

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL – 2017

Termas de Rio Hondo – Santiago del Estero

COMISIÓN Nº 1: Incidencia del Código Civil y Comercial en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de la Republica.

Tema: Procesos de Familia

Titulo de la Ponencia: **“LA OFICIOSIDAD DEL JUEZ DE FAMILIA EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN”**

Autora: Alberto, Leila Monica

Dirección: Aniceto Latorre Nº 10 – Block A- Planta Baja – Dpto.Nº3

Teléfono: 0387-155117745

Correo Electrónico: leilaalberto01@hotmail.com

Postulación: Para concurso de Ponencia General para publicación en el Libro del Congreso y las diferentes páginas web

SUMARIO: Introducción. I.- Proceso de Adopción. II.- Desafíos del Art. 616 del Código Civil y Comercial de la Nación. a) Sujetos Procesales: ¿Partes e Intervinientes Necesarios? b) El Juez y el Principio de Oficiosidad: Nuevas Propuestas para su Operatividad. III.- Desafíos del Paradigma Protectorio frente a la armonización del Código Civil y Comercial y la realidad familiar. Conclusión.

INTRODUCCION

El art. 616 del C.C.y C. de la Nación, expresamente dispone: *“Inicio del proceso de adopción. Una vez cumplido el periodo de guarda, el Juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el Proceso de adopción...”* Pero... ¿A que se refiere este artículo del Código Civil y Comercial de la Nación? ¿Que quiere decir que el Juez de oficio puede iniciar el juicio? ¿Es viable el proceso de adopción iniciado por el Juez?

Para responder a tales interrogantes he de desarrollar en primer término algunas ideas generales sobre el proceso de familia, para luego señalar aquellas específicas del proceso de adopción, que se ha de iniciar luego del dictado de la sentencia de guarda con fines de adopción. Luego he de precisar sobre los sujetos procesales, haciendo hincapié en la función del Juez con relación al principio de oficiosidad, intermediación y gratuidad en los procesos de adopción conforme el Código Civil y Comercial de la Nación, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por último, y en virtud de que en la actualidad se habla, no solo de la constitucionalización del Derecho Privado, sino también del Derecho Procesal; me pareció importante merituar sobre si el art. 616 del Código Civil y Comercial de la Nación responde al interés superior del niño, y permite la tutela judicial efectiva.

I.- PROCESO DE ADOPCION

El proceso de adopción recién se puede iniciar, una vez transcurrido el plazo previsto en el art. 616 del C.C. y C. de la Nación¹, sin perjuicio de algunos casos de excepción que podrá merituar el Juez competente en dicho plazo; que empieza a correr desde la sentencia de guarda con fines de adopción, y que no puede exceder los 6 meses de duración, se irá evaluando y verificando que el niño/a se haya podido insertar y vincular adecuadamente en el nuevo ámbito socio - familiar asignado judicialmente; por lo que llegado el momento de sentenciar, el Juez podrá contar con los elementos de juicio necesarios para resolver atendiendo al interés del Niño.

En este proceso, como en todo aquel propio del derecho de familia, se debe aspirar a atenuar el conflicto en la familia o que mínimamente ayude a brindar un espacio para que sus integrantes logren construir nuevos parámetros familiares para relacionarse o resolver de alguna manera las nuevas realidades que se les presenten y pudieran ser traídas a la jurisdicción del Juez; dando lugar a su necesaria intervención, para que el o los derechos puestos en juego, se tornen operativos.

Al respecto, Romina Soledad Moreno, quien cita a Alicia Ruiz, sostiene que: “El Derecho interfiere en nuestras vidas cuando promete, otorga, reconoce o niega. Cuando crea expectativas y cuando provoca frustraciones... Y el discurso jurídico es complejo, opaco, paradójico enunciado por actores diversos, cada uno de los cuales agrega, modifica, elimina sentidos.”²

De esta forma, podría afirmar que en un proceso judicial como el de adopción en el que se ponen en evidencia los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con jerarquía superior a cualquier otro derecho; las reglas formales, tienen gran incidencia en la efectivización de los mismos, pues

¹ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN; Art. 614: Inicio del proceso de adopción: Una vez cumplido el periodo de guarda, el Juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción.

² MORENO, Romina Soledad; El abordaje de los conflictos familiares: Cooperación vs. Competencia; Revista de Derecho Procesal; Procesos de Familia; con cita de Ruiz, Alicia E. “De las mujeres y el Derecho, en identidad femenina y discurso jurídico;” Editorial Rubinzal Culzoni; Santa Fe; año 2015

permitirán que éste los reconozca, los otorgue o los deniegue y además de alguna manera han de interferir en la vida del justiciable y de su entorno social; por lo que se debe ser muy prudente y razonable, al momento de exigir tales formalidades para que la sentencia sea la mejor respuesta jurídica que la causa exija.

