

**Adopción Internacional  
2004**



*Trabajo Final de Graduación*

**Adopción Internacional; Una alternativa viable.**

**Carrera: Abogacía.**

**Alumno/a: Suárez Pino, Rocío Alejandra.**

**2014.**

**Adopción Internacional  
2004**

*“Porque la sangre que heredamos no es nada más que la que traemos al llegar al mundo, la sangre que heredamos está hecha de las cosas que comimos de niño, de las palabras que nos cantaron en la cuna, de los brazos que nos cuidaron, la ropa que nos cobijó y las tormentas que otros remontaron para darnos vida. Pero sobretodo, la sangre se nos teje con las historias y los sueños de quien nos crece...”*

**Ángeles Mastretta**

## **Adopción Internacional 2004**

### **RESUMEN**

El niño es el futuro de todo Estado, éste debe velar por el cuidado del mismo y su pleno desarrollo psico-físico, procurando su plena realización en un ámbito adecuado. Existen diversos mecanismos de protección del niño, uno de ellos es la adopción, del 315 del Código Civil, la cual emplaza al menor en estado de hijo en una nueva familia. En nuestro país no se encuentra viabilizada la adopción internacional, a pesar de que la misma está permitida y avalada por la Convención sobre los Derechos del Niño y UNICEF. Argentina al ratificar la nombrada Convención, realiza una reserva en la cual no da lugar a la figura. En marco de este panorama, nos parece relevante reconsiderar los factores jurídicos y sociales para viabilizar la figura de la adopción internacional, jerarquizando ante todo el interés superior del niño y el derecho a tener una familia.

### **ABSTRACT**

A child is the future of every nation so The State has to look after the child and his/her physical and psychological development seeking a complete fulfillment in a favorable environment. There are several ways of protecting a child; one of these is Adoption. According to Article 315 in the Civil Code of Argentina adoption places a child within a legal status in a new family. In our country international adoption is not possible even though it is allowed and supported by the Convention on the Right of the Child and UNICEF. Argentina by ratifying such Convention makes a reservation in which international adoption is denied. With this legal view, it is totally relevant to reconsider the juridical and social factors to make International Adoption feasible prioritizing the best interests of the child and his/her Right to have a family.

## **Adopción Internacional 2004**

### **INDICE**

<b>Introducción</b>	Pág. 7
<b>Objetivos generales y específicos</b>	Pág. 9
<b><u>Capítulo 1: Aspectos generales</u></b>	
<b>1.1</b> Introducción	Pág. 12
<b>1.2</b> Concepto de Adopción	Pág. 12
<b>1.2.1</b> Evolución histórica	
<b>1.2.2</b> Antecedentes legislativos.	
<b>1.3</b> Clases	Pág. 17
<b>1.3.1</b> Nacional e Internacional	
<b>1.3.2</b> Simple y Plena	
<b>1.3.3</b> De Integración	
<b>1.4</b> Principios que rigen la adopción.	Pág. 18
<b>1.4.1</b> Derecho a la Identidad. - Derecho a conocer los orígenes	
<b>1.4.2</b> Interés superior del niño	
<b>1.4.1</b> El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.	
<b>1.4.2</b> La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de los vínculos jurídicos entre los hermanos, y excepto razones debidamente fundadas.	
<b>1.4.3</b> El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de	

## **Adopción Internacional 2004**

madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años.

1.5 Conclusión.	Pág.24
-----------------	--------

### **Capítulo 2: Adopción Nacional**

2.1 Introducción.	Pág. 26
2.2 Antecedentes	Pág. 26
2.3 Análisis de la legislación actual: Ley Nacional 24.799.	Pág. 26
2.3.1 Clases de Adopción	
2.3.2 Requisitos del Adoptante	
2.3.3 Procedimiento	
2.2.3.1 Guarda preadoptiva previa	
2.2.3.2 Juicio de Adopción	
2.3 Análisis de la Adopción en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial.	Pág. 36
2.4 Conclusión.	Pág. 38

### **Capítulo 3: Adopción Internacional**

3.1 Introducción	Pág. 41
3.2 Concepto	Pág. 41
3.2.1 Antecedentes legislativos.	
3.3 Análisis del artículo 315 del Código Civil.	Pág. 45
3.4 Análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño	Pág. 45
3.4.1 Ley Nacional 23.849 – Ratificación de la CDN	
3.5 Análisis del Tratado de Montevideo de 1940	Pág. 48

**Adopción Internacional  
2004**

3.6 Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores. (CIDIP III)	Pág. 50
3.7 Análisis de la Convención de La Haya de mayo de 1993 (No ratificada por nuestro país)	Pág. 51
3.8 Conclusión.	Pág. 53

**Capítulo 4: Adopción Internacional en Argentina: Diferentes posiciones.  
Derecho Comparado.**

4.1 Introducción	Pág. 56
4.2 Factores jurídicos y sociales	Pág. 56
4.2.1 Argumentos en contra de la adopción Internacional.	
4.2.2 Argumentos a favor de la adopción Internacional.	
4.3 Opinión de UNICEF	Pág. 64
4.4 Derecho comparado	Pág. 66
4.5 Legislación comparada de los Estados que integran el MERCOSUR.	Pág. 66
4.6 Conclusión.	Pág. 69

**Conclusiones: Posibles lineamientos para la incorporación de la adopción  
Internacional en la República Argentina.**

I. Bibliografía	Pág. 78
-----------------	---------

## **Adopción Internacional 2004**

### **◆ Introducción**

El niño es el punto de partida de todo Estado, ya que forma el futuro del mismo. Es uno de los elementos más importantes en todo Estado que se precie de tal y siempre se buscará preservar el interés del menor por sobre todas las cosas. La Convención de los Derechos del Niño, surgió de la necesidad de proporcionar al niño una protección especial. El niño debe, por sobre todas las cosas, contar con una familia, siendo un elemento básico de la sociedad, ya que la familia ocupa ese lugar importantísimo para el crecimiento, alimentación, formación, educación, y contención del menor. Debe velarse por su cuidado, que su crecimiento sea en un ambiente sano, libre de malos tratos, y nunca dejar de lado la figura de la Familia.

Por lo expuesto anteriormente, en nuestro Trabajo Final de Graduación nos abocaremos a la posible viabilización de la adopción internacional en nuestro país y cuáles serían los factores jurídicos y sociales que justifican la incorporación y la viable recepción de la figura en nuestro país.

En lo que respecta a nuestro país, nos encontramos con muchísimos menores en situación de desamparo, pidiendo en la calle, viviendo en condiciones insalubres, sin la protección de una familia. El Estado no tiene posibilidad de solucionar esta problemática, que daña tanto a nuestra sociedad. Por medio del instituto jurídico de la Adopción en la Convención de los Derechos del Niño, se obliga a los Estados ratificantes, a velar por el cuidado y la posibilidad de contar con una familia adoptiva, el caso en que se le hiciera imposible permanecer con su familia biológica. Resulta necesario implementar una política, que regularice la situación de estos menores, pudiendo ser una posible solución la adopción internacional. En la citada Convención, en el artículo 21, se establece la obligatoriedad de los Estados de contemplarla ya que es otra forma de cuidar al menor, y de sacarlo de la situación de calle. Al momento de la ratificación, nuestro país, realiza una reserva en los incisos b, c, d y e del mencionado artículo, mostrando indirectamente la incapacidad de poder llegar a realizar el contralor de los menores adoptados internacionalmente. Argentina justifica su reserva alegando que la adopción internacional sería una puerta a la comisión de delitos tales como la

## **Adopción Internacional 2004**

sustracción de menores, para la trata de blancas, tráfico de órganos, etc. Esta comisión de delitos, se contrarrestaría con un organismo de control y de administración, el cual no dejaría nunca de velar por los intereses de los menores adoptados.

Con respecto a la adopción internacional, dada sus particulares características, debe estar rodeada de todas las garantías legales, de modo que no encubra ilícitos, tales como tráfico de niños o un beneficio de los pobladores de países más desarrollados en claro desmedro de quienes no han alcanzado ese status o proyección económica, evitando que esta institución se constituya en una mera simulación, donde el niño resulte objeto de apropiación y comercialización. (Cavagnaro, 2008)

La figura de la adopción resulta ser muy controvertida por los lentos plazos que se estipulan en nuestra legislación nacional. Pero mas controvertida aún, es la adopción internacional ya que no es permitida en nuestro país, a pesar de que ésta podría llegar a ser una solución más a los problemas y situación de desamparo de miles de niños de nuestro país. Ésta consiste en emplazar a un menor o adolescente en el estado de hijo, en una familia, se busca construir un vínculo tal cómo el biológico, atendiendo siempre el interés superior del niño, entendiendo como niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad<sup>1</sup>.

De esta forma, consideramos que el tema a tratar en el TFG, acerca de si la incorporación de la adopción internacional, es posible para nuestro país más. Es un trabajo conveniente, ya que vendría zanjar una laguna que hay en nuestro derecho no permitiendo la figura, ya que permitiría a Argentina actualizarse en este aspecto, ya que como señalamos anteriormente, ha pasado casi década y media de la ratificación con reservas a la Convención, y a su vez trae aparejada una relevancia social, ya que se beneficiarían muchas familias con miras a la adopción internacional, con ansias de constituir una familia.

Consideramos que el presente trabajo es de utilidad tanto práctica como teórica, ya que al no ser mucha la doctrina que desarrolla este tema, se intentará llenar el vacío legislativo que hay en materia de adopción internacional, ya que toda la información que se ha de recabar servirá de fundamento para desarrollar y ampliar la figura de la

<sup>1</sup> Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

## **Adopción Internacional 2004**

adopción internacional. Se buscará desarrollar en las conclusiones de nuestro trabajo final de graduación, los posibles lineamientos para la incorporación de la figura, donde se encuentre legislada la adopción internacional en niños/adolescentes argentinos.

El TFG comprenderá 3 partes fundamentales, en primer lugar, se analizarán los conceptos básicos que resultan necesarios para hablar de la figura de la adopción además, se desarrollarán los antecedentes legislativos, y se analizará jurisprudencia relativa a la Adopción Internacional. Otra parte fundamental, ahondará en los factores sociales y jurídicos tanto en contra como a favor de la recepción de la figura en nuestro ordenamiento. Y por último, se buscará proponer unos lineamientos para un proyecto de ley en materia de adopción Internacional.

### **◆ Objetivos Generales y Específicos.**

**Objetivo General:** Analizar cuáles son los argumentos jurídicos y sociales que justifican la incorporación de la adopción internacional, en el orden jurídico argentino.

### **Objetivos Específicos**

- Distinguir los conceptos de adopción nacional e internacional.
- Describir los antecedentes legislativos del instituto en nuestro país.
- Identificar las diferentes clases de adopción.
- Analizar los principios que rigen la figura.
- Conceptualizar los principios: Derecho a la Identidad, Derecho a conocer los orígenes e Interés superior del niño.
- Analizar los requisitos en materia de Adopción.

## **Adopción Internacional 2004**

- Analizar la figura de la adopción por el Proyecto del CC y C.
- Describir los antecedentes legislativos en materia de adopción internacional.
- Analizar los tratados ratificados por nuestro país, en relación a la figura de la adopción internacional.
- Identificar ventajas y desventajas que puede traer aparejada la recepción de la adopción internacional, a nivel social.
- Identificar ventajas y desventajas que pueden traer aparejada la recepción de la figura, en materia jurídica.
- Analizar la reserva hecha por la Argentina, a la Convención de los Derechos del Niño con relación a la adopción Internacional.
- Analizar la posición de UNICEF con relación a la figura.
- Identificar los lineamientos de la jurisprudencia con respecto a la adopción internacional.
- Analizar de qué modo es receptada la figura en el derecho comparado.
- Formular posibles lineamientos para la recepción de la figura, de la adopción internacional en nuestro ordenamiento jurídico.

**Adopción Internacional  
2004**

**CAPITULO I**

**ASPECTOS GENERALES**

## **Adopción Internacional 2004**

### **I. CAPITULO 1 : ASPECTOS GENERALES**

#### **1.1 Introducción**

En nuestro Primer Capítulo desarrollaremos las nociones básicas de la adopción, haciendo un paso de la evolución histórica de la figura y sus antecedentes legislativos. A su vez, nos enfocaremos en elaborar un concepto de la figura, explicando brevemente sus clases y principios que la rigen.

#### **1.2 Concepto de Adopción**

La Adopción es una institución del derecho que consiste en “ser padres por elección propia”, ya sea por imposibilidad de procrear o por el solo hecho de contar con ganas de realizar una adopción. Esta configura un emplazamiento de un niño/adolescente en el estado de hijo, por medio de una sentencia judicial, se puede decir que:

*La adopción es una institución del derecho de familia en virtud de la cuál y por medio de una sentencia judicial, se crea entre personas no ligadas por lazos biológicos próximos un vínculo jurídico de parentesco idéntico o similar al que surge de la filiación consanguínea establecida (Fanzolato, 1998, Pág. 17).*

Parafraseando al Doctor Fanzolato se puede decir que es una institución de menores, ya que siempre termina prevaleciendo el interés del menor por sobre todo interés.

En el Proyecto del Código Civil se da un concepto claro y exacto sobre lo que es la Adopción, a diferencia del Código Civil actual donde se establecen directamente requisitos y clases. El concepto dado por el Proyecto en el Título IV Capítulo 1, artículo 594:

## **Adopción Internacional 2004**

La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

A nuestro parecer la figura de la adopción consiste en el acto de amor más puro por el dos personas eligen y aceptan a un hijo, dejando cualquier tipo de diferencia de lado. Dónde la familia biológica ha decidido la separación del niño, luego ya de agotarse todas las medidas tendientes a evitarla, ya que la adopción viene a configurar esa alternativa ante una situación de gravedad que atraviesa la familia del niño y ante la cuál ningún otro miembro de su familia puede colaborar.

Se puede decir que el objetivo de la adopción consiste en satisfacer la necesidad social del niño sin familia, de obtenerla, que a su vez se les da la posibilidad a los padres de tener una descendencia y el hijo tan esperado que por circunstancias externas no pueden concebir. Otro de los objetivos, no menos importante, consistiría en la posibilidad del menor a tener un hogar, educación, salud, etc. En definitiva derechos de suma importancia, consagrados en la Convención de los Derechos del Niño.

### **1.2.1 Evolución histórica**

La base de nuestro derecho fue el Derecho Romano. En el mismo ya se hacía lugar a la figura de la adopción pero siempre con fines políticos, estableciendo una descendencia con idénticos derechos y deberes que el adoptante “era una manera de afianzar la perpetuación de la familia”, (Fanzolato, 1998, Pág.20) a diferencia de cuando se legislaba en materia de filiación que se le daba un interés social. La adopción era organizada siempre a favor de la familia del adoptante, siendo el adoptado nada más que un instrumento de perpetuación.

El concepto de adopción nunca ha sido universalmente receptado, es más, podemos decir que los fines de la adopción han ido mutando desde antaño hasta los que

## **Adopción Internacional 2004**

se considera actualmente. El Código Hammurabi (1800 a.C), donde se reglamentaba la adopción, tenía en cuenta solamente el fin de tener descendencia, sin considerar el interés del menor, solo el interés de los padres y familia adoptantes. En ese entonces solo se adoptaban varones, los que eran útiles para realizar trabajos agrícolas y otros.

Es necesario destacar la importancia que tuvo después de la Segunda Guerra Mundial la adopción, ya que en ese momento se encontraban familias devastadas, e hijos sin sus padres biológicos. A su vez se buscaba alejar a los niños huérfanos de estos lugares en conflicto. Los niños estaban en orfanatos, cuidados, alimentados, limpios, pero se notaba ese “vacío” por no tener una familia, sumándole que en esa época el personal que los atendía no alcanzaba para tanta cantidad de niños. La Organización Mundial de la Salud (OMS), preocupada por la situación, pide que se realice un estudio. Este estudio da como resultado que, más allá de lo bien atendidos que estaban en los orfanatos, éstos necesitaban de un adulto, que le brinde apoyo y cariño constante. Gracias a este estudio que realiza la OMS, se empieza a considerar la importancia de que estos niños tengan una familia conformada, que les brinde esos derechos innegables. Queremos hacer notar que esta institución, que viene de antaño, más allá que haya tenido diversos enfoques y objetivos, en diversos momentos de la historia, es válida y necesaria. (Fanzolato, 2008; Bossert, 1998).

