



**“LA ADOPCIÓN: ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN Y  
NUEVOS DESAFÍOS”**

**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA**

**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21**

**CARRERA: ABOGACÍA**

**MATERIA: SEMINARIO FINAL ABOGACÍA**

**ALUMNO: MAXIMILIANO DANIEL MURUA**

**MATRÍCULA N° VAGB 4876**

**2014**

## **INDICE**

<b>RESUMEN EJECUTIVO.....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>OBJETIVO GENERAL.....</b>	<b>8</b>
<b>OBJETIVOS PARTICULARES.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>10</b>
<b>EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN.....</b>	<b>10</b>
<b>DESDE EL FIN DINÁSTICO A LA PROTECCIÓN DE MENORES.....</b>	<b>10</b>
<b>LA ADOPCIÓN EN LAS SAGRADAS ESCRITURAS.....</b>	<b>11</b>
<b>EL LENTO PROCESO DE TRANSFORMACIÓN INSTITUCIONAL.....</b>	<b>12</b>
<b>UN SALTO CUALITATIVO: DEL RECHAZO A LA RECEPCIÓN CODIFICADA</b> <b>.....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>13</b>
<b>LA RECEPCIÓN DE LA ADOPCIÓN EN LA ARGENTINA DE LA PROTECCIÓN</b> <b>A LA MINORIDAD ABANDONADA, AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....</b>	<b>13</b>
<b>EN BUSCA DE UN INSTITUTO ACORDE A LA TRADICIÓN LEGAL</b> <b>ARGENTINA.....</b>	<b>14</b>
<b>PRINCIPIOS DEL INSTITUTO DE LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO</b> <b>ARGENTINO.....</b>	<b>17</b>
a) <b>INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....</b>	<b>17</b>
b) <b>PRIORIDAD DE LA FAMILIA BIOLÓGICA O SUBSIDIARIA DE LA</b> <b>ADOPCIÓN.....</b>	<b>19</b>
c) <b>RECONOCIMIENTO Y RESPETO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD</b> <b>DEL NIÑO.....</b>	<b>20</b>
d) <b>JUDICIALIDAD DE LA ADOPCIÓN.....</b>	<b>21</b>
e) <b>TRANSPARENCIA EN LA MODIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN</b> <b>ANTERIOR DE LA PERSONA ADOPTADA.....</b>	<b>23</b>
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>25</b>
<b>LA ADOPCIÓN ANALIZADA DESDE EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL.....</b>	<b>25</b>
<b>LA INTERVENCIÓN DEL ASESOR DE MENORES, EN EL PROCESO</b> <b>ADOPTIVO.....</b>	<b>25</b>
<b>LA ADOPCIÓN PLENA Y SIMPLE.....</b>	<b>29</b>
<b>¿ES CONVENIENTE ESTA CLASIFICACIÓN?.....</b>	<b>29</b>

<b>DIFERENCIA DE EDAD ENTRE ADOPTANTE Y ADOPTADO.....</b>	<b>31</b>
<b>ADOPCIÓN POR CONCUBINOS.....</b>	<b>32</b>
<b>ALGUNOS ASPECTOS SOCIALES Y NORMATIVOS DEL CONCUBINATO....</b>	<b>33</b>
<b>LA ADOPCIÓN UNIPERSONAL Y CONJUNTA.....</b>	<b>34</b>
<b>LEGISLACIÓN Y LA NUEVA JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>34</b>
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>38</b>
<b>LA ADOPCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....</b>	<b>38</b>
<b>LA INFLUENCIA DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.....</b>	<b>38</b>
<b>CAPITULO V.....</b>	<b>42</b>
<b>LAS REFORMAS SOBRE ADOPCIÓN, EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.....</b>	<b>42</b>
<b>CONVENIENCIA DE LA REFORMA.....</b>	<b>42</b>
<b>LA ADOPCIÓN POR HOMOSEXUALES.....</b>	<b>44</b>
<b>DEFINICIÓN DEL TÉRMINO HOMOPARENTAL.....</b>	<b>44</b>
<b>CAPÍTULO VI.....</b>	<b>45</b>
<b>LAS UNIONES HOMOSEXUALES A LA LUZ DE LA CIENCIA.....</b>	<b>45</b>
<b>LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN ARGENTINA.....</b>	<b>47</b>
<b>CAPÍTULO VII.....</b>	<b>49</b>
<b>LA ADOPCIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL.....</b>	<b>49</b>
<b>PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ADOPCIÓN.....</b>	<b>49</b>
<b>RESPETO POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD.....</b>	<b>50</b>
<b>AGOTAMIENTO DE LAS POSIBILIDADES DE PERMANENCIA EN LA FAMILIA DE ORIGEN O AMPLIADA.....</b>	<b>50</b>
<b>PRESERVACIÓN DE LOS VÍNCULOS FRATERNOS.....</b>	<b>51</b>
<b>PRIORIZACIÓN LA ADOPCIÓN DE GRUPOS DE HERMANOS EN LA MISMA FAMILIA ADOPTIVA O, EN SU DEFECTO, EL MANTENIMIENTO DE VÍNCULOS JURÍDICOS ENTRE LOS HERMANOS, EXCEPTO RAZONES DEBIDAMENTE FUNDADAS.....</b>	<b>51</b>
<b>DERECHO DEL MENOR A SER OIDO.....</b>	<b>52</b>
<b>¿CÓMO SE EJERCE EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES?.....</b>	<b>53</b>
<b>¿QUIÉNES PUEDEN ADOPTAR?.....</b>	<b>54</b>

<b>DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ADOPTABILIDAD.....</b>	<b>55</b>
<b>PLAZOS PERENTORIOS.....</b>	<b>56</b>
<b>TIPOS DE ADOPCIÓN.....</b>	<b>57</b>
<b>LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....</b>	<b>58</b>
<b>CAPÍTULO XIII.....</b>	<b>60</b>
<b>ENTREVISTAS CON FUNCIONARIOS JUDICIALES RELACIONADOS AL TRÁMITE ADOPTIVO.....</b>	<b>60</b>
<b>CAPÍTULO IX.....</b>	<b>61</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>62</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....</b>	<b>66</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>67</b>
<b>LEGISLACIÓN.....</b>	<b>67</b>

## **RESUMEN EJECUTIVO**

El presente trabajo tiene por objeto, analizar el sinuoso camino recorrido por el derecho argentino en lo referente al instituto de la Adopción, con el pesado antecedente de su no incorporación por Vélez Sarsfield, al Código Civil Argentino, para luego de una interesante evolución legislativa, comenzar a sancionarse leyes específicas sobre un tema que cada vez cobraba mayor gravitación jurídica y social, en el marco institucional del Derecho Argentino.

Dicho proceso legislativo llevó a la sanción de la actual ley 24.779, incorporada de raíz al Código Civil, y culmina con la proyectada reforma, dejando tras su aplicación por espacio de más de quince años, una serie de datos y experiencia legislativa, que nos anima ahora a sugerir ciertos cambios, en pos de un procedimiento adoptivo más eficiente y transparente.

No se debe soslayar, que el actual procedimiento adoptivo, adolece de cierto exceso de requisitos formales y ritualísticos, que traban el fin deseado, que es dotar de una familia a un menor carente de ella, priorizando a veces un rigorismo procedimental, sobre el mismo interés supremo del menor, con guardas interminables, y exigencias que solo desnaturalizan el instituto adoptivo.

El desafío asumido en este trabajo, es analizar las bases institucionales en las que se apoya la adopción, para luego ofrecer una serie de propuestas innovadoras para intentar lograr un procedimiento más ágil, efectivo y transparente.

## **INTRODUCCIÓN**

A través de esta exposición, se analizará los antecedentes legales, y el marco jurídico, fáctico e institucional, del instituto de la Adopción, en la República Argentina, aquel que Vélez Sarsfield excluyó del Código Civil, por considerarlo ajeno a nuestras costumbres.

La Adopción fue siempre objeto de permanente crítica, desde su reincorporación por la ley N° 13252 en septiembre de 1948. A tal punto que en las seis décadas y media de vigencia de los tres regímenes sucesivos de adopción, no hubo momento en que no existieran iniciativas y proyectos de reforma o un clamor político-periodístico por una nueva ley.

Esta insatisfacción social, continua y acentuada, parte de la falta de análisis de los verdaderos problemas que afectan a la adopción en la Argentina y en América latina, y se funda en la visión unilateral desde quienes desean con comprensible ansiedad un hijo que la naturaleza les niega, y también en una inveterada tolerancia hacia el tráfico de niños y las formas contractuales de adquirirlos, arropada bajo el falso manto del “fin altruista” que movería a los delincuentes.

En realidad, adentrarse en una reforma del instituto adoptivo, no es ganar unos meses más o menos en el extenso proceso personal que lleva a la decisión de formar familia por adopción. Es ante todo poner en debate cuestiones muy profundas del derecho, no solamente nacional, y asumir una clara toma de posición en materia de ética personal y social, que deriva en arduas cuestiones de política pública.

Es importante que el Derecho Civil Argentino determine en forma expresa y definitiva la naturaleza institucional y no contractual de la adopción. Resulta obvio que un contrato entre adoptante y adoptado, según la vieja concepción civilista de la adopción entre adultos, no es hoy admisible. Pero menos aún lo es concebir un contrato entre adultos –ya sea a título oneroso o gratuito– tendiente a establecer el estado de

familia y la identidad misma de un niño. Esto sería un retroceso hacia la arcaica visión del hijo como “cosa del padre”, y una negación flagrante de todos los derechos fundamentales de la persona.

Es necesario volver a los clásicos y profundizar sus principios en interés superior del niño. Así, sobre la primera ley de adopción Spota decía: “Con acierto dicho legislador [el diputado Yadarola] repudiaba aquella concepción que ve aquí un mero vínculo contractual. El vínculo adoptivo es una institución del derecho de familia, crea un estado de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia” (Spota, 1947, p. 410).

El derecho de todo niño a nacer y vivir en una familia, es un derecho fundamental de la persona humana, previo al Estado, reconocido en cláusulas de jerarquía constitucional, tanto en razón del carácter natural de la familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), como específicamente en el artículo séptimo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, Borda se enrola firmemente en la concepción institucional, al punto de sostener que “en nuestro derecho positivo la concepción de la adopción como contrato no tiene asidero posible, desde el momento que no se exige el acuerdo de los representantes legales del menor para establecerla. La adopción es, pues, una institución de derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante nacida de la sentencia del juez” (Borda, 2003, p. 118).

. El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su cuerpo y en su inciso a), únicos vigentes por efecto de la reserva efectuada al aprobar la Argentina ese tratado en 1990, por ley N° 23849, y reiterada en el acto de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta

de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>1</sup>, sirve de base constitucional para establecer el verdadero carácter de la adopción.

La fórmula institucional y no contractualista del artículo 594 del nuevo Proyecto de reforma, es un avance, pero al limitarse a la llamada adopción de protección, deja abierto el campo contractual en otras modalidades, no solamente para hacer negociable una adopción de integración, sino para encubrir a través de formas simples y de artilugios que ya se conocen en Latinoamérica, verdaderas burlas al imperativo de protección de los niños; todos elementos configurativos de un instituto dinámico, en plena transformación y cuyos detalles evolutivos serán analizados en este trabajo.

### **OBJETIVO GENERAL**

Explorar los antecedentes, efectos y alcances de la Adopción, a través de un análisis jurídico e institucional desde su recepción de naturaleza contractualista, hasta su posterior transformación en una figura moderna que garantice siempre la Protección Superior de los intereses del Menor, para finalizar con una serie de propuestas para futuras modificaciones en el procedimiento adoptivo.

Para ello, partimos de la idea de que todo instituto jurídico es dinámico y perfectible ya que la misma sociedad en la que desarrollamos nuestras relaciones en alteridad, es fluctuante, sin alterar los reconocidos valores que nutren las relaciones humanas, y en especial, la vinculación adoptiva, es viable y oportuno plantear nuevos criterios y procedimientos que transformen el lento y enmarañado proceso adoptivo, en un derrotero claro y sencillo, priorizando el interés del menor y dotando al juez de todas las atribuciones legales necesarias, para que junto con un ejemplo técnico interdisciplinario, la adopción sea una auténtica herramienta de integración familiar y social.

---

<sup>1</sup>Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, aprobado por Argentina mediante ley nº 25763 del 23 de julio de 2003.



## **OBJETIVOS PARTICULARES**

- 1) Analizar la evolución jurídica tanto en el derecho comparado como en el derecho argentino, del Instituto de la Adopción.
- 2) Comparar la conveniencia del anterior régimen contractualista, con el actual régimen institucional, a efectos de constatar su adecuación a la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Argentina mediante Ley N° 23.849.
- 3) Evaluar las diferentes exigencias fácticas y legales para proceder a formalizar una adopción luego de la sanción de la actual ley N° 24779, incorporada desde el Art. 311 al Código Civil Argentino.
- 4) Analizar posibles reformas sobre la edad entre adoptantes y adoptados; adopción por concubinos; y adopción por homosexuales.
- 5) Constatar si en las recientes modificaciones efectuadas en la nueva ley de Matrimonio Civil, y las proyectadas para la reforma del Código Civil, se cumplen los objetivos particulares de flexibilización del procedimiento adoptivo, transparencia y confianza social en el instituto, y su adecuación a la Constitución de 1994 y a la Convención sobre los Derechos del Niño.
- 6) Aportar nuevos criterios que transformen las complejidades formales del actual sistema adoptivo, en un instituto moderno, eficaz y transparente.

## **CAPÍTULO I**

### **EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN DESDE EL FIN DINÁSTICO A LA PROTECCIÓN DE MENORES**

El Instituto de la Adopción, ya aparece regulada en los documentos escritos más antiguos. En el Código de Hammurabi (1800 A.C.), y por idéntica época, el Código de Manú, hacían referencia a reglas en favor del niño abandonado (Fatás, 1998) transformándose a medida que llegamos a Roma, en normas cuyo objetivo era perpetuar el culto familiar. El derecho Romano, con la Adrogatio y la Adoptio, tenían un carácter político-religioso. La Adrogatio o la Adrogación, si bien es un instituto del derecho familiar, tenía en Roma un carácter político-religioso. Por la adrogación –adrogatio o arrogatio- un sui iuris ingresaba en la familia agnaticia de otro y tomaba el culto doméstico de éste, renunciando al de su propia familia. El fundamento es bien claro si se tienen en cuenta las bases de la organización familiar romana. Tendía a que, a la muerte del pater sin descendencia, no se interrumpiese el culto doméstico ni la jefatura familiar por la ausencia de un heredero sui (Larousse, “La Evolución de la Adopción en el Derecho Francés E. 7-1079).

