

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN Y REFLEXIONES ACERCA DE SU IRREVOCABILIDAD: UNA VISIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS ESPECÍFICOS DEL NIÑO

GISELLE SALAZAR BLANCO*

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Adjunta de docencia del curso de Derecho del Menor y Derecho de Familia de la PUCP.
Jefe de Práctica del curso Proyección Social de Derecho de la PUCP.

Sumario: 1. Introducción 2. Antecedentes 3. Sobre la naturaleza jurídica de la adopción 3.1 Teoría Contractual 3.2. Teoría del Acto Condición 3.3. Teoría Institucional 3.3.1. Teoría Institucional desde la perspectiva de la Doctrina de la Situación Irregular 3.3.2. Teoría institucional desde la Perspectiva del Niño como Sujeto de Derecho 4. La filiación adoptiva: ¿La irrevocabilidad de la filiación?

1. Introducción

Antes de empezar, es fundamental tener presente que a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por nuestro país hacia 1990¹, el mandato de dicho instrumento internacional es el de adecuar nuestra legislación referida a la niñez y adolescencia a los principios que subyacen en él, y más específicamente en la concepción de la niña, el niño y el adolescente como sujeto de derecho.

En este sentido, el presente trabajo tendrá como finalidad analizar una de las instituciones del derecho del niño, como lo es la adopción, con el objeto de acercarnos a su naturaleza y finalidad jurídica, teniendo presente que el determinar el fundamento jurídico de una institución del derecho, es encontrar una razón que la explique, una delimitación de las bases ideológicas que la conforman señalando concretamente los principios que la integran, es de ahí, que parte la importancia y trascendencia del tema planteado.

Así, a la pregunta ¿qué es la adopción?, la respuesta que más frecuentemente podemos revisar de la doctrina peruana es la que la define como un acto jurídico por el cual se establece de manera irrevocable la relación paterno filial entre personas que no la tienen por naturaleza², o un contrato de derecho familiar en cuya virtud el adoptado adquiere la calidad de hijo matrimonial del adoptante³.

Al respecto, es necesario advertir que a lo largo de la historia, la institución de la adopción ha sido destinataria del otorgamiento de una distinta naturaleza y finalidad jurídica, existiendo diversas teorías o posturas que buscarán explicarla, y para ello, se ponderará diversas categorías para definirla.

Para poder entrar a desarrollar el presente tema, creemos

importante, por lo menos de manera muy general y como alcance ilustrativo, revisar los antecedentes de la adopción, en Roma y en Francia, a fin de contar con una visión más clara y precisa del tratamiento de la adopción en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Antecedentes

En Roma, la adopción tenía como finalidad principal la continuidad del culto doméstico y la perpetuidad de la familia, en la medida que, ante la imposibilidad de contar con herederos, el *pater famili* tenía la facultad de dejar ingresar a un extraño en su familia para someterlo a su patria potestad. Existían dos formas de adopción: la *adoptio* y la *abrogatio*.

La *abrogatio* consistía en un acto solemne donde el jefe de una *gens* en vías de extinción, atribuía la calidad de hijo a un ciudadano que tenía que ser jefe de otra *gens*. El que ingresaba a la familia era un *sui iuri*, es decir, aquél que no tenía una autoridad encima de él en su *gens*, y por ende, se trataba de la adopción de toda una familia, inclusive con los bienes que en ella se hubieran constituido.

Por otro lado, la *adoptio* era un acto de carácter privado que tenía como finalidad el ingreso de un *alieni iuris* varón, es decir aquél que tenía una autoridad por encima de él en su *gens* y que previamente se encontrara emancipado.

Con la *adoptio*, el adoptado no perdía sus vínculos con la familia natural, pero el padre real sí perdía la patria potestad en relación a su hijo, para lo cual tenía que realizar la venta del hijo por tres veces, siendo éste un símbolo de pérdida de su patria potestad.

En el derecho moderno, durante el siglo XVI, los legisladores franceses solicitaron la incorporación de la adopción en su ordenamiento jurídico, ello como fruto de una gran admiración a la cultura romana.

Sin embargo, una de las cuestiones de mayor debate para incorporar a la adopción en ese momento, fue el hecho de que mediante dicha institución el adoptado salía definitivamente de su familia de origen, situación que no era conducente con el pensamiento de la época, ya que se entendía, que un acto legislativo no podía determinar la ruptura de un vínculo paterno filial de orden natural.

* Agradezco sinceramente el apoyo desinteresado brindado por la Dra. Margarita Garriga Gorina, Profesora de la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra - Barcelona, España.

¹ Ratificada por Resolución Legislativa N° 25278 del 04 de agosto de 1990 integrándose como norma nacional al derecho peruano.

² PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Manual de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, p. 296.

³ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Lima: Gaceta Jurídica, p. 401.

Además, en relación a la adopción de menores (aquellos que carecían de un medio familiar), existía un gran impedimento para su configuración, que era, la carencia de una manifestación de voluntad válida por parte del adoptado ya que en ese momento se comprendía que nadie podía quedar sometido a un nuevo vínculo de familia sin su consentimiento. Es por ello que, finalmente el CODE de 1804, llega a integrar a la adopción, pero sólo de mayores de edad.

Como hemos podido revisar de manera muy general, tanto la abrogación, como la adopción, respondían a necesidades de índole político social y religioso, en la medida que las normas asimilaron a la adopción basándose en razones religiosas, con la única finalidad de asegurar la sucesión masculina y el culto a los antepasados.

Asimismo, en Francia se incorpora la adopción por una gran admiración de sus juristas a la cultura romana y en consecuencia, podemos concluir que era invisibilizado cualquier fundamento que plasmará la finalidad de la adopción en las necesidades del niño y adolescente por la ausencia de un medio familiar adecuado que promoviera y garantizara su desarrollo como persona humana; argumentos que podemos observar hacia 1923, en Europa a propósito de los huérfanos de las guerras mundiales.

A este respecto nos ha señalado Zannoni Bosert :

“La historia de la moderna adopción empieza recién en la Primera Guerra Mundial y la conmoción que se produjo en la niñez desvalida, perdidos los hogares de millones de niños se buscó el paliativo a través de la adopción que se convierta entonces en un medio de protección para la infancia desprovista de un hogar”.

Como consecuencia de estos hechos, el Estado francés modificó sus leyes y consagró posteriormente (hacia 1939) la institución de la “Legitimación Adoptiva”, la cual tenía como fin conceder al adoptado el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes (adoptantes) mediante una sentencia constitutiva de derechos, y en consecuencia, al concederle al adoptado este “status” de hijo se instaurará la denominada irrevocabilidad de la adopción.