El Código de Napoleón, no viene a configurar una excepción a lo que venimos exponiendo. Éste regulaba solo adopción de mayores de edad y al producirse la transmisión hereditaria, se pagaban menores impuestos por ser considerado hijo legítimo. Al haber tanto interés de por medio, la adopción termina cayendo en desuso, ya que ésta era una institución solo utilizada con intereses egoístas y fraudes a la ley. *“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.”* (Fanzolato, 1998, Pág. 22)

En los países del Common Law directamente no se reconocía a la adopción como institución, esto es así porque en esta época la adopción solo tenía intereses meramente económicos o financieros, siendo estos realmente impensables para estos países, terminando en la postura más fácil que consistía en no aceptarla directamente como una figura.

## **Adopción Internacional 2004**

Por el año 1900 se empieza a dejar de lado ideas individualistas y materialistas sobre la adopción y se empieza a tener en cuenta realmente el interés del menor; se atiende a los menores huérfanos, y abandonados en razón de los conflictos bélicos de la época, que dejaron secuelas inmensas a nivel familiar y social, dónde quedaron miles de niños sin sus familias.

Los Estados al ver situaciones de desamparo, establecen que la adopción de menores es la salida apropiada, dejando de lado, la adopción de la que hablamos anteriormente, con sus fines económicos o para tener descendencia o con finalidades políticas. (Najurieta, 2004)

Por eso se torna lo más importante: el *interés superior del niño*, dejando de lado el interés de la familia adoptiva. Se busca, lo que debería haber sido así desde el primer momento, la contención, vestimenta, salud, educación y lo más importante el tener una familia afectuosa. Porque mas allá de los orfanatos donde estos menores se encontraban, dónde se les brindaba todo lo “necesario” para vivir, necesitaban ese amor de familia para poder crecer y desarrollarse plenamente.

Es así cómo Francia, avanzó en materia de adopción admitiendo la adopción de mayores como de menores, incorporando al derecho positivo familiar una institución destinada a mejorar las condiciones de los niños, respondiendo al deseo de los adoptantes que buscan niños libres de todo vínculo. El avance resultó muy notorio ya que no solo consistía en conferir patria potestad, sino más bien a emplazar al adoptado en forma definitiva e irrevocable, en la familia adoptante. De allí surge el nombre de adopción plena, manteniendo lo que se conocía como adopción simple.

Actualmente podemos encontrar que la mayoría de los países que receptan la figura de la adopción, buscan brindar al menor en situación de desamparo, una familia que le es necesaria para formar su personalidad y crecer así en un ambiente “familiar” propicio.

## **Adopción Internacional 2004**

### **1.2.2 Antecedentes legislativos nacionales.**

Nuestro ordenamiento jurídico recién le conoce validez a la figura de la Adopción en 1948 ya en 1897 Vélez Sarsfield en la nota del artículo 4050, le niega el carácter a la adopción, ya que según explicaba *“no respondía a nuestras costumbres, ni lo exigía ningún bien social, y sólo se la había practicado en situaciones muy excepcionales”* (Fanzolato, 1998. Pág29).

En 1948 se dicta la ley 13.252, que comienza a nombrarse la adopción de menores, dándole un concepto junto con ciertos requisitos e impedimentos para adoptar o casarse con el adoptado. Esta ley se sancionó a causa del terremoto de San Juan, dónde se hizo notar gravemente la infancia desvalida, por la magnitud de la catástrofe. Esta ley atribuía a esta figura efectos equivalentes a lo que hoy se conoce como la adopción simple, dónde los adoptados no adquirirían *“vinculo de parentesco con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación”* (Art.12).

En el año 1968, con la ley 17.711, se innovó en materia sucesoria para con los adoptados. Un año más tarde se sanciona la ley 18.248<sup>2</sup> que amplía la reglamentación sobre la filiación adoptiva. En el año 1971 en el III Congreso Nacional de Derecho Civil, comienza a regir la ley 19.134 en la que incorporó la adopción plena, la cuál se admitió respecto de menores huérfanos o cuyos padres habían abandonado.

La ley 23.264, y la 23.515 introducen modificaciones en la adopción, equiparándola con la filiación, también con el divorcio vincular y con los impedimentos matrimoniales. Por último, la ley 24.779 (BO 1/4/1997) termina incorporando al Código Civil en el Título 4, de la Segunda Sección del Libro Primero: La Adopción, que hoy en día conocemos que será explicada en profundidad en nuestro Capítulo II.

---

<sup>2</sup> Ley 18.248 . Nombre de Las Personas Naturales (B:O. 24/06/69)

## **Adopción Internacional 2004**

### **1.3 Clases de Adopción**

Nuestro Código Civil reglamenta dos clases de adopción, que surten distintos efectos. Estas son: Nacional, Internacional, Plena, Simple, y una posible nueva incorporación del Proyecto, es la de Integración. Aquí haremos una breve explicación de cada una.

#### **1.3.1 Adopción Nacional e Internacional**

Para clarificar el concepto de Adopción Nacional nos remitimos a lo dicho anteriormente. Para conceptualizar la Adopción internacional nos remitimos al capítulo III, dónde hablaremos en profundidad de la figura.

#### **1.3.2 Plena y Simple**

- ◆ Plena(Artículo 325. CC) La adopción plena se configura cuándo el menor carece de familia biológica, se encuentra en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente por un año corrido o haya habido voluntad expresa de dar al niño en adopción o cuándo los padres hayan sido privados de la patria potestad. Al momento de la sentencia judicial se emplaza el niño dentro de la familia y se produce la pérdida total del nexo biológico del menor adoptado. La Adopción plena es **irrevocable**.
- ◆ Simple (Artículo 329. CC); A diferencia de la anterior encontramos que no hay ningún tipo de situación de desamparo y a su vez no se produce la pérdida del nexo biológico, no hay ningún desplazamiento del adoptado en el estado de hijo. Ésta es revocable. A su vez quedan subsistentes los derechos y deberes de la patria potestad de la familia biológica( Ilundan y Arianna. 2006).

#### **1.3.3 Integración**

## **Adopción Internacional 2004**

- ◆ Integración (Artículo 620 – Proyecto del Código Civil) “*La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo*”<sup>3</sup>. En la adopción de integración se puede adoptar al hijo del conviviente y no sólo al del cónyuge. Esta clase de adopción ya ha dividido la doctrina; algunos esgrimen el carácter de adopción simple de la adopción de integración, mientras que diversos fallos hablan del carácter de plena de la adopción. En el fallo “G., C. R. – Adopción plena”<sup>4</sup> se solicita la adopción del hijo mayor del cónyuge, el cuál no tiene ninguna relación con el padre. Al fallar la Cámara de Familia de Segunda Nominación de Córdoba hace especial mención a la adopción de integración del Proyecto del Código Civil y Comercial. Establece la autonomía de la adopción de integración y la posibilidad de ser simple o plena, según lo estime conveniente el Juez (Artículo 621 del Proyecto). E igualmente el menor siempre tendrá el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor, cónyuge o conviviente.

### **1.4 Principios que rigen la adopción.**

En el Proyecto de la Reforma se establece en el artículo 595<sup>5</sup> los principios generales de la adopción, lo que a nuestro entender configura un avance importantísimo en materia de legislación ya que en el Código Civil nada de esto se establece. En el citado artículo se originan conceptos nuevos tales como, el derecho a conocer los orígenes y a su vez el respeto del derecho a la identidad. Estos conceptos serán explicados mas adelante. Esto refleja una ampliación de derechos para los adoptados.

<sup>3</sup> **Capítulo 4:** Adopción de integración

<sup>4</sup> Cámara de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, “G., C. R. – Adopción plena.”, del 15/02/2013

<sup>5</sup> **ARTÍCULO 595.- Principios generales.** La adopción se rige por los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño;
- b) el respeto por el derecho a la identidad;
- c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
- d) la 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) el derecho a conocer los orígenes;
- f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años.

## **Adopción Internacional 2004**

### **1.4.1 Derecho a la Identidad. - Derecho a conocer los orígenes**

El derecho a la Identidad configura un elemento, en principio, importantísimo de la adopción, ya que consiste en saber verdaderamente quien uno es, cómo, y de dónde se viene. Es un Derecho que carece de sanción, respecto de los padres adoptivos y el deber moral de decirle realmente que es adoptado (Illundain y Arianna, 2004), encontrando ellos el lugar, momento y circunstancia indicada para revelar la identidad biológica del adoptado.

El Derecho a la Identidad se encuentra establecido en la Convención de los Derechos del Niño, donde se establece el derecho de los niños a ser cuidado por sus padres, en la medida de lo posible, y el compromiso de los Estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, que incluye tanto el nombre, la nacionalidad, la historia y sus relaciones familiares.

Así también nos encontramos con el artículo 7, de la Convención de los Derechos del Niño, que establece que el niño desde que nace tiene el derecho de conocer a sus padres siempre que sea posible. En el artículo 20 de la citada Convención se establece el caso de los menores privados preventivamente de su familia, donde se garantizará la colocación en hogares de guarda y en su último párrafo establece el *“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”*.

El Derecho a la identidad consta de numerosos elementos y se puede decir que es el conjunto de elementos psicológicos y biológicos que permiten a una persona ser uno mismo y no otro. En el artículo 328 del C.C se establece el Derecho del adoptado a conocer su realidad biológica, pudiendo acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad. Éste es un derecho innegable para el futuro adoptado ya que consiste en conocer realmente quién es; más adelante explicaremos el deber correlativo de los adoptantes del artículo 321 Inc. H.

## **Adopción Internacional 2004**

El derecho del niño a la propia identidad consiste en , este caso, en saber que él es realmente adoptado, lo que le otorga una facultad correlativa de saber realmente su existencia biológica, como por ejemplo se establece en el Proyecto del Código Civil que se tienen que establecer las enfermedades que se pueden transmitir por herencia, tal como diabetes, etc.

*Artículo 321: En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica.*

A su vez este derecho está garantizado por el artículo 75. Inc. 22 de nuestra Constitución al dar jerarquía constitucional a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. El más alto tribunal mantiene que el derecho a la identidad tiene tres dimensiones una faz estática, que abarca el nombre, la identificación física y la imagen; una faz dinámica, referida a la verdad biográfica, la historia, el estilo individual y social del sujeto de que se trate, que es lo que distingue al individuo de los demás y por último el patrimonio cultural, religioso, ideológico, político, que también confiere la identidad personal.” (Lorenzetti, 1993)

### **1.4.2 Interés superior del niño**

El Interés superior del niño es el principio rector de la Convención de los Derechos del niño y en especial del régimen de adopción. A su vez es de suma importancia en nuestra legislación desde el momento en el cual la Constitución Nacional, sancionada en el 1994, dota de jerarquía constitucional (Art. 75 Inc.22) a la Convención. A nivel nacional nos encontramos con la ley 26.061 donde en el artículo número 3 expresa que se entiende por interés superior a “*la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley*”<sup>6</sup>. El interés superior del niño es el pilar del instituto de la adopción, ya que se busca por sobre todas

---

<sup>6</sup> **Artículo 3º** — INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;

## **Adopción Internacional 2004**

las cosas el bienestar social y psico-físico del menor. Este no fue el inicio de la figura por el comienzo del 1800. El interés superior del niño se lo puede conceptual “*como el conjunto de bienes necesario para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido éste por el que mas conviene en un momento dado, en una cierta circunstancia y analizado en concreto su caso particular*”. (Tagle de Ferreyra, 2009, Pág. 217).

El interés superior del niño deberá ser respetado en todo momento, tal como lo establece el artículo 3 de la CDDN, dónde se expresa que toda medida administrativa y legislativa, debe estar atendiendo siempre el interés superior del niño. Nora Lloverás expresa que el interés del niño esta primero en el orden de jerarquía, es decir antes que el interés de los padres biológicos antes de los hermanos y antes que todo interés. (Tagle de Ferreyra, 2009).

La Cámara de Comercio y Civil, de la ciudad de Santa Fe, Sala III establece que se entiende por interés superior del niño:

*El principio es de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propia de cada sociedad y momento histórico, de modo tal 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.*

---

b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;

c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

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.

## **Adopción Internacional 2004**

### **1.4.3 El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.**

Se encuentra consagrado en el Proyecto del CC y C el cual refleja la subsidiariedad de la figura de adopción, dónde ante todo debe prevalecer la realidad biológica ya sea con sus padres o con la familia ampliada, abuelos, tíos, etc. Habiendo ya agotado toda la posibilidad de permanencia del niño, niña o adolescente en su familia de origen o ampliada, deberá hacerse lugar a la adopción y considerar al menor en estado de *adoptabilidad*. Más allá de la especial mención que le realiza el Proyecto de Reforma del CC y C, nos encontramos con la ley 26.061 donde también hace referencia al derecho a la identidad del menor en su artículo 11, con la preservación de sus relaciones familiares y desarrollarse en su familia de origen.

En la Convención sobre los Derechos del Niño prevalece el vínculo biológico por sobre cualquier solución alternativa, consagra también el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando la ley local lo resulte necesario. Esta reconoce en su preámbulo a la familia como “*grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros*”, comprometiendo a todos los Estados a respetar el derecho del niño a preservar su identidad. (Tagle de Ferreyra, 2009)

## **Adopción Internacional 2004**

### **1.4.4 La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de los vínculos jurídicos entre los hermanos, y excepto razones debidamente fundadas.**

Este principio guarda especial concordancia con el principio anterior pues busca que el adoptado, en caso de tener hermanos, no rompa este vínculo fraterno. Priorizando la adopción de los mismos hermanos por la misma familia o en su defecto mantener entre ellos el vínculo, salvo excepciones debidamente fundadas. Este principio guarda estrecha relación con el interés superior del niño y el de la familia debida que propone preservar el vínculo de los hermanos y declara la necesidad de no distorsionar el núcleo familiar. (Tagle de Ferreyra, 2009)

### **1.4.5 El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años.**

El mencionado principio configura un derecho de gran importancia, pues impone la obligatoriedad del consentimiento del menor para ser adoptado por una familia después de los 10 años de edad. A su vez se establece la obligación de ser oído por que se considera que cuenta con un nivel de madurez suficiente. Se lo puede asimilar al actual artículo 321 inciso c de nuestro Código Civil en donde si el juez lo estimare conveniente oirá personalmente al menor.

Podemos nombrar, en consonancia con este principio la ley 26.061, la cual nombra en su artículo 2, a la Convención de los Derechos del Niño haciendo especial mención a la obligación del niño, niña o adolescente a ser oído cualquiera sea la forma que se manifieste.

## **Adopción Internacional 2004**

### **1.5 Conclusión.**

En este capítulo destacamos la importancia que hoy como ayer, aun sin devastadoras guerras, tiene en nuestra sociedad la figura de la adopción, como solución apropiada, de la necesidad de los niños a una buena educación, salud y crecer en una familia que los proteja .

Hoy el Estado y la sociedad debe entender que el futuro son los niños y debemos darles todo lo que ellos necesiten para crecer y poder desarrollarse plenamente, poniendo a su merced todos los derechos y garantías que al niño, niña o adolescente, les correspondan, debiendo velar por su cumplimiento.

En este capítulo hacemos un análisis histórico, breve, sobre como fueron cambiando los intereses de la adopción y como las leyes fueron reflejando este cambio del pensamiento de la sociedad.

Nos pareció importante destacar los distintos tipos de adopción, *plena*, *simple* y la posible nueva incorporación del Proyecto, la de *integración*. También hacemos especial mención de los principios que rigen a la figura de la adopción, cómo el interés superior del niño, siendo este el ente rector de toda adopción, el que jerarquiza la “pirámide”, del cuál le siguen la preservación del derecho a la identidad, de conocer sus orígenes, el agotamiento de todas las posibilidades de permanencia ya sea en la familia de origen o ampliada, igual relevancia el principio de la preservación de los vínculos fraternos y por último el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído ya que su opinión debe de ser tomada en cuenta. Estos principios se encuentran en el Proyecto de la Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta una clara ampliación de derechos para los futuros adoptados.

A modo de conclusión seguimos manteniendo la importancia de la figura de la adopción, todo sea por velar por el interés superior del niño.

**Adopción Internacional  
2004**

**CAPITULO II**

**ADOPCIÓN NACIONAL**

**Adopción Internacional**  
**2004**  
**II: CAPITULO II: Adopción Nacional.**

**2. Introducción**

En este capítulo desarrollaremos la figura de la adopción que se establece en nuestro Código Civil, en su Libro Primero, Sección Segunda, Título 4, con sus requisitos, principios y procedimientos.