Al respecto, Rodolfo Vigo afirma, que en un Estado de Derecho Constitucional, "...no sólo importa reconocer derechos sino preocuparse para que se tornen operativos..."³; es decir que será tarea del Juez, intentar no caer en un rigorismo formal que impida la efectiva concreción de derechos, en cada instancia del proceso de adopción previsto en los arts. 615 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cabe aclarar que tales normativas se consideran de orden público en razón de que uno de los principios básicos de la adopción es el interés del niño como integrativo del interés familiar del Estado, en razón de que este principio es uno de los tantos que constituye el orden público familiar de Argentina y que la definen como un Estado de Derecho Constitucional y Convencional.

Fanzolato explica: "La adopción, como todas las instituciones familiares, esta regulada por normas de orden publico que son imperativas en el sentido de que, por existir un interés superior comprometido en su observancia (que es el interés familiar del Estado), la voluntad de los particulares no las pueden obviar, remover ni corregir y, lógicamente, los jueces deben acatarlas mientras las normas no se modifiquen"⁴

Es decir, que las normas que prevén la adopción en el Código Civil y Comercial son imperativas y exige al Juez que las observe y exija su cumplimiento como medida previa a valorar las circunstancias fácticas

³ VIGO, Rodolfo; El Derecho Judicial en el Estado de Derecho Constitucional y Democrático"; Tratado de Derecho Judicial, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, pag. 25, año 2013.

⁴ FANZOLATO, Eduardo Ignacio; "Principios Comunes que regulan la adopción en los países del Mercosur"; La Adopción en el Mercosur; Ed. Rubinzal Culzoni; Univesidad del Litoral; pag. 47, año 2008.-

propias del niño/a sujeto de derecho en el proceso de adopción; intentando armonizarlas con las normas procesales locales que permitirán darle un marco legal y operativo a los derechos en juego; y sobre todo, a los principios procesales del Derecho de Familia como el de especialidad que provoca que el trámite del proceso de adopción esté directamente relacionado al interés que protege; o bien, como lo señala Enrique M. Falcón, implica que “Los procesos de familia tienen un trámite particular, que esta ligado a proveer los medios para la satisfacción de los intereses que abrigan”.⁵.

II.- DESAFIOS DEL ART. 616 DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Sentado lo que antecede, en razón de la imperatividad de las normas en el proceso de adopción y teniendo en cuenta específicamente la previsión del art. 616 citado del Código Civil y Comercial de la Nación, de que *el Juez interviniente, de oficio puede iniciar el juicio de adopción*, considero que debe analizarse la misma con las restantes del Código de Fondo que aluden a los procesos de familia en general, y con las normas procesales específicas de cada localidad, a fin de lograr una adecuada conclusión sobre la oficiosidad del Juez para iniciar la adopción; pero fundamentalmente con la Constitución Nacional, en razón de la supremacía normativa de la misma.

Al respecto, el art. 14 bis la Constitución Nacional, establece: “... El Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: la protección integral de la familia...”. Es decir, al no especificar tal normativa de que solo deba proteger a la familia biológica, no distingue entre ésta y la adoptiva; por ende si la ley no lo hace nosotros tampoco; por lo que en el proceso de adopción se deben tomar los recaudos necesarios para proteger el derecho de vivir en familia reconocido constitucionalmente.

Además, cabe recordar que el art. 75 inc. 22 al otorgar jerarquía constitucional a determinados tratados internacionales sobre derechos

⁵ FALCON, Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial, Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 418

humanos, entre los cuales se encuentra la Convención de los Derechos del Niño, que consagra no solo el derecho del niño a vivir en familia sino que también reconoce el interés superior de éste con jerarquía constitucional; se debe buscar un camino jurídico por el que se pueda transitar sin alterar el centro de gravedad de tal principio. Para esto, se debe ser prudente procesalmente a fin de que ninguna norma formal impida el pleno ejercicio del mismo. Así, lo primero a examinar, serán los sujetos beneficiarios de tal derecho a la familia, y por ende determinar quienes efectivamente se encuentran en condiciones de iniciar el proceso de adopción.

En consecuencia, considero que el art. 616 del C.C.C. de la Nación determina quienes pueden ser considerados partes del proceso, o sólo sujetos procesales con intervención necesaria y con funciones específicas.; haciendo especial hincapié en el Juez atento los principios de oficiosidad e inmediatez exigidos en el proceso de adopción.

a) SUJETOS: ¿ PARTES O INTERVINIENTES NECESARIOS?

El art. 617 señala: *Reglas de Procedimiento: Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas: a) Son parte, los pretendientes adoptantes y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada; b) El Juez debe oír personalmente al pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez; c) Debe intervenir el Ministerio Público y el Organismo Administrativo; d) el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso; e) las audiencias son privadas y el expediente reservado.*

Tal norma, distingue entre quienes son partes y quienes sin serlo, deben intervenir en el proceso. Por esto, cabe aclarar que la calificación de parte en un proceso determinado, tiene relación con la legitimación procesal (activa o pasiva); por lo que considero oportuno definir tal concepto al decir de Ronald Arazi, como "...la cualidad que tiene el sujeto para intervenir en un proceso

determinado; surge de la ley y, generalmente se identifica con la titularidad de la relación jurídica sustancial que constituye el objeto del litigio”.⁶

Es decir que solo los pretensos adoptantes y el adoptado, como titulares del derecho a formar una familia se encuentran legitimados para iniciar el proceso de adopción al ser considerados partes, por lo que deberán hacerlo junto a sus letrados (con apoderado o patrocinio), conforme esta normativa y los Códigos Procesales que exigen la obligatoriedad de patrocinio letrado o representación por abogado de la matrícula para todo tipo de actuaciones judiciales.