Es de resaltar además, que la Legitimación Adoptiva, era concebida como una institución de orden público, donde la manifestación de voluntad de los adoptantes, sólo le daría la facultad de recurrir o no a ella, más no la potestad de constituirla y/o de determinar sus condiciones y consecuencias.

Esta institución fue influencia directa de las legislaciones latinoamericanas y en el Perú, fue el Decreto Legislativo 22209 vigente al 15 de julio de 1978 que consagra la **irrevocabilidad** del vínculo generado por la adopción, (lo que denominamos: adopción plena⁵),

orientación que no era compartida plenamente por nuestro Código Civil de 1936 el cual permitía la posibilidad de revocar cuando se incurría en las causales establecidas taxativamente en dicho cuerpo normativo⁶.

Tal como se puede observar en el desarrollo legislativo de la adopción⁷, en nuestro Código Civil de 1936, la finalidad estaba destinada a solucionar la carencia de descendientes por parte de los adoptantes, o en todo caso, de satisfacer “pruritos asistencialistas” evidenciándose el privilegio y ponderación de los intereses del adoptante frente a los intereses del adoptado.

3. Sobre la naturaleza jurídica de la adopción

Como lo hemos señalado al inicio del presente trabajo, existen distintas teorías que definen la adopción. A continuación nos acercaremos a cada una de ellas.

3.1 Teoría Contractual

En la Teoría Contractual primará el espíritu romano-civilista del individualismo y el valor a la autonomía de la voluntad, y por lo tanto, se privilegiará para la conceptualización y desarrollo de la adopción, al valor de las manifestaciones de voluntad del adoptante y del adoptado.

Así Colín y Capitant⁸ señalan que “la adopción es un acto jurídico generalmente un contrato que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de filiación y parentesco.”

Como se desprende de esta conceptualización, para la doctrina contractualista no existía un verdadero estado familiar, ni una auténtica relación paterno filial, sin embargo con ella se constituirán derechos como los alimentarios, sucesorios, y de patria potestad. Se puede evidenciar entonces que se comprendía que la filiación estaba basada en un vínculo biológico.

En la doctrina peruana, Héctor Cornejo Chávez ha señalado lo siguiente:

*“Desde nuestro punto de vista podríamos conceptualizar a la adopción como un contrato solemne de Derecho Familiar en cuya virtud el adoptado adquiere la calidad de hijo matrimonial del adoptante... Vista así la figura (...) La familia adoptiva tiene base únicamente en la convención”.*⁹

La teoría contractualista ha sido objetada en la doctrina, ya que, entre otros argumentos¹⁰, destaca el que resalta la intervención directa

⁴ BOSERT, Gustavo y ZANONI, Eduardo. Manual de Derecho de Familia. 2da Edición, Astrea: Buenos Aires, 1996, p. 565.

⁵ En doctrina se entiende a la adopción plena como aquél tipo de adopción que constituye filiación y por lo tanto genera la extinción de la relación paterno filial de origen. En tal sentido, el adoptado, como hijo, tiene todos los derechos que confiere la ley. Por otro lado, mediante la adopción simple, no se configurará un vínculo de filiación y por lo tanto, el adoptado tendrá derecho sólo a ser alimentado y educado por el adoptante. Se conservarán, entonces, los derechos y obligaciones correspondientes a su familia natural.

⁶ Código Civil de 1936: La revocación de la adopción será declarada por el juez, a instancia del adoptado, si existen justos motivos, y a instancias del adoptante en caso de ingratitud del adoptado.

⁷ Código Civil de 1936: Artículo 326: Para la adopción se requiere (...) 1. Que el adoptante sea mayor de cincuenta años y goce de buena reputación.

⁸ COLÍN y CAPITANT. Cours de Droit Civil Francois. Tomo 1 p. 315.

⁹ CORNEJO CHÁVEZ. Op. Cit., p. 401.

¹⁰ (i) La adopción no puede conceptualizarse como un contrato ya que el factor patrimonial no es el determinante. (ii) En la adopción no existe consentimiento, la manifestación de una de las partes es insuficiente. (iii) Los derechos y obligaciones no se fijan por las partes ya que ellos están determinados por la ley.

del Estado a través de la autoridad administrativa o judicial, tanto en las condiciones, en los efectos, y en la constitución misma de la filiación adoptiva; lo que no acontecería en los contratos, donde tal intervención puede resultar inadvertida.

Así nos ha señalado Javier Serna Barbosa:

“...la tendencia contractualista en la adopción tuvo exponentes juristas como Baudry-Lacantiniere, Planiol, Colin y Capitant y Zacharie, todos ellos con definiciones que coinciden en atribuirle a la institución el carácter de contrato solemne, para explicar una situación jurídica que es incontrovertiblemente extraña a la esfera del contrato. Y esto es así, si se considera una situación de hecho que debe ser reglada por la ley y que evidentemente, es anterior a ella desde el punto de vista del tiempo... Todo lo anterior para concluir que la noción de contrato por lo que concierne a esa materia se halla en crisis total”¹².

3.2. Teoría del Acto Condición

Dentro de esta misma línea, existe la denominada Teoría del Acto Condición que también pondera a las manifestaciones de la voluntad del adoptante y del adoptado, conceptualizando a la adopción como el acto jurídico que se encuentra condicionado por los requisitos y solemnidades que requiere la ley.

En esta misma línea se ha pronunciado la doctrina peruana:

“La Adopción es un acto jurídico que se caracteriza por ser formal, voluntario, puro y simple, irrevocable y singular. Es voluntario se señala porque representa la libre expresión desinteresada de adoptar y ser adoptado. Decisión que se toma de manera libre y está fundada en los legítimos derechos de constituir una familia, es formal en razón que para su validez se exige el cumplimiento de ciertas solemnidades y la intervención del Estado...”¹³.

El tratamiento jurídico de la adopción en nuestro Código Civil, carece de una definición expresa de la institución, sin embargo, de una revisión sistemática de la norma podemos afirmar que nuestro Código Civil incorpora esta postura en la medida que su desarrollo normativo está constituido por categorías propias del acto jurídico¹⁴.