Pero la trascendencia de la institución –ya que la arrogación suponía la extinción de una familia, la del arrogado, que como alieni iuris, pasaba con todos sus descendientes a integrar la del arrogante- exigió que se efectuase mediando la auctoritas del populus (Gayo, 1816) a través de los comicios curiados –luego de sustituidos por los centuriados con Servicio Tulio- y el Colegio de Pontífices. Desde que la adrogatio traía consigo la extinción de los cultos domésticos correspondientes a la familia del arrogado, el Colegio de Pontífices practicaba la notioquaerere, o investigación de los motivos de la arrogación, la imposibilidad del arrogante de tener hijos, etcétera. Más tarde, en tiempos de Diocleciano, las funciones del colegio fueron confiadas a las magistraturas.

Por la Adoptio, adopción, un filius familias, ingresaba en calidad de hijo en la familia agnaticia del pater. Originalmente, teniendo en cuenta las funciones que cumplía la adopción, solo se admitió respecto de los ciudadanos varones y púberes. En cuanto a las mujeres, sujetas a tutela perpetua, no podrían ser adoptadas, no obstante, varió en tiempos

de la República. Más tarde se permitiría la adopción de los impúberes, pero bajo ciertas condiciones. La adopción del impúber tenía el grave inconveniente de que era aún incierto que pudiese él tener hijos, ya que, muriendo antes de la pubertad, no sería el continuador del culto doméstico del pater, ni participaría, como todo jefe, de los comicios. Pero cuando los comicios fueron sustituidos por las magistraturas, se aceptó la adopción del impúber, y Antonino Pío estableció ciertas condiciones: el consentimiento de los parientes más próximos del adoptado de la propiedad de sus bienes; que no sería emancipado por el pater sin justa causa antes de la pubertad y la garantía del adoptante de que si el adoptado moría impúber, restituiría a sus herederos todos los bienes.

Por la adopción, el adoptado estaba sometido a la potestad del adoptante adquiriendo la situación del hijo nacido de justas nupcias, con el vínculo de agnación y los derechos de sucesión y tutela. Esto resultaba decisivo en el derecho antiguo y en el clásico, puesto que, aunque el adoptado no perdiese los vínculos de cognación, la familia se organizaba basándose en aquel. Cuando por la acción fecunda del pretor la consanguinidad fue ganando terreno a la agnación, sustituyéndola, el adoptado no perdió todo derecho en su familia natural. Con Justiniano y para evitar que siendo el adoptado emancipado por el adoptante perdiese todo derecho hereditario, se distinguió finalmente la adopción plena de la adopción menos plena, según que el adoptante fuese o no un ascendiente del adoptado. Se dispuso que sólo en el primer caso la adopción produjese todos sus efectos –adopción plena-; en cambio, de adoptarse a un extraño, el adoptado continuaba bajo la potestad de su padre natural, adquiriendo solo derechos hereditarios en la sucesión del adoptante (Trincavelli - Ponssa de la Vega de Miguens, 2004).

## **LA ADOPCIÓN EN LAS SAGRADAS ESCRITURAS**

En la Biblia, encontramos varias referencias a la adopción. Así, en Génesis, 48, se narra la adopción por Jacob, de Efraím y Manasés, hijos que José tuvo en Egipto antes que Jacob se trasladara a ese país. Allí se relata lo que parece formaba parte del rito de la adopción, consistente en colocar a los adoptados en el regazo (entre las rodillas del adoptante) bendiciéndolos y reconociendo que serán llamados con su nombre y el de sus

padres Abraham e Isaac (Génesis 48, 12 a 16); pero el propósito perseguido tenía conexión con un interés dinástico y no con el fin de amparar a quienes se adoptaban.

Igualmente, en la historia del pueblo judío se relata que Moisés fue salvado de las aguas por la hija del Faraón, quien lo hizo criar y “le trató como a un hijo” (Éxodo, 2, 10), (Biblia de Jerusalem, Edición Latina, 1967). En el episodio se puede señalar una semejanza con la finalidad moderna de la adopción, desde que se lo recogió para protegerlo del abandono.

Similares propósitos, aunque dentro de un contexto cultural, social y político absolutamente diferente, perseguía la adopción en la China antigua y en los otros pueblos del Extremo oriente en los que se la conoce.

Más tarde la adopción cumple un importante rol sociopolítico en los estados divididos en clases sociales jerarquizadas, ya que a través de ella se tiende a asegurar la transmisión de los títulos de nobleza sólo a varones e incluso, como en la Roma Imperial (Augusto-Tiberio; Claudio-Nerón, época de la Tetrarquía: Augustos-Césares), para asegurar la transmisión ordenada del poder.

## **EL LENTO PROCESO DE TRANSFORMACIÓN INSTITUCIONAL**

En todas estas épocas y sistemas, la adopción, en general, se organiza en favor de la familia adoptante y el adoptado no es más que un instrumento de perpetuación. Con este mismo sentido se organiza en el Código Napoleón, que regula preferentemente la adopción de personas mayores de edad; y entonces, cuando las consideraciones o intereses señalados pierden su fuerza, por imperio de la evolución de las sociedades, la adopción tiende a caer en desuso. El panorama legislativo que el siglo XIX presenta en Europa en esta materia es el de su decadencia o rechazo. Así, en todos los países de la CommonLaw no se conocía la adopción. Es decir que en el siglo XIX en los países anglosajones que se organizan sobre la base de los principios rectores del derecho consuetudinario inglés (que no recibió injerencia del derecho romano ni el Código Napoleón), la adopción es desconocida como institución legal; y esto se explica porque en tales países existían otros resortes jurídicos para satisfacer

los mezquinos intereses que en esa época se perseguía con la adopción; por ejemplo, el sistema inglés de libertad testamentaria que permite a una persona dejar su herencia a extraños biológicamente, sin necesidad de generar el lazo artificial de la adopción. Como este ordenamiento no reconoce la categoría de herederos legitimarios, no hace falta la adopción para lograr aquella transmisión hereditaria a extraños.

### **UN SALTO CUALITATIVO: DEL RECHAZO A LA RECEPCIÓN CODIFICADA**

La institución tuvo un largo periodo de franca decadencia, precisamente porque ella tal como estaba estructurada, por ejemplo, en Francia, España e Italia, sólo servía para satisfacer aspiraciones menguadas o egoístas; y en muchos casos para disimular o “maquillar” verdaderos fraudes a las leyes fiscales o a las legítimas de los herederos forzosos. Así, por ejemplo, tal como surge de la regulación otorgada por el Código Napoleón, según la cual solo los mayores de edad podían ser adoptados, únicamente producía el efecto de transmitir el apellido y permitir que el “adoptado”(que podía ser un colateral o pariente alejado o un extraño), al producirse la transmisión hereditaria, solo pagase el impuesto correspondiente a la categoría de hijo legítimo, que siempre era muy inferior al que hubiera correspondido pagar si se tratara de un sobrino, pariente alejado de un extraño, beneficiado con un legado testamentario; de esta manera, la adopción se solía utilizar como un subterfugio que facilitaba el fraude a las leyes impositivas. Lo mismo podía hacerse en perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.

Esta concepción mezquina, estrecha y hasta inmoral, de la adopción determina su rechazo o decadencia en muchas legislaciones y su escasa aplicabilidad en los países cuyos ordenamientos jurídicos la mantuvieron.

## **CAPÍTULO II**

### **LA RECEPCIÓN DE LA ADOPCIÓN EN LA ARGENTINA DE LA PROTECCIÓN A LA MINORIDAD ABANDONADA, AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

América latina no tuvo guerras, pero en su letargo económico y sociocultural recibió, como siempre, el impulso de las nuevas ideas. Continente sumido en la miseria, en la ignorancia, en la dependencia, también era escenario del abandono, la mendicidad, la injusticia de todo su contexto social.

En nuestro país, desde que comienzan a sucederse los proyectos tendientes a colmar el vacío legislativo, explícitamente advertido por Vélez Sarsfield en torno a la adopción, se advierte una marcada tendencia a restringir la institución a favor de la minoridad abandonada o en peligro material o moral. En 1919 se sanciona la ley 10.903 que define las situaciones de abandono material o moral (art.21).

### **EN BUSCA DE UN INSTITUTO ACORDE A LA TRADICIÓN LEGAL ARGENTINA**

La legislación argentina reconoce la adopción recién a partir de 1948. El Código Civil sancionado y promulgado en 1869, que entra en vigencia el 1 de enero de 1871, la desconoce, porque según explicaba Vélez Sarsfield en la nota de elevación del libro primero de su proyecto de Código Civil, no respondía a nuestras costumbres, ni lo exigía ningún bien social, y solo se la había practicado en situaciones muy excepcionales.

La Ley 13.252: En 1948 se sancionó precedido por la discusión de varios proyectos que se habían sucedido durante más de quince años, el proyecto de ley de adopción que llevó el número 13.252 dicha ley, supliendo el silencio que sobre la institución había mantenido el Código Civil, recibió en términos generales, la forma que hoy se conoce como adopción simple, es decir, aquella que creando un vínculo legal de familia entre adoptante, o adoptantes en el caso de los cónyuges que adoptan conjuntamente, y adoptado o adoptados, limita el parentesco entre ellos. Estos, que eran reputados hijos legítimos de aquellos no adquirirían “vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación” (art.12)

Por ende, el art. 14 de la misma ley dispuso que “los derechos y deberes que resulten del parentesco de sangre del adoptado no quedan extinguidos por la adopción,

excepto los de la patria potestad que se transfieren al padre adoptivo”. Y el adoptante, si bien tenía la administración de los bienes del adoptado, no gozaba de su usufructo, excepto en el caso de los bienes que por sucesión el adoptado hubiese recibido de uno de los cónyuges, pre fallecido, en cuyo caso el usufructo correspondía al supérstite (art.15)

La Ley 19.134: Durante sus más de veinte años de vigencia, la ley 13.252 fue mostrando las virtudes del régimen adoptado, pero también las carencias y defectos. La legitimación adoptiva y más tarde la adopción plena habían ganado la opinión pública, los congresos internacionales y las soluciones que mostraba, elocuentemente, la legislación comparada. La ley 19.134 así incorporó a nuestro derecho la adopción plena junto a la adopción simple. La adopción plena se había mostrado ya como un medio apto, en el plano eminentemente jurídico, de evitar la superposición infecunda de vínculos paterno-filiales, y a través de ellos, familiares – evitando muchas veces una fuente inagotable de situaciones de conflicto.

Hay que tener en cuenta que la ley 13.252, en muchos casos no satisfacía requerimientos concretos. En consecuencia, se asistió a la frecuente práctica de inscripciones de hijos ajenos como propios, y alrededor de esa apetencia hubo de montarse el repudiable negocio de clínicas y parteras que comercializaban con criaturas nacidas de madres solteras o que por múltiples circunstancias, además de ocultar su maternidad se prestaban a abandonar a su hijo en el momento mismo del nacimiento.

Tanto respecto de la adopción simple como de la adopción plena, la ley 13252 fue un hito que mostró la necesidad de reformular una serie de condiciones por ella requeridas como: la carencia de descendientes del adoptante, su edad, el término de guarda o tenencia previos a la demanda de adopción.

La ley 24.779: En la aplicación de la ley 19.134 se fueron advirtiendo ciertos defectos u omisiones que aconsejaban, cada vez más, encarar la tarea de su reforma.

Algunos aspectos podían parecer de orden menor, así por ejemplo, el periodo de guarda previa a la adopción, o la edad mínima de quienes pretenden adoptar o la cantidad de años de casados de los cónyuges adoptantes, entre otros temas aun irresueltos. Pero otros aspectos aparecieron con real trascendencia.

Por una parte la ley resultó alcanzada por reformas al derecho de familia que se sucedieron durante su vigencia. Así, por ejemplo, las leyes 23.264 de 1985, y la ley 23.515 de 1987, introdujeron modificaciones acordes con el sistema no discriminatorio de filiaciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y la incorporación del divorcio vincular. Así desapareció por ejemplo, la adopción del propio hijo extramatrimonial.

Además, ciertas disposiciones de la ley 19.134 motivaron interpretaciones encontradas que en algunos casos suscitaron, incluso, planteos de orden constitucional, así el relativo a la citación de los padres de sangre al proceso de adopción que en algunos casos se excluía (art.11), y en otros se la reputaba facultativa del juez o tribunal (art.12)

Asimismo, la ley generó dificultades de aplicación al no preverse el modo de otorgar la guarda previa del menor que después se adoptaría.

Esto provocó criterios administrativos, tanto en jurisdicción del Consejo Nacional del Menor, como en sus equivalentes de las provincias, que colisionaban con el debido control judicial de guardas con miras a la futura adopción. Se fue afirmando así, la idea de que es conveniente establecer una suerte de guarda preadoptiva, otorgada siempre judicialmente, que coloque al menor en lo que se da en llamar situación de preadoptabilidad con la debida intervención de los padres biológicos que hubiesen reconocido al niño que se quiere adoptar en el futuro.

La Convención sobre los Derechos del Niño reafirmó también, la necesidad de asegurar y resguardar el derecho del niño a conocer su identidad biológica (art.8°), lo cual exige que, aun en los supuestos de adopción plena, la ley garantice tal derecho que la ley 19.134 no hizo explícito.

Es así que prácticamente desde 1984 se sucedieron diversos proyectos legislativos de reformas a la ley 19134. En general, todos ellos coincidieron en mantener el doble régimen de adopción, plena y simple, pero tratando de flexibilizar requisitos o suplir deficiencias advertidas en la aplicación de aquella. Al cabo, podemos concluir en que, en general, se coincidió en las bondades del régimen de la adopción que, merced a la ley 24.779 de 1997, se incorpora al Código Civil (conf.art 1°), como Título IV, de la Sección



Segunda del libro Primero (arts. 311 a 340), derogándose el art. 4050 del mismo Código (art 4°)

## **PRINCIPIOS DEL INSTITUTO DE LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO**

Luego de la sanción de la ley 24779, publicada el 1° de Abril de 1997 en el Boletín Oficial, se reafirmaron los que consideramos los principios fundamentales que rigen la filiación adoptiva, en el Código Civil Argentino, los cuales giran en base a los criterios referidos al interés Superior del Niño, la prioridad de la familia biológica o subsidiaridad de la adopción; el reconocimiento y respeto a la propia Identidad del Niño; la Judicialidad del procedimiento adoptivo y la transparencia en la modificación de la filiación anterior de la persona adoptada.