**2.1 Antecedentes**

Al momento de legislar en materia de adopción nuestro código ha sido objeto de numerosas reformas, estableciendo los diferentes formas de adopción, sus efectos, requisitos tanto del adoptado, como de los adoptantes, competencia del juez, y como transcurre el juicio de adopción, remitimos a lo expresado en nuestro primer capítulo, donde realizamos un recorrido sobre la figura de la adopción desde antaño hasta el día de hoy

**2.2 Análisis de la legislación actual: Ley Nacional 24.799.**

Al hablar de la figura de adopción nos referimos a la institución de protección familiar y social cuyo fin principal es dotar al menor de una familia donde pueda desarrollar su integridad psicofísica teniendo fundamentalmente en cuenta el interés superior del niño( Bulacio, s f.) . Podemos hablar de dos clases de filiación: la biológica, que es aquella en la cuál, hay un nexo biológico entre padre e hijo jurídicamente determinado, y la adoptiva, que es cuando, por medio de una sentencia judicial, se crea entre personas no ligadas por lazos biológicos próximos, un vínculo paterno filial creado por el Derecho, pudiendo ser plena o simple según se extinga o no el vínculo biológico.

## **Adopción Internacional**

**2004**

### **2.2.1 Clases de Adopción**

Ya habiendo explicado brevemente las clases de adopción en el capítulo anterior<sup>7</sup>, aquí agregaremos un par de cuestiones como lo son el apellido, nombre del adoptado y los impedimentos que surgen de darse la adopción.

- **Adopción Plena:** La adopción plena emplaza al adoptado en el estado de hijo, esto es que pasa a tener los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico. En lo que hace al apellido del niño, pueden ser utilizado uno o ambos apellidos, igual caso en situaciones de viudez que se hayan dado mientras transcurría la guarda. En caso de ser una persona soltera quien adopta, puede llevar su apellido biológico tanto como el apellido del adoptante. Igualmente en el caso del nombre los padres adoptivos podrán optar por el que ellos prefieran. A su vez surge el claro impedimento de no poder contraer matrimonio, tal como lo expresa el artículo 166 inc. 3, entre hermanos adoptados o entre padres e hijos adoptados. Otro efecto que surge es la imposibilidad de reconocimiento posterior del adoptado por sus padres biológicos (Artículo 327 del Código Civil).
- **Adopción Simple:** A diferencia de la anterior la adopción simple es revocable y a su vez en ningún momento se produce la extinción del vínculo biológico; lo que se crea es un nuevo parentesco con el adoptante, como por ejemplo adoptar al hijo de tu cónyuge. Pero no crea vínculo entre el adoptado y la familia del adoptante. Son causas de revocación, según el 335 del Código Civil, casos en los que el adoptante o adoptado hubiesen incurrido en indignidad o haber negado alimentos sin causa justificada o por una petición justificada del adoptado mayor de edad y por ultimo un acuerdo de partes manifestado judicialmente,

---

<sup>7</sup> Ver 1.3 – Capítulo 1.

## **Adopción Internacional 2004**

cuando el adoptado fuere mayor de edad. La revocación de la misma extingue desde la resolución y a futuro todos los efectos de la adopción.

### **2.2.2 Requisitos del Adoptante**

Resulta imprescindible analizar la legislación actual en materia de adopción. La ley 24.799 establece los requisitos para ser adoptantes; esto se conoce como las condiciones de admisibilidad.

- ◆ El adoptante debe ser capaz de obrar por sí mismo, lo que implica una capacidad plena para obrar en la vida civil. Con respecto a la capacidad no podrán ser adoptantes ni los dementes, ni los disminuidos mentales, ya que al hablar de la suspensión de la patria potestad, en su artículo 309 se establece que carecen de la capacidad civil para ejercerla. De igual manera los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito carecen de capacidad para adoptar, pues la adopción es una acción personalísima.
  
- ◆ El adoptante, según el artículo 315, debe tener una edad mayor a los 30 años, salvo que éstos sean cónyuges que tengan mas de tres años de casados, debiendo demostrar en forma fehaciente la imposibilidad de tener niños. Debe a su vez existir una diferencia de 18 años entre adoptado y adoptante, según explica el artículo 312, segundo párrafo (salvo que estemos frente al caso de adopción simple del hijo del cónyuge premuerto), ya que lo que se busca con la adopción es la creación de una relación de familia. Igualmente, en nuestro Código no encontramos ningún límite de edad para postularse como adoptante, a diferencia de Chile y Paraguay donde sí se establece un límite de edad de 60 años. De todas formas siempre el Juez debe observar si juzga o no conveniente la adopción.

## **Adopción Internacional 2004**

◆ El estado civil de los adoptantes es indiferente al momento de adoptar pudiendo ser éstos casados, solteros, viudos o separados, así lo establece el artículo 315. Al ser cónyuges casados, puede darse una *adopción conjunta*, se permite a la misma persona ser adoptado por dos adoptantes. En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges el superviviente podrá continuar el procedimiento de adopción, así lo establece el artículo 324; *“Cuándo la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el periodo legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda, y el hijo adoptado lo será del matrimonio”*. Distinto es el caso de la adopción que se da en cónyuges separados de hecho, en donde no hay voluntad de unirse por parte de ambos; resulta difícil presumir tal voluntad y a su vez no se podrá optar por la adopción conjunta, quedando así en manos del Juez valorar si tal adopción responde al bien del menor realmente, teniendo en cuenta los medios de vida, cualidades morales, más allá del cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la ley. Lo mismo sucede en el caso en el que el cónyuge que pretende adoptar ha sido declarado insano, debiendo el Juez además de valorar lo dicho anteriormente, oír al curador y al Ministerio de Menores como representante de los incapaces. No debemos dejar de lado tampoco el caso de los convivientes en uniones de hecho estables a los cuáles la ley no les da la posibilidad de adoptar y en nuestra legislación esta adopción sería considerada de nulidad absoluta, por la aplicación del artículo 337, inciso d.

◆ El artículo 315, inciso b, establece la prohibición de los ascendientes de adoptar a sus descendientes, *“por nuestra parte coincidimos con el impedimento ya que el abuelo, en ausencia de los padres, tanto por la línea paterna o materna, asume ministerio legis la tutela legitima (Art.390)”* (Zanonni, 2000, pág. 501/502). No siendo necesario valerse del instituto de la adopción para crear un emplazamiento familiar distinto. A su vez en el artículo 337, donde en su inciso e se declara la nulidad de la misma. El mismo artículo establece la prohibición de la adopción de un hermano por otro, ya que no se constituirá el vínculo paterno filial.

◆ Residencia Permanente del Adoptante o de los adoptantes en nuestro país: esta condición de admisibilidad resulta ser una de las más importantes al considerar

## **Adopción Internacional 2004**

nuestro tema de investigación. Nuestro Código Civil es claro en su artículo 315, primer párrafo donde establece la obligación de los adoptantes de acreditar de manera *fehaciente e indubitable*, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda. Esta norma se explica por la reserva que realiza nuestro país al artículo 21, Inc. b, c, d de la Convención, donde se reglamenta el reconocimiento de las Adopciones Internacionales de menores en caso de que éstos no puedan ser acogidos en su país. La ley 23.849 establece “*no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta*”, claramente ratificar este artículo implicaría para nuestro país un gran esfuerzo el que es realmente muy difícil, ya que con la adopción nacional es un trámite arduo y muy largo. Esta prohibición de nuestro Código está dada para velar por el gran problema que hoy nos afecta, como es el tráfico y sustracción de menores, que es una problemática a nivel mundial. Al limitar con él la condición de la residencia habitual, a nuestro parecer, limita la posibilidad de muchos niños a tener una familia y a poder vivir en un ambiente adecuado.

- ◆ Condiciones de convivencia de la adopción del menor. Después de verificados todos los requisitos de admisibilidad, en lo que hace a los requisitos objetivos del adoptante, comienza un examen de las cualidades morales y como podría llegar a ser la convivencia del menor con la nueva familia. Se valoran los recursos monetarios de la familia, aunque la situación económica no hace al espíritu de la adopción, sino que basta con que la familia adoptante esté en condiciones de poder afrontar la adopción del adoptado.

También han de tenerse en cuenta las aptitudes de responsabilidad de los adoptantes, deberá examinarse la ética, la moral de los padres, en todo aspecto, ya sea familiar, laboral, etc. Este examen no resulta tajante al momento de la decisión, porque tampoco vamos a ser extremistas en pedir una familia perfecta para el adoptante. Pero lo que se busca, es al menos, reunir las mejores cualidades para el menor que a va a ser emplazado como hijo.

## **Adopción Internacional 2004**

### **2.2.3 Procedimiento**

El procedimiento de adopción consta de dos partes: la guarda pre-adoptiva y la adopción que finaliza con una sentencia, dónde se produce el emplazamiento del niño a la familia en el estado de hijo. La legitimidad de la adopción se encuentra subordinada al “interés superior del niño”, siendo éste el motor de la adopción. Ésta deberá ser autorizada por autoridad competente, siendo el Juez el que debe dirimir cuándo se le da curso legal a la demanda de adopción-*juicio de adopción*- . Controlando no solo los requisitos nombrados anteriormente sino realmente realizar un juicio de valor de las circunstancias que rodean la situación del dado en adopción, debiendo valorar los elementos que acercan las partes al proceso judicial tendiente al otorgamiento de una guarda o de la adopción. (Isa y Guasti, 2009).

#### **2.2.3.1 Guarda preadoptiva previa**

En esta etapa lo que se busca es crear un vínculo entre el menor, los padres, y el resto de la familia. Se intentará velar por el beneficio del menor, dónde éste se sienta a gusto y a la vez sus padres con él, observándose que no se tratará de una decisión apurada y a su vez que sea presumible que el adoptado tendrá el trato de hijo realmente (Zannoni, 2000, Pág. 518). A su vez es útil para las autoridades que deben expedirse sobre la conveniencia de la adopción. Al hablar de la guardia judicial pre-adoptiva nos remitimos necesariamente al artículo 316, que establece que el adoptante deberá tener al menor bajo su guarda por un lapso no menor de seis meses, ni mayor a un año, la cual será otorgada y fijada por el Juez del domicilio del menor o donde se haya producido presumiblemente su abandono. Resulta importante destacar el artículo 318 el cuál prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo, para evitar lo que puede llegar a darse como venta de bebés o sustracción de ellos.

## **Adopción Internacional 2004**

No es menor realizar la diferencia de la guarda preadoptiva de lo que es la guarda legal, la guarda judicial y la guarda de hecho. La guarda *legal* es la que comúnmente realizan los padres con sus hijos siendo el ejercicio legal de la patria potestad<sup>8</sup>, cómo así también la dada a los tutores, por medio de la tutela<sup>9</sup>. La guarda *Judicial*, viene a ser una guarda provisoria que no deja en ningún momento expedita la posibilidad de adopción, esta guarda se otorga en casos en los que el Juez estime conveniente retirar al menor en donde se encontraba, encuadrando en el artículo 11 de la ley nacional 10.903 “Patronato de Menores”. Este artículo establece la posibilidad del Juez de privar de la tenencia al menor a los padres y en tal caso de ser entregado al Consejo Nacional del Menor, igualmente los padres podrán revertir esta situación pasados dos años demostrando fehacientemente que se hallan en situación de ejercer convenientemente sus obligaciones. Por último la guarda de *hecho* como acto es el acto voluntario lícito, familiar que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de guarda. *Este acto voluntario puede ser bilateral, cuándo ambos padres acuerdan que un tercero tenga a su hijo en guarda; este es unilateral, cuándo ante la situación de un menor abandonado, una persona lo acoge y ejerce funciones propias de los tutores.* (Medina, s/f, pág. 3)

Para acceder a la guarda preadoptiva, los solicitantes deberán encontrarse en el Registro Único Nacional de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos (Ley N° 25.854), éste viene a constituir un registro único para todo el país al que hasta ahora han adherido sólo 8 provincias; Ciudad autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, Jujuy, La Rioja, San Juan, Santa Cruz, Tierra del Fuego y Catamarca. En el caso de que las personas se domicilien en una provincia que no haya adherido al Registro único tienen igual posibilidad de ingresar, inscribiéndose en el registro de cualquier provincia adherente siempre que reciba inscripciones de personas no domiciliadas en su territorio. Los postulantes deberán inscribirse en el Libro de Postulantes, donde se abrirá un legajo con nombres y domicilio de los solicitantes e hijos si éstos tuvieran, también como dice el Artículo 7, inciso c de la ley deberá constar las evaluaciones médicas, jurídicas,

---

<sup>8</sup> Artículo 264: La Patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

<sup>9</sup> Artículo 377: La tutela es el derecho que la ley le confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad y para representarlo en todos los actos de la vida civil.

## **Adopción Internacional 2004**

psicológicas y socio-ambientales de la familia postulante. Concluidas las evaluaciones el órgano de aplicación se expedirá admitiendo o denegando la inscripción. La denegatoria deberá fundarse en la falta de requisitos de la Ley 24.799 o si de las evaluaciones realizadas se desprende que no acredita la aptitud adoptiva mínima.

Por último el Juez deberá designar los aspirantes para entregar la guarda, ya comprobada la situación de desamparo y la necesidad de entregar al menor. Previamente a la entrega del menor deberá citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda, siendo ésta una condición de validez para la legalidad de la guarda, tal principio es congruente con la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 21, Inciso A; *“dónde las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su **consentimiento** a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.”* Este “consentimiento” se realiza para preservar ante todo la identidad y la verdad biológica del menor. El asesoramiento al que se refiere la norma, es para que los padres de sangre sean advertidos de la trascendencia de su asentimiento y a su vez, los efectos de la figura de la adopción. Casos en los que los progenitores no hayan dado el consentimiento o sólo uno esta de acuerdo, no hace que el proceso se concluya sino nuevamente queda en el Juez resolver lo más conveniente para el interés del menor. A su vez también pueden darse casos en que los padres progenitores no comparezcan a la citación, lo que podrá interpretarse como un nuevo indicio de que el niño se encuentra en un abandono material y moral por parte de ellos.

Podemos encontrar determinadas situaciones en las cuáles este consentimiento no es necesario, tal es el caso del segundo párrafo del artículo 317 que es cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuándo el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Tampoco será necesario cuándo los padres hubiesen sido privados de la patria potestad o cuándo hubiesen manifestado judicialmente, asesorados legalmente, su expresa voluntad y autonomía de entregar al menor en adopción. Igualmente consideramos que es necesario citar a los padres en estas situaciones, salvo que el niño sea huérfano, ya que es un propio derecho de los padres biológicos ser oídos en el

## **Adopción Internacional 2004**

juicio, lo que se conoce como el derecho de defensa en juicio consagrado en nuestra Constitución Nacional, en el artículo 18. Más allá que en los casos en el que el menor haya sido abandonado un año, se presume que los progenitores no comparecerán o que al comparecer darán el asentimiento para la adopción.

Los siguientes requisitos establecidos en los incisos b, c y d son cuestiones que hacen que el juez tome más conocimiento y un contacto más cercano con el adoptado y con su futura familia, por lo que son esenciales. El inciso b, exige que el Juez deberá tener “*conocimiento personal del adoptado*”, esto significa que deberá tener en cuenta la opinión del adoptando, teniendo este requisito cierta raigambre constitucional por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que remarca que el niño tiene derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al mismo, en consecuencia se dará al niño la oportunidad a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea por medio de un representante o un órgano apropiado.

El inciso c del artículo 317 establece que el juez tome conocimiento “*de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin*”. Este requisito es necesario para que el Juez vaya formando con estas averiguaciones y las que proceden del Registro Único de Aspirantes, su juicio y una valoración de lo que va a ser lo mejor para el menor. A su vez el Ministerio Público podrá valerse de encuestas o visitas realizadas a la familia. Igualmente a estas condiciones personales se volverá al momento del juicio de la adopción y serán observados con una mayor profundidad, que podrán determinar la inadmisibilidad de la adopción o la inconveniencia para el menor.

El inciso d de la norma establece la facultad del Juez de tomar conocimiento de las circunstancias de la familia biológica del menor. Este principio se explica por el hecho o la posibilidad de mantener el origen biológico del menor y de permanecer en el seno de su familia natural (abuelos, tíos, primos, etc.)

Finalmente, corroborados todos los requisitos de los artículos 315 y 317, el Juez se pronuncia concediendo o no la guarda preadoptiva, por un tiempo determinado, tal

## **Adopción Internacional 2004**

como lo establece el artículo 316 del Código Civil. En el auto se declarará el estado de adaptabilidad del menor y la admisibilidad de los guardadores para la adopción.

