de un proceso puramente inquisitivo, en contraposición con la autoridad judicial que ostenta el poder y, por lo tanto, en desiguales condiciones, sin conocimiento concreto de los términos de la demanda interpuesta en su contra ni conocimiento previo de la prueba de cargo que se producirá durante el trámite judicial, etc.

En conclusión y por lo expuesto, estimamos que el proceso para la declaración de situaciones de adoptabilidad que prevé el Código Civil y Comercial presenta graves deficiencias que pueden transformarlo en un proceso contrario a las convenciones de Derechos Humanos y a la Constitución Nacional. Más concretamente, las normas vigentes carecen de validez sustancial por ser contrarias a la constitución y los tratados internacionales, violando el derecho al debido proceso al no asegurar el estricto cumplimiento del principio de imparcialidad e imparcialidad judicial ni de igualdad de las partes propio de un sistema dispositivo.

NUESTRA PROPUESTA:

Ante el panorama legislativo que venimos analizando, estimamos como solución de máxima aquella que implica una modificación de los textos legales. En este

sentido, proponemos un cambio legal que imponga en cabeza del órgano administrativo local el ejercicio de una verdadera acción procesal consistente en instar ante el juez la declaración de situación de adoptabilidad y acreditar su procedencia durante el proceso. Fundamos esta propuesta con los siguientes argumentos:

Es este órgano administrativo quien viene previamente trabajando en la estrategia de protección de derechos de las niñas o niños, conforme las atribuciones que le brinda la ley 26061. Por causa de esta intervención anterior, es quien cuenta con más y mejores elementos para instar ante el juez una verdadera acción procesal reclamando la declaración de situación de adoptabilidad. Creemos que la responsabilidad funcional de los organismos administrativos debe ser mucho más profunda y comprometida que sólo emitir un dictamen, como lo exige actualmente la ley. El órgano administrativo debe estar en condiciones de asumir la función y la responsabilidad de solicitar, instar y acreditar la procedencia del dictado de una declaración judicial de situación de adoptabilidad como parte de su cometido institucional y en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado. En otras palabras, debe asumir el rol de parte procesal actora, pretendiente de la declaración, ante la cual los progenitores podrán oponerse, resistir y defenderse.

Sumado a ello, se preserva así el adecuado rol del juez como autoridad que, planteadas las cuestiones por dos partes antagónicas, deberá resolver con imparcialidad, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo.

Especialmente en este último aspecto -el objetivo- la estructura procesal que atribuye al Órgano Administrativo el rol de parte actora, cumple mucho mejor con las apariencias de imparcialidad que, como vimos, son exigidas por las normas internacionales de Derechos Humanos como parte del debido proceso.

Todo ello implica para los demandados, ni más ni menos que la posibilidad de ver con claridad a su oponente o antagónico, conocer concretamente los términos y alcances de su demanda, presentar y producir toda la prueba que haga a su descargo y aspirar a una solución emitida por una autoridad judicial imparcial e imparcial, que vele por la igualdad jurídico procesal de las partes durante el transcurso del proceso. Implica, en definitiva, una posibilidad de ejercer en forma real y efectiva su fundamental derecho de defensa.

Sin perjuicio de todo lo expuesto y ante la eventual inactividad de los órganos administrativos, nada obstaría a que el Ministerio Público asuma el rol de parte actora del proceso, de la misma forma que lo haría el órgano administrativo, por cuanto ello cabe perfectamente en su función.

El artículo 103 del Código Civil y Comercial dispone respecto de la actuación del Ministerio Público que:

“La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en ámbito judicial, complementaria o principal.

a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la 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.”

De nuevo, asumir el rol de parte actora en este proceso implicaría para el Ministerio Público ejercer plenamente su responsabilidad de velar por los derechos de niñas y niños, abandonando el rol secundario y pasivo que parece ostentar con gusto en la mayoría de los casos. En definitiva, se trata de colocar en forma abierta, visible y clara al sujeto actor o pretendiente; de modo tal que el proceso se desarrolle

debidamente y preservando todas sus garantías. De esta forma, se da lugar a un debate dialéctico y contradictorio entre partes procesales formalmente iguales, al pleno ejercicio del derecho de defensa y, por último, a la decisión de una autoridad judicial clara y ostensiblemente imparcial e imparcial.