### **a) INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

Es el eje en torno del cual gira toda adopción de menores (art. 321 inc. i) y d), C.C.) Este principio tiene un parcial sustento constitucional, porque la reforma de la Carta Magna, sancionada en 1994, en el art. 75, inc. 22 establece que entre otros documentos internacionales, “la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional...” y debe entenderse que es complementaria de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

El art. 3°, inc. 1° de la Convención dispone enfáticamente: “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 legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”

A su vez, el inc. 1° del art. 9° de la Convención prescribe que “los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”

Más adelante, insiste en la reafirmación del principio: “Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...” (art.21, 1º párrafo)

Respecto del contenido del interés superior del niño, resulta muy significativo un importante párrafo de un fallo en el que luego de preguntarse a qué se refiere el interés superior del niño cuidadosamente reiterado por la Convención en los arts.3º, inc. 1º y 3º; |8 inc. 1º; 20 inc. 1º; 21 y 37 inc. c), responde así: “El principio es de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento histórico, de modo tal que aquello que hoy se estima beneficia al niño o joven, mañana se puede pensar que lo perjudica. Constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal “interés” en concreto, de acuerdo a las circunstancias del caso (Grosman, 1993, p. 1094).

Esta primacía del interés del menor se superpone al interés de sus propios padres biológicos y al de las demás personas que puedan verse afectadas por la filiación adoptiva.

Así, la oposición que los padres biológicos del niño puedan formular en cuanto al otorgamiento de la guarda ( Art. 317, inc. a, C.C.) no obsta a los efectos de la declaración de ésta y lo mismo sucede con su oposición al juicio de adopción (. Art. 321, inc. b C.C.)

Es que el interés del menor está primero en el orden de jerarquías, es decir, antes que el interés de los padres. Esta superioridad del interés del niño significa que hay además otros intereses igualmente importantes, pero que en la adopción prevalece aquel.

La ley 26061/05 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su Art. 3º define legalmente que “se entiende por interés superior del niño 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 tomada 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 ello, el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

#### **b) PRIORIDAD DE LA FAMILIA BIOLÓGICA O SUBSIDIARIA DE LA ADOPCIÓN**

Está consagrada expresamente en los arts. 325 y 317 C.C. y en varias normas de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La subsidiariedad de la adopción significa que ella solo debe aflorar o actualizarse como posibilidad jurídica, cuando la familia biológica –nuclear o ampliada – no está determinada o hallándose determinada, se encuentre impedida de contener en su seno al menor en las condiciones mínimas que exigen su desarrollo físico y formación integral; o cuando el grupo lo rechaza, o cuando sus padres biológicos abdican de sus funciones y responsabilidades, de sus derechos-deberes paternos, a través de actos u omisiones que evidencian el estado de desamparo en el que ha caído el menor. En tales situaciones es el propio interés superior del menor el que reclama su inserción en un grupo familiar subsidiario

Lo anterior implica que a toda persona humana le corresponde, en primer lugar, el derecho de conocer a sus padres y de ser criada y formada por ellos (art 7º, inc. 1º de la Convención), este es un derecho prioritario que tienen los menores, sólo cuando en los hechos, falla o se frustra porque hay obstáculos insalvables dentro de la familia biológica para que tal derecho se concrete en la realidad, podrá surgir, subsidiariamente, la institución de la filiación adoptiva, como creación jurídica protectora de menores desamparados.

El art. 9° de la convención regla el derecho del niño a no ser separado de sus padres de sangre contra la voluntad de estos, salvo que el interés superior del menor aconseje la solución contraria disponiendo su alejamiento provisorio o definitivo respecto del núcleo originario.

Para reforzar este derecho del niño a ser criado y educado por su familia de sangre los estados se comprometen a organizar programas de ayuda material a las familias carenciadas, a fin de que puedan cumplir adecuadamente sus funciones con relación a los menores que de ellas dependen (arts 4°, 18. 2°; 27.3°)

### **c) RECONOCIMIENTO Y RESPETO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO**

El inciso h) del art. 321 C.C. establece que “deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica”. Más adelante, el art. 328 C.C. dispone que “el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.

En este sentido, el primer párrafo del art. 7° de la Convención establece que el niño desde que nace tendrá derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; y el precepto siguiente (art 8°) dispone que los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones familiares; y agrega que, cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos integrativos de su identidad o de todos ellos (conocimiento de su pertenencia a determinado grupo biológico familiar, nombre, nacionalidad, vínculos familiares), cada uno de los estados signatarios deben prestar la asistencia y protección adecuada a fin de restablecer su identidad.

El derecho del niño a la propia identidad, reconocido por la Convención y los arts. 321 y 328 del Código Civil Argentino, comprende tanto el derecho a conocer el propio origen y específicamente, en caso de adopción, a conocer que es adoptado, como la facultad de interiorizarse de su propia historia cultural y genética y la de sus ascendientes, es decir, del linaje biológico al que pertenece. A poco que se reflexione, coordinando esta idea con los más recientes avances de las investigaciones sobre el genoma humano, se advertirá la gran trascendencia que, por ejemplo, en orden a la salud o a las expectativas de

vida, puede asumir en muchos casos el conocimiento de la herencia genética de una persona.

También las normas contenidas en los incs. f) y g) del art. 320 C.C. en orden al carácter reservado y secreto del expediente por el que se tramitó una adopción (tanto durante el procedimiento judicial como después de pronunciada la sentencia), deberán ser interpretadas en función de aquella preceptiva, facilitando su acceso y su conocimiento integral por parte del adoptado capaz y mayor de una cierta edad. Al respecto dispone el nuevo art. 328 C.C.: “El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad”

#### **d) JUDICIALIDAD DE LA ADOPCIÓN**

En el mundo occidental se practican dos sistemas de adopción: la adopción contractual y la adopción judicial.

La adopción contractual significa que el vínculo jurídico de filiación adoptiva surge de un convenio o acuerdo, el cual generalmente, consta en escritura pública. El título de estado sería la escritura pública debidamente protocolizada, de la cual se deberá tomar razón en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Este era el sistema imperante cuando la institución estaba orientada a la adopción de mayores de edad.

La filiación biológica o por naturaleza proviene del hecho biológico de la generación.

La ley recoge esa realidad biológica como hecho al cual asigna consecuencias de distinta índole, organizando el sistema de filiación con la regulación que estima adecuada al tiempo histórico-social en que las normas son dictadas.

La adopción, por su parte, crea una relación jurídica de filiación “por la ley”, en la cual no se verifica el antecedente biológico del origen respecto del adoptante.

El derecho, mediante la sentencia dictada por el juez, crea la filiación adoptiva, previo cumplimiento de la guarda igualmente judicial.

Así como la procedencia de los hijos biológicos respecto de sus padres constituye la relación natural de la procreación, la procedencia de los hijos adoptivos respecto de sus padres adoptantes configura la relación jurídica que emana de la sentencia judicial que declara la adopción, una vez satisfecha la guarda previa igualmente judicial.

Las leyes argentinas de adopción se han separado totalmente de aquellas legislaciones en que se admite la adopción como un contrato o como resultado de un acuerdo de voluntades (Borda, 2003).

Mirada la persona en relación con la familia, el estado de familia es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirles efectos jurídicos (Belluscio, 1997).

Dentro del estado de familia, la adopción genera, con relación a las personas del adoptante y del adoptado, la filiación adoptiva, haciendo de ellos padre o madre e hijo e hija, respectivamente. El parentesco adoptivo que surge de la adopción se extenderá a los parientes del adoptante en la adopción plena, y se limitará a la relación adoptante-adoptado y descendiente del adoptado en la adopción simple.

Nuestra realidad histórica siempre ha evidenciado un interés social por el mantenimiento de la institución “familia” y porque la estructura familiar tenga un sentido que no quede librado a las propias iniciativas.

Esta es la razón por la cual el derecho interviene frecuentemente en numerosos actos del derecho de familia, y también explica que el Estado organice por medio de la ley los lazos familiares de las personas (Diaz de Guijarro, 1960).

Así en la filiación adoptiva, la potestad del adoptante de instar o demandar la adopción tiene por finalidad poner en marcha el proceso de guarda y adopción, que de otro modo no se podría realizar. Empero, puesto en marcha el proceso de guarda, la voluntad del pretense adoptante no definirá la adopción. Se afirma que “es obvio que la institución se pone en movimiento por medio de un acto jurídico que resulta así constitutivo de estado” (Poviña, 1949, n°2).

El juez otorgará o no la guarda y, en su caso, pronunciará o rechazará la adopción y con ello constituirá o denegará el estado de familia requerido para el adoptante y para el adoptado, según que el interés de este último esté o no satisfecho (Díaz de Guijarro, 1968).

Es que la sociedad tiene un interés público –de todos- en que la filiación por nacer reúna las condiciones de protección, de certidumbre, de claridad, de publicidad, de control, de bienestar, que exige.

La adopción impone siempre la intervención del Estado por medio del poder judicial: la guarda y la adopción emanan del órgano judicial. La legislación argentina no admite, desde la ley 24.779, la guarda y la adopción que se originen en otro poder del Estado o que no reconozcan como primer antecedente una decisión judicial.

Para llegar a la decisión judicial, la guarda y la adopción exigen el concurso de la voluntad del preadoptante y del adoptante, que impulsan el acto de emplazamiento en el estado de familia adoptiva, y requieren de modo imprescindible la intervención judicial que admitirá o rechazará la adopción –y revocará la adopción simple, en su caso–según las pautas que el legislador argentino ha establecido como válidas para la sociedad actual.

#### **e) TRANSPARENCIA EN LA MODIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN ANTERIOR DE LA PERSONA ADOPTADA**

La filiación adoptiva puede ser plena o simple, como en la derogada ley 19.134 (arts. 323 y 329, C.C). En la adopción plena se sustituye el vínculo anterior de la persona, emplazándola en un nuevo sistema parental y social. La adopción simple, por su parte, también modifica la filiación de la persona, pero sin extinguir los vínculos anteriores, provocando consecuencias menos profundas.

En ambas clases de adopción –plena y simple-, la modificación del estado de familia de la persona debe ser transparente. Los efectos relevantes de la adopción exigen que la modificación de la filiación anterior sea un proceso claro, que se pueda comprender sin dudas ni ambigüedades y que resguarde debidamente el interés de los padres biológicos o anteriores, y primordialmente el del niño (art. 321, inc. i, C.C.)

No se puede desconocer que el adoptado pleno “nace de nuevo”, incorporando a su historia anterior el nuevo emplazamiento familiar adoptivo, es decir, su nueva historia.

A pesar de los debates sobre la adopción plena planteados en el derecho y en otras áreas del conocimiento, el adoptado pleno deja de ser hijo de sus padres anteriores y pasa a ser hijo de los adoptantes, nieto de los ascendientes de los adoptantes, hermano de los hijos del adoptante, sobrino de los hermanos del adoptante, por ejemplificar con los efectos la amplitud y trascendencia de esta forma de adopción.

Entonces, si la adopción protege al niño desamparado, que proviene de una situación grave, de dificultades severas y de dolor, deviene impensable que sea sometido a una repetición de la historia anterior: al menos esta refundación de su vida debe resultar jurídicamente clara, exenta de toda clase de sospechas o de la mayor parte de ellas, garantizando adecuadamente su derecho a la identidad personal.

Parece desprenderse de la ley 24.779 que con el cumplimiento de este objetivo se pretende combatir el tráfico delictual que padecen los menores –negociados, no pocas veces, como objeto de los denominados “convenios adoptivos”-, que obviamente oscurece en forma perversa la modificación del estado de familia del menor.

El requisito de la residencia de los adoptantes en el país por cinco años (art. 315, C.C.) parecería que intenta transparentar también esta modificación del estado de la persona, la norma sugiere una velada prohibición de la adopción por extranjeros. Sin embargo, el art. 315 citado –finalmente aplicable a todos los pretendidos adoptantes– comprende, asimismo, a los ciudadanos argentinos, de suerte que aquel connacional que decida requerir la guarda preadoptiva y la adopción ante el juez y que haya estado trabajando en un país limítrofe en los últimos cinco, cuatro o tres años, y no acredite su residencia en nuestro país –sino en Bolivia, Brasil, etc.-, no podrá emplazarse como adoptante. Esta norma contraría también las perspectivas futuras del Mercosur, el cual originará un permanente flujo de personas, que se trasladarán de un lugar a otro, de un país a otro, por razones laborales.

De todos modos, el objetivo se cumplirá en la medida en que los derechos y garantías de las personas implicadas en el proceso de guarda y adopción se vean



debidamente resguardados y asegurados, particularmente los del niño como sujeto de derecho, en consonancia con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

### **CAPÍTULO III**

#### **LA ADOPCIÓN ANALIZADA DESDE EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL LA INTERVENCIÓN DEL ASESOR DE MENORES, EN EL PROCESO ADOPTIVO**

El Asesor de Menores o Ministerio de Menores como indistintamente lo designa la ley 24.779, figura incorporada a nuestra ley de fondo, en su art. 311 y ss., “Es el funcionario, integrante del Ministerio Público, cuya función consiste en intervenir como representante promiscuo de los menores de edad o incapaces en salvaguarda de sus derechos o intereses, en todo asunto judicial o extrajudicial en que se hallen involucrados. Interviene también excepcionalmente asumiendo no ya en la representación promiscua del incapaz sino en la representación directa”.

El art. 59 del C.C. es claro al disponer que más allá de los representantes necesarios, los incapaces, son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.

Se entiende por representación promiscua la intervención que con carácter necesario y complementario incumbe al órgano que asiste y controla la actuación judicial o extrajudicial de los representantes necesarios del incapaz. “Promiscua” ha sido utilizada en este caso en el sentido de que es conjunta con la de los representantes necesarios por lo cual no los excluye.

Esta norma se encuentra complementada por lo establecido en los arts. 491 y cc. del C.C. Se advierte que la representación de los incapaces es doble y conjunta a través del representante legal y del Ministerio público y a su vez este último puede actuar no solo en forma promiscua sino también directamente.

Queda claro que en nuestro derecho coexisten el sistema de representación y asistencia. La función principal del Ministerio de Menores es la asistencia del representante individual del incapaz, solo cuando este es remiso en el ejercicio de su función representativa, puede el Ministerio Pupilar actuar supletoriamente en ese mismo carácter de representante para impedir la frustración de un derecho. Agrega que excepcionalmente y siempre por razones de urgencia ante la ausencia de los representantes individuales o por omisión de éstos, puede asumir el Ministerio de Menores la representación directa de los incapaces.

Es indiscutible que los padres son los primeros y naturales representantes de los hijos menores sujetos a patria potestad, y como acertadamente se ha sostenido, la función del Asesor de Menores está destinada a integrar y no a sustituir procesalmente a los padres como representantes necesarios de los hijos.

Solo en ciertos casos el Asesor asume la representación directa del menor, es decir, actúa en lugar de los representantes legales del incapaz.

En doctrina se ha entendido que esta actividad es subsidiaria. El Asesor de Menores suplirá a los representantes principales, cuando éstos incurrieren en omisiones en el cumplimiento de actos propios de su función o solo en casos excepcionales.

Asimismo, el Ministerio Pupilar puede asumir la calidad de representante directo del incapaz cuando el propio menor, el órgano administrativo o judicial correspondiente y aun cualquier tercero, requiera la protección de los intereses del menor. Estos supuestos en que se contempla la posibilidad de que el asesor de menores entable acciones o recursos en defensa de los intereses del menor, sea directa o juntamente con sus representantes necesarios, no son taxativos sino en una facultad que la ley otorga en forma genérica.