Cuando revisamos estas concepciones, no dudamos en lo absoluto, que encajen en nuestro ordenamiento jurídico¹⁴, es decir, es de claro conocimiento que un elemento constitutivo para el inicio

de un proceso de adopción es la manifestación de voluntad de un adoptante, que se exterioriza a través de la solicitud o demanda según fuera el caso.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, si definimos a la adopción como acto jurídico, no llegamos a priorizar las categorías más importantes que revelen su verdadera finalidad jurídica, los fundamentos, y aquellos principios, que consagra la Convención sobre los Derechos del Niño, en específico de la concepción del Niño como Sujeto de Derecho; y del rol estatal de respeto y garantía de sus derechos humanos específicos, postura que desarrollaremos a continuación.

3.3. Teoría Institucional

Por otro lado, en la teoría Institucional se concibe a la adopción como una institución de derecho del niño y adolescente, entendiendo al derecho de la infancia y adolescencia como un cuerpo normativo que contiene principios específicos, cuya finalidad es la protección integral de los derechos del niño y adolescente.

3.3.1. Teoría Institucional desde la perspectiva de la Doctrina de la Situación Irregular

Como señalaba el Dr. Rafael Sajón¹⁵ para la conceptualización de la adopción se priorizará el interés del llamado anteriormente “menor”¹⁶ y la definirá como una institución dirigida a amparar sus necesidades, siendo una de ellas el de vivir en un ambiente familiar del cual carece.

En tal sentido, manifiesta el autor que :

“ La adopción es una institución del Derecho de Menores, como compuesto de reglas de ese derecho, que constituyen un todo orgánico y que comprende una serie indefinida de relaciones, derivadas todas ellas de un hecho fundamental, considerado como punto de partida y base. La moderna concepción de los derechos funciones de los niños y adolescentes hizo renacer la adopción pero con una nueva naturaleza jurídica y atendiendo a los fines más preciosos, de justicia, de solidaridad y paz social...no se trata de proporcionar un menor a una familia sino una familia a un menor”¹⁷.

Estos argumentos aparentemente confluyen en una acertada determinación de la naturaleza jurídica de la adopción, sin embargo, realizando un análisis más exhaustivo podemos manifestar que aquélla, contiene claros principios de una doctrina anterior a la establecida a la Convención sobre los Derechos del Niño, que es la llamada Doctrina de la Situación Irregular la cual tenía como fundamento prioritario, el tratamiento del niño como un objeto de

¹¹ SERNA BARBOSA, Javier. El instituto jurídico de la adopción. Bogotá: Editorial Horizontes, p.12.

¹² MEJÍA SALAS, Pedro. La Adopción en el Perú. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, p. 23.

¹³ Artículo 381 del Código Civil: La adopción no puede realizarse bajo modalidad alguna.

Artículo 380 del Código Civil: La adopción es irrevocable

¹⁴ Artículo 140 del Código Civil: El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez requiere:

1.- Agente Capaz
2.- Objeto física y jurídicamente posible
3.- Fin Lícito
4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

¹⁵ Ex Director del Instituto Interamericano del Niño de la Organización de Estados Americanos.

¹⁶ Se denominaba “menor” a aquellos niños que se encontraban en una “irregular situación”, es decir en estado peligroso, peligro moral y peligro material. Así el “menor” era concebido como un incapaz de actuar ante el mundo jurídico tanto civil y penal. Para este sector de la niñez en específico, se creó una legislación especial que tenía como fundamento la protección del “menor” mediante el control y represión.

¹⁷ SAJÓN, Op. Cit., p. 11.

protección y de compasión¹⁸.

Al respecto, en relación a la adopción, el mismo autor nos señala lo siguiente:

“Se atendía igualmente a razones de orden público, la prevención general y especial del abandono, del delito mediante una razonable política de seguridad y defensa social, colocando a los menores huérfanos, abandonados en un medio familiar normal y permitiendo su bienestar material y su desarrollo espiritual, al otorgársele un estatuto jurídico que los equiparaba a los hijos legítimos”¹⁹(el subrayado es nuestro)

Si bien estas concepciones establecían una finalidad tutelar del Estado, la misma estaba justificada en primera instancia, en la corrección de una situación calificada como anormal, de esa peligrosidad latente que ostentaban aquellos menores abandonados que al carecer de una familia que ejerciera la labor de corrección y un hogar, estaban proclives a la delincuencia, y en ese sentido, es que la sociedad demandará al Estado la implementación de medidas de seguridad y de defensa social ante esta “amenaza” social, siendo la adopción una de las medidas más idóneas para garantizar dicho requerimiento.

En tal sentido, Emilio García Méndez nos ha señalado que, con esta doctrina se intentaba legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Se exorcizan, señala, las deficiencias de las políticas sociales, optándose por soluciones de naturaleza individual, mediante la figura del juez con un poder omnímodo y discrecional, que privilegiará la institucionalización o la adopción²⁰.

A este respecto, creemos que se logró un avance al priorizar las necesidades del “menor” para la determinación de la naturaleza jurídica de la adopción, sin embargo, esta postura no logra desarraigar la concepción del menor como un objeto de compasión por parte del Estado, priorizando las demandas de la sociedad adulta y visualizando en la adopción como un medio idóneo y privilegiado para contrarrestar la situación de los menores que carecían de un medio familiar.

Podemos observar entonces, que el criterio justificante de la adopción, estaba basado intrínsecamente en valores como los de estabilidad social y seguridad nacional y evidentemente, en el tratamiento del niño como objeto de protección el cual era protegido por el Estado mediante un control, sin limitarse en su actuar en un respeto de los derechos humanos de los niños, como lo es el derecho a la identidad, o la garantía de salvaguardar los vínculos familiares y comunitarios en toda medida de protección a los niños.

Así, esta posición dista mucho de la visión de la adopción como una institución que tiene como fundamento el respeto a una necesidad del niño de vivir en un ambiente familiar y desarrollarse integralmente en el seno de una familia, necesidad hoy reconocida como derecho humano específico del niño, postura que planteamos y que a continuación desarrollamos.

3.3.2. Teoría institucional desde la Perspectiva del Niño como Sujeto de Derecho

Desde la perspectiva de la Doctrina de Protección Integral²¹, podemos concebir en la actualidad a la niñez y adolescencia en general, como portadora de demandas sociales que son recogidas en la Convención sobre los Derechos del Niño²², reconociendo al niño como sujeto de derechos humanos genéricos, y derechos humanos específicos.

Este instrumento internacional consagra la denominada “Doctrina de Protección Integral del niño” según la cual, el niño ya no será visto más, como objeto de compasión y protección, generándose una obligación de carácter imperativo al señalar que el Estado deberá brindar medidas de protección para respetar y garantizar los derechos de la infancia y adolescencia.