Ahora bien, con relación a los niños cabe aclarar además, que si se tratare de un adolescente y este constare con la suficiente capacidad progresiva podrá junto al abogado del niño (también previsto en la Ley Nacional N° 26061) o bien el Asesor o Defensor de Menores del Ministerio Público conforme el Art. 103 del C.C. y C.N., se encontrarían en condiciones, como representante de la persona menor de edad, de iniciar tal proceso.

Por lo que si bien en el proceso solo son considerados como partes, según la literalidad del texto analizado, los pretensos adoptantes y el niño, niña o adolescente; se exige intervengan en el mismo, el organismo administrativo y el ministerio publico, lo que implica que podrían generarse intereses contradictorios entre las partes u oposiciones de los citadas Entidades, deviniendo necesaria la intervención imparcial del Juez, como otra regla del procedimiento de adopción, que al oír personalmente al pretense adoptado, asegurará una sentencia conforme derecho en resguardo al debido proceso.

Recordemos que en el proceso de preadoptabilidad, tiene el Organismo Administrativo un principal protagonismo y si bien, en los procesos de adopción; este continua interviniendo, según la normativa señalada, aparece (por lo menos en la provincia de Salta) la Secretaria Tutelar del Poder

⁶ ARAZI, Ronald; ROJAS, Jorge A.; Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado con las Incidencias procesales del Código Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado con las incidencias procesales del Código Civil y Comercial de la Nación y las concordancias con los Códigos Provinciales; con cita de Colombo, Código Procesal, Tomo I; Arts. 1º a 498º; Ed. Rubinzal Culzoni; Año 2015, pag. 135

Judicial⁷., y si bien el Código de fondo ni forma provincial, la prevén, su intervención también es importante al llevar el Registro Unico de Aspirantes a la Adopción y cumplir efectivamente una tarea de acompañamiento psico-social al nuevo grupo familiar en esta de etapa de integración para luego elaborar los informes técnicos que se requieran judicialmente en el proceso adopción a través de sus equipos Interdisciplinarios.

Sin perjuicio de ello, la guarda con fines de adopción, también continúa siendo supervisada por el Ministerio Público a través del Asesor o Defensor de Menores (junto a sus equipos técnicos), y de manera primordial por el Juez quien hubiere dictado la guarda del niño/a, quien de alguna manera les brindara a las partes un espacio de escucha y especial atenciónal niño sujeto de derecho en el proceso en virtud del art. 707del Código Civil y Comercial de la Nación que prevé: *“Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente...”*

Al respecto, cabe señalar además, que en este proceso, a medida que el niño va creciendo y alcanzando mayor discernimiento y autonomía, no sólo se ha de escucharlo, sino que se exige que su opinión sea tenida en cuenta, por lo que podría afirmar que a mayor capacidad progresiva del niño, niña o adolescente, menor la posibilidad del Juez de Familia de decidir conforme su exclusiva discrecionalidad y voluntad siguiendo solo la normativa a aplicar, en razón de que a diferencia de otros fueros como el civil y comercial o el laboral, el Juez debe tener en cuenta los sentimientos, las emociones, la historia personal, los antecedentes, los miedos y las planificaciones o deseos o sueños a futuro del niño y de su grupo familiar al momento de fallar.

⁷ La Secretaria Tutelar dependiente del del Poder Judicial: A partir de la promulgación de la Ley Nacional 24779, que establecía en su artículo 2º (actualmente derogado por la Ley 25854) la creación de registros centralizados para aspirantes a guardas preadoptivas, la Corte de Justicia de Salta determinó por Acordada 8039 modificada por la 8640, actualmente vigente, la creación, en el ámbito de la Secretaría Tutelar, del Registro Único de Aspirantes a la Adopción de la Provincia.

Mas aún en un proceso de adopción en el que podría afirmarse que la propia sentencia se encuentra supeditada al ensamble socio familiar del niño/a con los pretendientes adoptantes y viceversa y este se logra con valores y emociones positivas que el Juez del Proceso debe tener en cuenta para poder declarar el emplazamiento filial y tener por reconocida jurídicamente la situación de hecho que por seis meses se fue conformando.

Es decir que tal emplazamiento, no puede ser impuesto por el juez contra el consentimiento de los involucrados, puesto que el mismo, tiene para las partes y para la sociedad, que requiere a más de otros factores psico – sociales, de que exista un consenso real de los presuntos adoptantes y el adoptado, con el aval de los intervinientes necesarios (Ministerio Público y Organismo administrativo), a fin de que el Juez cuente con mayor recursos para argumentar su decisorio, sin perjuicio de que si éste no creyere que se responde al interés superior del niño, entonces pudiere adoptar aquellas medidas que según su sana crítica si lo fueren, a fin de brindar una tutela judicial efectiva.