### **2.2.3.2 Juicio de Adopción**

El artículo 321 del Código Civil establece las reglas que deben de tenerse en cuenta, en materia de competencia judicial, que debe interponerse la demanda ante el juez o el tribunal del domicilio adoptante, el del menor o dónde se comprobó el abandono. El inciso b, establece quienes van a ser las partes intervinientes del proceso, siendo tales el menor, los adoptantes y el Ministerio de Menores quien debe intervenir para controlar el proceso. A su vez no deberíamos dejar de lado la participación de la trabajadora social, la cuál realiza un seguimiento del menor y de la familia. De esto se desprende la valoración del Juez al considerar conveniente o no la adopción del menor, teniendo en cuenta los medios y cualidades tanto morales como personales del adoptante. Otras de las reglas que esboza el artículo nombrado anteriormente es la facultad del juez de oír personalmente al adoptado, teniendo en cuenta la edad y situación personal del menor, cómo así también a cualquier otra persona que lo estime conveniente. Por último en su inciso f establece la reserva y el secreto de las audiencias que solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados apoderados y los peritos.

En el inciso h, del artículo 321, se establece que en la sentencia deberá constar que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica. Esto significa que el compromiso por parte de los adoptantes deberá ser requerido por el Juez al momento de dictar sentencia, ya que el menor deberá saber su realidad biológica por el Derecho a la Identidad que les confieren numerosas legislaciones tal como el artículo 11 de la Ley Nacional 26.061 dónde expresa que *“los niños y niñas tienen el derecho (...) al conocimiento de quiénes son sus padres, debiendo los organismos del Estado colaborar en la búsqueda o localización u obtención de información de los padres u otros familiares”*. Correlativamente a ese deber impuesto a los padres adoptivos, en el artículo 328 se esgrime el derecho del adoptado que tendrá de conocer

## **Adopción Internacional 2004**

su realidad biológica y a su vez de acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años de edad.

La sentencia en un juicio de adopción tendrá carácter constitutivo y a su vez es de carácter retroactivo al momento del otorgamiento de la guarda. Este pronunciamiento judicial emplaza un nuevo estado de familia en lo que es la adopción plena. A su vez la adopción deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, para darle la publicidad correspondiente (Artículo 388 C.C.)

### **2.3 Análisis de la Adopción en el Proyecto de Reforma 2012**

En el Proyecto de la reforma del código civil, se plantean varias cuestiones en materia de adopción; como principal diferencia del Código actual, nos encontramos con un concepto claro, el cual viene dar un eje a la figura, ya que se empieza a reconocer a la adopción como *“institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”* (Artículo 594- Proyecto de Reforma) siendo claro que el niño/adolescente pasa a ser tomado como un sujeto de derecho y en consonancia el artículo 595. Establece los principios que rigen a la figura de la adopción anteponiendo siempre el interés del menor, el respeto por la identidad y el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (abuelos, tíos, etc.). El mismo artículo también establece la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de los hermanos juntamente y el derecho del adoptado a conocer sus orígenes. A decir verdad, a nuestro parecer, este artículo contiene una clara ampliación y delimitación la figura. Consagra principios que cuentan con rango constitucional como la Convención de Derechos del Niño, donde siempre se busca preservar el vínculo filial y que la adopción sea tomada en una última instancia. Estos principios resultan de suma importancia a la hora de hablar de adopción, de los cuáles no debemos apartarnos nunca. En el artículo 596 se vuelve a remarcar el derecho a conocer los orígenes, siempre que el adoptado con edad y madurez suficiente pueda acceder al expediente judicial en forma autónoma. El expediente debe contener la

## **Adopción Internacional 2004**

mayor cantidad de datos posibles del niño y de su familia de origen referido a la identidad e incluido los relativos a enfermedades. El penúltimo inciso expresa que los adoptantes deberán comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes a los adoptados, quedando claramente esa constancia de esa declaración en el expediente.

En el artículo 595, inciso f, se plantea el derecho y la obligación de que la opinión del niño sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo *obligatorio* su consentimiento a partir de los diez años, lo que es en realidad una cuestión fundamental.

Otro cambio de gran importancia, que vemos desarrollado en el Proyecto, es el artículo 611, donde se prohíbe expresamente la guarda de hecho, facultándolo al Juez a separar al niño/adolescente en forma transitoria o definitivamente de su guardador. Se prohíbe que los progenitores elijan a quien dar en guarda al menor, salvo en los casos en los que se demuestre un parentesco o un especial afecto. El Juez será quien designe a los pretendientes adoptantes o al guardador del menor, designando al que considera más apto para el niño/a o adolescente.

Como venimos desarrollando, el Proyecto muestra diversos cambios. Otro de gran importancia es la posibilidad que, los convivientes en unión de hecho, de diferente o mismo sexo, pueden llevar a cabo una adopción, sólo si lo hacen conjuntamente. También se desarrolla un procedimiento de adopción, mucho más claro que el que tenemos hoy en día, estableciendo tres etapas a) Declaración Judicial de Adoptabilidad, siendo éste el momento para considerar cuándo el niño/adolescente se encuentra en estado de adoptabilidad con distintos supuestos que nos da el artículo 607 del Proyecto. b) Guarda con fines de adopción y por último c) Juicio de adopción.

Debemos destacar también la disminución del plazo de guarda que no podrá exceder los seis meses, el Juez tendrá noventa días para fallar en el Juicio de Adopción. Resulta importante hacer mención especial a la posibilidad de los argentinos naturalizados o a los nacionalizados argentinos, de poder adoptar. Tal puede ser el caso de una pareja argentina, que vive en el extranjero y al regresar al país quiere adoptar, en el Código Civil actual, esto estaría prohibido, ya que no cumple los tiempos de residencia.

## **Adopción Internacional 2004**

Por último, en el Capítulo 3, Sección 6 del Proyecto, encontramos el artículo 2635 que puede dejar abierta una puerta para la viabilidad de la figura de la adopción internacional, dónde se establece que en los casos de los niños domiciliados en nuestro país, los únicos competentes para la decisión de la guarda con fines de adopción son los jueces argentinos. Ampliando la facultad del Juez de poder discernir sobre la futura familia del adoptado ya que deberá considerar lo mas conveniente para el menor, yendo mas allá si la familia fuese argentina o no.

### **2.4 Conclusión.**

En el presente capítulo nos referimos a la adopción nacional, la cuál se encuentra consagrada en nuestro Código Civil de la Nación. Describimos las dos clases de adopción, la plena y la simple. La primera irrevocable y la segunda revocable. En la primera el adoptado se emplaza en la familia adoptante como hijo y rompe todo nexo biológico, mientras que en la segunda el adoptado sigue manteniendo un nexo biológico, no creando un lazo con la familia del adoptante.

Destacamos la importancia de los requisitos del adoptante, tales como la edad, la residencia en forma permanente y habitual en el país, la diferencia de edad entre ambos y la imposibilidad de procrear en caso de ser un matrimonio con menos de 3 años de casado. A su vez mencionamos la importancia del control del Juez en verificar las condiciones en donde se desarrollara el adoptado, esto es valorar las condiciones económicas, eticidad, moralidad de los futuros padres, etc; el juez tendrá la facultad de citar a testigos para tomar conocimiento de la situación de los adoptantes.

Realizamos un breve recorrido por el trámite de la adopción, hicimos una distinción entre guarda preadoptiva judicial, guarda de hecho y la guarda legal, concluyendo con el juicio de adopción y sus efectos. A nuestro entender debería producirse una agilización del trámite ya que eso hace a la institución tediosa y complicada para decidirse por ella. Destacamos la “obligación moral” de los padres adoptivos de dar a conocer la verdad biológica del adoptado que como vimos en el capítulo anterior, es un principio que, de aprobarse el Proyecto del Código Civil y

## **Adopción Internacional 2004**

Comercial, configura una ampliación y excedería la “moralidad” de los padres adoptantes.

Por último realizamos un análisis de la adopción en el Proyecto, pues resulta ser de suma importancia ya que cuenta con mitad de sanción. A diferencia de nuestro Código Civil actual, se conceptualiza a la adopción en su artículo 594, se establecen con precisión los principios que van a regir la figura de la adopción, resultando ser de gran importancia la incorporación del derecho del menor a ser oído y resultando obligatorio el consentimiento del mismo llegado los 10 años de edad. Otra de las cuestiones de suma importancia a destacar, es la posibilidad de los convivientes de poder adoptar solo si lo hacen en forma conjunta. Con respecto al trámite, no podemos decir que se haya simplificado ya que previo a la guarda de adopción, nos encontramos con un primer estado en el proceso de adopción, el cuál consiste declarar al niño, niño o adolescente en estado de adoptabilidad, por lo tanto esto puede llegar a hacerlo extenso igual. El Proyecto amplía los derechos de los adoptados y de los futuros adoptantes a nuestra consideración resulta de suma importancia su aprobación total, ya que en materia de adopción nuestro actual Código resulta ser bastante incompleta.

**Adopción Internacional  
2004**

**CAPITULO III**

**ADOPCION INTERNACIONAL.**

## **Adopción Internacional 2004**

### **CAPITULO III: ADOPCION INTERNACIONAL**

#### **3.1 Introducción.**

En este capítulo explicaremos la figura de la adopción internacional, su concepto y sus orígenes. No debemos dejar de tener en cuenta la ley nacional 23.489 y la reserva del artículo 2, en donde nuestro país decide que el artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño, no será aplicable en nuestra jurisdicción. También observaremos su recepción en la legislación internacional.

#### **3.2 Concepto.**

Cuándo hablamos de adopción internacional nos referimos a una sub-clase de la adopción explicada anteriormente. Biocca, nos dice que la adopción internacional “*es aquella en la cuál los futuros adoptantes están domiciliados en un Estado distinto de aquel en el cual se encuentra el domicilio o residencia habitual del menor a quien se intenta adoptar, cualquiera sea la nacionalidad del menor y de los futuros*” (citado por Fanzolato, 1998, Pág. 122)

Nos encontramos con dos clases de adopción internacional; la adopción que consiste en que un argentino pueda adoptar en el exterior y traerlo a nuestro país y la otra clase, que no se encuentra permitida en nuestro país, la adopción internacional en la cuál está el deseo de extranjeros en adoptar un argentino. Esta imposibilidad resulta clara por el artículo 315 *in fine*<sup>10</sup> de nuestro Código Civil, donde se establece la obligatoriedad de los 5 años de residencia para los adoptantes, debiendo ser acreditados en forma fehaciente e indubitable. También, se prohíbe la adopción *golondrina* (Fanzolato, 1998. Pág. 65), “*esto se da cuándo ciertos extranjeros con ánimos de*

<sup>10</sup> **Artículo 315:** Podrán ser adoptantes toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código, cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar, de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda

## **Adopción Internacional 2004**

*adoptar permanecen en el país solo por un corto tiempo, para lograr la guarda adoptiva*". El factor común tanto en la adopción internacional como en la adopción nacional (la receptada por nuestro Código) es que éstas se realicen garantizando y sobreponiendo sobre todas las cuestiones el interés superior del niño y con el debido respeto de sus derechos.

Najurieta (1997) nos explica a la adopción internacional, cómo *“una adopción es internacional cuando, en virtud de la localización de sus elementos, entraña un conflicto de leyes, es decir, da vocación a más de un derecho para regir el caso”* (Pág. 4)

### **3.2.1 Antecedentes legislativos.**

Después de la segunda guerra mundial se inició una nutrida corriente de menores que provenían del sudeste asiático para Europa. Niños de Vietnam, Indonesia, Tailandia y Corea fueron adoptados en la República Federal Alemana, los Países Bajos, Bélgica, Francia, Suiza y Gran Bretaña. *“El trabajo de la mujer en los países industrializados, la baja de la tasa de natalidad a raíz de la vulgarización de los métodos de anticoncepción, produjeron una demanda permanente de niños, que se combinó con una oferta constante de niños huérfanos o abandonados”*(Najurieta, 1997, Pág. 2). De todas formas en esa época no era importante el número de niños adoptados de America Latina, pero la corriente varió hacia 1975: entre 1976 y 1981, más de 5000 niños sudamericanos fueron adoptados por los habitantes de Estados Unidos.

En el año 1986 la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, enfocados sobre todo desde la óptica de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar, en el plano nacional e internacional” el 3 de diciembre de 1986. Ha tenido gran influencia en la Convención sobre los derechos del niño y ha sido antecedente directo de la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional.

## **Adopción Internacional 2004**

Cabe hacer un breve recorrido por la historia de la adopción internacional, con uno de los primeros casos jurisprudenciales en nuestro país con el que se empieza a darle un reconocimiento, se la da validez, ya que el problema se suscitaba en reconocer o no la validez de la adopción.

Se da en los autos caratulados como: “*Grimaldi, Miguel A., s/sucesión*”<sup>11</sup>, es un fallo de la Cámara Civil, 2da de la CABA del 22 de Diciembre de 1948, en donde padre e hija, son italianos con domicilio italiano y aquel fallece, dejando un bien inmueble en la Argentina. En primera instancia se le niega a la hija la vocación sucesoria ya que en nuestro ordenamiento no estaba legislado el instituto de la adopción, se la consideraba como violatoria del orden público argentino. Esta decisión se apela y en segunda instancia, se le reconoce la vocación sucesoria reconociendo así el derecho italiano, donde se la consideraba hija por ende heredera legítima.

Otro fallo relevante para el tema en cuestión, es “*Bayaud, Enrique s/sucesión*”, el cual se trataba de una niña francesa adoptada en forma simple, en Francia. Ella se presentó en la sucesión de su “tío adoptivo” (Enrique Bayaud), quien había dejado inmuebles en Buenos Aires. Tanto en primera instancia, como la Cámara, reconocieron la validez de la adopción a tenor del artículo 32 de la ley 19.134<sup>12</sup>. Pero en lo que respecta a la vocación hereditaria de la adoptada, en virtud del artículo 10<sup>13</sup> del Código Civil, y del artículo 20<sup>14</sup> de la ley 19.134, donde se le negaba la vocación sucesoria de los parientes por ser adoptada “simple”. El fallo fue revocado por la CSJN al darle mayor importancia a la validez de la adopción en virtud del artículo 32 de la ley.

<sup>11</sup> Cám. Civ. 2ª Cap., 22/12/48, “Grimaldi, Miguel Ángel s. sucesión”.

<sup>12</sup> **Artículo 32.-** La situación jurídica, los derechos y deberes de adoptantes y adoptados entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuándo ésta hubiere sido conferida en el extranjero”

<sup>13</sup> **Artículo 10.-** Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño.

<sup>14</sup> **Artículo 20.-** La adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo legítimo; pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia de sangre del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en esta ley. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí.

## **Adopción Internacional 2004**

En la Ley Nacional 19.134 (BO 29/7/1971) se establece un primer acercamiento a este instituto. El “Capítulo V- Efectos de la Adopción conferida en el Extranjero”, contiene ciertas normas para regir la situación jurídica de los adoptados y adoptantes y también expresa la situación jurídica, derechos y deberes y se somete la jurisdicción al domicilio del adoptado.

A pesar de todo el tiempo transcurrido, nuestro ordenamiento jurídico sigue sin contar con algún tipo de normativa para la adopción internacional; sólo el Capítulo 5 de la ley 19.134 cuenta con una breve mención sobre los efectos de una posible adopción conferida en el extranjero, menciona también los derechos y deberes del adoptante se regirán por la ley del domicilio del adoptado al momento de la adopción.

Es necesario destacar la importancia del cambio operado en la República Argentina con la incorporación de nuestro país a los tratados sobre Derechos Humanos, los que paulatinamente se fueron agregando a nuestra legislación tal como en la ley 23.264 (Filiación – Patria Potestad) donde se ve plasmado el principio de la no discriminación y se declara la igualdad de todos los hijos, sea por naturaleza o adoptado, concediendo igualdad de condiciones y efectos.