Es el niño, ahora, que tiene el derecho de exigirle y demandar de parte de los responsables, es decir del Estado, de la familia, y de la sociedad civil en general el cumplimiento efectivo de sus derechos. En este mismo sentido, se ha pronunciado nuestro Código del Niño

¹⁸ La Doctrina de la Situación Irregular es aquella ideología que se plasma en las legislaciones de menores que tuvieron como fundamento la teoría de la Defensa Social y la priorización de las políticas de seguridad ciudadana para la protección de un sector específico de la infancia, los “menores”. Este sector, era visto por la sociedad y el Estado como un peligro para la sociedad que demandaba políticas de seguridad.

Así, el estado singular de este sector de la infancia y adolescencia determinaba que el Estado respondiera con un afán corrector – represor, es decir mediante el internamiento en instituciones públicas, con un claro rol puramente asistencialista del Estado, criminalizando la pobreza y desconociendo las vulneraciones flagrantes a los derechos fundamentales. Esta doctrina diferenciaba el tratamiento jurídico de los “menores”, y el de aquellos niños que sí poseían un medio familiar. Para los primeros existía una norma específica: El Código de Menores de 1962, y para el segundo grupo: el Código Civil de 1936.

¹⁹ La Adopción en la Legislación Latinoamericana. Diferentes Sistemas Recomendaciones. Montevideo: 1978.

²⁰ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Derecho de la Infancia – Adolescencia en América Latina. De la Situación Irregular a la protección Integral. Bogotá: Ediciones Forum Pacis.

²¹ La Doctrina de la protección Integral establece a la niñez y adolescencia como grupo unitario, es decir destierra el concepto “menor” que contenía una connotación peyorativa en relación al estado en que se encontraban aquellos niños y adolescentes (abandonados o infractores de la ley). Entiende al niño como sujeto de derecho: al Estado, la familia y a la sociedad civil como responsables en la garantía y respeto de sus derechos.

²² Como sabemos, la Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado de derechos humanos que se incorpora en nuestra legislación a partir de 1990 con el grado máximo de jerarquía normativa y a diferencia de los anteriores instrumentos internacionales que trataron la temática de niñez y adolescencia, posee fuerza vinculante para los Estados parte, y obliga a las legislaciones nacionales de la materia a adecuar sus ordenamientos a los principios y valores que ella consagra. Al respecto, Mercedes Carreras ha señalado, que (...) “La naturaleza jurídica de la Declaración y de la Convención difiere sustancialmente, y lo mismo cabe decir de su fuerza ante los Estados para que se cumplan. Este tipo de declaraciones en su función de instrumento internacional, constituye lo que se llama (soft law) (...) no obliga los Estados y constituye una mera definición del pensamiento de Naciones Unidas respecto a los derechos del Niño. Mientras que las Convenciones son de derecho fuerte (hard law) y por su carácter obligatorio requieren una decisión activa del Estado (...) garantizar los derechos incluidos en ella e introducir e su legislación los derechos que se han formulado(...) incluye mecanismos para arbitrar su cumplimiento.”

y del Adolescente, y los diferentes ordenamientos jurídicos en América Latina ²³.

En este orden de ideas, es la Convención, la que ha incorporado una serie de principios que tendrán como finalidad optimizar las normas consagradas en dicho instrumento internacional.

Así tenemos, el Principio del Interés Superior del Niño, el denominado *welfare principle* o “bienestar del niño” que implica desde nuestra concepción (en el ámbito jurídico) una ponderación de los derechos de los niños en torno a derechos de terceros o intereses difusos de la sociedad (temática que lamentablemente escapa a los términos del presente trabajo) y el más importante para efectos del presente tema, el Principio del Niño como sujeto de derecho.

Dicho principio, establece el pleno reconocimiento del niño como centro de imputación de derechos y deberes, derechos humanos genéricos (los que tiene por su condición de persona) y derechos humanos específicos (aquellos derechos que ostenta por la condición de niño y el estado de desarrollo en que se encuentran, implicando la mejora y reforzamiento de las normas en favor de la infancia frente a las normas otorgadas a todos los seres humanos).

En tal sentido, se le reconoce al niño el carácter de persona humana, (aunque parezca tautológico), portadora de demandas sociales frente al Estado, la familia y a la sociedad, y frente a la cual, existen deberes muy concretos y específicos.

Desde nuestro punto de vista, uno de los derechos humanos específicos del niño, es el que contempla el artículo 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que a la letra señala:

“Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especial del Estado”

Asimismo, el artículo 20.2 señala en consecuencia:

“Los Estados garantizarán de conformidad con sus leyes nacionales otros tipos de cuidado para esos niños.

Siendo que el artículo 20.3 señala:

Entre estos tipos de cuidado para esos niños figurarán entre

otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala de derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”

Estas disposiciones establecen el derecho de los niños que se encuentran imposibilitados de vivir con su familia, (por la ausencia de ella, o por que su derecho al desarrollo integral se encuentra flagrantemente vulnerado por los mismos agentes que conforman su familia de origen)²⁴, a que el Estado le brinde una asistencia y una protección especial mediante una medida de protección que tendrá como finalidad garantizarle el derecho al desarrollo integral, desarrollo físico, espiritual, moral y social. (artículo 27 de la Convención).

Para poder garantizar este derecho humano, el Estado deberá establecer todo un sistema de protección al niño como por ejemplo la implementación de programas locales, regionales, nacionales que establezcan las visitas y el seguimiento en el propio hogar de los niños presuntamente declarados en abandono (cuidado bajo el propio hogar), o el establecimiento de programas oficiales y comunitarios con atención educativa hacia los padres, etc.; y todas ellas con la finalidad de fortalecer los vínculos familiares y comunitarios del niño y adolescente, siempre y cuando dicho fortalecimiento no implique una vulneración a sus derechos.

Sin perjuicio de lo expuesto, ante el supuesto de que el niño: (i) carezca de un medio familiar (ii) exista la imposibilidad de establecerlo con la familia ampliada, o (iii) la situación extremadamente grave lo amerite²⁵; el niño deberá ser sujeto a una medida de protección que tendrá como finalidad retirarlo de su medio familiar y por consiguiente institucionalizarlo o darlo en colocación familiar, donde se le deberá proporcionar todo lo necesario para su subsistencia, educación, recreación, etc.