En otras palabras, y como perfectamente lo expusiera Silvana Ballarin “...El derecho es incapaz de construir un vínculo de afecto por sentencia, de modo que detectados indicadores desfavorables en la relación de niños, niñas y adolescentes adultos, debe el Juez revocar la guarda que hubiera otorgado”⁸; para restablecer a mi entender, los derechos que se hubieren conculcado.

b) EL JUEZ Y EL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD: NUEVAS PROPUESTAS PARA SU OPERATIVIDAD

Como ya lo anticipé, el art. 616 del C.C.C.N., que señala que el Juez de oficio, puede iniciar el proceso de adopción; debe ser interpretado de manera armónica con aquel otro articulado concordante a este proceso, como lo es el art. 709 que alude al principio de oficiosidad. Art. 709: *“Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal esta*

⁸ PAULETTI, Ana Clara; Proceso de Adopción; con cita de BALLARIN, Silvana, Revista de Derecho Procesal; Procesos de Familia, Editorial Rubinzal Culzoni; Santa Fe; 2015, pag. 466

a cargo del Juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces”.

Por lo tanto, se debe aclarar que un hecho es, que de oficio el Juez pueda disponer algún tipo de prueba durante la guarda con fines de adopción o en el mismo proceso de adopción, a fin de que se vea acreditado que el niño bajo guarda este logrando un desarrollo integral, y otra circunstancia es que de oficio, el Juez inicie el propio proceso de adopción como lo pudiera efectuar algún letrado de la matrícula, que se presenta por alguna de las partes del proceso.

Por lo que teniendo en cuenta lo desarrollado en el punto a) no se puede interpretar el verbo “inicia” como sinónimo de confección de demanda o legitimación activa para el ejercicio de derechos subjetivos en representación de adoptantes o adoptado; en razón de que la regla general en materia de legitimación según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es que “los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular...evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado”(doctrina de fallos:211:1056 y 215:357)⁹. Al respecto, Mariela Gonzalez de Vicel al analizar el citado fallo, considera que tiene una importancia superlativa en términos de legitimación, pero aun así, sirve para demarcar la frontera de la actividad que el Derecho de fondo pone en cabeza del Juez de familia en los supuestos de guardas con fines de adopción cuyo término se encuentra vencido.¹⁰

Por este motivo, me parece importante aclarar que esta posibilidad de que el Juez inicie la adopción de oficio tiene ciertos límites, y esta demarcado no solo por los arts.707 y 709 del C.C.C.N., citados precedentemente, sino también por derechos constitucionales como el acceso a la justicia y el

⁹ CSJN “Mujeres por la vida” M. 970. XXXIX. Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro Cfilial CórdobaC c/ E.N. CP.E.N.C M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo. - 1 - Buenos Aires, 31 de octubre de 2006

¹⁰ GONZALEZ DE VICEL, Mariela; Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014; Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni; Año 2014; Pag. 422

debido proceso porque “la articulación de procedimientos más sencillos y simplificados, aun por iniciativa judicial, no puede menoscabar la garantía fundamental del debido proceso y el contradictorio, que tutela a ambas partes”¹¹.

A mas de ello, si bien la normativa de fondo que regula la adopción, se basa en el derecho de los niños a culminar con rapidez el afianzamiento jurídico en un grupo familiar; no podríamos interpretar literalmente el artículo 616 del C.C.C.N.; cuando en algunos casos, esto podría significar ir en contra del propio interés superior del niño que exige que el Magistrado resuelva su causa con imparcialidad, objetividad e independencia en aras de la verdad para garantizar la efectividad de sus derechos.

Por ello, se debe aspirar a lograr el efectivo acompañamiento judicial en todas las instancias procesales, a través del principio de inmediación del Juez de la causa, puesto que en un proceso de familia y fundamentalmente en el de adopción, no solo se deben exigir plazos y cumplir trámites extrajudiciales legales, sino que éstos tiempos de la justicia, deben respetar los tiempos de cada familia, de cada persona; intentando ir mas allá de toda realidad normativa para poder evaluar cada circunstancia fáctica pasada y presente de cada integrante, exigiendo incluso que las partes adultas del proceso, y demás sujetos intervinientes en el mismo, intenten pensar a futuro en el niño conforme su interés superior.

Roberto Berizonce expone que el principio de inmediación se concreta en sus dos vertientes: a) como proximidad del órgano jurisdiccional para asegurar el acceso a la justicia; b) durante el curso del trámite como aproximación y cercanía del Juez, a los sujetos del proceso – un juez “presente”, en contacto material con las partes – y a las pruebas...”¹²;

¹¹ BERIZONCE, Roberto O.; “ El Juez acompañante en los procesos de familia”, con cita de Berizonce r. O.; Técnicas orgánico funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas en Revista de Derecho Procesal Nº 2009-1; de Derecho Procesal; Procesos de Familia, Editorial Rubinzal Culzoni; Santa Fe; 2015

¹² BERIZONCE, Roberto O.; Procesos de Familia, Revista de Derecho Procesal 22015 – 2; Editorial Rubinzal Culzoni; Año 2015, pag. 198.