Resulta importante destacar un fallo en el cuál se ve plasmado el respeto al derecho del niño a preservar su identidad (ED, 25/2/1997), incluida la nacionalidad del menor, dónde un matrimonio pampeano, radicado en Canadá, le solicita al Juez de Primera Circunscripción de Santa Rosa la guarda con fines de adopción de una menor con domicilio en Argentina, la cual había sido otorgada por acta notarial al nombrado matrimonio. En este caso el Juez falla dejando sin efecto la guarda de la niña ya que reviste carácter de adopción *internacional*. La negativa se basa en el Art. 315 del Código, y en los artículos 3,7, 8 y 20 de la Convención de los Derechos del Niño. Basándose, a su vez, en que deberán prosperar los vínculos biológicos conservando su derecho de identidad, conservando su lenguaje, etc. ya que la niña tenía abuelos y tíos en La Pampa. Esta decisión fue recurrida en marzo de 1996, cuándo la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa- La Pampa, hizo lugar al recurso otorgándole la guarda con fines de adopción de la menor, ordenándole

## **Adopción Internacional 2004**

al Juez de Familia y del Menor que adopte las medidas necesarias para el cumplimiento de los deberes de seguimiento y se proceda a entregar la guarda del menor. La revocación de la Cámara, ha lugar por los siguientes fundamentos a) que los padres de la menor tenían el derecho a elegir las personas a quienes entregar su hija con fines de adopción; b) que las condiciones morales, personales y económicas que reunían los aspirantes no quedaban desvirtuadas por su residencia en el extranjero; c) que dicha adopción no revestía la calidad de internacional, afectada por la reserva que nuestro país había formulado al ratificar la Convención sobre los derechos del niño; d) que la nacionalidad argentina de los postulantes y el hecho de que la adopción había sido realizada en el país se erigían en datos que permitirían a la niña conocer sus orígenes. (Fernández de Arroyo, 2003)

### **3.3 Análisis del artículo 315 del Código Civil.**

Previamente antes de analizar la legislación a nivel internacional, nos parece importante destacar la posición de nuestro ordenamiento con respecto a la figura de la adopción internacional. El artículo 315 es claro al respecto, estableciendo la obligatoriedad de los adoptantes de residir en forma permanente en el país debiendo demostrar fehacientemente e indubitadamente la residencia en el país. Ello implica una clara negativa ante la incorporación de la figura. Remitimos a lo expuesto en el capítulo 2 al explicar las condiciones que debe cumplir el adoptado.

### **3.4 Análisis de la Convención sobre los Derechos del Niño**

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional de las Naciones Unidas. Busca la orientación, transformación y el respeto de los derechos, libertades y garantías sanitarias y de educación de los niños y adolescentes, en todo aspecto de su vida. Al tratarse de una convención, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece la obligatoriedad de los Estados ratificantes de garantizar el cumplimiento.

## **Adopción Internacional 2004**

Como dijimos anteriormente, esta Convención fue aprobada por la AGNU, el 20 de noviembre de 1989, siendo la Convención con mayores Estados ratificantes con un total de 192 países hasta Noviembre del 2005. Estados Unidos y Somalia no han ratificado aún. La convención cuenta con 54 artículos y dos protocolos facultativos que reconocen que todos los menores de 18 años, tienen derecho a un desarrollo pleno. La convención será verificada y controlada por el Comité de los Derechos del Niño, exigiendo a los Estados ratificantes que se sometan a informes periódicos sobre la situación de los Derechos del Niño.

En el ámbito americano se ha desarrollado una gran inquietud jurídica por la niñez, que se ha plasmado en cuatro convenciones interamericanas gestadas en el seno de las conferencias especializadas de derecho internacional privado a saber: 'Adopción de menores de La Paz' de 1984 (no ratificado por Argentina), 'Restitución internacional de menores' (ratificado por Argentina, con la ley nacional 25.179) y 'Obligaciones alimentarias' (ratificada 18/07/2002), de Montevideo de 1989. Todas ellas estuvieron precedidas de dedicados trabajos del Comité Jurídico Interamericano, del Instituto Interamericano del Niño y de los expertos convocados por estos organismos. (Najurieta, 1997, Pág. 1)

En la Convención se entiende por niño a todo ser humano que no haya alcanzado la edad de 18 años, salvo que según la ley aplicable haya alcanzado la mayoría de edad. Estos niños deberán, sin ningún tipo de discriminación, desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades, etc. Y tal como lo establece el preámbulo *"Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"*. Y por último, nos parece importante destacar el trato del niño como un sujeto de derecho, anteponiendo ante todo el interés superior del niño, teniendo el mismo el Derecho a ser oído. No debemos dejar de lado su debilidad y desprotección, tal como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, *"el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*, así lo establece el Preámbulo de la CDN.

A continuación vamos a resaltar los artículos, dónde se hace especial tratamiento de la adopción. En el artículo 20 nos encontramos en el supuesto que los niños

## **Adopción Internacional 2004**

temporalmente o permanentemente sean privados de su medio familiar, cuyo interés superior exija que no pertenezcan más a ese medio. El Estado deberá garantizar otros tipos de cuidado para ellos. Y es así como, el tercer párrafo del citado artículo, establece la adopción como un posible cuidado más allá de la colocación en hogares de guarda o en ciertas instituciones adecuadas de protección de menores.

El artículo 21 hace especial mención a la figura de la adopción dónde se reglamenta que, el Estado deberá velar para que la adopción del niño sea autorizada por las autoridades competentes, dónde serán estas, que en conformidad con las leyes y procedimientos aplicables, establecen la admisibilidad de la adopción en vista de la condición en la que se encuentra el menor en relación con su familia biológica. También se refiere al consentimiento de las personas interesadas por niño en adopción.

El inciso b establece: *“Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste 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;”* este inciso establece la figura de la *adopción internacional*, donde Convención la establece como una posible solución en caso de que al menor no se le pueda dar una familia en su país de origen, igualmente el inciso siguiente nos da ciertas pautas que el Estado deberá cumplir: deberá velar por que el niño que fue adoptado en otro país, goce de garantías y normas similares a las de su país de origen. Se deberá velar, por sobre todas las cosas, que la colocación del menor no dé lugar a beneficios económicos o de malos tratos al niño o sustracción de menores. Y para fortalecer esta *adopción internacional*, deberán promover en caso que corresponda ciertos acuerdos bilaterales o multilaterales para garantizar la colocación y su posterior seguimiento y control del menor, por organismos competentes y eficientes.

Evidentemente, a nuestro parecer, al estar la figura de la adopción internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño resulta ser de suma importancia este instituto para preservar la niñez del menor, pero siempre anteponiendo su interés y si es lo mas beneficioso para el mismo. Resulta necesario destacar el último párrafo en donde se establece que deberán promover tratados o acuerdos entre los Estados, en los que se configure la adopción internacional para lograr una mayor seguridad para con el niño que ha sido dado en adopción y los adoptantes. La norma también expresa la necesidad

## **Adopción Internacional 2004**

de crear organismos competentes para el perfeccionamiento de la adopción, siendo éstos quienes deben velar por el cuidado y protección del menor. Estos Organismos deberán hacer exámenes exhaustivos sobre los adoptantes, verificando condiciones así como también el estado de adoptabilidad del menor. Resultan ser de gran importancia, ya que con ellos, también se va a buscar evitar que el menor sea objeto de delitos cómo pueden ser la trata de personas, la venta de órganos o la venta de ellos mismos.

La Convención resulta de gran importancia ya que es la primera vez que se toma cierto compromiso al establecer el respeto por los Derechos de la Niñez, generando estos derechos, responsabilidades y obligaciones por los Estados que deben garantizar el pleno desarrollo del derecho a la supervivencia, a la educación, a la salud, al trato igualitario, a la participación y a la protección. A su vez, destaca en el preámbulo, la importancia de la familia como *<grupo fundamental>* de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar del niño.

### 3.4.1 **Ley Nacional 23.849 – Ratificación de la CDN**

El 27 de Septiembre de 1990, nuestro país ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño con la ley 23.849, declarando niños a toda persona por nacer hasta los 18 años, realizando una ampliación del ámbito de aplicación de la ley.

La Convención desde la reforma de 1994 goza de supremacía constitucional, establecida en el artículo 75 Inc. 22, dónde este expresa: “(...) *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (...) La Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos. Sólo podrán ser denunciados por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*” Igualmente para adquirir jerarquía

## **Adopción Internacional 2004**

constitucional, deberán contar con las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Argentina al ratificar la Convención realizó reservas<sup>15</sup> sobre el artículo 21, incisos b), c), d) y *“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 o su venta”*. De la citada reserva hecha por nuestro país, se puede inferir la escasa voluntad por parte del Congreso, de implementar “el riguroso mecanismo de protección legal”, consideramos que, con mayor razón deberán incluirse las normas en materia de adopción internacional. A contrario sensu, nos encontramos con la opinión del Dr. Alejandro Molina, citado por la Dra. Najurieta, quien expuso que *“La Argentina ha adoptado un rígido sistema de rechazo a la adopción internacional respecto de menores nacionales o con residencia en nuestro país, que se pretendan adoptar por residentes en el extranjero”* (Najurieta, 2004, Pág. 345). También se puede nombrar a la Doctora Fontemachi que sostiene que las normas de adopción internacional incluidas en la Convención se contradicen con la misma y que así nuestro país debe abstenerse a legislar en materia de adopción internacional. Daremos más posiciones respecto de la adopción Internacional en el capítulo siguiente, estableciendo posiciones a favor y en contra de la misma.

### **3.5 Análisis del Tratado de Montevideo de 1940**

Este tratado ha sido ratificado por nuestro país y es uno de los acercamientos a la figura de la adopción como categoría autónoma. Fue en el año 1956 con la ley 3192. Entonces, el juez argentino contaba con normas de derecho internacional privado, aplicables para constituir adopciones internacionales en el ámbito propio del tratado, pero los tribunales se han

---

<sup>15</sup> **Artículo 2; inciso d** , se entiende por reserva; una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado ( Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados 1969)

## **Adopción Internacional 2004**

resistido. El presente tratado regula la ley que regirá en materia de adopción, tutela, curatela y filiación, entre otras.

Este tratado propone la acumulación de las leyes del domicilio del adoptado y del adoptante. (Fernández de Arroyo, 2003) El artículo 23 del citado Tratado, regula la adopción en lo que concierne a la capacidad de las personas y en lo que hace a las condiciones, limitaciones y efectos.

*Este Tratado viene a cumplir dos funciones, por un lado determina el derecho aplicable a la adopción entre los países por él vinculados y por el otro, sus disposiciones se aplican analógicamente a los casos que quedan fuera de su ámbito propio, con la finalidad de cubrir la laguna existente en el Derecho Internacional Privado .(Fernández de Arroyo, Pág. 679).*

### **3.6 Análisis de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores. (CIDIP III)**

Esta convención Interamericana fue aprobada en la Paz, en marco de la CIDIP III, en el año 1984, dónde previamente a darse como aprobada el Instituto Interamericano del Niño, se convoca a expertos en materia de adopción, la cual expresa que a nivel latinoamericano la figura de la adopción va cobrando mayor importancia y ha suscitado problemas de nacionalidad, estado civil, competencia, etc. A su vez remarca a la adopción como un instituto para la protección de la infancia.

Esta Convención tiene su ámbito de aplicación en materia de adopción plena, como en las figuras afines a la misma, estableciendo el artículo 1 de la convención que también se aplicará cuándo el adoptante (o adoptantes) tenga su domicilio en un Estado Parte y el adoptado su residencia habitual en otro Estado Parte. Sin embargo cualquier Estado puede declarar, al momento de ratificar que extiende su aplicación 'a cualquier otra forma de adopción internacional de menores' (art. 2º), adquiriendo la adopción la irrevocabilidad (Art. 12). En su artículo número 3 se establece que la ley de residencia habitual del menor será la que regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos

## **Adopción Internacional 2004**

para ser adoptado, así también los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarias para la constitución del vínculo. En el artículo 7, de la mencionada Convención, se garantiza el secreto de la adopción cuándo correspondiere. Igualmente podrá comunicarse los antecedentes clínicos del menor y los progenitores de éste sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación.

El artículo 8 nombra las Instituciones, las cuales ya sean públicas o privadas, autorizadas por el Estado u otro algún otro organismo internacional, recabarán de el/los adoptante/s ciertas aptitudes solicitadas por la Autoridad Otorgante. Estando las Instituciones obligadas a dar información acerca las condiciones en las que se ha desarrollado la adopción durante el tiempo. En el artículo 13, resulta importante destacar, se solicita el consentimiento del menor cuándo éste sea mayor a 14 años.

Los artículos 15 y 17 establecen la competencia para el otorgamiento de la adopción las autoridades del estado de residencia habitual del adoptado, siendo competentes los jueces del Estado del domicilio del adoptante mientras el adoptado no constituya domicilio propio.

Nuestro país no ha ratificado esta Convención, porque al ratificarla implicaría una aceptación tácita a la figura de la adopción internacional, ya que la Convención explicada anteriormente colabora en materia de conflictos de leyes en cuestión de adopción internacional.

### **3.7 Análisis de la Convención de La Haya de mayo de 1993.**

En 1993 en la décimo séptima sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado se aprobó la Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Aquí explicaremos los puntos destacados de la misma. Tal como establece el prólogo de la misma, en su tercer párrafo, dónde reconoce que la adopción internacional puede presentar una ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede

## **Adopción Internacional 2004**

encontrar una en su país de origen, más allá que cada Estado deberá tomar las medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen.

En la citada convención se establecen los objetivos, tales como garantizar que las adopciones internacionales respeten siempre el interés superior del menor y el respeto a los derechos fundamentales que les reconoce el Derecho Internacional, a su vez también solicita instaurar la cooperación entre los Estados para el logro de las garantías y que éstas prevenga la sustracción, la venta o tráfico de niños. El ámbito de aplicación se dará cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado, bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges por una persona de residencia habitual en el Estado de recepción o en el Estado de origen (Artículo 2).

En el artículo 5, se establece que la adopción es viable cuando las autoridades del país de recepción tienen la seguridad sobre la aptitud de los padres adoptivos y se ha autorizado al niño a salir de país.

En el Capítulo III de la citada convención, se establece la designación de una autoridad central por cada país miembro para alcanzar los objetivos. Estas deberán cooperar entre ellas y promover la colaboración para la protección del niño dado en adopción, teniendo amplias facultades para tomar medidas para proporcionar información del niño, de los futuros padres adoptivos, etc. Los Organismos deberán velar para que la adopción internacional no tenga fines lucrativos e igualmente serán sometidos al control de las autoridades competentes de dicho Estado en cuanto a su composición, funcionamiento y situación financiera.

Resulta importante destacar, que el capítulo IV explica el procedimiento a seguir por las personas que quieran adoptar a un niño que se encuentra en un Estado diferente al de ellos (adopción internacional). Y por último, a diferencia de la Convención explicada anteriormente, no se admiten reservas de ningún tipo al ratificarla.

Nuestro país no ha ratificado esta Convención.

## **Adopción Internacional 2004**

### **3.8 Conclusión**

En el presente capítulo nos dedicamos a explicar la figura de la adopción internacional en los distintos elementos internacionales. Analizamos el artículo 315 del Código Civil, el cuál no hace lugar a la adopción internacional exigiendo como requisito la residencia permanente de los adoptantes, la que deberá ser mostrada en forma fehaciente e indubitable. Conceptualizamos a la adopción como aquella institución en la cuál los futuros adoptantes no están domiciliados en el mismo Estado en el cual se encuentra el domicilio o la residencia habitual del futuro adoptado, cualquiera sea la nacionalidad del menor (Fanzolato, 1998).

Explicamos brevemente la Convención sobre los derechos del niño y su posición respecto a la adopción, tal con el artículo 21 donde se establece que el Estado deberá velar por la adopción del niño será autorizada por el juez competente. Igualmente el citado artículo, hace referencia que la adopción en otro país puede ser considerada otra *manera de cuidar al niño* cuando su propio país no pueda velar por el mismo. El mencionado artículo da ciertas pautas para hacer lugar a la figura. Nuestro país ratifica esta convención con la ley nacional 23.849, realizando reserva al artículo nombrado anteriormente.

También hicimos una breve referencia al Tratado de Montevideo de 1940, ratificado por nuestro país con la ley 3192, el cuál legisla en su título VII en materia de adopción, sobre la capacidad, condiciones y limitaciones de las personas adoptantes, se regirán por las leyes de los domicilios en cuanto coincidan, mientras que las demás relaciones jurídicas se regirán por las leyes a las que cada una se halle sometida.

Por último analizamos la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores y la Convención de la Haya en mayo de 1993, las cuáles ninguna ha sido ratificada por nuestro país. La primera celebrada en marco de la CIDIP III ya que previamente se había convocado a expertos en materia de adopción que remarcaban que la adopción era un instituto para la protección de la infancia. Esta convención se aplica en materia de adopción plena o en toda figura afín. La Convención de la Haya de Mayo de 1993, establece en su prólogo su tercer párrafo que la adopción

## **Adopción Internacional 2004**

internacional puede configurar una ventaja de dar una familia permanente a un niño, niña o adolescente que no tenga la posibilidad de obtener una en su país de origen.

A modo de conclusión, nos encontramos con que a nivel internacional contamos con numerosos instrumentos que hacen mención a la adopción y brindan posibles lineamientos de competencia y capacidad para regir la posible adopción internacional, la cual se ve como una solución viable para el cuidado de la infancia.