Conforme al art. 59 del C.C. el Ministerio de Menores, es parte esencial en todo asunto en que estén comprometidos los menores de edad.

Ya no se discute la necesaria presencia del Ministerio de Menores en todo acto o actuación referida a los menores, así lo ha hecho notar Nora Lloveras en Reflexiones acerca de la Patria Potestad y algunas de sus funciones relevantes (Lloveras, 1998).

La imprescindible intervención del Ministerio Pupilar en el juicio de adopción que estatuye la ley 24.779, en sus arts. 314...”con la asistencia del asesor de menores...”. 317, inc. c) “... la efectiva participación del Ministerio Público de Menores”; art. 321, inc. e) “...el Ministerio Público de Menores podrá requerir las medidas de prueba o informaciones que estime convenientes”; surge del carácter de representante promiscuo de los incapaces que le atribuye el art. 59 del C.C.

La representación promiscua no importa, en principio, una verdadera representación del menor, ya que el Ministerio de Menores, no actúa en su nombre y por su cuenta, sino que desarrolla una función de asistencia del verdadero representado.

En la resolución de la adopción el Ministerio de Menores es parte necesaria, y su actuación en el juicio se destina a la protección del incapaz, es criterio generalizado de la jurisprudencia y en la doctrina, tal es la postura de Hernández, Ugarte y Uriarte (1991).

Las facultades del Ministerio Pupilar en el juicio de adopción son amplias y podrá requerir al juez todas las pruebas que estima fundadas para la defensa del alto interés que su función cumple. Por cuanto el principio procesal dispositivo queda atemperado por la necesidad de actuar de oficio en respuesta al Superior Interés del Niño. Las medidas peticionadas por el Ministerio de Menores estarán ordenadas a producir en función de la valoración de dicho interés superior.

La falta de intervención del Ministerio de Menores trae aparejada la nulidad de las actuaciones judiciales de adopción, nulidad que tiene carácter relativo, ya que puede confirmarse expresa o tácitamente por el funcionario judicial respecto a los actos cumplidos sin su intervención, es así como surge de la lectura del último párrafo del art. 317 del C.C., “...El Juez deberá observar las reglas de los incs...c) bajo pena de nulidad”

Elaborado el encuadre conceptual y legal, no debe dejarse de lado la función justa y humana que ejerce el Asesor de Menores. Ésta, es muy importante, no solo en las audiencias preliminares de la inscripción de los pretendientes adoptantes, en donde no solo se le requiere la documentación a dichos efectos, como son las partidas de matrimonio, si son casados, a fin de verificar el vínculo requerido por ley, como también el tiempo de la unión, los certificados laborales, certificados de antecedentes judiciales y policiales, como también certificado médico que acredite su imposibilidad de procrear, sabiendo que este último no es excluyente, dándose los restantes requisitos previstos en la Ley 24.779.

La audiencia preliminar que se lleva a cabo con el Juez, el Asesor de Menores y algunos de los integrantes del Equipo de Adopción, pudiendo ser el mismo un Trabajador Social o Psicólogo, resulta sumamente esclarecedora respecto de los motivos personales, sociales, educacionales y también legales, que ha llevado a la pareja a tomar la decisión de tener un hijo en adopción, como así la posibilidad de adoptar hermanos, edades, sexos, distintos grupos étnicos, o del mismo que los peticionantes, o bien niños con patologías clínicas tratables o no. Con esta se logra mantener un cierto vínculo con aquellos, que se sienten integrantes de una situación por la que se trabajará en conjunto, todos ellos como padres, pretendientes de la adopción, y el equipo con sus distintas especialidades que le brindarán el apoyo incondicional en todas sus dudas, sus ansiedades y angustias. Se sentirán desde el principio acompañados, no discriminados, por el hecho de no haber tenido la posibilidad de ser “padres biológicos”

El Asesor de Menores, también interviene en el trabajo con madres biológicas que por diversas causas expresan su voluntad de entregar su hijo en adopción. Se observa con frecuencia que por este desprendimiento indebidamente se las rotula como “abandonadas”. En la mayoría de los casos, es un acto de amor, le dan a su hijo la posibilidad de acceder a una familia que le ofrezca lo que ella vivencia que no le puede brindar.

Es misión del Asesor de Menores, junto con el Equipo de Adopción, lograr la contención, orientándola legalmente y disminuir las presiones en su decisión, coordinando recursos institucionales o realizando acciones a tal fin.

Esta labor no concluye con el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. Su rol y función, asignada por la ley es la representación del niño, la protección de sus derechos. Por ello y lo establecido en los arts. 316 y 317 del C.C. (ley 24.779) realiza una activa participación al evaluar que si bien son los padres quienes adoptan al niño, el pequeño también adopta a esos padres.

Esta labor del Asesor de Menores, para no ser infructuosa debe ser valorada por el Juez que lleve el proceso, ya que si bien sus dictámenes no son vinculantes de por sí, y por la labor desempeñada en todo el acompañamiento del proceso, y ante el cúmulo de trabajo que a diario se mueven en los despachos, resulta humanamente imposible, a ese Juez, que en suma ha de resolver la situación, escuchar los diversos planteos e inquietudes de los padres adoptivos, por lo cual el Asesor de Menores, se convierte en los “oídos atentos” y “transmisor” de aquellos cuyas pretensiones serán trasladadas al Juez que decidirá conjuntamente con el Equipo la conveniencia o no de la entrega del niño en adopción.

### **LA ADOPCIÓN PLENA Y SIMPLE ¿ES CONVENIENTE ESTA CLASIFICACIÓN?**

La ley 24779 reglamenta dos tipos de adopción que difieren entre sí, fundamentalmente, en orden a los requisitos de admisibilidad de cada una y a la extensión de los efectos familiares que generan. La adopción plena supone que el menor carece de familia nuclear o es rechazado por el grupo familiar; por eso desplaza al adoptado de su familia anterior si existiese y, al mismo tiempo, al introducirlo jurídicamente dentro de la familia del o de los adoptantes, lo emplaza en un nuevo estado de familia; en cambio, la adopción simple tiene condiciones de admisibilidad más laxas, menos estrictas. Como en general, no media abandono, rechazo o repudio de los familiares biológicos próximos deja subsistente el estado de familia originario; no rompe los vínculos con la familia de sangre; y solo constituye un estado filial limitado en sus efectos jurídicos.

La adopción plena que en términos generales se asimila a la legitimación adoptiva, confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. 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, 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 (art. 323). Es decir que por la adopción plena se emplaza al adoptado en un verdadero estado de familia que sustituye al consanguíneo originario, en caso de que lo haya habido con anterioridad a tal adopción, por ello, es irrevocable (art. 323 C.C.)

En cambio, la adopción simple confiere al adoptado la posición de hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en la norma, aunque los hijos adoptivos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí por la ley (art. 329). En definitiva, la adopción simple se limita a crear un status que, en principio, se circunscribe a las relaciones entre adoptante o adoptantes, y adoptado sin trascender, como la adopción plena, en la familia de aquel.

En la adopción plena, la filiación adoptiva se desarrolla con todos los efectos derivados de la filiación biológica, emplazando al adoptado en igualdad de condiciones que un hijo biológico.

En la adopción simple, la filiación adoptiva genera una relación paterno-filial con el adoptante y no abarca todos los efectos derivados de la filiación biológica, emplazando al adoptado en desigualdad de condiciones con respecto al hijo biológico, siempre en beneficio del niño y sin que ello implique una situación disvaliosa del adoptado simple.

Los diferentes efectos de la filiación adoptiva plena y de la filiación adoptiva simple no suponen discriminación alguna respecto de los hijos en el contexto de la ley, ya que obedecen a emplazamientos familiares originados en la propia protección del adoptado.

### **DIFERENCIA DE EDAD ENTRE ADOPTANTE Y ADOPTADO**

La regla es que toda persona capaz puede adoptar, siempre que haya cumplido los 30 años, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados o que aun no habiendo transcurrido este lapso ni llegado a los 30 años, se encontrasen en la imposibilidad de

procrear (art. 315 inc. a) C.C.). Esta norma realmente facilita la adopción plena por parte de matrimonios de personas jóvenes

Para la ley 24.779, es necesario que entre el adoptante y el adoptado haya una diferencia mínima de edad de dieciocho años, ya que la adopción trata de crear legalmente una relación filial entre personas que naturalmente pudieran ser padres e hijos. No se fija una diferencia máxima de edad; pero según el art.321 inc. d), el juez deberá valorar si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta la diferencia de edad entre adoptante y adoptado.

La diferencia de edad no se exige cuando se trata de adoptar al hijo adoptivo del cónyuge premuerto (art. 312 C.C.).

Al no poner ningún límite podría ocurrir que el hijo adoptado en estas circunstancias, fuere hasta mayor que el viudo o la viuda adoptante. Lógicamente, el juez en uso de las atribuciones que le confiere la ley, resolverá en función de las circunstancias; no hay que olvidar que el pedido no obliga al órgano jurisdiccional.

En nuestro país la diferencia de edad rige en general, sean los adoptantes casados o se trate de un adoptante soltero, viudo o divorciado y cualquiera sea el sexo del adoptado.

La violación del requisito atinente a la diferencia de edad acarrea la nulidad absoluta de la adopción (art. 337, ap. 1, inc. b, C.C.).

La ley 24779 mantiene como única excepción la de que tal diferencia no se exigirá cuando el cónyuge supérstite adopte al hijo adoptado del cónyuge premuerto (art. 312, 2º párrafo..., C.C.).

Entendemos que se hubiera facilitado el acceso al sistema de guarda y adopción disminuyendo en tres años la diferencia de edad exigida entre adoptante y adoptado (quince años), en tanto la realidad actual demuestra, por una parte, que la maternidad y la paternidad biológicas se presentan con bastante anterioridad, y, por otra, que una diferencia algo menor de edad no obstruye los fines de la adopción, ya que el juez siempre deberá resolver, desde la guarda preadoptiva, según la conveniencia e interés superior del menor (art. 321, inc. h, C.C.).

En la adopción del hijo del cónyuge se debe respetar la diferencia de edad, pues la única excepción a la diferencia anotada es el supuesto de la adopción por el supérstite del hijo adoptado del premuerto (art. 312, 2º parte, C.C.).

Así, en el caso en que el cónyuge de la madre del menor no tiene 30 años de edad y son solo quince los años de diferencia con el niño, la adopción pretendida encuentra valla en la ausencia de edad mínima en el adoptante y en la diferencia de edad de dieciocho años que la ley exige que exista entre adoptante y adoptado.

La reducción de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, hubiera facilitado la adopción de niños que no fuesen recién nacidos, los cuales no gozan en la realidad, de las mismas posibilidades que estos últimos para el ingreso al sistema protector adoptivo.

### **ADOPCIÓN POR CONCUBINOS**

Una primera aproximación acerca del tema en cuestión nos la brinda Belluscio, conceptualizando, de manera amplia, al concubinato como "aquella situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio" (Belluscio, 1989, p. 421 y ss).

La unión de hecho se haya revestida de una serie de caracteres como son la estabilidad y permanencia; por lo tanto quedan indudablemente excluidas de su concepto tanto la unión transitoria de corta duración así como las relaciones sexuales estables pero no acompañadas de cohabitación.

A fin de otorgar mayor precisión a dichas nociones, Zannoni, enuncia notas constitutivas del concubinato, a saber: 1) se requiere "comunidad de vida" que confiera estabilidad y proyección a la unión; 2) lo que implica permanencia y perdurabilidad en el tiempo; 3) a lo que debe agregarse la "singularidad de unión", que implica una relación monogámica; 4) y, por último, la fidelidad queda también contenida en dicha noción (Zannoni, 2006, p. 265).

Cada una de ellas hace a lo constitutivo del concubinato: cohabitación, comunidad de vida y de lecho.



## **ALGUNOS ASPECTOS SOCIALES Y NORMATIVOS DEL CONCUBINATO**

A todo lo referenciado hasta el momento podemos decir que en la actualidad el auge de la convivencia va ganando terreno en la población en especial en la población joven, la pérdida de vigencia de ciertos mandatos culturales en torno al matrimonio han hecho que hoy hombres y mujeres decidan convivir sin sentir el obstáculo de que para formar una familia es necesario contraer matrimonio (Información General de Investigación 24 horas de estadísticas de Uniones consensuadas [www.urgente24.com.ar](http://www.urgente24.com.ar) ).

Indagando aún más vemos que las parejas convivientes tienen un trasfondo común, no haber sentido la necesidad de contraer matrimonio para dejar el hogar paterno, los cambios socioculturales han hecho que tanto el hombre como la mujer puedan romper con ciertos mandatos, y dejar atrás la única posibilidad de salida exogámica que se tenía años atrás, a través del matrimonio.

La encuesta permanente de hogares realizada por el INDEC, referida a la ciudad de Buenos Aires y al conurbano bonaerense, advierte que ha crecido en los últimos 20 años el porcentaje de parejas que deciden convivir sin contraer matrimonio, es decir, que de cada tres parejas una prefiere el concubinato o unión de hecho al matrimonio, por lo tanto en el país aumento un 200% en veinte años la cantidad de parejas que conviven (Instituto Nacional de estadísticas y Censo, 2013).

Nuestro Código Civil, adoptó una posición abstencionista frente al concubinato, es decir salvo determinadas normas no le otorgó efectos jurídicos (Presunción de la paternidad prevista en el art. 257 del Código Civil). La realidad social ha forzado la sanción de algunas leyes que reconocen derechos a los convivientes, como ser en materia de locación (Ley 23.091), Previsión Social (Ley 24.441) pero no le da el tratamiento igualitario frente al matrimonio.

En el Poder Legislativo Nacional han existido varios proyectos que tenían la finalidad de regular los efectos jurídicos de las uniones de hecho.<sup>2</sup>

Por otra parte, en países como Brasil, Paraguay y Bolivia encontramos que han contemplado en sus legislaciones las uniones de hecho o concubinarias dándole efectos tanto en las relaciones personales como patrimoniales pasado determinado tiempo de convivencia.

No se puede dejar de mencionar, aunque sea brevemente, a las uniones civiles, diciendo que las mismas permiten a quienes han convivido de hecho obtener el reconocimiento de su unión como una relación jurídica que será oponible entre los convivientes y frente a terceros mediante la registración y publicidad, realizada por escritura pública o manifestando la voluntad ante un oficial público del Registro Civil, permitiendo a los convivientes ejercer derechos que la ley le confiere pero de ningún modo los transforma en matrimonio.

## **LA ADOPCIÓN UNIPERSONAL Y CONJUNTA LEGISLACIÓN Y LA NUEVA JURISPRUDENCIA**

El ordenamiento Civil de fondo establece, en el artículo 312, el principio general de que la adopción es "unipersonal", es decir, una persona adopta a otra, en relación a esto expresa: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente...".

