

Procesos Previos al Procedimiento de Legitimación Adoptiva

POR LEONIE GARICOÏTS

A fin de entablar la acción de legitimación adoptiva se debe cumplir con una serie de requisitos previos establecidos por los arts. 144 y 145 de la ley No. 17.823, C.N.A.

Podemos distinguir entre requisitos formales, que hacen a las personas -tanto a los posibles legitimantes como al eventual legitimado- y refieren al estado civil, al tiempo previo de duración del matrimonio, a la edad de los cónyuges, al tiempo que ejercieron la tenencia del futuro legitimado, y requisitos del cumplimiento de procesos previos.

En el presente trabajo se pretende determinar qué procedimientos son previos, y cuáles preliminares. A fin de esclarecer este punto, se parte de la distinción realizada por el Dr. Barrios de Angelis en "El Proceso Civil" -segundo volumen sobre el Código General del Proceso-; es así que se entiende por: A) **proceso preliminar** aquel que resulta anterior y relevante al proceso que precede, pero no resulta necesario, simplemente se vincula al mismo por adelantar determinado elemento que va a integrar el futuro proceso; B) **proceso previo**, aquel que suma a los requisitos de anterioridad y relevancia, la necesidad, de acuerdo a lo establecido por el art. 305 del C.G.P.

Proceso Definitivo de Separación

De acuerdo a lo ordenado por el referido art. 144 inc. final, en todos los casos en que el C.N.A. menciona la condición de abandono, ésta se entiende cuando existe una sentencia ejecutoriada que determine dicha condición habiéndose seguido el procedimiento establecido por el art. 133 del mismo Código.

En la redacción dada en la norma citada, **el legislador entendió que el proceso de separación definitiva resulta necesario conforme el art. 305 del C.G.P., esto es un proceso previo**. Es así que si el tribunal advierte que no se ha cumplido con el procedimiento de separación definitiva, de oficio o a petición de parte, deberá declararlo así en cualquier estado de los procedimientos y suspender los trámites hasta que pase en autoridad de cosa juzgada la sentencia definitiva correspondiente, siendo nula cualquier sentencia dictada en contravención a lo dispuesto por dicha norma.

Corresponde señalar que el proceso de separación definitiva viene a sustituir el proceso de pérdida de patria potestad. Como se señala en "Familia y Derecho" -volumen 2- Incidencia del Código de la Niñez y la Adolescencia en el Derecho de Familia, en el proceso de separación definitiva se abarca todos los posibles casos de abandono, desvinculando el concepto de abandono al de pérdida de patria potestad.

Asimismo, el proceso de pérdida de patria potestad deja de ser un requisito previo, ya que conforme a lo regulado por el art. 149 del CNA, realizada la legitimación caducarán los vínculos de filiación anterior. Como se señala en la obra citada ut-supra (pág. 55) "...la pérdida de la patria potestad no es un requisito de admisibilidad para pretender la legitimación adoptiva, sino una consecuencia de la sentencia que autoriza dicha adopción. ...".

Esta sustitución resulta no sólo de la citada norma, expresa y clara, sino que deviene del razonamiento lógico a partir de las hipótesis en que se debe dar el proceso de separación definitiva. Es así que, al hacer referencia el art. 133 a la **familia de origen**, como posibles sujetos con legitimación pasiva en el proceso en cuestión, se maneja el concepto de familia de nacimiento, familia matriz, familia raíz, que comprende a los padres y a los restantes miembros de esa familia legítima o biológica. Ahora bien, además de los padres, necesariamente sujetos pasivos, se encuentra el resto de la familia de nacimiento a cuyo respecto se exige que -además- se hayan ocupado del niño, lo hayan tenido a su cargo. También son posibles sujetos de legitimación pasiva, es decir deben ser emplazados, quienes se hayan ocupado de él, aún fuera de la familia de origen, por ello se señaló anteriormente que en el proceso de separación definitiva se abarcaba todas las posi-

bles hipótesis de abandono. Lo que se requiere en estos casos, tanto de los miembros de la familia de origen, como de quienes se hayan ocupado del niño, es un interés por ese niño, que se desprende de esa condición de "haberse ocupado", como se señaló en ob. citada "Derecho y Familia, Vol. 2", el CNA se interesa particularmente en los lazos afectivos del niño, para su crecimiento sano e integral.

En un trabajo anterior se hizo referencia a que los padres deben de haberse allegado al Registro de Estado Civil a fin de efectuar el reconocimiento de ese niño como su hijo (Cf. "Breve análisis del proceso de ratificación de tenencia en la Ley No. 17.823" -Tribuna del Abogado N° 143), eso porque sólo la situación de padres adquiere relevancia jurídica ante el interés de ese sujeto de involucrarse y comprometerse en el rol de padre. Resulta necesario señalar que en este proceso de separación definitiva, en el caso de padres biológicos que no hayan reconocido a ese niño, no por su desapego dejan de ser necesariamente sujetos con legitimación pasiva, debiendo ser emplazados conforme a derecho en el proceso de separación definitiva.

Proceso de Tenencia

Como señalamos anteriormente, entre los requisitos previos se exige por la normativa vigente, que el futuro legitimado haya estado bajo la guarda o tenencia por un término no inferior a un año (art. 145 CNA). Y en el presente se tratará de establecer si el proceso de tenencia, ya sea voluntario o contencioso, es previo o preliminar.

A los efectos, siempre que la norma sustancial refiere a "tenencia" debe tratarse de una tenencia con relevancia desde el punto de vista jurídico; esto es que, necesariamente debe haber una resolución judicial que determine quiénes ejercerán la guarda y detentarán la tenencia del niño, la mera tenencia de hecho no resulta suficiente para el ordenamiento jurídico ya que el mismo exige certeza y precisión en cuanto a las condiciones de tiempo y ejercicio de la tenencia en cuestión. Las cualidades de tiempo y ejercicio, a fin de resultar inequívocas, no pueden ser acreditadas por un medio probatorio, máxime cuando la norma jurídica condiciona el ejercicio de derechos o su aplicación, a la existencia previa de una "tenencia".

Es así, que debe entenderse que cuando la ley, en el caso el CNA, refiere a "tenencia" la misma debe contener, por lo menos, el requisito de certeza, que no se obtiene de otra forma que no sea a través de una resolución judicial; el art. 145 exige que por lo menos por un año se haya ejercido la guarda o tenencia, no establece la necesidad de un proceso previo sino el cumplimiento de determinado requisito, y la acreditación del mismo en legal forma.

Ahora bien: si un tribunal con jurisdicción y competencia, por resolución judicial fundada otorga la guarda y tenencia de un niño a determinadas personas, dicha tenencia adquiere la referida cualidad de certeza. Resulta pues innecesario exigir el cumplimiento previo de un procedimiento, contencioso o voluntario, de tenencia cuando la norma no lo determina.

Siguiendo este razonamiento, se concluye que el eventual proceso de ratificación de tenencia o de tenencia, sería un proceso preliminar -pues adelanta un elemento que adquiere especial relevancia en el futuro proceso- que debe darse ante la inexistencia de una resolución judicial que otorgue la misma.

Conclusión

Por lo que se viene de desarrollar, cabe concluir que **únicamente resulta proceso previo el proceso de separación definitiva**, debiendo estarse caso a caso a fin de establecer si deviene necesario el proceso de ratificación de tenencia, o el juicio de tenencia, debiendo exigirse el cumplimiento del proceso de tenencia sólo cuando no haya resolución judicial que haya otorgado la misma.