En consecuencia, con lo hasta aquí desarrollado, la oficiosidad del Juez en el proceso de adopción referida en el art. 616 del C.C.C.N, no debe interpretarse de que dicho Magistrado se transforme en parte o representante de alguna de ellas, iniciando la acción y simultáneamente ejercer su función jurisdiccional manteniendo su independencia e imparcialidad; puesto que por más que se denote en la normativa en cuestión, cierto activismo judicial, éste puede comprender su facultad ordenatoria y de dirección del proceso previstos en los diferentes Codigos Procesales de cada provincia.

De esta forma, me parece viable que el Juez impulsado por el activismo judicial, si así lo creyere conveniente, intime en el mismo proceso o expediente que se otorgó la guarda con fines de adopción (una vez cumplido el plazo de 6 meses), a los guardadores a iniciar el proceso de adopción en un plazo razonable bajo apercibimiento de revocar la guarda; o bien al Asesor o Defensor de Menores atendiendo a las facultades previstas en el art. 103 del C.C.C.N., ordenando además notificar tal decisorio al Organismo Administrativo interviniente. Este apercibimiento también es sugerido de alguna manera por Mariela Gonzalez de Vicel cuando refiere: "...Desde el punto de vista práctico, parece oportuno que la notificación intimando a decidir el emplazamiento o desistir de el, se realice con intervención de miembros de un equipo interdisciplinario, para recibir velozmente la información y establecer cursos de acción..."¹³

Ahora bien, considero que otra alternativa procesal en aras de los arts. 616 y 709 del C.C.C. de la Nación, y teniendo en cuenta la exigencia de inmediatez, el principio de oralidad y el de oficiosidad en los procesos de familia, que el Juez que otorgo en guarda al niño con fines de adopción, en el mismo expediente convoque a una audiencia con los pretendientes adoptantes, el Ministerio Público y el Organismo Administrativo pertinente, a fin de que manifiesten ante su presencia la voluntad o no de emplazar al niño como hijo exponiendo además los problemas que pudieran tener para

¹³ GONZALEZ DE VICEL, Mariela; Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014; Tomo III, Ed. Rubinzal Culzoni; Año 2014; Pag. 439.

iniciar el juicio y establecer en forma conjunta un plazo (en lo posible que no excediere del previsto por ley) para que se inicie el referido proceso de adopción, puesto que según información de la Secretaria Tutelar las demoras en iniciar el proceso de adopción es en un gran porcentaje por las costas y costos del juicio.

Por lo que si bien deviene obligatoria la intervención de abogados que velen por el respeto de los derechos de sus representados; y por ende sus honorarios adquieren carácter alimentario y deben ser acordes con el trabajo realizado; en razón del principio de gratuidad de los procesos de familia, quizás las costas se podrían reducir con la eliminación del pago de la tasa de justicia. Al respecto, Falcon señala: "Una de las características fundamentales de los procesos de familia ... es la gratuidad...Ella se manifiesta de dos formas fundamentales, a través del proceso de litisexpensas y por la eliminación de las cargas impositivas de la tasa de Justicia"¹⁴

En consecuencia, tratándose la adopción de un proceso de familia referido al estado de las personas, que no tiene carácter patrimonial; la audiencia y la exención impositiva sugeridas, resultarían viables para evitar la incertidumbre judicial y de los demás Órganos del Estado pertinentes, sobre la intención o no de los guardadores de iniciar el proceso de adopción, puesto que se debe evitar caer en un rigorismo formal, pensando en las consecuencias que el transcurso del tiempo, sin acompañamiento judicial, pudiere acarrear para los niños al no definirse su estado filial.

Ahora bien, en esta audiencia, en la que se manifestaría la voluntad de los pretensos adoptantes, de adoptar al niño que cuidan y le dan trato de hijo desde la guarda judicial, se puede convenir que el proceso sea iniciado por el Ministerio Público (Asesor de Menores) si este lo creyere conveniente para el niño, como su representante de conformidad al art. 103 del

¹⁴ FALCON, Enrique M.; Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial; Proyecto de Código Civil y Comercial I; Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-2; Editorial Rubinzal Culzoni; año 2013; pag. 422.

C.C.C.N.¹⁵ porque las circunstancias de hecho que fueren expuestas en el acto judicial así lo aconsejaren; a más de que oportunamente se presenten los pretensos adoptantes con su letrado; mientras se avanza de oficios con todas las medidas previstas para la adopción en el Código Civil y Comercial..

Sin perjuicio de esta última propuesta, y teniendo en cuenta que cada grupo familiar necesita sus tiempos para adaptarse a uno o varios integrantes del nuevo grupo familiar, en razón de la individualidad propia de cada persona y de sus recursos internos para manejar los cambios en su vida de la mejor manera que su historia personal le enseñó.