²³ Código del Niño y el Adolescente:

Artículo IX: Interés Superior del Niño.- En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo, y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad se considerará el principio del Interés Superior del Niño.

La Constitución de Brasil por ejemplo, establece claramente el espíritu de la Convención en el artículo 227 que señala quienes son los principales agentes llamados a la real efectivización de los derechos del niño: “Es deber de la familia, de la sociedad, y del Estado asegurar al niño y adolescente con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la cultura, a la recreación, y a la profesionalización, a la libertad al respeto a la dignidad además de ponerla a salvo de todas las formas de negligencia, discriminación, explotación violencia y crueldad”

²⁴ Artículo 9: Los Estados Parte velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, **que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres** o cuando estos estén separados y deba de adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”

Artículo 248 del Código de los Niños y Adolescentes: El Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando: (...)

b) Si las personas que conforme a ley tienen el cuidado personal de su crianza incumplan las obligaciones o deberes correspondientes o cuando carecieren de las cualidades morales o mentales necesarias para asegurara la correcta formación.

c) Sean objeto de maltrato por quienes está obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran.

d) Sean entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración exceda de ese plazo.

g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.

h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella, con el propósito de ser obligados a realizar trabajos no acordes con su edad .

²⁵ Esta situación de gravedad en modo alguno podrá justificarse en la carencia de recursos económicos, tal como lo establece nuestro Código de los Niños y Adolescentes. Cuando nos referimos a una situación grave tomamos como ejemplo, violencia física y psicológica reiterada e intencional, explotación del niño, u obligarlos a la mendicidad, etc.

Sin embargo, el niño que ha sido privado de su medio familiar requiere satisfacer las necesidades que van más allá que la simple colocación en un hogar de guarda, (tal como lo establece el Preámbulo de la Convención²⁶) y es por lo tanto, la adopción una medida de protección idónea que permitirá brindarle un ambiente familiar de amor y comprensión que coadyuvará a la garantía del derecho al desarrollo armonioso de su personalidad.

La adopción, será entonces, la única medida de protección que pueda prolongarse en el tiempo a fin de sustituirle un hogar estable y permanente, siendo que cualquier otra medida, podrá servir para satisfacer sus necesidades como proveer de educación, salud, y nutrición al niño, pero ninguna logrará la satisfacción completa en los campos de desarrollo espiritual, social y afectivo.

Por otro lado, como se ha señalado, el rol garante del Estado en relación a los derechos fundamentales implica la necesidad de una conducta gubernamental de emprender acciones positivas para el ejercicio de éstos, que no se agotarán evidentemente, en la mera existencia de un orden normativo.

Es en tal sentido que el Estado implementará en primer lugar, medidas legislativas²⁷ que instauren un sistema de adopciones, que se constituirán en procedimientos administrativo o judicial, los mismos que tendrán como finalidad en cada una de las actividades y etapas que las conformen, el respeto y la garantía de los derechos de los niños, atendiendo primordialmente a la obligación del Estado a brindarle asistencia y protección especial cuando no puedan permanecer en su medio familiar.

Así, en cada una de estas etapas del procedimiento de adopción, el rol del Estado se verá limitado en el respeto de sus derechos, por ejemplo: El Estado se encontrará impedido de llevar a cabo una adopción si es que no es estrictamente necesario en interés del hijo²⁸, asimismo, para constituir el estado de filiación adoptiva, se respetará el derecho a la opinión del niño²⁹, y se tenderá a salvaguardar el derecho a la identidad y nacionalidad del niño, en la medida que la

autoridad estará obligada a privilegiar las adopciones nacionales frente a las adopciones internacionales³⁰.

En consecuencia, para definir a la adopción debemos partir, en primer lugar, de la idea incuestionable del niño como sujeto de derecho, y de aquellos derechos humanos específicos de los niños que se encuentran privados de su medio familiar temporal o permanentemente, o cuyo superior interés exija que sean retirados de ese medio.

Se convierte el Niño en la razón de ser esencial de la institución y en su justificación primordial, quedando en segundo plano el anhelo de los padres adoptivos y por ende, su manifestación de voluntad, la cual será un elemento constitutivo de la adopción, ello sin lugar a dudas, pero no el elemento prioritario como para definirla.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, y compartiendo, en parte una visión institucional pero desde la visión del niño como sujeto de derecho, podemos definir a la adopción de la siguiente manera:

La adopción es una institución de derecho del niño y adolescente de integración familiar, de orden público e interés social que se constituye en un proceso jurídico judicial o administrativo, por el cual, mediante la sentencia judicial o resolución administrativa, se creará el vínculo de filiación adoptiva³¹.

Una institución que determina y contiene todo un conglomerado normativo donde subyacen principios de la Doctrina de la Protección Integral del Niño, es decir un conjunto de reglas ideadas con fines de protección integral del niño y adolescente³², que tienen como fundamento prioritario el respeto y garantía del derecho humano específico del niño y adolescente que carece de un medio familiar adecuado o que su superior interés exija sea separado de ese medio, a ser protegido y asistido especialmente por el Estado, a fin de salvaguardar su desarrollo integral.

Por ende, cuando definimos a la adopción como una institución de derecho del niño y adolescente, significa que las normas contractuales o aquéllas que reivindican a las manifestaciones de la voluntad, son insuficientes por sí solas para regular esta figura, por lo que la misma necesita de preceptos de más elevada categoría, moldes de otra naturaleza para que el contenido se adapte a su verdadera finalidad jurídica.

²⁶ Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad amor y comprensión... (5to. considerando).

²⁷ - El Código del Niño y el Adolescente.
- La Ley de Procedimientos Administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono (Ley 26981).
- El Reglamento de la Ley de procedimiento administrativo de Adopción de Menores de edad declarados judicialmente en abandono. Decreto Supremo 001-99 PROMUDEH - Directivas, etc.

²⁸ Artículo 9 de la Convención, anteriormente citado

²⁹ Artículo 12 de la Convención: Los Estados garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten(...) Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de su representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (Subrayado nuestro.)

Artículo 25 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo de Adopciones:
Decreto Supremo 001-99 PROMUDEH: En caso de que se no se produzca la aceptación por parte de la niña, niño o adolescente, o de los adoptantes y el Informe de Empatía sea desfavorable y siempre que medie motivo justificado de la no aceptación de los adoptantes estos tendrán una segunda oportunidad de ser designados.

³⁰ Artículo 116 Código del Niño y Adolescente: Subsidiariedad de la adopción por extranjeros: La adopción por extranjeros es subsidiaria de la adopción por nacionales. En caso de concurrir solicitudes de nacionales y extranjeros, se prefiere la solicitud de los nacionales.