**Adopción Internacional  
2004**

**CAPITULO 4**

**Adopción Internacional en Argentina: Diferentes posiciones. Derecho  
Comparado.**

## **Adopción Internacional 2004**

### **CAPITULO IV: Adopción internacional en Argentina: Diferentes Posiciones. Derecho Comparado**

#### **4.1 Introducción**

En este capítulo desarrollaremos los factores jurídicos y sociales, tanto a favor como en contra, de la viabilidad de la figura en nuestro país recabando doctrina nacional e internacional, sobre la adopción internacional. A su vez destacaremos la opinión de UNICEF ya que resulta ser, a nuestro parecer, una de las opiniones más vinculantes.

Y por último desarrollaremos cómo se encuentra legislada la adopción Internacional en todos los países del MERCOSUR

#### **4.2 Factores jurídicos y sociales**

Al hablar de factores jurídicos y sociales, con el primero nos remitimos a lo dicho al capítulo anterior en donde desglosamos nuestra legislación nacional y sobre la adopción internacional, comentamos a su vez la Convención sobre los Derechos del Niño y su ratificación con la ley 23.849, dónde Argentina realiza una reserva por no contar previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional para impedir su tráfico y su venta. *Desde el punto de vista jurídico, el problema radica en la diversidad legislativa de los Estados tanto en forma, como al fondo de la institución* (Fernández de Arroyo, 2003, Pág. 666).

Cuándo nos referimos a los factores sociales estamos haciendo alusión a aquellos factores que van a afectar a la adopción (al adoptado como a adoptantes) y son cuestiones que nos rodean tanto en tiempo y en especie.

## **Adopción Internacional 2004**

A continuación nos referiremos a los factores sociales a favor y en contra de la viabilidad de la adopción internacional, ya que se ha generado en nuestro país una clara discusión entre los que la creen posible y los que no.

### **4.2.1 Argumentos en contra de la adopción Internacional.**

Con el objeto de explicar la prohibición de la adopción internacional en la República Argentina, es necesario mencionar los factores sociales en contra de la figura.

Sin duda uno de los principales argumentos para demostrar la imposibilidad de la adopción internacional, versa sobre el desarraigo al que se somete al adoptado con respecto a su medio natural (familiar, histórico, nacionalidad, lenguaje, etc.) pudiendo tener efectos graves sobre el derecho a la Identidad del mismo, ya que se lo aleja de todo conocimiento de su realidad biológica familiar, de su origen y entorno cultural e histórico. El adoptado sufriría un cambio para el cual, no se sabría si está en condiciones de poder afrontar ya que hay una emigración en todos sus aspectos, siendo posible la diferencia de “color de piel” tal como sucede con los niñitos adoptados de Haití.

El derecho a la identidad se encuentra protegido con rango constitucional desde la reforma de 1994, ya que el Artículo 75° inciso 22 da jerarquía constitucional a los pactos y/o tratados internacionales. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Artículo 6° la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en sus Artículos 17°, Inc. 1 y los Artículos 18° y 19°, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de los Derechos del Niño en sus Artículos 7° y 8° evidencian lo dicho anteriormente. A nivel nacional nos encontramos con la novedosa ley nacional 26.061, dónde en el artículo 11 hace una especial mención al derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes que tienen derecho a una nacionalidad, lengua de origen,

## **Adopción Internacional 2004**

al conocimiento de quiénes son sus padres y a la preservación de sus relaciones familiares y a preservar su identidad e idiosincrasia. Establece a su vez la subsidiariedad de la figura de la adopción, prevaleciendo ante todo el contacto con familia biológica en su totalidad (abuelos, tíos, etc.). Según esta corriente debe prevalecer ante todo el derecho a los orígenes del menor y a la identidad del mismo.

Otro argumento, no de menor importancia, señala que la figura favorece o facilita el tráfico de menores. Éste es el fundamento por la que lleva a la República Argentina a no ratificar totalmente la Convención sobre los derechos del niño. Resulta necesario esbozar un concepto sobre lo que se entiende por tráfico de menores dónde subyace la idea de comercio de niños a cambio de dinero a lo que se le suma que daña la integridad física y moral del menor. El tráfico de niños esta ligado a los niños que son trasladados de su país de origen a otro Estado, con ánimo de lucro o para obtener cualquier beneficio para sí o terceros (Fernández de Arroyo, 2003). Es necesario realizar una distinción de lo que es el tráfico con la retención indebida del menor. Ésta puede ser caracterizada en relación con el progenitor que sustrae o retiene ilícitamente al menor y se radica en un país distinto al de origen. *“La Convención de la Haya del 1980, remarca los aspectos salientes que comprende la misma, corresponde a al desplazamiento ilícito cuando es en violación de un derecho de guarda otorgado por el estado de la residencia habitual del menor”* (Fernández de Arroyo, 2003, Pág. 618).

Con relación al Tráfico la Convención sobre los Derechos del Niño, hace mención en su artículo 35 estableciendo: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.”* Haremos especial mención al artículo 34 en donde se expresa que los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales, debiendo tomar todas las medidas que estimen convenientes.

## **Adopción Internacional 2004**

Se calcula que anualmente 1,2 millones de niños y niñas son víctima de los traficantes, atrayéndolos con artificios y engaños, prometiendo oportunidades de educación, buen empleo, etc.<sup>16</sup> A estos menores se los somete a la prostitución, a la servidumbre doméstica, trabajo en condiciones peligrosas y perjudiciales, así también la pornografía infantil. Y resultando de estos ilícitos la producción de lesiones irreparables, ocasionando de daños físicos y psicológicos que importan un avasallamiento a la dignidad, libertad y privacidad del niño. *“No podemos dejar de mencionar, que América Central y América del Sur, presentan una gran cantidad de niños en situación de calle, lo que inevitablemente se relaciona con la prostitución, de la que resultan víctimas un alto porcentaje de niños de Argentina, Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú, Chile y México”* (Cavagnaro, 2010, Pág. 3).

UNICEF admite la ausencia de normas y mecanismos de supervisión, igualmente como las posibilidades de lucro que se dan en el ámbito de las mismas que han alentado al crecimiento de una industria centrada en las adopciones, en la que se da prioridad a los beneficios materiales en detrimento del interés superior de los niños.

Siguiendo con los argumentos en contra, nos encontramos con el ánimo lucrativo por parte de las agencias intermediarias en donde la familia adoptante desconoce el origen del niño y que puede ser objeto de tráfico internacional o a su vez adquirido de cualquier forma ilegal, como por ejemplo la venta del niño por la madre, etc. En suma a lo expresado anteriormente, nos encontramos con la contracara de lo positivo que es adoptar con el ánimo de obtener beneficios económicos por parte de estas agencias intermediarias, que normalmente suelen ser privadas y que se dedican a la intermediación en esta materia. Ya que puede surgir la posibilidad de que actúen en forma clandestina e ilegítima.

---

<sup>16</sup> “ *Un simposio sobre la trata de menores que se lleva a cabo en el Japón reclama acción inmediata*”  
Página web de UNICEF. Recuperado el 22/08/2012 de [www.unicef.org](http://www.unicef.org).

## **Adopción Internacional 2004**

Para concluir con los argumentos en contra, obtuvimos una entrevista con Julio César Ruiz<sup>17</sup>, presidente de la Fundación Adoptar de la Provincia de Tucumán y le preguntamos sobre su posición en materia de adopción internacional. El mismo asegura que la no adhesión de la Argentina a la adopción internacional no ha sido ningún impedimento para que numerosos niños salgan de nuestro país. Las sospechas recaen sobre funcionarios judiciales y alcanzan también a integrantes del poder político. Ya que es la única forma de explicar el funcionamiento de una Agencia de Noruega en nuestro país, aún cuando las normas legal la prohíben y sin embargo son de conocimiento de las autoridades gubernamentales la salida de estos niños rumbo a otros países. Se han desarrollado numerosas denuncias ante las autoridades nacionales sobre el actuar de agencias como la mencionada, que operan en nuestro país y que bajo la apariencia de una acción a simple vista tan loable, encubren una inquietante actividad (se han encontrado casos en que la madre o el pariente de un niño lo ha entregado en adopción a cambio de una irrisoria suma de dinero). La pregunta final, que Julio se realiza en la nota de su blog es ¿Cuánto dinero se mueve realmente en este “mercado” de chicos argentinos para que una entidad extranjera pueda sacarlos de manera tan fácil de nuestro territorio, acortando los plazos de adopción, cuando se calculan en cinco mil las familias argentinas plenamente aptas que suelen esperar años para adoptar?<sup>18</sup>

### **4.2.2 Argumentos a favor de la adopción Internacional.**

A lo largo de este trabajo final de graduación siempre hemos hecho especial mención al interés superior del niño y el derecho del mismo de tener una familia, creemos que es el aspecto más importante para poder viabilizar la adopción internacional en nuestro país.

---

<sup>17</sup> Entrevista realizada por intermedio de correo electrónico, el día 27 de Noviembre de 2013.

<sup>18</sup> Fuente: Fundación Adoptar de Tucumán. Recuperado: 29/10/13 de [www.adoptar.org.ar](http://www.adoptar.org.ar)

## **Adopción Internacional 2004**

Nuestro proceso de adopción, tal como fue explicado anteriormente es tedioso y la preferencia que prevalece entre los adoptantes por bebés o menores de dos años, hacen que el resultado de esta ecuación sea que quedan muchísimos niños en condiciones de desamparo que se encuentran en institutos donde se les dan un cuidado y una atención pero sin embargo, este cuidado y atención no va a ser la misma que será otorgada por una familia, donde prevalece el amor. Especialistas en psicología, comentaban sobre la diferencia que hay entre los niños criados en estos institutos y los niños que son acogidos por una familia. No quiere decir que en los institutos se brinden una mala atención pero, en base a estudios psicológicos, notamos una amplia diferencia entre los niños criados en establecimientos que suelen ser menos sociales, confían menos y hasta desarrollan un nivel inferior en escuelas. No se satisface la conveniencia del menor manteniéndolo en un instituto por el mero hecho de seguir viviendo en su país de origen. En estos casos, resulta aconsejable una cuidadosa selección de adoptantes domiciliados en el extranjero y emplazar al menor en una familia. (Fanzolato, 1998).

Según UNICEF, hoy en día, en América Latina, existen ocho millones de niños que viven en instituciones, mientras que en nuestro país contamos con 14.675 niños en orfanatos, uno de cada mil está separado de su familia por problemas de abuso o abandono, de los cuáles son el 65% de Buenos Aires, Chaco, Capital Federal y Córdoba. Y las políticas para reducir la internación son pocas, cuando son de público conocimiento los posibles maltratos que pueden ocurrirle al niño en esta clase de instituciones, desde abuso físico hasta moral.

Creemos necesario hacer prevalecer el derecho del niño a tener una familia, yendo más allá del posible desarraigo que puede sufrir el menor por “cambiar de nacionalidad”, donde podemos establecer la obligatoriedad de los padres adoptivos a expresar la verdad biológica del menor. Françoise Dolto, citado por Zenere( 2001, Pág.1) en su artículo, expresa

*...espero que quede bien aclarada la importancia de decir la verdad, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la*

## **Adopción Internacional 2004**

*desean en forma inconsciente, sino que la necesitan y tienen derecho a conocerla. La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse.*

El derecho del adoptado está sobre todo, el saber su verdad biológica y más en el caso de la adopción internacional donde se produce en cierta forma, desarraigo, en el que igualmente se suele decir que las fronteras culturales entre los países son cada vez más débiles y que en tales situaciones el peligro del desarraigo se minimiza (Fanzolato, 1998). Fanzolato, presenta un ejemplo, que puede llegar a resultar extremista, en donde refiere a que un niño que vive en Jujuy puede sufrir un mayor desarraigo, si quien lo adopte vive en Capital Federal.<sup>19</sup> El Derecho a la Identidad no se va a ver “realizado” en el caso de que un niño vaya cambiando de institución a institución, por eso es necesario disminuir el número de niños institucionalizados, ya que tampoco podrá constituir lazos de pertenencia, cómo la historia personal. Tal como expresa Najurieta (1997), salvo casos excepcionales, no se debe prolongar las situaciones de desamparo real en las que el progenitor solo toma un contacto esporádico con el menor, con la intención de que no se configure la situación de desamparo y así se impide su adopción por una familia que lo proteja y cuide su crecimiento.

Con igual relevancia al derecho de la identidad vamos a colocar al derecho del niño del tener una familia y el renombrado interés superior. A nuestro entender, son derechos innegables, que deben ser resguardados por el Estado y debe velar por ellos. El Derecho a la Identidad admite para el individuo el acceso concreto y cierto al conocimiento de su origen biológico. Este conocimiento, es de suma importancia dentro de los aspectos de identidad persona y es dentro del seno familiar donde se forja este derecho, por ende, al hablar de identidad hablamos de un derecho complejo dónde se debe preservar este doble aspecto. En el siguiente capítulo, daremos pautas que resultarán importantes para la preservación del mismo.

---

<sup>19</sup> “La violencia contra los niños, niñas y adolescentes. Magnitud y desafíos para América latina”  
Página web de UNICEF. Recuperado el 22/08/2012 de [www.unicef.org](http://www.unicef.org).

## **Adopción Internacional 2004**

Otros factores a tener en cuenta para la viabilidad de la figura es que en los países de América Latina existe una alta tasa de natalidad, debido a deficiencias culturales, sociales y legislativas. Argentina tiene un 17% de natalidad que en comparación con países desarrollados como Alemania, Italia y Austria, en donde la tasa de natalidad es no mayor al 9%, según datos de UNICEF<sup>20</sup> es sumamente superior. Estas deficiencias culturales y sociales deberían ser modificadas con políticas a largo plazo, ya sea con educación sexual, explicando métodos anticonceptivos, con el objeto de disminuir la tasa de natalidad. Igualmente el traslado del niño a un país desarrollado que le ofrezca una variedad de posibilidades y expectativas de superación personal, de las que carecería en su país natal, (Fanzolato, 1998). Con esto no estamos queriendo decir que sea el único factor a tener en cuenta pero, a su vez contribuye a la posibilidad de implementar la adopción internacional, ya que el adoptado contará posiblemente con una mayor posibilidad de crecimiento distinto a las probabilidades en su país natal.

Anteriormente al esbozar los factores en contra de la figura, nos referimos al “ánimo lucrativo” que puede llegar a tener la adopción internacional, tal como el tráfico de menores, la trata, la pornografía infantil, venta de órganos, etc. Pero, a nuestro entender, al no permitirla no se va a eliminar esta clase de delitos sino debemos buscar la forma de regular y controlar adecuadamente la institución. Deberá ser un control, que se ejercerá cuando el niño ya haya sido adoptado, con organismos de control en los diversos países donde tengamos firmados convenios o tratados firmados para prevalecer el interés del menor y resguardando su integridad física, psíquica y moral. Estableciendo mecanismos de protección y cooperación entre Estados, con la convicción de que se trata de un flagelo que no puede combatirse aisladamente (Najurieta, 1997). A lo que queremos llegar es a la posibilidad de realizar un posible “seguimiento” del niño dado en adopción. En la Convención sobre los Derechos del Niño se establece en el artículo 18, la anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores. Susana Najurieta explica que:

---

<sup>20</sup> Panorama Alemania, Italia, Austria”, Recuperado el 15/11/13 de <http://www.unicef.org/>.

## **Adopción Internacional 2004**

*Debe diferenciarse el delito, que es el tráfico, de la institución regular, que es la adopción, la cual comporta innumerables dificultades agravadas cuando la relación se internacionaliza, pero que, indudablemente, desarrolla una función en nuestras comunidades castigadas por la miseria, la violencia familiar, la falta de educación, y su consecuencia, el abandono de los niños. (1997, Pág. 8).*

En ningún momento debemos ignorar que este factor resulta ser uno de los más importantes para la reserva hecha por nuestro país de la Convención sobre los derechos del Niño, ya que claramente en la ley expresa que 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.

### **4.3 Posición de UNICEF ante la adopción internacional.<sup>21</sup>**

UNICEF <sup>22</sup> sostiene que toda decisión que afecte a un niño o niña se deben tomar teniendo en cuenta en primer lugar el interés superior de los niños. Podemos hacer especial mención a La Convención de La Haya sobre la Adopción Internacional constituye un avance importante al respecto tanto para las familias como para los niños adoptados y por adoptar (remitimos a lo expresado en el Capítulo 3, punto 3.6), ya que estimula la transparencia de los procesos a fin de que en éstos se de prioridad al interés superior de los niños.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece claramente que todos los niños y niñas tienen derecho a conocer a sus padres y, en la medida de lo posible, a ser criados por éstos. De conformidad con ello y atento al valor y la importancia que tiene la familia en la vida de los niños, UNICEF considera relevante mantener siempre el vínculo con la familia biológica y dar cierta colaboración a ellas para evitar la separación de ellos. También establece que es preferible que los niños que no puedan ser criados por sus propias familias crezcan en ámbitos familiares sustitutivos, en lugar

---

<sup>21</sup> “La postura de UNICEF, con respecto a las adopciones internacionales” Recuperado: [http://www.unicef.org/spanish/media/media\\_41918.html](http://www.unicef.org/spanish/media/media_41918.html); 24/10/12.