Así, deviene necesario que cada decisión familiar, en especial referida a un estado filial, para que esta se pueda efectivizar concretamente debe nacer de la familia, de cada persona que la integra; para que no sientan que les es impuesta por una sentencia una determinada vida, y de esta forma lo decidido podrá ser sostenido en el tiempo evitando que los niños, niñas y adolescentes deban repetir el proceso de integración familiar una y otra vez; convirtiéndose la sentencia en un reconocimiento judicial y estatal del efectivo deseo y ejercicio de un derecho como lo es el de formar una determinada familia, que desplazará al adoptado de la anterior si existiere y al mismo tiempo se lo introducirá jurídicamente en aquella que ha formado con los pretensos adoptantes, quienes ya son parte de su historia personal y de su centro de vida.

III.- DESAFIOS DEL PARADIGMA PROTECTORIO FRENTE A LA ARMONIZACION DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL Y LA REALIDAD FAMILIAR

¹⁵ Art. 103 del C.C.C.N.: Actuación del Ministerio Público. 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 el ámbito judicial, complementaria o principal. a) Es complementaria en todos los procesos en los que se [...]

Con relación a lo desarrollado precedentemente, considero oportuno en esta instancia destacar además que el art. 706 de nuestro Código¹⁶, ha venido a consagrar el paradigma protectorio dentro del marco de la Constitucionalización del Derecho Privado y por ende del Derecho de Familia e incluso del Derecho Procesal que exige que en cada decisión judicial se busque la igualdad de las partes, se busque equiparar al más débil y vulnerable en el proceso a fin de que no se vulneren sus derechos, y se busque no solo reconocer derechos sino efectivizarlos.

En consecuencia, obliga a la Judicatura hacer prevalecer el interés de las personas en razón del principio convencional *pro homine* y fundamentalmente poner en un pie de igualdad procesal a aquellos en situación de vulnerabilidad; quienes en un proceso de adopción, son los niños, niñas y adolescentes. A más de ello, cabe recordar con respecto a estos últimos, que en la citada normativa también se enuncia expresamente como parte de tal paradigma, el principio del interés superior del niño, el cual conforme la ley 26061/05 es la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

La protección y reconocimiento a la familia se encuentra, en el ámbito internacional, por ejemplo en la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus arts. 17, 19, 11 inc. 2º y 32. En la Convención de los Derechos del Niño, en su Preámbulo y en sus arts. 2, 5, 8, 9, 10, 16, 20, 21, 22, 24 y 37; en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en cuanto se

¹⁶ Art. 706 C.C.CN: Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos; b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario; c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

refiere a los derechos y cuidados especiales a la infancia; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, en cuanto a la constitución y protección de la familia.

De esta forma, teniendo en cuenta todos los principios citados y las diferentes normativas enunciadas, considero que en aquellos procesos de familia, en los que estén involucrados los niños/as, como el de “adopción”, se requiere la presencia de un “juez constitucional y convencional”, que vele por la tutela judicial efectiva, que al decir de Fernando Toller, surgió como un derecho humano, en virtud de diversos tratados internacionales.¹⁷ Derecho amplio que a mi entender permitirá a las partes de la adopción acceder a la justicia, transitar un proceso legal y concluir con la protección del derecho a vivir en familia consagrado en la Constitución Nacional (art. 14 bis).

Por lo tanto, ante la expectativa que se pudiere generar en algunos casos en razón de lo previsto por el art. 616 del C.C.C.N., de que sea el Juez quien inicie el proceso de adopción de oficio por razones de celeridad procesal y a fin de evitar costos para los pretendientes adoptantes, tratándose el mismo de orden público, se podría responder, teniendo en cuenta no sólo la realidad fáctica de cada caso (si esto es viable o no), sino también con la realidad jurídica; intentando armonizar tal normativa con la tutela judicial efectiva y diferentes valores que no pueden ser dejados de lado como la justicia, la equidad y la verdad.

Para esto, deviene necesario tener en claro lo que engloba la tutela judicial efectiva, por lo que he de señalar que según Fernando Toller, incluiría los siguiente: “ El derecho de acceder al proceso, que es un derecho de titularidad general e indiscriminada; dentro del proceso, existe el denominado derecho al debido proceso o la defensa en juicio, del que también gozan todos los litigantes; el derecho a una sentencia justa, o conforme a derecho, que de la razón a quien la tiene, o a ambos litigantes en aquello en que cada cual tenga razón, derecho que asimismo poseen ambos contendientes y que en el primer sintagma esta mas referido a la justicia

¹⁷ Cfr. TOLLER, Fernando; Tutela Judicial Efectiva de los Derechos Fundamentales; Tratado de Derecho Judicial; Tomo I, Ed. La ley, pag. 485/486.

material, y en el segundo, con tonos mas formales, es mas alusivo a la mera conformidad con la ley; y el derecho del justiciable que tiene la razón, sea actor o demandado, a una concreta tutela jurisdiccional”.¹⁸

Es decir que, llevada la tutela al proceso de adopción, la niña/o tiene derecho a ser adoptado, y los guardadores y/o pretensos adoptantes derecho a adoptar; y ambos, derecho a vivir en familia, por lo que estos derechos sustantivos, tendrán como contracara otros derechos formales procesales que juntos han de conformar el derecho a la tutela judicial efectiva en la adopción.