³¹ Siguiendo esta misma orientación se ha pronunciado la legislación costarricense. Ley 7538, Ley de Adopciones vigente al 20.10.1995.

³² La Convención sobre los Derechos del Niño.
El Convenio de la Haya para Adopciones Internacionales aprobado por Resolución Legislativa 26474 del 1 de junio de 1995.
El Código del Niño y el Adolescente.

La Ley de Procedimientos Administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono Ley 26981.

El Reglamento de la Ley de procedimiento administrativo de Adopción de Menores de edad declarados judicialmente en abandono, Decreto Supremo 001-99 PROMUDEH.- Directivas, etc.

Así, la doctrina española, representada por Diez Picazo ha señalado al respecto:

*“La adopción no es, por lo tanto un negocio de Derecho de Familia formado por los consentimientos del adoptado y de adoptante homologado simplemente por la autoridad judicial, sobre todo si se tiene en cuenta, que en las propuestas de las entidades antes referidas ya se seleccionan a los que van a ser adoptantes, en una palabra los eligen”. (El subrayado es nuestro)*³³.

Efectivamente, a nivel legislativo están determinadas quienes serán las personas que podrán solicitar la adopción, y es en ese sentido, que el artículo 128º del Código del Niño y el Adolescente señala quienes tendrían legitimidad para iniciar un proceso de adopción, garantizando la idea de salvaguardar el derecho del niño a integrarse a su familia ampliada³⁴.

Por otro lado, en torno a las adopciones que se tramitan mediante un proceso administrativo se le delega a la autoridad administrativa (la anterior Oficina de Adopciones del MIMDES, hoy Secretaría Técnica de Adopciones) la selección de los adoptantes, previo examen que comprende los aspectos psicológicos, moral, social y legal. En estos casos, los seleccionados integrarán la terna o dupla de adoptantes que se propondrá ante el Consejo de Adopciones y será este órgano quien finalmente **determinará** a los que estarán capacitados para iniciar el procedimiento de adopción.

Se puede observar al respecto que el rol garantista del Estado va a limitar extremadamente la voluntad de los adoptantes por esta obligación de respeto al derecho humano específico del niño a ser protegido especialmente mediante la adopción, y podemos señalar, por consiguiente, que la declaración de los adoptantes no va a cumplir un rol tan amplio como en un contrato o un acto jurídico.

En este sentido, Margarita Garriga ha señalado lo siguiente:

“ Se ha escrito mucho sobre la naturaleza jurídica de la adopción tras la última reforma(...)y parece claro que ya no puede hablarse de un negocio privado homologado por el juez, en tanto éste puede decidir no constituir la adopción aunque concurran todos los requisitos establecidos en la ley , si no la considera conveniente para el niño”.(Subrayado nuestro.)

Exactamente, se puede evidenciar en este supuesto la concepción del Niño que carece de un medio familiar o que haya sido separado de su familia, como único fundamento del proceso de constitución de la filiación adoptiva, y por lo tanto, de todas las decisiones judiciales o administrativas que deberán salvaguardar el derecho del niño al desarrollo físico, espiritual, moral y social, tal como lo establece la

Convención sobre los derechos del Niño.

En consecuencia, en el supuesto de cumplirse todos los requerimientos que establece la ley y el procedimiento, se entenderá que, si de dicha resolución judicial o administrativa no resultare un respeto y garantía al desarrollo integral es decir, su desarrollo físico, espiritual, moral y social, más allá de cumplirse todos los requisitos, el juez estará en la obligación de no constituir la filiación adoptiva³⁵.

Así, a modo de conclusión podemos manifestar que, el conceptuar a la adopción de los niños y adolescentes, como un acto jurídico es invisibilizar categorías prioritarias para su definición y la determinación de su actual naturaleza jurídica, y es de advertir que en nuestro actual ordenamiento existen algunas categorías residuales que reivindican a las manifestaciones de la voluntad para el desarrollo de dicha institución, que pasamos a desarrollar a continuación.

4. La filiación adoptiva: ¿La irrevocabilidad de la filiación?

Una vez tomado en cuenta en que consiste la institución de la adopción, no tenemos duda que el efecto que produce la adopción es la generación de un vínculo paterno filial, es decir la filiación adoptiva.

A este respecto, sólo queremos mencionar un alcance muy puntual acerca de la definición que maneja nuestro Código de los Niños y Adolescentes, como también de la doctrina, en relación al estado que genera la adopción donde se señala indiscutiblemente la irrevocabilidad del vínculo generado por la adopción³⁶.

Como ya lo hemos mencionado, el antecedente más cercano para entender la irrevocabilidad de la adopción se constituye en la institución de la Legitimación Adoptiva, donde como lo señalamos, se generaba un vínculo “semejante” a la filiación, y por lo tanto era imprescindible establecer la irrevocabilidad.

La irrevocabilidad se encontraba dirigida hacia aquellas manifestaciones de voluntad del adoptante posterior a la sentencia consentida o ejecutoriada que otorgaba la adopción, ya que se buscaba garantizar esta “situación semejante a la filiación” generada por una sentencia establecida por la autoridad judicial, y es en esa medida, que aquellas manifestaciones de voluntad que se encuentren dirigidas a revertir una relación paterno filial constituido por la autoridad judicial, no tendrá ningún efecto jurídico.

En este sentido ha señalado la doctrina:

“En cuanto a la posibilidad de revocación es claro que el artículo 380 la niega al adoptante. Siendo éste persona capaz la ley no

³³ DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GUILLÓN. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. Sétima Edición. Madrid: Tecnos, 1998, p. 312.

³⁴ Artículo 128 del Código del Niño y Adolescente
El que pose vínculo matrimonial con el padre o la madre del niño por adoptar.
El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
El que haya pro hijado o vivido en el niño o el adolescente por adoptar durante el periodo de dos años.

³⁵ Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos administrativos, la consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño.

³⁶ Artículo 115: “La adopción es una medida de protección al niño y adolescente por la cual, bajo la vigilancia del estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno filial ente personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”.

quiere permitirle que por sí y ante sí, por un simple acto de propia voluntad (que es lo que realmente consiste la revocación) altere o dé por terminada una relación paterno filial que el mismo quiso crear, quitando firmeza y estabilidad al status de hijo³⁷. (Subrayado nuestro.)

