

Fundamentos de la Ley 15610

La Ley Provincial Nº 14.528, que establece el procedimiento para la adopción, ha seguido en su redacción y fundamentos los lineamientos del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Con la aprobación definitiva del cuerpo legal enunciado en el párrafo antecedente en el Congreso Nacional, la normativa relacionada con el instituto de la adopción ha sufrido algunas variaciones.

Este proyecto de ley incorpora dichas modificaciones a fin de armonizar la normativa provincial con la nueva legislación de fondo, y tiene como base y antecedente el proyecto de ley D-30/16-17-0, de autoría del suscripto.

En este sentido se establece un plazo máximo - de noventa (90) días- para que el juez resuelva sobre la situación de adoptabilidad de los niños, niñas y adolescentes. Con la incorporación de este plazo máximo se propone la modificación de los artículos relacionados, a fin de coordinar los tiempos de las etapas extrajudicial y judicial.

También se añade, entre otras, la modificación de los sujetos procesales del juicio de adopción, de acuerdo con el artículo 617 del C.C.C. Asimismo se garantiza la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de declaración de adoptabilidad y adopción, y se les brinda la asistencia de un letrado especializado en niñez y adolescencia, proporcionado gratuitamente por el Estado, si tienen edad y grado de madurez suficiente, a criterio del juez interviniente.

Asimismo, se aclara la división de funciones de acuerdo al Sistema de Protección Integral, según el cual, se distinguen las funciones de política social de las funciones judiciales, siendo los organismos administrativos los que dictan medidas de protección con notificación del juez y ministerio pupilar.

Con relación al artículo 10, se modificó íntegramente. En la redacción anterior se había alterado el funcionamiento del Sistema de Protección Integral. Ahora tenemos que, si después de la búsqueda aparecen los padres, el organismo administrativo llevará adelante la re vinculación y una vez vencido el plazo sin que cesen las causas que motivaron estas medidas de acercamiento, recién ahí aparece la instancia judicial. Esta instancia será muy similar a la establecida en el artículo 12, ya que por diferentes vías se llega a similar situación de hecho.

En el referido artículo 12, se adopta el procedimiento del artículo 10, se llega a la misma situación de hecho por diferentes causas. En el mencionado artículo 10 se identifican familiares se hacen medidas de re vinculación, aquí puede ser cualquier otra situación de hecho que derive en una medida de abrigo. Una vez que se vencen los plazos, el procedimiento es igual, ya que se deberá citar a los familiares.

Con relación al artículo 13, se propone modificar el primer párrafo (plazo de 6 meses) agregándose el plazo máximo de 90 días.

En lo atinente al artículo 17 que se pretende modificar, en el último párrafo aludía a que el juez podía tomar medidas de protección, para ser más rigurosos, se elimina la palabra protección ahora refiere "medidas" simplemente.

A todo evento en el artículo 23, ahora se establece la participación del Ministerio Público y del organismo administrativo, quienes deberán intervenir.

El presente proyecto unifica el plazo de licencia por guarda con fines de adopción o adopción a todos los empleados públicos estatales provinciales.

Se crean y otorgan dos licencias que no están legisladas, se estipula una licencia para realizar trámites para iniciar, proseguir y culminar el proceso de guarda con fines de adopción y el de adopción propiamente dicho, como así también se regula la licencia de vinculación previa entre los aspirantes a adoptar y el niño, niña y adolescente, tendiente a que se conozcan y hasta que se inicie la convivencia.

Es sabido que al iniciar un proceso de adopción se realizan varios trámites en sede administrativa o judicial que insumen varias horas y días, ya sea para presentar documentación como para la realización de evaluaciones, entrevistas y proceso de selección de la familia más adecuada para el niño, niña y adolescente.

Estos trámites son más asiduos en el proceso de guarda con fines de adopción por lo que resulta imprescindible contar con licencias necesarias para poder realizarlos y culminarlos, mientras que en el proceso de vinculación los adultos deben amoldarse a los lugares de pertenencia, necesidades y tiempos del niño, niña y adolescente con quien se está vinculando.

En el ámbito nacional existieron y existen varios proyectos de ley para modificar la Ley de Contrato de Trabajo (Ley Nº 20.744) e incorporar la licencia por adopción entre otras.

Así en el Senado de la Nación existen los Proyectos S 1169/06, autoría de las senadoras Marina Raquel Riofrío y Alicia Margarita Antonio Kirchner; S 926/10 autoría de la senadora Marina Raquel Riofrío; S 1470/15 autoría del senador provincial por provincia de San Luis, Daniel Pérsico.