En otras palabras, se ha de conformar el derecho a acceder a un proceso, y que en éste se respeten los lineamientos que son propios o específicos de la adopción, garantizándose así la defensa y la igualdad de las partes, para lograr concluirlo con una sentencia conforme a derecho, recibiendo el justiciable la mejor, real, efectiva y justa respuesta para su caso; que podrá fundarse no sólo en el Código Civil y Comercial de la Nación, sino también en todo el bloque Constitucional y Convencional (precedentemente citados) que reconocen el derecho a la familia.

Esto en razón de que todos los niños tienen derecho a vivir en familia, una familia que respete sus derechos a la salud, a la educación, a su desarrollo por lo que se debe evitar que el derecho a vivir en familia, sea puesto por debajo otros derechos que pudieran cercenarlo. Con el afán o la creencia de que el niño viva procesos eterno que pretendan la permanencia injustificada con la familia de origen, provocando con ello que no se produzca una real tutela judicial efectiva”¹⁹

En muchas ocasiones, valores fundamentales máximos, como el interés superior del niño quedan desplazados, y según Aida Kemelmajer, a veces irónicamente esgrimidos, quizás “por razones políticas como el respeto por

¹⁸ TOLLER, Fernando; Tutela Judicial efectiva de los Derechos Fundamentales; Tratado de Derecho Judicial; Tomo I, Ed. La ley, pag. 491.

¹⁹ Cfr. ALBEERTO, Leila Monica; Trabajo final de la Diplomatura en Derecho Privado de la Universidad Austral; Año 2015/ 2016.

la diversidad cultural, tal como surge de la sentencia recaída en el caso Harroud C/ France (recurso N° 43631/09), decidido el 4 de Octubre de 2012, en el que el TEDH sostuvo que Francia no viola la Convención (art. 8º) por no admitir la adopción de un niño nacido en Argelia, país en el que rige la Kafalah, aun cuando ese niño nació bajo el sistema del parto anónimo. Sinceramente, aunque el Tribunal quiera marcar diferencias, parece sorprendente que haya condenado a Luxemburgo por no atender al concreto interés del niño, por haber negado la adopción plena de una persona nacida en Perú, abandonada por sus padres y que, en cambio avale un régimen de Derecho Internacional Privado que, en el caso, impide a un niño que no tiene vínculos filiales en su país de origen con persona alguna, tenerlos en Europa con una familia francesa (STEDH, caso Wagner et JMWL C/ Luxemburgo”, de 28 de Junio de 2007)”²⁰

En consecuencia, es de vital importancia, que además de la justicia, como fin último de la actividad judicial, sea la equidad uno de los valores que motiven también al Juez y le permita exigir tanto a los organismos intervinientes como el Ministerio Público que en cada uno de sus actos administrativos o de política social que pudieran influir en el decisorio de un proceso de adopción, se utilicen criterios coherentes con el valor justicia. Al respecto, cabe citar a Alberdi, quien puso de resalto que “La sinceridad de los actos no es todo lo que se puede apetecer en política; se requiere además la Justicia, en que reside la verdadera probidad”²¹.

CONCLUSION

Teniendo en cuenta lo desarrollado en este trabajo, y que el Estado es responsable (a través de los tres Poderes) ante las personas menores de edad, “...tanto si se los priva indebidamente de vivir en su familia de origen como si se priva a los niños de su derecho a vivir en una familia adoptiva por

²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; “Nuevas realidades familiares en el Proyecto del Código Civil”, Nuevos Desafíos del Derecho de Familia; Ed. Rubinzal Culzoni; 1º Ed. Santa Fe, 2014.

²¹ ALBERDI, J.B.; “Bases y Puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina”; Director Alberto Palcos, E.W. Jackson INC.; Buenos Aires

exagerar la búsqueda de la familia de origen y dejar pasar el tiempo de la niñez sin otorgarlos en adopción”²²; debo concluir que el art. 616 del C.C.C.N., debe ser entendido y aplicado en armonía con las demás normas del referido Código, relativas al proceso de familia con aquellas propias de cada Código Procesal Local, y siempre en aras del interés superior del niño.

Por ello, el rol del Juez es protagónico, deviniendo necesario entonces que el Magistrado ejerza un rol de dirección, acompañamiento, afianzamiento y fortalecimiento de esa familia que recibe a un niño en sus vidas integrándolo a ellas, en aras de su bienestar. En definitiva, al decir de Gonzalez de Bisel, “no será otra cosa que el cumplimiento al principio de efectividad que el sistema jurídico proclama en forma reiterada (arts. 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 29 de la Ley 26.061)”²³

En consecuencia, este inicio de oficio previsto en el art. 616 del C.C.C.N., debe ser entendido como la facultad del Juez de; 1) intimar a las partes a iniciar el proceso de adopción, o bien 2) convocar a una audiencia luego de transcurrido el plazo de ley desde el dictado de la sentencia de guarda con fines de adopción para conocer la voluntad no de los guardadores de adoptar al niño evaluando el vínculo que se hubiere formado entre ellos, o bien, 3) dirigir el proceso solicitando pruebas u ordenando medidas antes y durante el proceso de adopción en resguardo del interés superior de los niños.

