



NUEVAS PERSPECTIVAS EN EL SISTEMA ADOPTIVO DEL CÓDIGO CIVIL

ALBERTINA DUBA
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

COMENTARIO DEL FALLO. Tribunal de Familia número 2 de Mar del Plata, fallo: P.J.C. y otro s/ adopción 28/3/08.

1. HECHOS

En el presente fallo se solicita la adopción por parte de los guardadores G. y M.L. de los jóvenes J.C.P. y N.J.P. El padre biológico de los jóvenes se encuentra en prisión debido a la comisión del delito de homicidio calificado contra la madre de sus hijos. Ante el requerimiento de si desea entregar a sus hijos en adopción, éste acepta. A su vez los niños tienen dos hermanas, que se encuentran con otra familia, quienes las adoptaron bajo la modalidad simple.

En el transcurso del proceso se comprueba que el contacto de J.C. y N. con sus hermanas hace que los primeros “*resignifiquen su historia personal familiar y que constituye el mantenimiento de la propia identidad*”¹; por otra parte de las pericias psicológicas y de los informes ambientales surge la colaboración de los guardadores para que J.C. y N. se mantengan en contacto con sus hermanas, compartiendo distintos eventos familiares y además los hermanos manifiestan que desean seguir frecuentándose.

Debió el tribunal entonces determinar qué clase de adopción aplicaba a este

¹ Fallo: P.J.C. y otro s/ adopción 28/3/08, Tribunal de familia N° 2 de Mar del Plata, www.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=1409&tipo=6, 10/06/2008.

caso concreto. En nuestro país contamos con dos modalidades de adopción, la adopción simple y la adopción plena. La primera sólo crea vínculo adoptivo entre el adoptante y el adoptado, mientras que la segunda extingue todo vínculo jurídico con la familia biológica del adoptado, creando entre éste y la familia del adoptante una plena integración familiar.

Después de un extenso examen, el tribunal decidió otorgar la adopción plena de J.C. y N. a los guardadores, declarando la inconstitucionalidad del art. 323 del Código Civil, en la parte que expresa “el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos”, permitiendo así que J.C. y N. mantengan el vínculo con sus hermanas, teniendo en cuenta la relación preexistente entre ellos, los aspectos de su historia personal y su realidad de origen, respetando también el derecho a la identidad de los niños y el interés superior de estos, derechos consagrados en la ley 26.061 ley de protección Integral de niñas niños y adolescentes, ley 13.298 art. 8.1 de Promoción y Protección Integral de los niños de la Provincia de Buenos Aires , así como en los Tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), con una especial mención a la Convención de los Derechos del Niño arts. 7 y 8.

El criterio del tribunal para fundar su decisión fue “*la circunstancia exclusiva del mejor interés del sujeto a adoptar*”².

2. UNA NUEVA CONCEPCION DEL NIÑO IRRUMPE EN EL DERECHO DE FAMILIA

Antes de comenzar con el desarrollo concreto del fallo, considero necesario analizar cuál fue el rol que el niño ocupó a lo largo de la historia, para comprender mejor como fueron cambiando las normas sobre adopción en nuestro sistema legal.

En tal sentido debemos cuestionarnos si hay preguntas que debemos formularnos, tales como, ¿siempre se escuchó al niño o niña? ¿cuáles han sido sus necesidades tanto materiales como afectivas? ¿el instituto de la adopción tuvo

² Fallo: P.J.C. y otro s/ adopción, 28/3/08, Tribunal de Familia N° 2 de mar del Plata www.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=1409&tipo=6, 10/06/2008.

siempre como centro de atención al adoptado? ¿o fue solo pensada para los adoptantes?. La respuesta a todos estos interrogantes las tenemos que analizar a través del tiempo, ya que los distintos procesos históricos y socioculturales hacen que el lugar que tuvo el niño, su interacción con el núcleo familiar, como la mirada del Estado, en tanto sujeto de derecho, haya variado.

La educación que recibían los niños no fue siempre llevada adelante por la madre; así, en Grecia era llevada por esclavos, en tanto la supervivencia o muerte del niño al nacer la determinaba el padre, y si consideraba que este no era apto, se lo abandonaba. (Sara Rozenblum de Horowitz, 1990).