Esto fue establecido en todas las leyes de adopción que se dieron históricamente en el derecho argentino, es decir en las leyes 13.252 y 19.134. La diferencia con estas normativas es que la ley 24.779, instituye una excepción a este principio, y es cuando los que pretenden adoptar sean cónyuges.

---

2Proyecto del año 2004 de la Cámara de Diputados de la Nación (tramite 5774-D-04) suscriptos por los Diputados Héctor Polino, Irene Bosch de Sartori, Lucia Garín de Tula, Beatriz Goy, Carlos Jaime Cecco y Olinda Montenegro. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 1997-4584. Proyectos de los Diputados Maria G. Pereira de Montenegro, Elisa B. Caraca, Roberto A. D`, Elisa M. Carrió, Víctor M. J. Fayad, Laura C. Musa, Rafael M. Pascual y Federico T. M. Storani.

Para el caso que los pretensos adoptantes estén unidos en matrimonio, el artículo 320 del Código Civil dispone que solo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, salvo cuando estén separados personalmente, uno de los cónyuges allá sido decretada su insania, o que se haya declarado la presunción de fallecimiento.

Esto fue una innovación de la ley 24.779, en relación a las anteriores leyes de adopción, ya que el principio general de estas leyes establecía que ninguna persona casada podía adoptar sin el asentimiento de su cónyuge. Estas disposiciones suponían el caso de que alguien casado no adoptase al niño juntamente con su cónyuge o, lo que es igual, que la adopción no sea solicitada por ambos (Zannoni, 1998)

Cabe agregar que de sucederse, es decir, que un niño/a sea adoptado por más de una persona, que no estén unidos en matrimonio, esta adolecerá de nulidad absoluta según lo normado en el artículo 337, inciso 1, apartado d del Código Civil.

Sin perjuicio, de esta prohibición se vienen sucediendo en la jurisprudencia pronunciamientos que admiten la adopción por concubinos.

Así el Tribunal Colegiado de Familia número 5 de Rosario, entendió que debía hacer lugar al pedido de adopción simultánea de un niño formulado por una pareja que se encuentra unida de hecho desde hace un prolongado tiempo. En este caso llevaban veinte años de convivencia y vivían con el niño, que estaba próximo a alcanzar la mayoría de edad, desde su nacimiento. El Tribunal consideró que debe tenerse en cuenta el mejor interés del niño y que posibilitar la adopción representaría el reconocimiento pleno hacia él como persona y la aceptación de sus necesidades (Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, O., A. y otro, 15/11/2006, Litoral 2007 (febrero), p. 103).

Por su parte el titular del Juzgado de Familia de San Carlos de Bariloche, provincia de Río Negro, en un caso donde el concubino de la adoptante, pedía la adopción del hijo adoptivo de ella, quienes juntos había constituido un núcleo familiar, entendió que el argumento más determinante para hacer lugar a la demanda, lo constituye el interés superior del niño ya que no resulta razonable privarlo de un padre con los alcances legales que la paternidad implica (ya que el requiriente es el padre en los hechos, en el afecto y en la función), por un requerimiento que se ha impuesto en el Código Civil pero debe

necesariamente ceder ante la mayor jerarquía del tratado internacional incorporado en el bloque de constitucionalidad federal.<sup>3</sup>

Resulta llamativa, en el presente caso, la oposición de la Asesora de Incapaces, en atención a su rol en los procesos de adopción.

La misma toma intervención en dos oportunidades, en la primera considera que debe adoptar uno de los peticionantes a la niña, y de querer hacerlo en forma conjunta deberán contraer matrimonio. La segunda intervención es a los fines de dictaminar sobre la inconstitucionalidad planteada sobre los artículos 312 y 320 del Código Civil, opinando que debe ser rechazada.

Es necesario exponer que el Asesor es el representante promiscuo de los menores de edad, en los términos del artículo 59 del Código Civil, es decir, que ejercer la representación complementaria y necesaria de ellos. Complementaria porque lo efectúa con el representante legal (art. 57 del Código Civil), y necesaria porque si se omite su participación lo actuado conlleva la nulidad.

En esta línea de ideas, y en el caso específico, surge la pregunta: ¿Cuál es el interés superior de esta niña?, ¿Qué sea adoptada por una sola persona o por las dos personas que ejercen los roles paternos?, pensamos que su superior interés está debidamente protegido si la niña queda emplazada en el estado de hija en relación a ambos peticionantes, es decir, si la adoptan las dos personas que la aman y que desean cuidarla.

Independientemente de si estas personas están casadas o no, ya que lo que le da seguridad a la niña es el emplazamiento filial, no la unión matrimonial de los adoptantes, porque sus derechos derivan de esto, y no del vínculo matrimonial de los pretendidos adoptantes. Por lo que si V.S. no se hubiera apartado del dictamen de la Asesora, y hubiese otorgado la adopción a uno solo de los peticionantes, se deduce que hubiese sido una decisión contraria a los derechos fundamentales de la niña y que no hubiese custodiado debidamente su interés superior.

---

<sup>3</sup>G. P. E. A. s/adopción plena" - Juzgado de Familia de San Carlos de Bariloche (Río Negro) - 05/11/2008, publicado en El Dial.

Estamos frente a la transformación de las formas de convivencia, no legalizadas pero si estables y duraderas, donde prevalece el compromiso mutuo, esto invita a reflexionar sobre ciertos cambios que deben darse en la legislación argentina, no obstante ello, ante un caso concreto, deberá ser el juez quien deberá merituar fácticamente la conveniencia de la adopción, sin sentirse atado por una vieja doctrina que se lo impedía, contrariando claramente la propia letra y el espíritu de la ley.

El tema es de interés para juristas, y en general, para la sociedad toda. Sin embargo, debemos tener presente que el mismo involucra la vida afectiva y el patrimonio de muchas personas que hoy por hoy no encuentran respuestas jurídicas, y en la que, su suerte queda librada al designio de los jueces, pero por sobre todo, a la eterna espera de una regulación legal que ponga un manto de certeza y seguridad a sus vidas. Por ello, creemos necesaria una reforma legislativa por medio de la cual se admita la adopción por parte de parejas unidas de hecho que demuestren estabilidad y permanencia.

En relación al caso en estudio, diremos finalmente que la institución de la adopción tiene como norte la protección y cumplimiento del interés superior del niño, en los términos del art. 3 y 21 inc. a) de la Convención de los Derechos del Niño - art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y art.321 inciso i del Código Civil.

En este marco de ideas, en el presente caso, se cumple con el interés superior del niño al permitir que los peticionantes adopten conjuntamente a la niña, y con ellos, que ella quede emplazada como hija de ambos requirentes, obligados a cuidarla y amarla como hija, no obstante que estén unidos de hecho, y no en matrimonio.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA ADOPCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

#### **LA INFLUENCIA DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA**

En la Reforma Constitucional publicada en el B.O. el 23 de agosto de 1994, en su art. 75 inc. 22...incorpora a la Constitución el texto de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Entre ellos el Pacto de San José de Costa Rica, sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño...

Las normas expresadas en dichos tratados son operativas y aplicables aun sin una reglamentación expresa.

Por lo expuesto, la Convención de los Derechos del Niño es, en este momento, la fuente de derecho más importante en el tema. Su artículo 3 sostiene el principio rector “el interés superior del niño debe regir cualquier tipo de interpretación judicial, legislativa y aun administrativa”, asegurándose la protección y cuidados que sean necesarios para su bienestar.

La adopción se enmarca en el art. 20 que se refiere sobre los niños que, temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en este medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

En esta primera sección del artículo nos grafica la situación en que debe encontrarse el niño para ser sujeto de protección y asistencia, especiales del Estado: privado o despojado de su medio natural familiar...Porque fue abandonado..., entendiendo como abandono al desamparo en sus necesidades básicas integrales, socioculturales, materiales, morales, psicológicas o intelectuales-afectivas por quienes naturalmente deben protegerlo o bien, por ser sujeto de maltrato por parte de éstos.

Cuando hay riesgo para el niño, el Estado cumple con su obligación indelegable de asistencia y protección especial, que no solo es una obligación o un deber del Estado, sino un derecho del niño.

El art. 20 enfatiza que los Estados Partes garantizarán de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños, entre estos cuidados figurarán...la colocación en hogares de guarda, la adopción o de ser necesaria la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones se prestará

particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Siempre que se trate la situación de un niño para colocación en guarda, adopción, tratamiento institucional u otros, deberán tenerse en cuenta los aspectos mencionados anteriormente.

Este artículo nos está remitiendo al esencial Derecho a la Identidad que, después del intrínseco a la vida y a la integridad física es uno de los más importantes.

Identidad es, la propia historia, y debe diferenciarse del derecho a la identificación reconocido en los arts. 7 primera parte que dice que...”el niño debe ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento”. ”mientras que en su segunda parte y refiriéndose al derecho a la identidad expresa: “...y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos” , y en su art. 8 donde dice que: “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin “interferencias ilícitas”, aun cuando el niño sea privado de ellas, “los Estados deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

El Pacto de San José de Costa Rica en su art. 19 Derechos del Niño, dice que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Es un derecho inalterable del ser humano, del niño, sobre el cual se asienta el derecho de las familias.

Este derecho a una familia, es normado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, 25 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11, 17 y 19 de ley 23.054 que ratifica la Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica. Son los jueces los responsables de su aplicación y de obligar a la sociedad y a los otros órganos del Estado, a respetar estos derechos.

No podemos dejar de lado estos derechos, justificando la vinculación de niños a extranjeros, por la mejor situación económica de que el niño gozaría. No son valores intercambiables.

Esta conciencia de: Niño=Persona=Sujeto de Derechos, no está internalizada en la sociedad y lamentablemente observamos que hasta aparece el ofrecimiento de los mismos, detallando sus características y aun brindando la posibilidad de mostrar fotos y videos en una página Web en Internet.

El art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño hace referencia que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán que el interés del niño sea la consideración primordial...y a)Velarán porque la adopción sea solo autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán de acuerdo a las leyes y procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna que la adopción es admisible en vistas de la situación jurídica del niño en relación con sus padres y parientes incluyendo a los representantes legales.

La adopción no es una política demográfica aunque haya países que quieren utilizarla en ese sentido, ni un remedio a la esterilidad...Es una respuesta jurisdiccional estatal, de la autoridad competente, ante la situación de desamparo de un niño.

De esta forma, el art. 21 inc. a), es el único inciso vigente en nuestro país del mencionado artículo ya que los incisos b), c), d) y e) fueron reservados por el Congreso de la Nación teniendo en cuenta que se refieren a la adopción internacional.

Cabe aclarar aquí que la reserva de la República Argentina sobre el art. 21, incs. b, c, d y e, de la Convención, manifiesta que “no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta” (art. 2, ley 23.849.

La exigencia al adoptante de una residencia de cinco años anterior a la petición de guarda (art. 315 C.C.), más allá de la sugerencia subyacente en la norma, tiende a impedir que los niños sean trasladados a otros países o regiones, lo cual puede comprometer su



interés o su identidad (Lloveras, 1994). Pero no obstante esta claridad normativa, tal exigencia nos parece discutible, ya que puede no preservar los derechos del menor, en la medida en que el niño desamparado no obtenga en el país un emplazamiento familiar, por diversas razones, sean cuales fueren.

En realidad, el art. 21 de la Convención consagra en sus incs. b, c y d, la subsidiariedad de la denominada “adopción internacional”, pues expresa que los estados partes que permitan el sistema de adopción deberán reconocer que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva, o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen, así como garantizar que la colocación del niño en otro país no otorgue beneficios financieros indebidos a quienes participen en ella, y se la efectúe siempre por medio de las autoridades competentes.

## **CAPITULO V**

### **LAS REFORMAS SOBRE ADOPCIÓN, EN LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL**

#### **CONVENIENCIA DE LA REFORMA**

La reciente ley de Matrimonio Civil, que lleva el número 26.618, reforma tres artículos del título 4: bajo el título "De la adopción" del Código Civil.

El primer artículo reformado es el 324, el cual establece que para el caso de que se le hubiese otorgado la guarda con fines de adopción a un matrimonio y algunos de sus integrantes fallecieran antes de que se cumpliera el plazo de guarda fijado por el juez, se otorgará la adopción al cónyuge sobreviviente, pero el hijo será matrimonial.

La ley 26.618 suprime la referencia que efectúa el artículo de "viuda o viudo", remplazándola por la de "cónyuge sobreviviente".

La modificación no resulta sustancial, ya que el supuesto sigue igual, es decir, que el mismo resulta facultativo para el cónyuge sobreviviente pudiendo hacer uso o no de esta posibilidad, al continuar la norma utilizando el "podrá". En este punto hubiese sido más acertado disponer que en el caso que durante el proceso de guarda con fines adoptivos, uno de los guardadores falleciera, el niño quedara emplazado como hijo de ambos, ya que la intención de estos era que ese niño fuera hijo del matrimonio, y por cuestiones del destino no se puede concretar.

Otro artículo reformado es el 326, que establece lo relacionado al apellido del niño adoptado por adopción plena. En este caso la reforma agrega un párrafo que contempla y resuelve el caso en que los adoptantes sea un matrimonio de personas del mismo sexo, estableciendo que a pedido de ellos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro, para el caso de que no pudiesen ponerse de acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente.

Con este párrafo se intentó dar solución a todas las posibilidades que pudieran acontecer con el apellido del niño, dando lugar primero a la elección de los pretendientes adoptantes, es decir, que ellos decidan cual va hacer el primer apellido, pero para el caso de que no hubiese acuerdo el que tenga el apellido con la letra que se ubique primero en el alfabeto será el que vaya primero, agregándose el otro apellido en segundo lugar.

También se establece que todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos. Esto nos parece acertado y coherente, ya que de lo contrario estaríamos ante un grupo familiar donde los hijos

llevarían todos apellidos distintos, no obstante de responder al mismo emplazamiento filial, es decir, serían hijos adoptivos de las mismas personas, pero con apellidos distintos.

En el último párrafo se efectúa una adaptación terminológica, ya que modifica "Si la adoptante fuese viuda cuyo marido..." por "Si él o la adoptante fuese viuda o viudo y su cónyuge no hubiese adoptado al menor", y al final reemplaza "... el de casada" por el "... el del cónyuge premuerto".

El último artículo modificado es el 332, que aborda qué apellido deberá otorgarse al niño en el caso de la adopción simple, efectuando una modificación al último párrafo, estableciendo que el cónyuge sobreviviente adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su cónyuge premuerto si existen causas justificadas.