En efecto, reemplazar el dictamen emitido por el órgano administrativo por el ejercicio de una verdadera acción procesal que, contenida en una demanda, sea ejercida e impulsada en el carácter de parte actora asegura que los sujetos del proceso ejerzan sus roles conforme lo exige el debido proceso: las partes en posición antagónica e igualdad procesal y el órgano juzgador en posición imparcial e imparcial, con la exclusiva función de resolver el pleito planteado mediante el dictado de una sentencia.

Siguiendo los lineamientos impuestos por estos principios, proponemos a continuación una concreta modificación del texto de los artículos 607 y 608 del Código Civil y Comercial en los siguientes términos:

Artículo 607 propuesto: “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

a) 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;

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

*c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, **el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión deberá interponer la acción judicial correspondiente en la que ejerza la pretensión de declaración judicial de situación de adoptabilidad en el caso concreto. La demanda deberá interponerse en el plazo de veinticuatro horas.***

La acción prevista en el párrafo anterior podrá ser ejercida también en forma independiente o conjunta por el Ministerio Público Pupilar.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.”.

Por su parte, proponemos como texto del artículo 608 del Código Civil y Comercial el siguiente:

Artículo 608 propuesto: “Sujetos del procedimiento: Son parte del proceso que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad:

a) el niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;

b) el organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;

c) los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes;

d) El Ministerio Público cuando accione como actor o coactor con el organismo administrativo.

El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.”

Sin perjuicio de las propuestas de *lege ferenda* que realizamos, sostenemos que el respeto al debido proceso en el marco del supuesto que analizamos debe procurarse aún ante la norma vigente. En efecto, mientras los cambios legislativos propuestos no se produzcan, es necesario que los diferentes sujetos asuman y ejerzan sus roles teniendo como guía la preservación del debido proceso.

Ello puede y debe realizarse por imperio de normas superiores a las contenidas en el Código Civil y Comercial y que, como tales, deben prevalecer sobre

éstas. Se trata en definitiva de la preeminencia de todas aquellas normas que consagran el debido proceso constitucional por sobre las normas del Código Civil y Comercial que, como manifestamos, tachamos de inconstitucionales. En cumplimiento de estas normas constitucionales y convencionales, consideramos que los jueces, especialmente, deberían asumir su rol de juzgadores imparciales e imparciales. Es decir, el órgano jurisdiccional debe asumirse vedado o restringido para tomar partido o identificarse con alguna de las pretensiones de las partes y brindar a las personas que se someterán a sus decisiones la máxima apariencia de imparcialidad posible, tal como lo exige una sociedad democrática en un Estado de Derecho.

Lo anterior implica que el juez está obligado a permitir el ejercicio pleno del derecho de defensa por parte de los progenitores o la familia de origen. Así, estos deberían ser siempre notificados de la solicitud de declaración de adoptabilidad que se pretende, en los términos y con los alcances expresados por el órgano administrativo en su dictamen; contar con adecuada y oportuna asistencia técnica letrada; acceder -en audiencia o por escrito- a la oportunidad de contradecir o resistir la pretensión dentro de un plazo razonable; ofrecer la prueba que estimen pertinente; impugnar la prueba de su contraria; recurrir las decisiones judiciales que se adopten, etc.

Por su parte, el juez interviniente debería preservar la igualdad procesal de las partes; imponer al órgano administrativo cargas procesales propias de la parte actora, evitar la producción de prueba de oficio o cualquier medida oficiosa que implique asumir el rol de parte; evitar anticipar su opinión o el resultado del litigio; realizar los actos de conexión entre partes y los proveídos que le competan a fin de hacer avanzar el proceso hacia su fin en un término razonable; imponer a las partes las cargas procesales correspondientes para la misma finalidad; etc.