Tal oficiosidad, en causas en las que estén involucrados niños, niñas y adolescentes en situaciones de vulnerabilidad resultando de gran relevancia y más aún en aquellas causas en las que se otorga en guarda a niños que requieren mayor atención en cada detalle de su cotidianeidad, o en aquellos niños con alguna problemática de salud que les dificulte desenvolverse con

²² MEDINA, Graciela; La Adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación; Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012 - 2; Editorial Rubinzal Culzoni, año 2013; pag.472.

²³ GONZALEZ de Vicel, Mariela; con cita de Andrade, Antonio, El rol estratégico del Juez en los procesos de adopción, en L.L. Patagonia 2011; . Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial; pag. 437

mayor autonomía progresiva y que exige de cada adulto que lo rodea mayores responsabilidades.

A mas de ello, considero importante dejar aclarado que el rol y las atribuciones otorgadas al Juez del Proceso de Adopción, no puede desconocer la edad, su estado de salud ni tampoco la historia personal que carguen consigo los niños, puesto que al ser partes, tales circunstancias facticas de la vida familiar, se debe complementar con la voluntad del niño de ser adoptado y con la voluntad de los guardadores de convertirse en adoptantes de quien tuvieron en guarda por disposición judicial; puesto que son éstos, los primeros que tienen que evaluar si se ha logrado una integración sana en el grupo familiar.

En consecuencia, art. 616 del C.C. y C. de la Nación, no implica que los pretensos adoptantes no deban presentarse en el proceso con patrocinio letrado cuando haya sido el Juez el que impulsó el proceso, conforme lo sugerido en este trabajo; puesto que al ser partes junto con el niño, deviene necesario que el Juez continúe interviniendo en dicha causa por encontrarse debatiendo derechos que requieren ser reconocidos judicialmente con independencia e imparcialidad, para que tengan plena efectividad en todo ámbito de la sociedad. Al respecto, se ha afirmado “constituye un presupuesto necesario para la intervención jurisdiccional que exista un caso o controversia, en las que se requiere la determinación del derecho debatido entre partes adversas y que debe estar fundado en un interés específico concreto y atribuible en forma determinada al litigante.”²⁴

Obviamente esto no implica que como lo señala el art. 616 del C.C.C.N., el caso traído a debate jurisdiccional, sea iniciado por el Ministerio Publico, con copia del acta de audiencia que se celebró con posterioridad a los 6 meses desde la entrega en guarda, en la cual se encontrarían plasmadas la voluntad del o los adoptantes; por lo que el Juez, no podrá omitir cumplir con la disposición de iniciar el proceso de adopción cuando le es requerido por el propio pretense adoptado a través del Asesor o Defensor de Menores; de

²⁴ Cfr. GONZALEZ de Vicel, Mariela; Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial; pag. 437

conformidad con el interés superior del niño, niña o adolescente; entendiéndose ese interés superior en “nada más pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos”²⁵

Es decir que al tratarse el proceso de adopción de orden publico, en razón del interés superior del niño, se deben arbitrar todos los medios para que el valor justicia prevalezca no solo en beneficio del niño/a sujeto de derecho en el mismo, sino también de la comunidad internacional que protege los derechos referidos a la infancia y a la familia.

“...No hay que olvidar que el menor es sujeto activo de los mismos derechos humanos de todas las personas con la particular situación de su vida, de su entorno, de sus necesidades, de sus sentimientos...”²⁶; por ello, para concluir puedo afirmar que en Estado de Derecho Constitucional y Convencional, el Juez juega un papel protagónico, exigiéndosele haga uso de las facultades de oficiosidad que expresamente le concede el Código Civil y Comercial de la Nación; para impulsarlo sin sobrepasar los lineamientos procesales, en resguardo de la tutela judicial efectiva; para dirigir el proceso conforme derecho (entendido éste desde el neoconstitucionalismo como normas, principios y valores); para acompañar al niño y a las familias teniendo en cuenta la historia de vida de cada uno de ellos; siendo conscientes de que se está decidiendo sobre la vida presente y futura de un niño, intentando brindar la mejor respuesta jurídica para el caso, en aras de su interés superior.

²⁵ LUDUEÑA, Liliana Graciela; Derecho del Niño a ser oído. Intervención Procesal del Menor; con cita de Bruñol, en García Mendez, Infancia, ley y democracia en América Latina, Derecho Procesal de Familia – II; Revista de Derecho Procesal 2002 - 2; Editorial Rubinzal Culzoni; Año 2002, pag. 69;

²⁶ Cfr. LUDUEÑA, Liliana Graciela; Derecho del Niño a ser oído. Intervención Procesal del Menor; Derecho Procesal de Familia – II; Revista de Derecho Procesal 2002 - 2; Editorial Rubinzal Culzoni; Año 2002; pag. 160