El artículo 41 de la Ley 26.618, agrega un párrafo al artículo 12 de la Ley 18.248 que legisla lo referente al nombre de las personas naturales. Este contempla que el caso de que una mujer o un hombre casada/o con una persona del mismo sexo cuyo cónyuge no adoptare al menor, llevará el apellido de soltera/o del adoptante, a menos que el cónyuge autorizare expresamente a imponerle su apellido; esta norma tenía su razón de ser a la luz del artículo 8 de la Ley 19.134, que establecía que el adoptante casado debía tener el consentimiento de su cónyuge. La redacción actual del artículo 320, no permite esta opción, ya que establece que para el caso de personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente. Por lo tanto entendemos que esta reforma fue una oportunidad perdida para adecuar lo establecido en relación al apellido de los adoptantes en la Ley 18.248 a lo normado por la Ley 24.779, más cuando la ley en estudio efectúa una reforma justamente a los artículos 326 y 332 que regulan lo referente al apellido de los adoptados, tanto para el caso de adopción plena, como simple.

### **LA ADOPCIÓN POR HOMOSEXUALES**

Cuando se discutía la aprobación de esta ley, una de las cuestiones que presentó más resistencia fue la posibilidad de que los matrimonios de personas del mismo sexo pudieran adoptar. Ante esto nos parece importante efectuar breves aclaraciones en relación al tema.

## **DEFINICIÓN DEL TÉRMINO HOMOPARENTAL**

La homoparentalidad designa el lazo de derecho o de hecho que vincula uno o varios niños a una pareja homosexual, comparte así con el parentesco heterosexual las nociones de pareja y de procreación. La adopción homoparental, desde la óptica del derecho civil, consiste en que un niño pueda ser adoptado y ser por lo tanto, legalmente hijo de los dos miembros de una pareja compuesta por dos personas del mismo sexo.

Si el tratamiento de la adopción “común” ha sido tardío, poco frecuente y confuso, la adopción homoparental recién ahora, a través de las recientes reformas legislativas, se abrió paso en nuestro país. La cuestión de la homoparentalidad no deja de relacionarse con el mejor interés del niño, lo cual exige analizar cada caso concreto y las circunstancias que determinan el vínculo afectivo que presupone la adopción (Zannoni, 2006).

## **CAPÍTULO VI**

### **LAS UNIONES HOMOSEXUALES A LA LUZ DE LA CIENCIA**

En el plano Nacional, ya en el “X Congreso Internacional sobre Derecho de Familia” que tuvo lugar en la ciudad de Mendoza en el año 1998, se trató, dentro de la comisión referida a las diversas formas familiares, el tema de las uniones homosexuales.

Por entonces, no fue posible obtener recomendaciones unánimes en razón de la variedad de criterios expuestos, pero el resultado de los debates quedó resumido en las siguientes conclusiones: “1) Fueron varias las ponencias que se expidieron a favor de una regulación de las convivencias entre personas del mismo sexo. Uno de los fundamentos fue que debe evitarse la discriminación y respetarse el derecho a la identidad y orientación sexual. Se recomendó el estudio interdisciplinario para determinar el alcance de los efectos jurídicos que correspondería a las uniones aludidas. 2) En el seno de la comisión se manifestaron dos posturas claramente diferenciadas con relación a la guarda de menores por parte de parejas homosexuales: a) En el supuesto de regular efectos jurídicos a la convivencia de personas del mismo sexo, debe excluirse la posibilidad de conceder la guarda, la tutela y la adopción de niños, como también el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. b) Reconocer normativamente los derechos de los niños criados por parejas del mismo sexo para asegurarles el goce de derechos asistenciales y patrimoniales, así como los que se derivan de la guarda, régimen de comunicación y tutela. No se propugna la adopción ni la regulación de la pareja del mismo sexo para asegurar esos derechos” (Azpiri, 2006).

Sin embargo, la ciencia viene pronunciándose desde hace un tiempo considerable en torno de esta problemática. Los especialistas coinciden en que el bienestar psicológico de los niños no parece estar relacionado con el tipo de familia, sino con la calidad de la vida familiar. En este sentido el catedrático de Psicología Evolutiva y de la Educación de la Universidad de Sevilla, Jesús Palacios, en un artículo titulado significativamente “El supremo derecho de los niños a una infancia feliz” (Revista Contexto Familiar, 2004), insiste en la idoneidad de las parejas homosexuales para la adopción, al afirmar: «Son muchas las parejas y las personas que pueden responder a estas exigencias de la adopción. Lo esencial no radica en sus creencias religiosas, en sus preferencias sexuales o en su forma de organización familiar, sino en sus actitudes educativas y en su capacidad para hacer frente adecuada y establemente las necesidades de quienes son adoptados. Nadie se escandalizaría, por ejemplo, si una niña es dada en adopción a una mujer soltera que convive con su hermana viuda. Pero los prejuicios existentes a propósito de la homosexualidad (habitualmente no confirmados por los datos de investigación), convierten en un escándalo esa misma posibilidad».

El estudio del Derecho comparado nos recuerda que estamos en presencia de experiencias ya establecidas social y jurídicamente en varios países. Estas experiencias son analizadas desde hace varias décadas y es un desafío poder reflexionar sobre las mismas bajo el prisma de diversas disciplinas.

El deseo de tener un hijo no es privativo de las parejas heterosexuales, y cada vez con más frecuencia se observa en parejas homosexuales, que recurren a la adopción o a la biotecnología para su realización.

Si tomamos como ejemplo una familia constituida por padres homosexuales – mujeres u hombres– con hijos que fueron adoptados o engendrados a través de nuevas técnicas reproductivas, constatamos que las problemáticas de la adopción y de las nuevas técnicas reproductivas se entrecruzan y confluyen con las nociones que se manejen sobre parentalidad y homosexualidad.

Es materia de discusión en diversos espacios, no sólo dentro del análisis específicamente jurídico, si en la base de las modalidades que proponen nuevas formas de organización de los lazos sociales habría, como afirman algunos autores, una dilución de las normas, un ataque al orden simbólico, una caída de la figura del padre, una feminización de la sociedad, una abolición de la diferencia. Por otra parte, desde un punto de vista sociológico y político están en juego los derechos de las minorías, la no discriminación y las políticas sociales.

Desde un ángulo eminentemente jurídico Gerlero expresa: “el tema de la no discriminación resulta de capital importancia para la comprensión de las diversas funciones del Derecho”, y propone la construcción de un Derecho “más comprometido con las necesidades y expectativas de los distintos sectores sociales, pero, en particular, con aquellos que ven vulnerada su dignidad en medio de una crisis en la que encontramos a diversos actores cuyos valores y profundos desacuerdos, basados en la ignorancia y la indolencia, agravan la desesperanza, el abandono y la exclusión de otros” (Gerlero, 2006).

Hablar en términos generales del ejercicio de la parentalidad en parejas homosexuales plantearía una unificación interpretativa, esto es, una pobreza interpretativa. El único punto en común es la elección de objeto del mismo sexo, pero los mecanismos

psíquicos en juego pueden ser radicalmente diferentes. Por eso Zannoni propone que lo primordial es analizar en cada caso concreto cuál es el mejor interés del niño que se pretende adoptar. Sobre esto no hay regla general posible, como tampoco la hay para acordar la adopción a favor de heterosexuales. La orientación sexual del o de los adoptantes no debe constituir en abstracto un impedimento para la adopción. “La sexualidad es algo muy complejo para reducirlo a ser apenas el estandarte de reivindicaciones ideológicas” (Zannoni, 2006, p. 131).

Es posible imaginar sujetos heterosexuales cuya sexualidad desviada por perversiones revelan psicopatologías que podrían incidir negativamente en la psiquis del niño que pretenden adoptar, y que por eso no haría aconsejable que fuesen adoptantes. Es decir, se debería deslindar la orientación sexual de patologías vinculadas a la sexualidad.

La respuesta correcta y más oportuna a la cuestión planteada es que el Estado venga a cumplir su rol de tutela y control, adjudicando la adopción en el caso concreto pero dentro de un marco general no discriminatorio, en el que la adopción no se restrinja ni limite por preferencias de índole sexual.

## **LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL EN ARGENTINA**

Es necesario reparar que nuestro sistema establece la adopción "unipersonal", es decir que una sola persona adopta a otra, así lo establece el art. 312 del Código Civil, cuando expresa: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente...". Esto fue establecido en todas las leyes de adopción que se dieron en nuestro derecho, es decir en las leyes 13.252 y 19.134. La diferencia con estas normativas es que la ley 24.779, establece una excepción a este principio, y es cuando los que pretenden adoptar sean cónyuges, en este caso establece el artículo 320 que cuando los pretendidos adoptantes estén unidos en matrimonio, solo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, salvo cuando estén separados personalmente, uno de los cónyuges haya sido declarado insano, o que se haya declarado la presunción de fallecimiento.

Esto fue una innovación de la ley 24.779, en relación a las anteriores leyes de adopción, ya que el principio general de estas leyes establecía que ninguna persona casada podía adoptar sin el asentimiento de su cónyuge. Estas disposiciones presuponían el caso de que alguien casado no adoptase al niño juntamente con su cónyuge o, lo que es igual, que la adopción no sea solicitada por ambos (Zannoni, 1998).

La orientación sexual de las personas no resulta ser un requisito para adoptar, es decir, que las exigencias para ser adoptantes son tener más de 30 años de edad, una residencia mínima de 5 años en el país antes de la solicitud de guarda, no ser ascendente, ni hermano o medio hermano (Art. 315 CC), y estar inscripto en el Registro de Aspirantes a guardas con fines adoptivos (Ley 2585, art. 16).

En conclusión podemos decir que la adopción por personas homosexuales nunca estuvo prohibida en nuestra normativa, lo que no está permitido es la adopción conjunta por personas unidas de hecho ya sean heterosexuales u homosexuales.

En resumen, la adopción como principio es unipersonal, la excepción a este principio es cuando los pretendidos adoptantes estén unidos en matrimonio, en este caso deberán hacerlo en forma conjunta; por otro lado en nuestra normativa no existe un requisito referente a la orientación sexual del pretendo adoptante, si bien el art. 317 inc. c) del Código Civil dispone que queda en cabeza del magistrado el estudio de las condiciones personales del que pretende la guarda con fines adoptivos de un niño. Esto tendrá que ser evaluado a la luz de la conveniencia de la adopción para el niño, principio rector en este tema.

## **CAPÍTULO VII**

### **LA ADOPCIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL**

En el proyecto de reforma al Código Civil, la Adopción está regulada en el título VI. Debemos reconocer que en general las normas que se proponen sobre adopción en el Proyecto de Modificación del código Civil, son acertadas.



Es muy importante que se reconozca que la adopción es una institución que tiene por objeto «proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia», dejando de lado el tan reiterado concepto de la adopción como institución que otorga hijos a quienes no pueden tenerlos.

### **PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ADOPCIÓN**

Es interesante prestar atención a los principios generales que el Proyecto de Reforma del Código Civil instaura para la adopción.

Los mismos no están ausentes del régimen actual establecido por Ley 24.779 e incorporado al Código Civil. Sin embargo, su enumeración en forma específica e introductoria de las normas que van a regir la adopción les otorga mayor valor y llama a su consideración por parte de los aspirantes a la adopción, como de los padres biológicos y también, por qué no considerarlo, sirve como orientación para jueces y abogados. La propuesta del art.595 del proyecto en análisis, establece como principios generales que deben regir la adopción, los siguientes: a) Interés superior del niño; b) Respeto por el derecho a la identidad; c) Agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) Preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) Derecho a conocer sus orígenes; f) 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 10 años.

### **RESPECTO POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD**

La identidad se conceptualiza como aquella parte del propio concepto desde el cual el individuo opera como tal; esto significa que aporta al desarrollo de la propia consistencia y coherencia. Desde aquí está emparentada con la autoestima, ya que una presupone la otra.

La identidad es un derecho natural, que no se resume en el derecho al nombre y a la inscripción del nacimiento, sino que se vincula con todos aquellos datos y rasgos que permiten a cada ser humano conocerse y diferenciarse de los demás para ser sí mismo y ello implica, necesariamente, vincularse con el propio origen, conocer las raíces y a los portadores de su impronta genética (Aiello de Almeida, 2012).

Por ello es que consideramos que el derecho a la identidad, que el proyecto marca como principio que debe regir la adopción, debe ir invariablemente unido al derecho a conocer sus orígenes, pues sin ellos, la formación del propio yo queda inconclusa. Concepto este último que se ve reforzado por el párr. 1º del art. 596 propuesto por el proyecto en análisis.

### **AGOTAMIENTO DE LAS POSIBILIDADES DE PERMANENCIA EN LA FAMILIA DE ORIGEN O AMPLIADA**

Este principio está relacionado con el deber de respetar el centro de vida del niño, establecido por Ley 26.061, entendiéndose por tal el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, vinculando este principio con la patria potestad y con las situaciones relacionadas a ella. Es el art. 607 del proyecto el que se encarga de establecer los plazos dentro de los cuales deberán realizarse las gestiones necesarias para procurar que el pretense adoptando permanezca en su familia de origen o ampliada.

Este es un punto muy delicado, ya que se corre el riesgo de desarraigar a los niños de su familia de origen por problemas de orden económico. Es una realidad en nuestro país, como en muchos otros, que gran cantidad de familias carecen de los recursos necesarios para su sano y normal desarrollo y que muchos padres prefieren entregar sus hijos al cuidado de un extraño, antes que someterlos a las privaciones que ellos se ven obligados a sortear.

Es decir que, si se exige al organismo administrativo competente que agote las medidas tendientes a que el niño permanezca en el seno de su familia, esa exigencia debe

referirse a que el organismo administrativo competente deberá apoyar a esa familia, con aportes del Estado, a fin de que pueda obtener trabajo, vivienda digna y contención adecuada, para superar la situación de indigencia que ha puesto en peligro la continuidad de la vida familiar.

Si esto no fuera así, la declaración del art. 607 será meramente teórica y se considerará agotada con la mera exhortación de los funcionarios de turno a los padres que no pueden atender convenientemente a sus hijos, para que ellos mismos reviertan la situación.

Los jueces deben estar dispuestos a exigir del organismo administrativo competente el cumplimiento de aquellas acciones que permitan a los padres biológicos mantener la unión de la familia con una adecuada atención de sus hijos.

## **PRESERVACIÓN DE LOS VÍNCULOS FRATERNOS**

### **PRIORIZACIÓN LA ADOPCIÓN DE GRUPOS DE HERMANOS EN LA MISMA FAMILIA ADOPTIVA O, EN SU DEFECTO, EL MANTENIMIENTO DE VÍNCULOS JURÍDICOS ENTRE LOS HERMANOS, EXCEPTO RAZONES DEBIDAMENTE FUNDADAS.**

Este principio reviste fundamental importancia, porque él debe regir las decisiones judiciales y así podrán evitarse situaciones verdaderamente lamentables en que se ha separado a los hermanos, repartiéndolos entre distintas familias y desvinculándolos totalmente de toda relación afectiva y jurídica. Esa desvinculación también afecta el derecho a la identidad de los niños.