Sin embargo, una vez que la sentencia o la resolución surta efectos, es decir quede consentida o ejecutoriada la consecuencia inmediata es la constitución de un vínculo paterno filial, es decir la Filiación.

¿Y qué entendemos por Filiación? La filiación se ha señalado en la actual doctrina es un estado civil, es una cualidad peculiar de la persona que resulta del puesto que tiene una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de nuestra comunidad y que mediata o inmediatamente concreta el régimen de su capacidad. Según Peña, una cualidad personalísima determinada por la situación dentro de una familia que le asigna el haber engendrado en ella, o estar en virtud de la adopción³⁸.

En consecuencia, la filiación se podría decir, depende para su definición de las situaciones fundamentales de la organización civil de nuestra sociedad, es decir de un orden público establecido que generará un estado civil familiar y que concretará las relación jurídica o situación de cada persona en relación con los demás miembros de la familia que le confiere este "status filii", en nuestro caso, entre adoptante y adoptado en calidad de padres e hijos y "status filiae" en la familia adoptiva, de modo que, el adoptado, deviene en hermano de los hijos del adoptante, nieto de los padres del adoptado, primo de sus sobrinos, etc.

En este orden de ideas, de la propia definición de Filiación, podemos señalar que ella no depende de ninguna manifestación de voluntad sino como lo hemos expuesto de situaciones de hecho y de la organización civil de la comunidad, que generan cualidades personalísimas al individuo dentro de ella y los derechos y deberes generados de esta relación paterno filial. Así, la filiación no tiene como fundamento alguno normas de carácter privado sino más bien normas de orden público, por lo que hablar de una irrevocabilidad (término referido a las manifestaciones de la voluntad) de la filiación carece de sentido.

En esta línea de argumentación, cuando señalamos que la adopción es irrevocable porque con ella se genera filiación, entramos a una incongruencia de categorías jurídicas, que lo que nos evidencia es todavía el rezago de aquellas teorías que señalan a la adopción como un contrato o un acto jurídico.

El hijo adoptado es hijo, y se obtendrán los mismos derechos que en una filiación de origen con las salvedades que establece la norma, tal como la posibilidad del adoptado de "extinguir" este vínculo cuando llega a la mayoría de edad, pero ello no desvirtúa en lo absoluto la calidad de hijo una vez constituida la relación paterno filial. Además es importante tener presente que la filiación tanto de origen como la adoptiva puede ser extinguida, qué mejor evidencia que la propia institución de la adopción.

Preguntémosnos, una madre cansada por los gastos que le ocasiona el mantener a sus hijos, por el sólo hecho de manifestar "ya no quiero ser la madre de este niño", ¿tendría este hecho la relevancia suficiente como para establecer una norma que exprese que la Filiación es irrevocable? No lo creemos así.

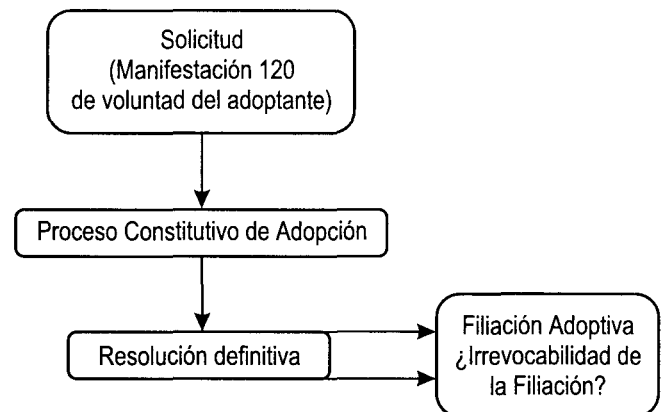
Entendemos que en la adopción existe Filiación y en consecuencia el hecho de que en ella exista una manifestación de voluntad del adoptante como uno de sus elementos constitutivos, no la convierte en un contrato o acto jurídico, ni mucho menos desvirtúa a la Filiación como la hemos definido, es decir como un estado civil que se basa en la organización de la comunidad y que responde a un orden público.

En consecuencia, discrepamos con las doctrinas que han definido y señalado que en caso de la adopción no existe filiación sino un vínculo semejante y que por ende, tendría sentido hablar de una irrevocabilidad. Creemos que el término de "irrevocabilidad de la adopción" podría tornarse peligroso en la medida que nos pudiera hacer llegar a la conclusión que lo que se genera en la adopción no es una verdadera filiación, sino un vínculo semejante a ella.

Desde nuestra posición, señalar que la adopción es irrevocable porque con ella se genera un vínculo paterno filial carece de sentido.

Es decir a la pregunta: ¿La filiación es revocable? La respuesta evidente es que no es revocable, y a la pregunta ¿la filiación es irrevocable?, la respuesta es igual de negativa.

Para explicar mejor lo que señalamos lo ilustraremos en un esquema:



Al respecto, haciendo una interpretación desde una visión institucional de la adopción, la irrevocabilidad podría estar dirigida a aquellas manifestaciones de la voluntad que se dan durante el proceso de constitución de la adopción. En tal sentido, podríamos señalar que la manifestación de los adoptantes es irrevocable a partir de la presentación de la solicitud de adopción, lo cual nos llevaría a concluir que el adoptante no podría desistirse en ninguna etapa del proceso, ni siquiera después del periodo de Colocación Familiar, que podría originar la inexistencia de una empatía natural que no depende de ninguna norma preestablecida, posición a la que definitivamente no nos inclinamos.

³⁷ CORNEJO CHÁVEZ. Op. Cit., Loc. Cit.

³⁸ ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA. Madrid: Civitas, 1995, p. 3118. PEÑA BERNARDO DE QUIROZ. Derecho de Familia, Madrid, 1989.

En tal sentido, una interpretación razonable, sin perder de vista la naturaleza y verdadera finalidad de la adopción y del estado que genera, es concluir que la irrevocabilidad de las manifestaciones de la voluntad van dirigidas a las manifestaciones de voluntad de los adoptantes y de los que participan en el proceso pero desde cuando ellas son vinculantes.

A modo de ejemplo, podemos mencionar, que en el anterior proceso judicial de adopciones, existía una etapa posterior al período de empatía, que se definía como la Audiencia Ratificatoria en donde los adoptantes le informaban a la autoridad judicial la reafirmación en su decisión de adoptar, creemos entonces que a partir de ese momento podemos considerar que el adoptado no podrá desistirse de su solicitud de adoptar.