En la Cámara de Diputados de la Nación existen los proyectos 2238-D-2018 firmante la diputada María Graciela Ocaña; 6128-D-2018 firmantes los diputados Carlos

Daniel Castagneto, Juan Cabandie, Luana Volnovich, Laura Russo, Luis Rodolfo Tailhade, María Cristina Britez, María Lucía Masin, Juan Manuel Hussy Horacio Pietragalla Corti; 2402-D-2018 firmantes las diputadas Mirta Tundis y Cecilia Moreau y 1268-D-2019 firmantes los diputados Silvia Martínez y Alejandro Echegaray. En el ámbito provincial existe el Proyecto E 18/18-19, de autoría del senador Dalton Jáuregui, que cuenta con media sanción del Senado de la Provincia y fue remitido a la Cámara de Diputados en el mes de agosto de 2018.

El nacimiento de un hijo, así como el otorgamiento del niño en guarda con fines de adopción, más allá de las diferencias en cuanto a las consecuencias físicas del parto para la madre, implican el inicio de una nueva convivencia y el forjamiento del vínculo parento familiar.

Este período de adaptación es fundamental, pues sienta las bases para el posterior desarrollo del menor y, puntualmente, resulta indiferente la forma en que el hijo llega a la vida de los padres, pues, en cualquier caso, se requerirá de tiempo para que el vínculo entre padres e hijo se consolide y para que la nueva familia pueda organizarse. En tal sentido la licencia laboral no sólo es un derecho, sino que también es una herramienta destinada a acompañar a los padres y a los hijos para que ese proceso resulte exitoso.

Es necesario reiterar que no existe una diferencia real entre la situación de los padres adoptivos y los padres biológicos que justifique una reducción del tiempo de la licencia. Por el contrario, dependiendo de las circunstancias de la adopción, -el pretenso adoptado puede provenir de hogares desintegrados y/o de situaciones de abandono y tener más o menos edad, con la consiguiente situación de vulnerabilidad-, se requerirá de mayor atención, tiempo y cuidados específicos, y demandará la atención completa de ambos padres con el objetivo de garantizar a los niños una estabilidad emocional acorde a sus necesidades.

La legislación no puede ignorar una situación de ese tipo, porque ello implicaría el desamparo del niño, niña y adolescente que se pretende adoptar y la impotencia parental para iniciar, formar y desarrollar el vínculo. En tal sentido es dable remarcar que los instrumentos internacionales que protegen a la mujer, contemplan el derecho a la maternidad sin efectuar distingo alguno respecto a la forma de inicio del vínculo filiatorio.

Así el preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) reconoce "...la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos...", por ello el artículo 4 inciso 2, insta a los Estados a proteger la maternidad y en

el artículo 11 inciso 2, regula la licencia por maternidad con goce de haberes y la protección contra el despido.

De lo antes expuesto se colige que si se decide formar una familia mediante el instituto de la adopción debe asegurársele, a la mujer, los mismos derechos de maternidad que a las madres biológicas porque lo contrario implicaría una discriminación arbitraria e impediría el pleno goce de los derechos reconocidos en la Convención.

Las modificaciones y licencias introducidas tienen como finalidad primordial salvaguardar el interés superior del niño, entendiéndose éste conforme lo normado en el artículo 3 de la Ley Nº 26.061, como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Resulta menester destacar que el Comité de Derechos del Niño, sobre la consideración primordial de su interés superior, ha definido al contenido de este estándar internacional como un derecho, un principio y una norma procesal y en su apartado 6 ha señalado: "El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El art. 3, párr. 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos Facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés

superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. En la presente observación general, la expresión "el interés superior del niño", abarca las tres dimensiones arriba expuestas. De allí el contenido polisémico de la cláusula del interés superior.

En otro orden, el derecho a la identidad ha sido receptado en el artículo 11 de la Ley Nº 26.061, al enunciar que: "*Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil*".

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contrarie el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley".

Se han establecido en la Ley Nº 14.528, a modo de principios rectores del régimen jurídico de la adopción: el interés superior del niño -anteriormente desarrollado- el respeto por el derecho a la identidad; el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos; el derecho a conocer los orígenes; el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez (10) años. La enumeración de estos principios, que ya se encuentran incorporados al derecho interno a través de

sendos instrumentos internacionales, fortalece y da contenido al "interés superior del niño", a la vez que otorga al juez las pautas de interpretación que deberá tener especialmente en cuenta para la resolución de las cuestiones que se le presenten.

La observancia de todos los derechos, principios y procedimientos rectores, con la sanción de la Ley Nº 14.258, se hallaban en consonancia, verbigracia, con lo dispuesto en el informe 117/06, de fecha 26 de octubre de 2006, a la admisibilidad de la petición 1070-04, abierta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Admisibilidad Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Javier Fornerón".

La petición enunciada precedentemente, la cual se comentará brevemente, versaba sobre la presentación de una petición el 14 de octubre de 2004, por parte de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de Margarita Rosa Nicoliche, contra la República Argentina. Los peticionarios alegan que el Estado ha incurrido en responsabilidad en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por impedirle a Leonardo Aníbal Javier Fornerón cuidar y criar a su hija, Milagros Fornerón, ignorando con ello, sus derechos de padre, así como el interés superior de la niña.