La disposición que se propone obligará a los jueces, cuando sean varios los hermanos en estado de adoptabilidad, a buscar los legajos de postulantes a la adopción que hayan manifestado su interés en adoptar grupos de hermanos y descartar para esos casos, aquellos que solo prefieren adoptar un solo niño. Para que no existan dudas, el art. 598 del proyecto prevé expresamente la pluralidad de adoptados.

Es cierto que la propuesta contempla el supuesto de que la adopción de grupos de hermanos no fuera posible; aunque insistimos que el juez deberá agotar todas las vías para hacerla realidad, precisamente por el interés superior de esos hermanos. Sin embargo, en caso de que la separación no pudiera evitarse -caso que deberá ser muy extremo- el proyecto ha previsto una excepción.

Al mismo tiempo que el art.620 del proyecto establece que la adopción plena extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, el art. 621 determina que, cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena.

Esta decisión es una forma de evitar la disgregación de los hermanos; aunque, insistimos, lo que deberá guiar la preocupación judicial es la búsqueda de adoptantes que estén dispuestos a recibir a los hermanos en conjunto. Con esto, se evita la ruptura de los vínculos afectivos, que son los que la norma jurídica no puede reglar y que pueden mantenerse adecuadamente a través de la relación cotidiana en el ámbito del mismo seno familiar.

## **DERECHO DEL MENOR A SER OIDO**

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 10 años

No cabe duda que el reconocimiento de estos derechos parte del convencimiento de que los niños son merecedores del mayor de los respetos, por el hecho de ser personas. Ser oído y lograr que la propia opinión sea escuchada es un paso muy importante para sentirse protagonista de su historia y para reforzar la autoestima.

Los niños han dejado de ser objetos de preocupación jurídica para convertirse en sujetos de derechos. El sujeto de derechos que es el niño se ve protegido jurídicamente por el reconocimiento expreso de determinados atributos que tanto los ciudadanos como el Estado deben no solo respetar, en el sentido de no violentar o lesionar, sino

fundamentalmente, deben promover y hacer efectivos, convirtiéndose en sujeto pasivo de determinado débito.

Tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país (Ley 23.849) e incorporada a la Constitución Nacional a través del art. 75, inc.22; como el mismo Código Civil y más recientemente la Ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes describen profusamente sus derechos y también identifican quiénes están obligados a satisfacerlos. El proyecto de Código Civil, en este aspecto, no hace más que recoger y reproducir tales normativas.

Es importante considerar que los casos en que el menor es oído o su opinión es tenida en cuenta son aquellos en que su edad y grado de madurez lo permiten. El proyecto en análisis, agrega una presunción, que a los 10 años de edad cualquier niño o niña ha alcanzado ese grado de madurez.

### **¿CÓMO SE EJERCE EL DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES?**

Es correcto que si se establece el derecho del adoptado a conocer sus orígenes, se prevea cómo se llevará a cabo esa toma de contacto. Para ello se destaca la necesidad de que el expediente judicial y administrativo referidos a la adopción sean lo más completos posibles, tanto en lo que se refiere a los datos de identidad como también, los relativos a eventuales enfermedades transmisibles. También se destaca, en el mismo art. 596, que si el adoptado que manifiesta su interés en acceder al expediente judicial o administrativo es menor de edad, el juez debe disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del registro de adoptantes correspondiente o de los equipos interdisciplinarios de mediación, estableciendo que la familia adoptiva puede solicitar asesoramiento a esos mismos organismos.

Es importante señalar que no queda muy claro a qué se refiere el proyecto cuando establece que el juez podría dar intervención a los equipos interdisciplinarios de mediación, dado que en cada provincia la organización de la mediación es diferente, y el Código Civil

rige para toda la Nación y, por ello, deberían hacerse en él referencias más concretas a instituciones que funcionen en todo el país.

No cabe duda que en el proyecto que comentamos se ha querido distinguir la situación de los niños de la de los adolescentes, dando a estos últimos un trato diferente.

### **¿QUIÉNES PUEDEN ADOPTAR?**

En términos generales, el proyecto mantiene las exigencias del Código Civil hoy vigente, aunque reduce la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, a 16 años. Sin embargo, no se impone ninguna exigencia para lo que se llama pareja de convivientes, en cuanto al tiempo de vida en común antes de tomar la decisión de adoptar. Esto consideramos que es una omisión importante, que puede acarrear consecuencias negativas para los adoptados, dado que cuando se habla de matrimonio, fácil es comprender que se trata de una relación estable, con expectativa de permanencia; aunque sabemos que distintas alternativas de la vida pueden frustrarla. Por el contrario, la mera convivencia puede ser ocasional, dado que los interesados no han realizado ningún acto formal, frente a la sociedad, que permita visualizar la voluntad de mantener el vínculo. Solo su permanencia en un lapso prudencial de tiempo, que podría ser de tres o cinco años, garantizaría aquella y permitiría visualizar un proyecto en común.

En definitiva, toda la prolijidad que demuestra el proyecto pierde eficacia ante la falta de previsión de esta cuestión, que resulta fundamental a la hora de proteger el derecho de los niños a desarrollarse en una familia.

### **DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ADOPTABILIDAD**

El proyecto se refiere con mayor precisión que la normativa vigente al otorgamiento de la guarda del menor, pues dicha guarda requiere la previa declaración de adoptabilidad del menor; declaración judicial que solo podrá ser suplida por la sentencia de privación de

la patria potestad, que en el proyecto se denomina privación de responsabilidad parental (Art. 610 proyecto de Código Civil).

Los restantes supuestos para que un menor ingrese en estado de adoptabilidad son enumerados en el art. 607 del proyecto, fijándose pautas concretas con plazos muy acotados, que dejan de lado la incertidumbre que hasta el presente genera la disposición del art. 317 del Código Civil al establecer que no será necesario el consentimiento de los padres biológicos cuando estos se hubieran desentendido del menor durante un año.

El primer inciso del art. 607 del Proyecto, prevé que, aun en el caso de niños cuyos padres hayan fallecido, debe agotarse la búsqueda de familiares de origen. Esta búsqueda deberá realizarla el organismo administrativo competente, hecho que pone un nuevo alerta y una nueva carga sobre los jueces que deban decretar el estado de adoptabilidad, quienes deberán verificar antes de ello que efectivamente se haya realizado una búsqueda seria antes de concluir que no se encuentran familiares de los niños huérfanos.

El plazo para dicha búsqueda ha sido fijado en treinta días, los cuales podrán ser prorrogados por un plazo igual mediante resolución fundada. Esta disposición pone en evidencia el papel protagónico del juez, lo cual es auspicioso.

El segundo inciso del mismo artículo se refiere al caso del niño cuyos padres prestan consentimiento para la adopción. En este caso, los requisitos son: que hayan transcurrido cuarenta y cinco días desde el nacimiento; que los padres hayan tomado la decisión en forma libre e informada, hecho que supone que habrá de explicárseles los alcances y consecuencias de la misma; que se hayan agotado las medidas tendientes a que el niño permanezca en la familia de origen o ampliada, para lo cual se otorga un plazo máximo de noventa días, es decir que dicho plazo es improrrogable.

Aquí nos remitimos al análisis del inc. c del art.595 del proyecto, que establece como principio de la adopción el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.

La tercera hipótesis contempla el supuesto en que se hayan adoptado medidas para que el menor permanezca con su familia de origen o ampliada y, aun así, el intento no haya

dado resultado. En este caso, el plazo máximo previsto es de ciento ochenta días. Fiel al reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, el proyecto prevé que ellos serán parte en el procedimiento de declaración del estado de adoptabilidad si tienen edad y grado de madurez suficiente. Ello dependerá, como es obvio, de la decisión judicial pero, aún así, se exige que el menor cuente con asistencia letrada.

Interesa destacar como algo positivo la insistencia en la entrevista personal, con carácter obligatorio, del juez con los padres y con el menor involucrado en la decisión. La norma que actualmente prohíbe la entrega directa de los menores en guarda por escritura pública o acto administrativo, se mantiene en el proyecto bajo análisis, pero se amplía estableciendo las consecuencias de la transgresión: La facultad del juez de separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador. Aunque esto contempla como excepción que se compruebe que dicha entrega se funda en un vínculo de parentesco o afectivo entre los padres y los pretendidos adoptantes.

## **PLAZOS PERENTORIOS**

El art. 612 del proyecto establece para el juez la obligación de discernir la guarda con fines de adopción en forma inmediata al dictado de la sentencia que declara el estado de adoptabilidad.

Esta exigencia, unida a los lazos ya analizados del art. 607, ayudará a terminar con el estado de incertidumbre prolongada en que se somete a los niños institucionalizados, que pasan los años más significativos de la formación de su personalidad sin la contención y el afecto de una familia. Por su parte, el art.614 determina que el plazo de guarda no puede exceder de seis meses y es de destacar que, una vez cumplido ese período de guarda, el proceso de adopción podrá ser iniciado no solo por los adoptantes, sino también por el juez de oficio o a pedido de la autoridad administrativa; solución esta que acelera el trámite y acorta la incertidumbre del menor.

## **TIPOS DE ADOPCIÓN**



El proyecto incorpora tres tipos de adopción: plena, simple y de integración.

Esta última está incluida en la adopción simple en la normativa aún vigente y es la que se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y se prevén expresamente los efectos de la misma entre adoptado y adoptante, según los casos. El art. 621 reconoce amplias facultades al juez para otorgar la adopción plena o simple y también, y esto es una novedad, para mantener subsistente el vínculo con uno o varios parientes de la familia de origen en la plena o crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. Hay una preocupación, evidenciada en el art. 623, con relación al respeto que debe guardarse por el prenombre del adoptado.

Esta es una previsión muy importante, que solo admite excepciones fundadas que deberán ser autorizadas judicialmente. Contribuye a poner en primer lugar el derecho del niño adoptado, cuyo interés superior es que se respete su identidad. Cuando un niño, por pequeño que sea, ha aprendido a responder a un determinado nombre y a sentirse identificado con él, constituiría una grave falta de respeto que se le adjudique uno diferente, despojándolo de algo que le pertenece en lo más íntimo, solo por el hecho de que a los adoptantes no les guste o no les parezca adecuado. Es por ello que los jueces deberán ser muy severos y muy restrictivos en la admisión de excepciones.

Esta cuestión de la identidad es de tal magnitud que, aun para los casos de adopción plena, el proyecto dispone que pueda agregarse o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante; por supuesto con carácter excepcional.

En términos generales, es viable afirmar que el proyecto de Código Civil, en lo que se refiere a la adopción, es aceptable y mejora muchas cuestiones que contribuyen a poner al menor involucrado en el centro de la preocupación de los jueces y a priorizar ante los padres adoptivos los intereses y derechos del adoptando. Se simplifican los trámites para obtener la custodia legal de los niños, pero no disminuyen las condiciones que deben cumplir quienes quieren adoptar. Se incluye la figura de los “niños en situación de adoptabilidad”, esto es, niños que continúen en situación de desamparo tras 6 meses de trabajo social con la familia biológica.

## **LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

Respecto de la adopción internacional, cabe aclarar que los primeros textos legales, las leyes N° 13.252 y N° 19.134, no establecieron en sus redacciones la prohibición expresa de que personas extranjeras o no radicadas en nuestro país puedan adoptar a menores domiciliados en la República.

Dicha prohibición se estableció, por primera vez, con la reserva que efectuó la República Argentina a los incisos b, c, d y e de la Convención sobre los Derechos del Niño. Tal reserva se fundó en que dichos incisos *“no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta”* (art. 2°, Ley 23.849).

En el mismo orden de ideas, en el año 1994 se sancionó la Ley N° 24.410, por la cual se modificó el Código Penal penalizando el tráfico de niños.

Por último, con la sanción de la Ley N° 24.779 se incorporó el requisito de la residencia permanente mínima de 5 años en nuestro país para todas las personas que deseen adoptar menores argentinos.

En la actualidad el Código Civil prohíbe que extranjeros adopten niños en la Argentina y permite que una persona argentina adopte niños en el extranjero.

El proyecto de Código Civil y Comercial sigue el mismo criterio y en el libro VI Título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado dedica la Sección 6° a la Adopción, estableciendo en el artículo 2636 que los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado. Y en el artículo 2637 que una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento.

Lamentablemente el proyecto de Código Civil suprimió el segundo párrafo del artículo 2635 que recogía lo resuelto por la jurisprudencia mayoritaria determinando que *“Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción*

a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero”.

La cuestión venía a solucionar el problema de los matrimonios que ante la imposibilidad de adoptar en el país deciden hacerlo en el extranjero y requieren para hacerlo que en la Argentina una autoridad judicial o administrativa les acredite su idoneidad y realicen un seguimiento a la adopción conferida en el extranjero. Estos matrimonios se encontraban con la dificultad que ninguna autoridad en la Argentina parecía dispuesta a realizar estos trámites, con lo cual a los niños extranjeros en condiciones de ser adoptados y a los aspirantes a adoptarlos se les frustraba tal posibilidad.

Afortunadamente la jurisprudencia ha venido a poner solución a la cuestión, primero fue la Suprema Corte de la Provincia de Bs As quien decidió que los tribunales provinciales eran competentes para otorgar tanto el certificado de aptitud de los adoptantes como para realizar el seguimiento de las adopciones conferidas en el extranjero y luego la Cámara Civil de la Capital .

Para demostrar la idoneidad adoptiva los pretendientes deben recurrir a un proceso de jurisdicción voluntaria, cuyo objeto es lograr que el órgano judicial local emita un certificado de idoneidad o una declaración de aptitud de los peticionarios a los fines de ser presentado ante las autoridades competentes del país extranjero con el fin de postularse y tramitar allí la adopción internacional de un niño.

Ese certificado o declaración de idoneidad requerido, da fe de la aptitud de los pretendidos padres para adoptar en el extranjero y se emite luego de que el juez valore los informes resultantes de los oficios a librarse y de producida la prueba pericial médica, la psicológica y la socio ambiental de los postulantes por peritos designados de oficio, asegurando que reúnen las condiciones morales (v.gr.: por carecer de antecedentes penales); económicas, personales, de salud física y psicológica.

### **CAPÍTULO XIII**

#### **ENTREVISTAS CON FUNCIONARIOS JUDICIALES RELACIONADOS AL TRÁMITE ADOPTIVO**

A efectos de obtener un panorama actualizado, para la elaboración de este trabajo, se consultó la opinión de distintos funcionarios judiciales de la Provincia de San Juan<sup>4</sup>, con gran experiencia en la temática, quienes coincidieron en remarcar, a modo de conclusión, que el hecho de la demora, radica en que siempre hay pocos niños en condiciones de preadoptabilidad, es decir que la demanda de adoptantes, sobrepasa sustancialmente a la oferta de menores en aptitud de ser adoptadas, ya que la gran mayoría de los adoptantes prefieren hacerse cargo de niños menores de cinco años.