<sup>22</sup> Es un programa de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que provee ayuda humanitaria y de desarrollo a niños y madres en países en desarrollo.

## **Adopción Internacional 2004**

de en establecimientos de atención institucional, a los que sólo se debería apelar como último recurso y con carácter provisional, no siendo de carácter subsidiario la adopción, sino la colocación en el instituto del niño.

UNICEF considera que en los casos de esos niños y niñas institucionalizados, una de las varias opciones posibles es la adopción internacional, que puede llegar a ser la solución más idónea cuando se trate de niños que no pueden ser colocados en un ámbito familiar permanente en sus países de origen. Pero, como siempre, debe valorarse en cada caso en particular, el principio rector de toda decisión en materia de adopción ( el interés superior del niño).

Muchos países del mundo reconocen peligros tales como los nombrados anteriormente (tráfico, pornografía infantil, etc.) han ratificado la Convención de La Haya sobre la Adopción Internacional, cuyo objetivo consiste en poner en práctica los principios relacionados con la adopción internacional que se estipulan en la Convención sobre los Derechos del Niño. Pese a que el objetivo principal de esas estipulaciones es la protección de los niños, las mismas tienen también el efecto positivo de brindar a los padres adoptivos potenciales, la certeza de que sus hijos no han sido objeto de prácticas ilícitas y lesivas.

Por último en el citado artículo sobre la opinión de UNICEF, nos explica que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Conferencia Internacional de la Cruz Roja comparten este punto de vista, así como ONG internacionales como la Alianza Internacional para el Apoyo a la Niñez.

A nuestro parecer la opinión de UNICEF no resulta menor en la viabilidad de la figura en nuestro país, ya que es un programa de la ONU y, cómo se puede inferir, UNICEF posee una posición a favor de la adopción internacional, haciendo especial énfasis en el interés del menor y el carácter subsidiario de la internación del mismo en un orfanato, ya que esto puede acarrear otros problemas tales como la poca socialización o la poca contención. A su vez destaca la importancia del niño de poder desarrollarse en otro ámbito y mas sabiendo que este va a ser mejor que el que tenía en su país de origen.

## **Adopción Internacional 2004**

### **4.5 Derecho comparado**

En este apartado del capítulo nos centraremos en observar cómo funciona la legislación en los integrantes del MERCOSUR.

### **4.6 Legislación comparada de los Estados que integran el MERCOSUR.**

En este apartado de nuestro Trabajo Final de Graduación realizaremos un recorrido por cómo han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y allí veremos si han realizado alguna Reserva. En tanto observaremos la legislación de Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Con referencia a Brasil, podemos decir que existe una regulación específica para la adopción Internacional. En el artículo 30, de la Constitución Federal de 1998, nos encontramos con el inciso 5, dónde se establece: *"La adopción estará asistida por el Poder Público, en la forma de la ley, que establecerá los casos y condiciones de su ejercicio por parte de extranjeros."* Asimismo, la República del Brasil, al firmar la Convención no realizó ningún tipo de reservas, entrando en vigencia el 24 de octubre de 1990. La adopción internacional en Brasil, en el Estatuto del Menor y del adolescente, la reglamenta, buscando asegurar que el aspirante extranjero cumpla con los requisitos de su país cómo así también los requisitos de Brasil. En el citado Estatuto, en su artículo 52, se establece la obligatoriedad de llevar un registro centralizado de los extranjeros interesados en adoptar, además debe presentar un estudio psico-social elaborado por la agencia especializada o acreditada en el país de origen. En el artículo 31, hace mención a la subsidiariedad de la figura.

La adopción internacional en Brasil, esta dividida en dos etapas, la primera consta de lo dicho anteriormente, qué implica el análisis de la familia adoptante a la Comisión Estatal Judicial de Adopción, dónde la familia aun no debe residir en el país. Después nos encontramos con la segunda fase, la cuál el plazo de convivencia debe ser cumplida en el territorio nacional, es el momento posterior al requerimiento en adopción el niño elegido en la Barra de la Infancia y la Juventud en la localidad en que reside el mismo. Todos los documentos presentados deberán ser debidamente traducidos y agregados al expediente. Y por último el menor no podrá ser trasladado fuera de Brasil antes de

## **Adopción Internacional 2004**

otorgada su adopción (Art.51 Inc.4). Como podemos observar Brasil cuenta con una legislación en materia de adopción internacional que va más allá de la simple ratificación de la Convención, ya que en el Estatuto en su artículo 239, sanciona al que promueva o auxilie en la realización de un acto destinado al envío al exterior sin las formalidades legales o con el propósito de obtener ganancias con el niño o adolescente.

Al referirnos a Paraguay, debemos tener en cuenta que su situación fue cambiando, pues al ratificar la Convención, éste lo realizó sin reservas, lo que nos da a entender la plena viabilidad de la figura de la adopción internacional. Pero en consecuencia del gran tráfico de niños, se dicta la ley 678 en 1995, donde se suspende temporalmente la tramitación de la adopción internacional. *“Según datos estimados, con anterioridad a esta ley, se habrían enviado al exterior entre 4 y 5 mil niños, en un lapso de 5 años (1990 -1995), 98% de los cuales fueron llevados a EEUU y un 2% a países de Europa e Israel”* (Dossier, 2007, Pág. 1). La mayoría de esas adopciones eran a causa de irregularidades, ya que en varios casos se daban por robo, secuestro o venta de los niños, o entrega de los niños por sus propias madres biológicas, por eso fue necesario y prácticamente obligatorio para Paraguay, frenar con las adopciones internacionales, ya que según cifras casi el 90% eran internacionales.

En la actualidad Paraguay ha cambiado y se han logrado avances significativos con la firma del convenio de La Haya que de este modo pondría fin al tráfico de niños, relativo a la cooperación y protección del niño en materia de adopción internacional. Y a nivel nacional, con la promulgación de la ley N° 1136/47, dónde se consagran los principios de la Convención de la Haya y la Convención sobre los Derechos del Niño. La ley, contiene un capítulo V, artículo 25 que versa en materia de adopción internacional, dando un concepto de la misma, y estableciendo que *“sólo procederá con aquellos países que hayan ratificado el Convenio de la Haya, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional”*. Y a lo largo de la citada norma, se establecen requisitos y procedimientos para celebrar la adopción con familias radicadas en el extranjero.

En Uruguay<sup>23</sup> nos encontramos con la simple ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en materia de adopción internacional no habría

---

<sup>23</sup> Datos recuperados de INAU el 20/11/13 : [www.inau.gub.uy](http://www.inau.gub.uy)

## **Adopción Internacional 2004**

impedimentos legales. El Poder Ejecutivo por Resolución N° 791/06 designó al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU), Autoridad Central en materia de Adopción Internacional. El Departamento de Adopciones de INAU es el encargado de ejecutar las responsabilidades asignadas a INAU, en su calidad de Autoridad Central. Uruguay cuenta con un Código de la Niñez y Adolescencia que expresa un concepto de adopción internacional y establece al igual que Paraguay que *sólo se realizará con aquellos países cuyas normas en materia de adopción y petición de niños tenga una razonable equivalencia con la normativa legal uruguaya*. Los solicitantes nacionales o extranjeros deberán presentar la solicitud ante la Autoridad Central de su país de residencia habitual, quien es la responsable de realizar los estudios social y psicológico que den cuenta de la idoneidad para adoptar, y en caso de que se decrete admisible la adopción, el seguimiento post-adoptivo. Será necesario que uno o ambos cónyuges manejen mínimamente el idioma español para poder entenderse mejor con el niño o niña que será adoptado. Finalizado el estudio del expediente, el Departamento de Adopciones de INAU aceptará, rechazará o solicitará información complementaria, para lo cual se comunicará con la Autoridad Central o con el Organismo acreditado (OA) o Entidad Colaboradora en Adopción Internacional (ECAI) que ésta disponga y que se encuentre debidamente acreditada.

En caso de ser seleccionados como familia para dar respuesta a un niño uruguayo se realizarán las relaciones pertinentes con la Autoridad Central del país de recepción para continuar con el proceso. E igual a Brasil, el menor no podrá salir de Uruguay hasta no ser concretada la adopción, debiendo los adoptantes permanecer habitualmente o no por el plazo de la tenencia previa. En concordancia con Brasil y Paraguay se sigue manteniendo el principio de subsidiariedad de la figura.

Por último cabe realizar un sondeo sobre la situación de Venezuela, país con la última incorporación al MERCOSUR, dónde aprueba en todas sus partes la Convención sobre los Derechos del Niño, el 26 de Enero de 1990. Al igual que es parte de la Convención de la Haya relativo a la protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional.

## **Adopción Internacional 2004**

Venezuela cuenta con la Ley orgánica de niños, niñas y adolescentes<sup>24</sup>, que expresa que El Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y adolescentes, tendrá una Oficina Nacional de Adopciones que deberá procesar las solicitudes de adopción internacional que hagan personas residentes en Venezuela que propongan adoptar en otro país, cómo aquellas que tengan su residencia en otro país y quieran adoptar en Venezuela. El artículo 407 establece el carácter de subsidiariedad de la figura los organismos competentes deben examinar detenidamente todas las posibilidades de su adopción en la República Bolivariana de Venezuela y constaten que la adopción internacional responde al interés superior del niño, niña o adolescente a ser adoptado u adoptada. En el artículo 439-B se establece la fase administrativa de las adopciones internacionales, dónde también se establece La adopción internacional sólo

*Puede realizarse si existen tratados o convenios que regulen especialmente la adopción, vigentes entre la República Bolivariana de Venezuela y el Estado de la residencia habitual del o de los solicitantes de la adopción o, entre la República Bolivariana de Venezuela y el país de la residencia habitual del niño, niña o adolescente a ser adoptado o adoptada (Artículo 439.B, tercer párrafo).* Venezuela también cuenta con registro donde se sientan las adopciones internacionales y debe realizarse el examen bio-psico-social-legal de los requirentes.

### **4.7 Conclusión.**

En el presente capítulo desarrollamos la adopción internacional en nuestro país y las diferentes posiciones al respecto. Hacemos especial mención a los factores sociales que según diversos autores de la doctrina podría o no viabilizarse la figura de la adopción. Explicamos argumentos en contra de la adopción internacionales, tales como el desarraigo que sufre el adoptado al cambiar de país, a contrario sensu nos encontramos con la posibilidad del niño, niña o adolescente a tener una familia que es menor al efecto sufrido por el desarraigo, pues contará con la contención afectiva tanto como la contención material y además sobreponemos el interés superior del niño. Nosotros no buscamos menoscabar el derecho a la identidad del menor, sino más bien forma la identidad del menor con el emplazamiento del mismo en una familia.

<sup>24</sup> G.O (5.859 Extraordinaria) 10/12/2007

## **Adopción Internacional 2004**

Otro de los argumentos explica que al viabilizar la adopción internacional facilita el tráfico de menores (justificación de la reserva hecha a la Convención sobre los Derechos del Niño), pues se abre la puerta a la comisión de delitos con ánimo de lucro de los menores en adopción. Pero es importante considerar que no viabilizar la adopción internacional no hace que estos delitos no se concreten, ya que al permitirlos buscaremos controlarla y regularla de forma tal que no demos lugar a actividades ilícitas. Buscaremos resguardar su integridad física y moral, por intermedio de Organismos especializados y el deber del Estado de velar por los niños de su nacionalidad.

Siguiendo con el ánimo de lucrar que puede darse al viabilizar la adopción internacional, nos encontramos con las agencias de adopción, que son muy comunes en países como los Estados Unidos pues son ellas las que buscan la familia “adecuada” para el adoptado, pero en consonancia con lo dicho anteriormente estamos en mira de organismos especializados, los cuales den curso a la adopción internacional.

Otra de las partes importantes de este capítulo fue la posición de UNICEF; que sostiene que toda decisión que afecte a un niño, niña se debe atender al interés superior del niño y el correlativo derecho a la familia UNICEF considera relevante mantener siempre el vínculo con la familia biológica, que a nuestro parecer resulta conflictivo, Podríamos buscar la manera por la cual el menor mantenga la doble nacionalidad al ser adoptado. Encontramos la opinión de UNICEF de gran importancia ya que destaca la viabilidad de esta figura frente a la subsidiariedad de la internación de los menores en un establecimiento.

En otro apartado de este capítulo nos centramos en observar la legislación de los países integrantes del MERCOSUR. Explicamos en forma resumida que Brasil permite la adopción internacional en su Constitución Federal de 1998, estableciendo que la adopción será asistida por el Poder Público cuando sea ejercida por extranjeros. Paraguay ha ido cambiando su posición respecto a la adopción internacional, en principio se encontraba suspendida temporalmente en consecuencia del tráfico de niños, buscando de esa manera frenar la cantidad de ilícitos que se estaban dando en marco de esta adopción. En la actualidad Paraguay sólo procederá autorizar estas adopciones con países que hayan ratificado el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

## **Adopción Internacional 2004**

En Uruguay no encontramos impedimentos legales para la configuración de la adopción internacional, aunque solamente se realizará con aquellos países cuyas normas en materia de adopción y petición de niños sea equitativamente razonable con la ley uruguaya.

Y por último nos encontramos con Venezuela, país con última incorporación al MERCOSUR, cuenta con una Oficina Nacional de Adopciones que será la encargada de procesar las solicitudes de adopción internacional.

Como conclusión podemos llegar a considerar que: nuestro país resulta estar atrasado en materia de legislación de adopción internacional, no tanto en lo que respecta a la niñez y adolescencia gracias a la novedosa ley 26.06. Somos el único país del MERCOSUR, que realizó reservas a la Convención sobre los Derechos del Niño. No se ve en un futuro próximo, un cambio en estas reservas realizadas. A decir verdad, consideramos que nuestro país debería modernizarse, al menos con convenios bilaterales o con los integrantes del MERCOSUR y sería así necesario la ratificación de la Convención de la Haya de 1993.

**Adopción Internacional  
2004**

**CAPITULO 5**

**POSIBLES LINEAMIENTOS PARA LA INCORPORACIÓN DE  
LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN LA REPUBLICA  
ARGENTINA.**

## **Adopción Internacional 2004**

### **CAPITULO V: Posibles lineamientos para la incorporación de la adopción Internacional en la República Argentina.**

A modo de conclusión elaboraremos posibles lineamientos para la incorporación de la figura, ayudándonos con la legislación explicada anteriormente de Brasil, Uruguay, Paraguay y Venezuela.

Como punto de partida nuestro país debería analizar las reservas formuladas a la Convención sobre los Derechos del Niño, pues consideramos que la adopción internacional debería ser viabilizada para la protección del interés de la infancia, al resguardar ese Derecho de tener una familia, que es uno de los derechos más importantes consagrado en todas las convenciones internacionales y deberá ser protegida por el Estado. Igualmente Argentina deberá ratificar la Convención de la Haya de 1993 y no podrá hacer reservas pues la misma no lo permite. Igualmente nuestra política legislativa siempre deberá incluir los derechos y garantías consagrados en ambas Convenciones. Por eso consideramos imprescindible la eliminación de las reservas y la ratificación de la Convención de la Haya de 1993 para comenzar con la adopción internacional. Desarrollando al máximo las potencialidades de la figura de la adopción, la República Argentina podría cambiar las reservas realizadas luego de una década, deberían de realizarse ciertos cambios, realmente necesarios para velar por el cuidado de nuestros niños y adolescentes en situación de desamparo. Como no se trata de que se vayan a un “país más rico” , sino de dar la posibilidad a niños, en situaciones no favorables, de tener una familia, amor y contención .Va mucho más allá de las condiciones económicas que pueda llegar a tener esa familia adoptiva y su “nuevo país”.

En consecuencia, deberíamos derogar parcialmente el artículo 315, que quedaría redactado así: *“Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil”*. Resulta necesario destacar la subsidiariedad de la figura en nuestro país, debiendo haber agotado todo posible emplazamiento del menor en nuestro país.