En Roma nos encontramos con la figura del pater familias, éste podía darles muerte, azotarlos y también venderlos como esclavos, vemos entonces como los niños en estos periodos históricos eran identificados como mercancía y el lugar que ocupaba la madre estaba desdibujado si lo comparamos con su rol en la actualidad. (Sara Rozenblum de Horowitz, 1990).

Es recién en el renacimiento que cobra importancia la figura materna en la crianza de los hijos, de esta manera y con la llegada de la Edad Moderna, los valores culturales van mutando, produciéndose un giro que cobra visibilidad en la actualidad, haciendo que el niño pase a ser el centro de atención del Estado, amparado tanto por la legislación nacional como internacional. De esta manera, se pretende efectivizar el interés superior de este, atendiendo a su derecho a la filiación, a ser escuchado, a conocer sus orígenes, a la identidad, etc., donde poco a poco la jurisprudencia de nuestros tribunales va acompañando con sus fallos innovadores la mutación de los valores culturales de nuestra sociedad.

3. LA ADOPCIÓN EN EL CODIGO CIVIL: ¿TIEMPOS DE CAMBIO?

Establece el art. 329 “la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en este Código. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí”, el art. 323 “la adopción plena es irrevocable.-Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de perte-

necer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de esta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico”³.

Vemos entonces que la adopción plena extingue todo vínculo con la familia biológica, mientras que en la adopción simple el vínculo se mantiene y la misma puede ser revocada.

Ante la rigidez del sistema adoptivo actual y si tomamos en consideración el fallo en análisis, nos encontramos frente a una dificultad porque la normativa vigente no nos ofrece una solución para este caso. Es momento de preguntarnos acerca de la necesidad de una reforma, que priorice una nueva concepción del niño sujeto a adopción y la revalorización de la flexibilización de los efectos de la adopción plena, así como la trascendencia de la integración familiar que este tipo de adopción realiza. En este sentido expresa el fallo que “*se advierte la necesidad de contar con una figura que permita tener vínculo con los adoptantes, la familia de estos y la familia de origen*”⁴.

No se trata ante un hecho concreto, de encasillar al adoptado en un tipo adoptivo o en otro, sino de conjugar sus intereses para que sus lazos afectivos se conserven y que este pueda forjarse su identidad con su pasado familiar y su presente. Puede suceder que ante el otorgamiento de una adopción plena, con el correr de los años el adoptado recupere vínculos con su familia de origen y entonces aquí se nos presenta otra vez el conflicto de un sistema adoptivo cerrado donde la realidad y los constantes cambios culturales en lo que a la familia, a la adopción y a los derechos humanos se refieren, van evolucionando y por otro lado se encuentra la normativa vigente estática sin poder ofrecer soluciones para estos casos, como bien lo expresa Marisa Herrera “*habiendo vínculos afectivos rescatables, cualquier institución jurídica que no los recepte sino que, por el contrario, los intercepte de manera definitiva e irrevocable, viola abiertamente varios derechos de raigambre constitucional. De los humanos que titularizan tanto los niños como los adultos ya que, como he mani-*

³ Arts. 329 y 323 del Código Civil, Zavalía, 2004.

⁴ Fallo: P.J.C. y otro s/ adopción 28/3/08, Tribunal N° 2 de Mar del Plata, www.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=1409&tipo=6, 10/06/2008.

*festado, la ruptura de vínculos jurídicos también compromete el derecho a la identidad tanto de los padres como de los hermanos, si los hubiera, y en un plano más atrás, del resto de la familia extensa*⁵. Entre las normas que hoy protegen el derecho a la identidad y su realidad de origen, se encuentran, el art. 328 del Código civil, “*el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años de edad*”, el art. 321 inc. H “*deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica*”⁶, cabría preguntarnos y como crítica a estos artículos ¿qué sucede si el adoptante le revela esta verdad al niño mucho antes de los 18 años? ¿Deberá esperar hasta esa edad para poder acceder al expediente de adopción?; no hay que olvidar el principio de capacidad progresiva consagrado el art. 27 de la ley 26.061, donde los niños tienen el derecho a participar y a ser oídos en cualquier estado del proceso. De lo expuesto, quedan evidenciados enormes avances sobre este tema y sobre la protección del adoptado, y por otro lado la necesidad de articular el actual sistema normativo con una nueva concepción sobre las modalidades de adopción, en donde se flexibilicen los efectos de la modalidad plena.