En este sentido, cualquier violación o actuación contraria a lo mencionado, debe facultar a la parte a ejercer su derecho de recusar con causa al juez, por considerar gravemente comprometida la garantía procesal de imparcialidad.

Lo dicho implica para el juez del proceso la tarea de asegurar que la estructura, las funciones y los roles tanto del trámite como de los sujetos involucrados resulten tributarios de la igualdad, contradicción y bilateralidad del proceso, así como también de la ajenidad, la imparcialidad e imparcialidad del juez en el pleito.

Básicamente y en simples palabras: que se haga efectivo el derecho a un debido proceso.

Así, conforme lo analizado durante el transcurso de este trabajo, concluimos que la regulación normativa que realiza el Código Civil y Comercial respecto al proceso de declaración judicial de adoptabilidad no cumple con los estándares del debido proceso en aquellos casos en que existe controversia y pleito judicial entre quien pretende tal declaración y quien la resiste.

Nuestra conclusión se basa en el hecho de que la estructura misma del trámite procesal que fue prevista por la normativa de fondo no garantiza el cumplimiento de los principios de imparcialidad, imparcialidad judicial ni de igualdad de las partes y, por el contrario, consagra un proceso de neto corte inquisitivo que viola la garantía constitucional del debido proceso.

Como consecuencia de ello, la inconstitucionalidad del trámite procesal previsto para las declaraciones judiciales de adoptabilidad en los casos del inciso c) del artículo 607 del Código Civil y Comercial, invalidan sustancialmente las decisiones que se dicten al respecto, lo que contribuye al agravamiento de la grave crisis de legitimidad que tiñe la actuación del Poder Judicial.

Creemos que una institución jurídica tan trascendental para la vida de las personas como es la adopción, requiere de la mejor y más cuidadosa técnica legislativa y, en particular, práctica judicial. Es fundamental asegurar que en este tipo de procesos se respeten todas las garantías constitucionales y, en especial, la referida al derecho a un juez imparcial e imparcial, quien como autoridad decisora y no como parte, dicte sentencia en el marco de un proceso igualitario y de indudable e intachable validez constitucional.

En este marco, asumimos como cierto que los operadores jurídicos involucrados tienen el deber de evitar y subsanar cualquier incumplimiento de las normas constitucionales.

Es por ello que mientras no se produzca el cambio normativo propuesto en este trabajo, tanto jueces como partes deben -en los hechos y ante los casos concretos-

asumir sus respectivos roles sin excesos y en el marco de lo que impone un debido proceso.

Y es que las normas del Código de fondo deben ceder ante normas de superior jerarquía -como las que consagran el debido proceso- o, en caso de no ser necesario declarar su inconstitucionalidad, ser interpretadas de forma tal que permitan el ejercicio de la función jurisdiccional de forma imparcial e imparcial así como también la real igualdad de las partes.

Es ante esta perspectiva que hacemos nuestra aquella reflexión que sostiene que: “*la técnica procesal esta algo descuidada en el uso diario. Pero no tan olvidada como algunos creen. Si se ha hecho algo barroca, no justifica por eso descreer de toda la ciencia del derecho procesal ni de su futuro, ni culminar en un reemplazo de los procesaos bilaterales por decisiones autoritarias de corte administrativo...*” (CÚNEO, Darío y HERNÁNDEZ, Clayde, directores, *Procesos en derecho de familia*, Juris, Rosario, 2004, p. 4).

Antecedentes como el conocido caso “Fornerón” nos enseñan que sólo a través de un proceso justo podremos arribar a las decisiones judiciales sólidas, legítimas y plenamente democráticas que la temática requiere. En otras palabras, sólo cuidando el método, podremos llegar en forma válida a la meta y la meta radica, en definitiva, en hacer eficaces los derechos fundamentales de las personas.

Fin.-