## **Adopción Internacional 2004**

Uno de los objetivos de la política legislativa, será buscar que los niños que se encuentren en estado de desamparo en instituciones o por el abandono voluntario de los padres, se buscará emplazar al niño en una familia, siempre que se configure la adopción plena, no permitiendo la posibilidad de la adopción simple. Una de las primeras etapas será considerar al niño en estado de *adoptabilidad*, esto es cuándo no pueda ser colocado en guarda pre-adoptiva en su país de origen por un plazo razonable a considerar por el magistrado competente (Najurieta, 2002). Debemos ante todo, como hemos dicho en reiteradas oportunidades, hacer prevalecer el interés superior del niño dónde el Ministerio Público junto con ONAI, deberán evaluar la conveniencia o no de la adopción, pues la carencia de afecto familiar puede desembocar en un grave daño al menor y se debería a preferir que el niño migre a un país extranjero a que sufra el desamparo. Si nos encontramos con niños cuyos padres hayan sido privados de la patria potestad pero tengan familia, no serán considerados en estado de *adaptabilidad internacional*, y por lo pronto deberán ofrecerse otros remedios legales nacionales vigentes en nuestro país.

Otro posible objetivo de la legislación será evitar que extranjeros lleguen a nuestro país con ánimo de retirar niños sin el debido control del Estado. Tal cuidado será velado con la creación de un Organismo Nacional de Adopciones Internacionales (ONAI), que cuente con un Registro nacional de adoptantes internacionales (RNAI). ONAI será el encargado de recibir la información de los Organismos o Agencias de los Estados peticionantes, haciendo necesario un examen bio-psico-social de los adoptantes, y también tendrá la facultad de solicitar testimonios sobre ellos, para preveer cualquier posible delito con niños. El ONAI, será un órgano dependiente del Ministerio Público, ya que tiene su doble función de órgano de control de la legalidad y del interés público de la comunidad (Najurieta, 2002).

La creación de este Organismo, establecerá la prohibición de que entidades extranjeras o agencias privadas se establezcan en nuestro país, con o sin fines de lucro, y esto impediría el control por parte del MP, debido a que pueden actuar clandestina o ilícitamente.

Este Organismo, al ser nacional, será gratuito más allá de gastos de justicia necesarios para llevar a cabo el trámite o posibles traducciones legalizadas. Deberá

## **Adopción Internacional 2004**

velar por la no comisión de delitos con los menores (el tráfico, la trata, etc.). Para eso tendrá que recabar la mayor información de los adoptantes, con ayuda del Ministerio Público Fiscal y realizará un juicio sobre la admisibilidad de estos. A su vez ante posible comisión de ilícitos se deberá actuar con celeridad y pedir la restitución inmediata del niño, y como veremos más adelante se le hará un seguimiento de dos a tres años después de otorgada la adopción.

Los adoptantes deberán cumplir con las condiciones de admisibilidad de nuestro país, esto es con los requisitos previstos en el Código Civil, debiendo ser acreditados ante el Organismo/ Entidades acreditadas de su Estado Nacional y enviadas a nuestro Organismo nacional, quien deberá efectuar los informes o solicitar más información si lo estimare conveniente. A los requisitos de admisibilidad se deberá agregar al menos que uno de los adoptantes hable el idioma castellano, para no producir un “choque” fuerte de cultura con el niño/a. La solicitud por parte de los adoptantes, deberá ser acompañada de los documentos e informaciones sobre las condiciones personales, antecedentes judiciales, familiares, sociales y medios de vida del/los adoptante/s. ONAI deberá ser el responsable de la búsqueda de familias junto con el Ministerio Público que con los informes elaborados, deberá evaluar la admisibilidad de la adopción.

Los documentos entregados por los adoptantes, deberán remitirse a ONAI a través de nuestra Embajada, donde se archivará una copia del expediente por posibles extravíos. Una vez estudiado el expediente, el ONAI con el MP aceptará, rechazará o solicitará información complementaria, para lo cual se comunicará al Ministerio Público que comunicará a la Autoridad Central o con el Organismo acreditado.

En caso de ser seleccionados como familia para comenzar el proceso de adopción de un niño o niña argentino, la información del niño o adolescente (informes completos sociales, psicológicos, pedagógicos, médicos y todo cuanto fuese necesario según su historia de vida) será enviada a través de la ONAI a la Autoridad del País solicitante.

Decidida la asignación de la familia, se realizarán las coordinaciones pertinentes con la Autoridad Central del país de recepción para comenzar con el

## **Adopción Internacional 2004**

proceso. Los adoptantes deberán vivir en nuestro país, por un plazo estipulado por el Juez, para realizar la guarda pre-adoptiva, así se podrá realizar las visitas de asistentes sociales, las visitas médicas y así ver, de manera fehaciente, como el niño/a se adapta a la familia adoptante y la familia se adapta a este nuevo integrante. *El niño/a, adolescente tendrá prohibido la salida del país hasta que la sentencia de adopción esté firme* (Najurieta, 2002, Pág. 287) El procedimiento siguiente es el Judicial que hemos explicado anteriormente en nuestro Capítulo II. No debemos dejar de lado la competencia, será competente el Juez del domicilio del niño/a en miras de adopción.

Una vez finalizada la adopción el niño, niña o adolescente se encuentra en condiciones de salir del país con sus padres adoptivos.

Al encontrarse concluida la etapa del Juicio de Adopción, el rol de ONAI, no termina. Deberá realizar un seguimiento al menos por dos a tres años, con objeto de velar por el cuidado e interés del menor y con el fin de evitar cualquier tipo de menoscabo a la integridad física o moral del menor. Esto se realizará por intermedio de las Agencias u Organismos debidamente acreditados en el estado receptor del niño.

También debemos destacar la sanción de anulación de la adopción que esté viciada por algún error o algún ilícito, tal como puede ser la entrega de la madre por dinero, etc. Con ONAI y la actuación del Ministerio Público buscamos evitar toda situación que menoscabe la integridad del menor y que este tenga una mala experiencia.

Y por último, para viabilizar la adopción internacional en nuestro país, sería necesario para comenzar a implementarla, que se empezara paulatinamente, con esto queremos decir que la Republica Argentina, comience celebrando tratados bilaterales o convenios con los integrantes del MERCOSUR pues todos ellos tienen la figura de la adopción internacional en funcionamiento y, a nuestro parecer, bastante reglamentada. Ya que con la cooperación entre Estados tenemos el posible camino para garantizar la protección del menor (Najurieta, 1997). Estimamos conveniente que al celebrarse los posibles convenios bilaterales, deberían incluirse una cláusula donde el estado de recepción del niño deberá comunicar a ONAI un informe sobre la situación del menor, hasta tanto no se halle reconocida la adopción en ese país. (Najurieta, 2002)

## **Adopción Internacional 2004**

Debemos “dejar de lado” el renombrado Derecho a la Identidad, debido a que un niño institucionalizado o criado en la calle, no está forjando una identidad, entonces la adopción internacional será una posible solución para miles de niños o adolescentes que se encuentran en situación de desamparo en nuestro país.

Buscamos darle al niño lo que corresponde en razón de dignidad, una colocación familiar oportuna, cuando no encuentra una familia adoptiva en su país, un vínculo genuino sin vicios en el origen, un desplazamiento seguro de un país a otro, un lazo de filiación que goza de estabilidad más allá del fenómeno de las fronteras. (Najurieta, 2002, Pág. 429). Con los posibles lineamientos también buscamos la incorporación de un nuevo concepto, que es el estado de *adoptabilidad* del niño, a ser considerado en primera facie por el Juez, ya que es quien tiene el contacto más cercano con él debiendo el valorar según su sana crítica racional.

A nuestro parecer, la adopción internacional debería ser viable en nuestro país ya que se busca claramente, el emplazamiento de un menor, que está en una situación de desamparo y abandono por parte de su familia biológica, en una familia adoptante que lo proteja. A su vez se busca diferenciar la figura de la adopción internacional, de la comisión de delitos, esta identificación es una generalización vaga y hasta innecesaria, que lo único que logra es un estancamiento más en las regulaciones de nuestro país. Claramente la recepción de la figura de la adopción internacional, traería aparejada una reforma a la Adopción Nacional, consagrada en nuestro Código Civil, que también deja mucho que desear y tiene mucho a modificar.

Y para concluir con este trabajo, transcribiremos un párrafo de la Doctora Najurieta, que concuerda con mi posición respecto a la adopción internacional; “*No es cierto que la adopción internacional se contraponga al interés nacional. Los niños de la calle, los niños institucionalizados, los niños que crecen sin historia personal y familiar, los niños víctimas de delito: esa es la realidad que constituye una afrenta al interés nacional*” (2004, Pág. 433).

## Adopción Internacional 2004

### BIBLIOGRAFÍA

#### ➤ DOCTRINA

- ALVAREZ, Jorge (25/04/2011) Adopción y derecho a la identidad biológica. *La Noticia Web*. Recuperado el 17/10/2012 de <http://www.lanoticiaweb.com.ar/noticia/15328/adopcion-y-derecho-a-la-identidad-biologica>
- BIGLIARDI, Karina A, (2008) “Revista del colegio de abogados de La Plata, Pág. 167.
- BERÁSTEGUI, Ana – VIEJO, Pedro. (2005). *La adaptación familiar en adopción internacional: Una muestra de adoptados mayores de tres años en la Comunidad de Madrid*. [Versión electrónica] (1ra Ed.) Madrid: Consejo Económico y Social.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia* (1998) 5ta Ed. Bs. As: Astrea
- BOQUÉ MIRÓ, Roberto. (1999). *Compilación de Notas referidas al Derecho de Menores*. (2da Ed.) Córdoba: Alveroni
- Bulacio de Quinteros Patricia, (s/f) “Adopción y guarda pre judicial adoptiva” [http://www.adoptare.com.ar/publicaciones\\_03\\_03.html](http://www.adoptare.com.ar/publicaciones_03_03.html), Recuperado el 28 de Octubre de 2013.

## **Adopción Internacional 2004**

- CAVAGNARO, MARÍA VICTORIA (2008). "La adopción internacional a la luz de los instrumentos y mecanismos internacionales de protección de los derechos del niño". Recuperado de: [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar) Infojus ID: DACF080053
  
- CAVAGNARO, MARÍA VICTORIA (2010) "El tráfico Internacional de Menores. Su tratamiento en la Convención sobre los Derechos del Niño" Recuperado de: [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar) Infojus ID: DACF100028
  
- DOSSIER(2007), "La realidad de las adopciones, la venta y el tráfico de niños y niñas en Paraguay" Recuperado de : [www.unicef.org](http://www.unicef.org)
  
- FANZOLATO, Eduardo Ignacio (1998) *La filiación adoptiva*, Córdoba: Advocatus.
  
- FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (2003) *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires: Zavalía.
  
- FONTEMACHI, María. (1999) "La adopción internacional. Las convenciones. Los derechos personalísimos del niño" [Versión electrónica] LL 1999-A, 918.
  
- FUGARETTA, Juan Carlos (1998) "El derecho al menor de ser oído" Recuperado de: [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar) Infojus ID: DACA980041
  
- GALIANO, Maritan G.: (2012) "*La convención de los derechos del niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia*", en

**Adopción Internacional  
2004**

Contribuciones a las Ciencias Sociales. Recuperado  
dwww.eumed.net/rev/cccss/19/

- GARCIA, Patria A (1998) *Revelación del Origen: Un temor recurrente* Córdoba: Advocatus.
  
- ISA, Fabiana Alejandra – GUASTI, María Susana (2009) *Acogimiento familiar y Adopción*. Buenos Aires: Espacio.
  
- KALLER DE ORCHANSKY, BERTA. (1997). *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado (5ta Ed.)* Buenos Aires: Plus Ultra.
  
- LEMOS, SANTIAGO, (s/f) “*Adopción en el Nuevo Código Civil*” Recuperado: [http://ccycon.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/santafe/pdfs/SANTIAGO\\_LEMOS.pdf](http://ccycon.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/santafe/pdfs/SANTIAGO_LEMOS.pdf) el 25/11/2013
  
- MEDINA, Graciela. (s/f) “Guarda de hecho y adopción”. Recuperado de <http://www.marisolqueiruga.com.ar/GUARDA%20DE%20HECHO%20y%20ADOPCION.pdf> el 29/10/2013
  
- MINYERSKY, Nelly, (s/f) “*Intervención del futuro adoptado en el juicio y adopción*”, Recuperado el 11 de Noviembre del 2013, de la Pagina Web de Asociación de Abogados de Buenos Aires, <http://www.aaba.org.ar/>.
  
- NAJURIETA, María Susana. (2004). “*Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*” [Versión electrónica] (1ra Ed.) Córdoba: ADVOCATUS.

## **Adopción Internacional 2004**

- NAJURIETA, María Susana, (1997) “Adopción Internacional”, I y II parte, El Derecho del 25/2/97 y del 6/06/973
  
- OPPENHEIM, Ricardo (1995), “El instituto de la adopción a fines del siglo XX” Recuperado de: [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar) Infojus ID: DACA950154
  
- PENA, Mariela (2012). “El proyecto de reforma de la ley de adopción: una perspectiva desde la antropología del parentesco” *Numero 3, segundo semestre 2012*. Recuperado <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%204.pdf>
  
- LORENZETTI, Ricardo L., "Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema", LL 1993-D-673.
  
- RAPALLINI, Liliana Etel, (s/f), “El encuadre jurídico de la adopción en el derecho internacional privado”, Recuperado: el 15 de Octubre del 2012, de la Página Web del Colegio de Abogados de la Plata, <http://www.calp.org.ar/>.
  
- REY CARO, Ernesto J. R. SALAS, Graciela, (1999) *Tratados y Textos internacionales*. Córdoba: Francisco Ferreyra.
  
- TAGLE DE FERREYRA, Graciela (2009) *El interés superior del niño – visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*. Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico.
  
- VILLAMAYOR, Fabián (s/f), Protección Jurídica del Derecho a la Identidad en la Adopción: Incidencia de la Convención de los Derechos del Niño. *Revista*

## **Adopción Internacional 2004**

*Jurídica de la UBA.* Recuperado de:  
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/>.

- “*La postura de UNICEF, con respecto a las adopciones internacionales*”  
Recuperado: [http://www.unicef.org/spanish/media/media\\_41918.html](http://www.unicef.org/spanish/media/media_41918.html); el  
24/10/12
- ZENERE, Gisela Guillermina, BELFORTE Eduardo, (2001) “*El poder y el derecho a la verdad biológica*” Recuperado de: [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar) Infojus ID:  
DACF010033

### ➤ **JURISPRUDENCIA**

- Cám. Civ. 2ª Cap., 22/12/48, “Grimaldi, Miguel Ángel s. sucesión”.
- CSJN, Cap., 22/03/1981, "Bayaud, Enrique, s. sucesión".
- Juz. Nac. Civ. 30, 27/08/73, “Oreiro Miñones, José, s. sucesión”
- Cámara de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, “G., C. R. – Adopción plena.”, del 15/02/2013

### ➤ **LEGISLACIÓN**

- CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO,  
Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989,  
ratificada por la República Argentina mediante ley 23.849.
- DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS Y DEBERES DEL  
HOMBRE. Bogotá 1948. Decreto-ley 9983/57.
- Ley Uruguay N° 18.590: CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.

## **Adopción Internacional 2004**

- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.
- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores.
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires
- Constitución de la Provincia de Córdoba
- Convención de Derecho Internacional Privado de La Haya del 29 de mayo de 1993.
- Constitución Nacional.
- Constitución Federal de 1988, Brasil.
- Estatuto del Menor y del Adolescente (Brasil)
- Leyes relativa a la Adopción Internacional, Brasil- Paraguay- Uruguay
- Ley Nacional 10.903 : Patronato de Menores
  - 1. Ley Paraguaya : 1136/97
- Ley Paraguaya: 678
- Ley Nacional 13.252 : Establece adopción de Menores
- Ley Nacional 19.134 : Adopción de Menores
- Ley Nacional 23.264: Filiación. Patria Potestad
- Ley Nacional 24.799: De la Adopción
- [Ley Nacional 25854](#): Guarda con Fines Adoptivos – Registro Único de Aspirantes-Creación.
- Ley Nacional 23.849: Apruébase la Convención sobre los Derechos del Niño
- Ley Nacional: 26.061 : Ley de Protección Integral

### **Adopción Internacional 2004**

- Ley Venezolana: G.O (5.859 Extraordinaria) 10/12/2007 – Ley orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
- Proyecto de Reforma del Código Civil 2012.
- Proyecto de Código Internacional Privado (2003).
- Código Penal de la Nación.
- Proyecto Código Derecho Internacional Privado (2004).