En la petición se indica que el señor Leonardo Aníbal Javier Fornerón habría tomado conocimiento de que Milagros es hija suya el 3 de julio de 2000 y la reconoció formalmente el 18 de julio de 2000 ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Victoria. Se indica que el 18 de octubre de 2000, el señor Fornerón solicitó ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Victoria, la suspensión de la guarda provisoria y restitución de su hija. Sin embargo, el 17 de mayo de 2001, el juez resolvió conceder la guarda de Milagros a la pareja a la que le fue entregada por la madre biológica. Asimismo, se alega que el 15 de noviembre de 2001, el señor Fornerón interpuso un juicio de derecho de visitas, sin que a la fecha de presentación de la petición se hubiera emitido una resolución al respecto, con lo que afirman que se le impidió el acercamiento con su hija. La petición subraya que tanto en el proceso de la guarda judicial, como en el de régimen de visitas existió retardo injustificado por parte de las autoridades jurisdiccionales, permitiendo de esa manera que el señor Fornerón quedara excluido de la vida de Milagros.

Por lo que la Comisión concluye que es competente para tomar conocimiento del caso de autos y que la petición es admisible conforme a los artículos 46 y 47 de la Convención Americana. En virtud de los argumentos fácticos y jurídicos que anteceden, y sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, decidió: 1. Declarar admisible el caso de autos en relación con las violaciones que se alegan, de los derechos reconocidos en los artículos 8, 17, 19, 25 y 1.1 de la Convención Americana; 2. Notificar la presente decisión a las partes; 3. Proseguir el

análisis del fondo del asunto y 4. Hacer público el presente informe y publicarlo en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

La perspectiva del interés superior del niño también se encuentra plasmada en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 41/85, del 3/12/1986; se afirmó que "...en todos los procedimientos de adopción y colocación en hogares de guarda, los intereses del niño deben ser la consideración fundamental" y se proclamó como principio que "*Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y el niño*" y que "*El bienestar del niño depende del bienestar de la familia*". Asimismo, el artículo 5 estableció que "*En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental*"; por ello asegura en el artículo 16 que "*La legislación deberá asegurar que el niño sea reconocido legalmente como miembro de la familia adoptiva y que goce de todos los Derechos pertinentes a su condición de tal*"

Bajo este paradigma, el otorgamiento de una licencia para padres adoptivos otorgada una vez que se dicta la guarda con fines de adopción sin contemplar las licencias previas y necesarias para realizar trámites administrativos y/o judiciales y el período de vinculación afectan directamente el interés del menor que precisamente la legislación constitucional intenta proteger.

Como se mencionó anteriormente, el niño adoptado parte generalmente de una situación de vulnerabilidad que busca ser compensada mediante su incorporación a una familia y muchas veces las referencias de adultos les generan desconfianza y temor a una nueva pérdida. Es por ello que el tiempo que los padres tengan para dedicarle al niño al inicio del vínculo, repercute directamente sobre su posterior desarrollo y bienestar cimentando las bases de la relación parento-filial.

El derecho del niño a disfrutar de su familia, debe protegerse intensamente desde el comienzo del vínculo para que se fortalezca y permita el bienestar del niño y sus padres.

Resulta entonces un mandato constitucional contemplar cuidadosamente la situación de los padres y los hijos adoptados para ajustar la legislación a los estándares constitucionales y convencionales, asimilando los beneficios entre padres biológicos y adoptivos y contemplar otras situaciones que sólo se dan en la adopción.

De esta manera, se reivindicaría para el niño, la madre y padre adoptivos la relación vincular parento-filial merecedora de todos los beneficios de la ley, ya que

supone los mismos derechos y obligaciones afectivas y materiales que emanan de una relación vincular biológica.

Cabe destacar que el presente proyecto tuvo el invaluable aporte de Carolina Recalde, Presidenta de la ONG M.A.M.A (Movimiento de Ayuda de Matrimonios Adoptantes), y de Laura Salvador de Ser Familia por Adopción, ambas de trayectoria intachable, ejemplar e inocludicable de muchos años en pos de la lucha por hacer efectivo el derecho de un niño, niña o adolescente a tener una familia, fin último de la institución de la adopción.

Asimismo, resulta menester destacar que mediante el Expediente E 66/22-23 de mi autoría, el presente proyecto obtuvo media sanción en esta Honorable Cámara de Senadores con fecha 29/11/22.

Es por todo lo expuesto y con la convicción de contribuir a salvaguardar todas las soluciones posibles a la situación de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes de las decisiones que corresponda adoptar bajo el fundamento de su interés superior, del cual resultan aquellos los principales destinatarios y de conformidad a los fundamentos presentados, solicito a los señores legisladores me acompañen en la aprobación del presente proyecto.