Lo complicado es el tiempo que transcurre en la lista de espera, ya que muchas veces al final del trámite aparece un abuelo que reclama al nieto que se iba a dar en adopción y todo vuelve a foja cero.

En la aparición de los Planes Sociales (Ej. Asignación Universal por Hijo), ahora las familias son más remisas en otorgar menores en guarda, lo cual no deja de ser positivo, a efectos de lograr mantener la unidad con la familia biológica.

Los funcionarios judiciales consultados, coinciden en señalar la conveniencia de ampliar la discrecionalidad del juez, como impulsor del procedimiento adoptivo, para que pueda disponer de los diferentes plazos, con carácter sumarísimo, con la facultad de habilitar hora y días inhábiles, para que a lo sumo en seis meses, el magistrado está en condiciones de efectuar la declaración judicial de adoptabilidad, debiendo decir fundadamente, y con el resguardo de las debidas garantías, de todas las partes involucradas, si están configuradas o no las condiciones de desamparo moral o material; y así resolver la situación de adoptabilidad del menor.

En otro orden, y para evitar evadir el procedimiento judicial de la adopción, a través de la inscripción en Registros, sería importante incorporar sanciones penales específicas, para los intermediarios de mala fe, sean escribanos o abogados, a efectos de garantizar el pleno derecho a la identidad, en el proceso adoptivo.

---

4 Consultas: A la Dra. Estela Zorrilla de Rico, ex titular del Segundo Juzgado de Menores de San Juan, al Dr. Carlos Guido Ramírez, ex titular del primer Juzgado de Menores de San Juan; y a la Dra. Patricia Sirera, actual Defensora de Menores del Poder Judicial de San Juan.

## **CAPÍTULO IX**

### **CONCLUSIONES**

Quizás el Instituto de la Adopción, sea uno de los más debatidos y criticados actualmente en el Derecho Argentino.

La prolongada duración del procedimiento adoptivo, y las diferentes exigencias formales para dotar a un niño abandonado de una familia que ansía tenerlo en su seno amoroso, hicieron de la adopción, una especie de monstruo bipolar, al que muchos huían, escapando de sus garras burocráticas, y otros trataban de burlar, aprovechando su torpeza de desplazamiento.

A lo largo de su propia evolución jurídica, la Adopción fue puliendo sus errores a costa de arduos debates en Congresos, decenas de Proyectos legislativos, avances en el Derecho Comparado, y el gran aporte de Tratados Internacionales, como la positiva irrupción de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Todos estos factores coadyuvaron en transformar un instituto inexistente en la época de la sanción del Código Civil por Vélez Sarsfield, en una herramienta más ágil, transparente y moderna, intentando acercar la compleja relación entre un menor sin familia, con un nuevo hogar que espera expectante, la incorporación de un nuevo integrante.

Ha sido importante el aporte del equipo de juristas notables que esbozó el Proyecto de reforma del Código Civil, actualmente en paréntesis por cuestiones meta jurídicas, pero que sin duda, tarde o temprano, influirá en el Derecho positivo argentino.

El Proyecto de reforma tal como se ha analizado propone agilizar los trámites para adoptar. Se afirma comúnmente que habría gran cantidad de niños y niñas listos para ser adoptados, pero que por burocracia esto no se logra. Se pretende justificar la adopción ilegal en función de las dificultades que se ponen a quienes quieren adoptar y se establece una especie de ranking entre padres “buenos” que quieren “salvar” a niños o niñas de una familia de origen “mala”. Estas ideas se sustentan en algunos conflictos que subsisten hoy

en torno de la adopción, de los cuales el Proyecto de reforma del Código Civil intenta dar solución, sin lograr eludir algunas críticas.

En torno de la adopción hay una serie de mitos que se instalaron como verdades absolutas y no permiten ver su complejidad. La jurista Aída Kemelmajer de Carlucci, miembro de la comisión de notables encargada de realizar las reformas del Código Civil encomendadas por el Poder Ejecutivo Nacional, explicó que con el anteproyecto se trató de resolver los problemas existentes “vinculados normalmente con los tiempos de la adopción y el tráfico, a través de las ‘entregas directas’”.

El problema del tiempo ha intentado solucionarse en el Proyecto fijando plazos dentro de los cuales, si el organismo administrativo no ha logrado que el niño quede protegido en su familia de origen, entonces lo comunica al juez y se declara al niño en condición de adoptabilidad; de allí en más, el trámite es muy sencillo y no debería demorar.

Pero abundan actualmente los reclamos acerca de lo lerdo y trabajoso que llega a ser adoptar a un niño o niña hoy en Argentina. Entonces, la prioridad es acelerar los plazos para que los chicos pasen a “estado de adoptabilidad” con diversos mecanismos. Así, agiliza los trámites que habilitan la custodia legal, sin disminuir por ello las condiciones que se deben cumplir por quienes quieren adoptar.

Las nuevas disposiciones establecerían distintos plazos para llegar a ese estado: 30 días (prorrogables por otros 30) si no hay filiación establecida o los padres han fallecido y no se pudo dar con la familia de origen; 90 días cuando los padres decidieron que su hijo sea adoptado y se agotaron las “medidas tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada”; y 180 días si “se comprueba que las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada no han dado resultado”.

Se busca “evitar la cronicidad de niños, niñas y adolescentes en los hogares convivenciales o lugares de abrigo, cuando están separados de su grupo familiar”.

El anteproyecto habla de tres clases de adopción (plena, simple y de integración), que existen hoy en el derecho argentino.

1. Se sistematiza la adopción de integración (o sea, la adopción del hijo del cónyuge o del conviviente); hasta ahora, las normas están en diversos artículos, todos separados, difíciles de reunir.

El Proyecto de reforma reúne en un solo texto, que explica cuáles son los requisitos, la posibilidad de revocación, etc.

2. Hoy, la adopción plena ubica al niño adoptado en la familia del adoptante, pero rompe todos los vínculos con la familia de origen; a su vez, la adopción simple genera vínculos sólo entre adoptante y adoptado, pero no con la familia del adoptante. O sea, ese niño, en la adopción simple, no es primo del hijo del hermano, ni sobrino del hermano, etc., parentesco que sí tiene en la adopción plena.

Se ha diseñado un régimen más flexible; o sea, adopción simple y plena siguen existiendo, pero el juez tiene ahora facultades para dejar subsistentes algunos vínculos con la familia de origen en la plena y para generar vínculos con otras personas de la familia del adoptante en la simple; si todo esto está de acuerdo con el interés superior del niño. Además, se permite que una adopción que se concedió como simple, se convierta después en plena.

Es un gran avance posibilitar y priorizar el establecimiento de vínculos jurídicos entre hermanos adoptados por distintas familias, tema que ha generado graves conflictos, a veces superados por una adecuada intervención judicial y familiar, pero muchas otras sin resolución positiva. En este tema y en el capítulo referido a adopción simple, hay una línea que valora y fomenta un cambio cultural destinado a propiciar el acercamiento de las familias adoptantes con los familiares biológicos que no sean capaces de hacerse cargo de la crianza, pero que sí puedan mantener lazos de comunicación con los niños adoptados.

El Proyecto citado amplía las posibilidades de entrar en la categoría de adoptante. Ya no sólo una pareja heterosexual puede adoptar, lo puede hacer “una pareja de convivientes” o “una persona sola”, sin distinción de orientación sexual.

Por otro lado, toda la reforma del Código ratifica el derecho de los niños a ser oídos, según la edad y la madurez, y a que pueden dar su consentimiento para la adopción a partir

de los 10 años. Se trata de una normativa celebrada también por expertos, ya que, si bien la Justicia venía incorporando en alguna medida el criterio constitucional de la escucha a los propios niños y adolescentes, queda claro en el nuevo texto su obligatoriedad a partir de esta edad.

El Proyecto de Reforma al Código Civil, evidencia también un claro respeto por el derecho a la identidad. La reglamentación del derecho a conocer los orígenes, que permite al adoptado acceder a su expediente judicial de la adopción, impide la continuación de prácticas ilegítimas como la sustitución de identidad, que fue algo muy comúnmente practicado en Argentina. Se ha avanzado también en el sentido de la obligación de los jueces de escuchar al niño/a y de que éste forme parte del juicio de adopción. Y finalmente, hay una marcada amplitud en el marco de las posibilidades de conformación familiar desde el punto de vista de la familia adoptiva, que ya no tiene al matrimonio heterosexual como único referente.

Uno de los principales conflictos tiene que ver con que la mayoría de los niños que están en instituciones y son o pueden ser dados en adopción no están literalmente “abandonados”. Existe la idea de que habría una especie de “banco de niños” en espera y que las demoras se deben a cuestiones burocráticas, pero lo que realmente sucede es que la mayoría de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados tiene algún familiar que no quiere darlos en adopción. El “abandono” es una declaración judicial, debido a que se considera que sus familiares o referentes afectivos (que casi siempre se hallan en condiciones ligados a la exclusión social) no pueden brindarles un cuidado cotidiano adecuado. Esto también es conocido, pero quienes quieren acelerar los plazos argumentan que este tipo de “vínculos” no son suficientes para su bienestar. Esto puede ser así, pero la ausencia de alternativas para la crianza no es “culpa” de estas familias, muchas veces mujeres solas, sino de las posibilidades que se les brinda como sociedad.

Por último, el proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho y según los fundamentos, “lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de guardadores que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño”



Ahora bien, lo que se ha observado a lo largo de estos años es que la mayoría de los casos, por no decir en todos, al momento que la situación de hecho llega a los estrados judiciales, siempre existe vínculo afectivo entre los guardadores y el niño. Si a esto se suma que los padres tienen la posibilidad de delegar la responsabilidad parental en un tercero, entiendo que la finalidad de los legisladores no se encuentra plasmada en la redacción de la norma.

A lo largo de este trabajo, se ha reseñado la evolución histórica, jurídica e institucional de la adopción, un instituto que hasta el día de hoy está en plena transformación, como la sociedad misma. nos detuvimos en analizar en detalle las flamantes propuestas esbozadas en el Proyecto de Reforma al Código Civil, las cuales, más allá de haber pulido viejos principios y agregados otros que la doctrina y la jurisprudencia venían señalando, lo cierto es que un elemento pasa a ser primordial: la mayor amplitud de criterio que se le otorga al juez interviniente, ante disyuntivas no legisladas expresamente, pero cuya solución concreta se desprende del nuevo marco jurídico, encabezado por el “Interés Superior del Niño”, lo cual constituye reconocer mayor responsabilidad a la judicatura, y a la vez, expresa una garantía cierta para todas las partes involucradas en el proceso.

Por eso los análisis, entrevistas, comentarios y propuestas aquí realizados, no son más que un eslabón, en la compleja cadena del permanente esfuerzo de las Ciencias Jurídicas, por solucionar uno de los desafíos más importantes de las relaciones humanas: La incorporación de un menor, al seno de una nueva familia.

## **BIBLIOGRAFÍA GENERAL**

- Aiello de Almeida, María A., “Filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, Microjuris; 2012.
- Azpiri, J; “Uniones de hecho”; Ed. Hammurabi; Bs.As.; 2006.
- Belluscio, Auguste C. “Manual de Derecho de Familia”; Depalma, Bs.As.; 1997.

- Belluscio, Augusto C; “Manual de Derecho de Familia”; T. II; Bs As; Depalma; 1989; p.421 y ss.
- Biblia de Jerusalem, edición española, Bélgica, 1967.
- Borda, Guillermo, “Tratado de Derecho civil. Familia, t. II, n° 785, p. 91; Bs.As. 2003
- Borda, Guillermo; “Tratado de Derecho civil Argentino”; Familia II; N° 770; p. 118
- Díaz de Guijarro; “Naturaleza de la voluntad en el acto jurídico familiar, en Estudios de Derecho Civil en homenaje a Héctor Lafaille”; Depalma; Bs.As.; 1968; ps. 257 y ss.
- E. Díaz de Guijarro; ”El acto jurídico familiar”; Perrot; Bs.As. 1960, p.21
- Fanzolato Eduardo; “La filiación adoptiva”; Advocatus; Córdoba; 1998.
- Fatás Guillermo; “Historia Antigua”; edit. Universidad de Zaragoza; Madrid; 1998.
- Fontemachi, María; “La práctica en adopción”; Ed. Jurídicas Cuyo; Mendoza; 2000.
- Gayo, Instituras; I-98.; Institutas, 1-1000
- Gerlero, Mario; “Introducción a la Sociología jurídica”; David Grinberg Libros Jurídicos; Bs.As.; 2006.
- Grossman, Cecilia P, “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia”, L.L. 1993-B-, 1089, p.1094.
- Hernández Lidia, Ugarte Luis y Uriarte Jorge; “Juicio de adopción”; Ed. Hammurabi; Bs.As.; 1991
- Larousse, “La evolución de la adopción en el derecho francés; Ed. 7-1079.
- Lloveras Nora; “Tenencia de menores”; Enciclopedia de derecho de familia; Univ. Bs.As.; 1994.
- Lloveras, Nora; “Nuevo régimen de adopción”; Depalma; Bs. As.; 1998
- Poviña, Horacio; “La adopción”; Revista del instituto de derecho Civil; Univ. Nac. De Tucumán; mayo 1949; T.I; n° 2
- Revista Contexto Familiar, Sevilla; 2004
- Spota, Alberto, “Tratado de Derecho Civil; T.I, Vol. 3; nota 675; p. 410.
- Trincavelli-Ponssa de la Vega de Miguens; “La adopción en Roma y en el derecho argentino”; LL; 134-1292
- Zannoni, E; “Adopción y homosexualidad”; Zeus Colección Jurisprudencial; Rosario; vol. 37; p. 131.
- Zannoni, E; y otros; “Derecho de Familia”; Libro Homenaje; Santa Fe; 1990.
- Zannoni, Eduardo A., "Derecho de Familia", t. 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 615.

## **JURISPRUDENCIA**

- Fallo sobre Interés Sup. Del Niño; Cám. C y C Santa Fe; Sala III; 21/12/95, Diario La Ley: 14/09/97.

## **LEGISLACIÓN**

- Ley de adopción N° 13.252.
- Ley de Adopción N° 19.134.
- Ley N° 24779; Lib. 1-SEC 2 – Tít. IV – De la adopción, Libro Primero de las Personas Sección Segunda de los derechos personales en las relaciones de familia Título IV De la adopción.
- Art. 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317 del Código Civil Argentino
- Convención Internacional sobre los derechos del niño 1989.
- Lay 26061 de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, sancionada el 28 de Setiembre de 2005.
- Ley 26618 de Matrimonio Civil, sancionada el 15 de Julio de 2010.