Quizás vamos camino hacia una adopción abierta donde los padres de sangre y los adoptivos tienen contacto entre sí, atendiendo a que la calidad de los vínculos sea lo más beneficiosa posible para todos. Tal vez como sociedad todavía nos cuesta esta idea porque no está arraigada a nuestras costumbres, pero fallos como éste nos demuestran cada vez más la necesidad de implementarla y quizás también de que los padres adoptivos dejen atrás el temor a la pérdida o al desamor porque el niño comienza a vincularse con integrantes de su familia de origen. Beatriz Gelman nos explica “*cuando una pareja decide adoptar y se compromete con este proyecto necesita renunciar al hijo biológico. Para ser afiliado como hijo en una estructura familiar, un niño adoptado necesita inaugurar un lugar que le pertenezca como tal: un lugar propio. Los padres van haciendo un pasaje del hijo ideal que fantasean al hijo posible, que indudablemente será distinto del que hubieran tenido de haber podido*

⁵ HERRERA, Marisa: El derecho a la identidad en la adopción, Tomo I y II, Editorial Universal, 2008, págs. 35, 36.

⁶ Arts. 328 y 321 inc. H del Código Civil, Zavalía, 2004.

concebir. El deseo de adoptar un hijo es el producto de una desilusión y se construye complejamente. Es necesario crear un espacio afectivo para anidar al niño a quien se ha de ahijar. Todo niño necesita ser deseado, ser bien mirado por los padres. Este deseo sostenido durante la crianza irá posibilitando un buen desarrollo de la autoestima del niño, aspecto fundamental para la identidad del sujeto y para los adultos un vínculo gratificante en su función de madre y padre. Queda evidenciado el largo recorrido que deben hacer los padres adoptivos tanto desde lo psíquico como desde lo jurídico, razón por la cual es entendible el temor cuando el niño crea o se vuelve a vincular con algún miembro de su familia de origen”⁷.

Esta modalidad de adopción abierta integrada por la familia del adoptante, la familia de origen y el adoptado constituye en muchos casos el mejor modo de resguardar la identidad del adoptado, relativizando así los efectos de la adopción plena.

4. CONCLUSION

Si reconocemos la situación de crisis por la que atraviesa este instituto, es momento de plantearnos una seria reforma sin necesidad de anular o restar valor a la adopción plena y a la adopción simple. Se trata aquí de sumar nuevas figuras que contemplen todas estas situaciones que se plantean como consecuencia de la adhesión a los tratados internacionales, pero por sobre todo adecuarse a los constantes cambios socioculturales que en estos últimos años han avanzado de manera significativa. Por este motivo, las dificultades expuestas y ante la carencia normativa, solo contamos en la actualidad con las construcciones de los jueces que echan mano de las herramientas que poseen tratando de aportar la solución más justa, hasta tanto se produzca un cambio en la legislación vigente y el niño a adoptar vea efectivamente tutelados por parte del Estado todos sus derechos.

⁷ GIBERTI, Eva; BLUMBERG, Susana; DE RENZI, Cristian; GELMAN, Beatriz; LI-PSKI, Graciela. “Adoptar hoy” Editorial Paidós, Bs. As., 1994, págs. 22, 23.

BIBLIOGRAFIA

DANTONIO, Daniel Hugo. “Régimen legal de la adopción” Editores Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997.

GIBERTI, Eva; BLUMBERG, Susana; DE RENZI, Cristian; GELMAN, Beatriz; LIPSKI, Graciela. “Adoptar hoy” Editorial Paidós, Bs. As., 1994.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa. “Ley de Protección Integral de niñas niños y adolescentes”.

HERRERA, Marisa: El derecho a la identidad en la adopción, Tomo I y II, Editorial Universal, Bs. As., 2008.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Origen biológico. Derecho a conocer” Bs. As., Marzo 4 de 2009-JA 2009, fascículo n° 9.

ROZENBLUM DE HOROWITZ, Sara. “Adoptar, lo legal, lo psicológico, lo social”, ediciones Kargieman, Bs.As. 1990.

Tribunal de Familia número 2 de mar del Plata, Fallo: P.J.C. y otro s/ adopción, 28/3/08, en www.abeledoperrot.com/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=1409&tipo=6, 10/06/2008.