Para ilustrar lo interesante de este tema vamos a mencionar un caso que fue materia de estudio:

Esta era una pareja de extranjeros que buscaba adoptar a un niño peruano, siguieron el trámite idóneamente en su país y el procedimiento en el nuestro. Según ambos informes (tanto los del extranjero como en el nacional), los adoptantes presentaban excelentes condiciones para asumir el rol de padres, (siendo que además mostraban una muy buena empatía con el niño sobre todo durante el periodo de colocación familiar –convivencia- resultando muy bien evaluados por la autoridad). Sin embargo, al día siguiente de notificada la resolución que los declaraba padres, la adoptante reconoce los fuertes temores y el rechazo que le generaba el niño (que en un primer momento no quiso asumir en las diligencias respectivas), y decide desistirse de la petición de adopción, interponiendo múltiples solicitudes de desistimiento y hasta un recurso de apelación. Todos estos recursos fueron presentados antes de que la resolución quedara consentida o ejecutoriada y, por consiguiente antes de que dicha resolución generara la filiación adoptiva.

Ante este caso, tenemos una norma expresa que señala que la adopción es irrevocable: ¿Cómo hubiéramos actuado? ¿Cómo interpretaríamos a la irrevocabilidad?

En un primer momento, podríamos haber señalado que, siguiendo argumentos de derecho material y dentro de una posición contractualista, los adoptantes si podrían “desistirse” en la medida que todavía no se ha generado un vínculo paterno filial, ya que los efectos de la irrevocabilidad de la adopción tendrán fundamento únicamente cuando se cierra el círculo contractual y por lo tanto exista Filiación es decir, cuando la resolución que la constituye se encuentra consentida o ejecutoriada.

Sin embargo, por lo que hemos expuesto durante las líneas precedentes este no sería nuestro razonamiento, sin querer manifestar con ello que en el presente caso nuestra intención como operadores del derecho sería que el niño se quede con una familia que no le puede garantizar un ambiente de amor y comprensión que permita su desarrollo integral.

Así, desde nuestro punto de vista consideramos que la manifestación de voluntad (solicitud de adoptar) de los adoptantes es irrevocable, sin duda alguna, porque como hemos desarrollado ya, el efecto jurídico de la adopción (filiación) no tiene nada que ver con

su contenido (medida de protección).

Empero, la irrevocabilidad no involucra en modo alguno la labor garantista de respeto y garantía de un derecho humano específico del niño a que el Estado le brinde asistencia y protección especial, fundamento y verdadera finalidad de la institución de la adopción ya que el dejar constituir una relación paterno filial de esa naturaleza constituiría una vulneración flagrante de parte de nuestro operador jurídico a los derechos humanos específicos del niño.

Es de señalar que el juez en el presente caso, mostró mucho respeto por una norma que incide en una naturaleza “contractual”, o en todo caso que muestra una visión adulto centrista de una institución que en modo alguno vela por el “derecho humano” de los adoptantes, siendo tal su apreciación que hasta se llegó a fundamentar la improcedencia del recurso de apelación y por lo tanto la permanencia del niño con los adoptantes.

Es necesario indicar que la irrevocabilidad de la adopción sólo irá dirigida a las manifestaciones de voluntad, más no tendrá incidencia en el rol garantista del Estado, y es en este sentido, que la doctrina española ha cuestionado la irrevocabilidad de la adopción señalando que la regla de irrevocabilidad no necesariamente tiende a salvaguardar y brindar mayor protección al niño por adoptar, ya que podría darse el caso que dicha irrevocabilidad genere una mayor seguridad a algunos actos que vulneran los derechos de los niños, como por ejemplo, el tráfico de niños, y es por este motivo que cobra gran importancia incidir en la determinación de la actual naturaleza de la adopción y su verdadera finalidad.

Podemos señalar que al hablar de irrevocabilidad la doctrina española la entiende dirigida en dos supuestos:

a. La irrevocabilidad de las manifestaciones de la voluntad tanto del adoptante como del adoptado establecidas durante el proceso de constitución de la adopción, es decir antes de la constitución del vínculo paterno filial

Que implicará que aquellas personas que consintieron o asintieron durante el proceso de adopción no pueden individualmente retractarse. Solo serán irrevocables las declaraciones tanto de los adoptantes, como de los padres biológicos en los casos en los que fuere necesario, cuando sean vinculantes.

A ello, la doctrina española ha señalado irrevocabilidad en sentido técnico.

b. La irrevocabilidad de las resoluciones expedidas por la autoridad judicial o administrativa

Que implicará que aquellas sentencias judiciales o administrativas que constituyen la denominada Filiación Adoptiva, no podrán ser modificadas, ni siquiera por modificación sobrevenida de las circunstancias que se consideraron a la hora de constituirse la adopción. A ello la doctrina española ha llamado irrevocabilidad en sentido material.

Sin embargo, en este último supuesto, cabe señalar que algunas legislaciones como la legislación alemana han establecido causales de “revocación judicial” (más bien denominaríamos “extinción”) de

oficio por concurrencia de un motivo grave para el niño adoptado³⁹.

En tal sentido, se puede evidenciar en ella, una real concepción del rol garantista del Estado en los operadores de justicia en aras de salvaguardar los derechos humanos específicos del niño, y de la obligación que subyace en los operadores jurídicos de respetar el derecho al desarrollo integral una vez constituida la relación paterno filial.

Creemos así, que queda claro que la irrevocabilidad de la adopción no tiene nada que ver con el principio de integración familiar tal como lo hemos mencionado; y es necesario señalar además, que en las legislaciones que no establecen el régimen de adopciones

plenas, es decir aquellas que no generan vínculo paterno filial, también se ha establecido su irrevocabilidad.

Finalmente, nos queda señalar que, al haber propuesto el presente tema esperamos haber enriquecido el debate académico, y por qué no decirlo, a la concientización del niño como sujeto de derecho, y a sus instituciones, en este momento adopción, que a la luz de los instrumentos internacionales son concebidas en torno a los derechos humanos del niño, concibiéndolo como Sujeto de Derecho, de derechos humanos genéricos y específicos, y lo señalamos aunque parezca reiterativo, ya que a veces por determinados actos de la familia, del Estado y de la sociedad en general, pareciera que ello todavía, nos fuera difícil de comprender.

³⁹ Artículo 1763 BGB: Revocación de oficio:
"Durante la minoría de edad del hijo, el Tribunal Tutelar podrá revocar de oficio, la relación adoptiva cuando ello resultare necesario por causas especialmente graves para el bienestar del hijo".