

¿Cuál es la situación jurídica de los padres biológicos en relación a sus hijos durante el proceso o trámite de adopción y con posterioridad al mismo, es decir, una vez que dicha adopción ya ha sido consolidada?

INDICE

I. INTRODUCCION

II. DESARROLLO

2.1 FILIACION ADOPTIVA

- 2.1.1 Concepto
- 2.1.2 Evolución histórica del instituto
- 2.1.3 La adopción en el Derecho Argentino
- 2.1.4 El proceso de Adopción
- 2.1.5 Fase posterior al proceso de Adopción
- 2.1.6 Modos de Adopción
- 2.1.7 Sujetos de la Adopción

2.2 ANALISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE

- 2.2.1 Regulación en el Código Civil
- 2.2.2 Regulación en la Convención sobre Derechos del Niño

2.3 SITUACION JURIDICA DE LOS PADRES

BIOLOGICOS

2.3.1 ANTES DE LA CONSOLIDACION DE LA ADOPCION

MEDIANTE SENTENCIA

2.3.1.1 Patria Potestad y Derechos inherentes a la misma.

- 2.3.1.1.1 La guarda preadoptiva y su efecto en la Patria Potestad.
- 2.3.1.1.2 El supuesto de la Adopción del Hijo del Cónyuge.

2.3.1.2 El Derecho de Defensa.

2.3.1.2.1 Citación de los padres biológicos en el proceso de guarda preadoptiva: ¿Son estos "parte"?

2.3.1.2.2 Oportunidad de la citación.

2.3.1.2.3 El consentimiento (Asentimiento).

- 2.3.1.2.4 Casos excepcionales en que el asentimiento no es necesario.
- 2.3.1.2.5 Juicio de Adopción: Los padres biológicos como parte.
- 2.3.1.2.6 Derecho a Patrocinio letrado. Gratuidad.
- 2.3.1.2.7 Aspectos procesales del ejercicio del derecho de defensa en

juicio en la Provincia de Córdoba.

2.3.1.3 Derecho a asesoramiento previo.

2.3.1.4 Prioridad de la familia biológica y carácter subsidiario de la adopción.

2.3.1.5 Derecho a solicitar el cese de la guarda preadoptiva.

2.3.1.6 Derecho a que no se otorgue la Adopción Plena antes del dictado de sentencia que declare la pérdida de la Patria Potestad.

2.3.2 CONSOLIDADA LA ADOPCION MEDIANTE EL DICTADO DE SENTENCIA

2.3.2.1 Derecho a peticionar la Nulidad Absoluta.

2.3.2.2 Derecho a peticionar la Nulidad Relativa.

2.3.2.3 Derecho a recobrar la Patria Potestad en caso de Revocación de la Adopción Simple.

2.3.2.4 Derecho a recobrar la Patria Potestad una vez anulada la adopción.

2.3.2.5 Derecho a que una vez revocada o anulada la Adopción, el hijo lleve el apellido del padre biológico.

2.3.2.6 Derecho a retractarse acerca de la decisión tomada.

2.3.2.7 Derechos sucesorios Los padres biológicos ¿tienen derecho a heredar a sus hijos dados en adopción?

2.3.2.8 Derecho al reconocimiento de los hijos

2.3.2.9 Derecho a peticionar la investigación de los vínculos biológicos a los fines de determinar la existencia de impedimentos matrimoniales

2.3.2.10 Derecho a hacer valer el régimen de visitas dispuesto por el Juez

2.3.2.11 Derecho a recibir alimentos en virtud del vínculo de parentesco.

2.3.2.12 Derecho a apelar el auto que concede la guarda preadoptiva o la sentencia que concede la adopción.

2.3.2.13 Derechos del padre que ignoraba el nacimiento de su hijo.

III. NORMATIVA INTERNACIONAL: “La Convención de La Haya sobre la protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción internacional”.

IV. CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

I. INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto determinar en el marco del ordenamiento vigente en nuestro país la situación jurídica de los padres biológicos durante el proceso de adopción y una vez concluido el mismo; y establecer en forma sistemática cuales son las prerrogativas y derechos contemplados a favor de estos.

Este trabajo no aborda la adopción desde su perspectiva tradicional, la de los padres adoptivos, cuyos derechos, deberes, obligaciones y condicionamientos han sido objeto de una extensa bibliografía en la doctrina nacional. Por el contrario, centraremos nuestra atención en la otra cara de la moneda, la de los padres biológicos que dan en adopción a sus hijos; y su situación jurídica en las distintas etapas del proceso de adopción y según el modo de adopción (simple o plena) empleado para su realización.

Para ello tendremos en cuenta la Convención sobre los derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la ONU en el año 1989, que a partir de la Reforma constitucional del año 1994 adquirió rango constitucional y la nueva ley 24779 (que en nuestro país regula el instituto de la Adopción), sancionada en parte como consecuencia de la ratificación por la Argentina, por Ley 23849, de la antedicha Convención.

La importancia de esta investigación radica en que se considera necesario que los padres que han tomado la decisión de dar en adopción

a sus hijos conozcan su situación jurídica y por ende, el espectro de derechos subjetivos que pueden ejercer con relación a los mismos.

La difícil condición de vida en la cual ha caído gran parte de las familias argentinas en los últimos años y las escasas expectativas con respecto al futuro, han llevado a los padres a tomar la dura decisión de dar en adopción a sus hijos con la esperanza de asegurarles una mejor situación que las que ellos pueden brindarles.

Por ello es importante que estos puedan tener certeza, es decir, que puedan saber con exactitud su situación y cuales son las prerrogativas reconocidas por nuestro sistema jurídico considerada integralmente en su conjunto (teniendo en cuenta también los tratados y convenios internacionales celebrados por la Republica) ya sea en forma expresa o implícitamente.

Pero tampoco debemos olvidar que existe un límite, y este límite esta dado por los derechos de los nuevos padres del adoptado, es decir, los adoptantes.

Este trabajo no pretende, de ninguna manera, menoscabar ni cercenar tales derechos, sino poder esclarecer la situación jurídica en que se encuentran los padres biológicos, durante el proceso de adopción y concluida esta.

En este trabajo, al hablar de situación jurídica, nos referimos a los derechos subjetivos, es decir, a la facultad que las personas físicas o jurídicas tienen no solo para realizar determinados actos, sino también para exigir que otras personas de igual índole, sin excluir al Estado, no les impidan realizar lo que la ley permite o no prohíbe.

Cuando aquí se alude a la situación de los padres biológicos en relación a sus hijos dados en adopción, no se hace referencia a la patria potestad, esto es, conforme al Art. 264 del Código Civil: *...el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.* (Porque queda claro que, la Patria Potestad corresponde antes del dictado de la sentencia que consagra la adopción, a los padres biológicos y luego de su dictado a los adoptantes).

En primer lugar, aquí, trataremos solo los derechos de los padres biológicos con respecto a sus hijos, cuando estos, estén por ser dados en adopción o hayan sido dados en adopción en virtud de sentencia judicial y no de los derechos que derivan de la filiación en general.

En segundo lugar, se trata de facultades independientes de aquellas que puedan llegar a detentar los adoptantes y que de ninguna manera comprometen los derechos de estos últimos.

Y por último, se trata de derechos subjetivos a ejercerse en las distintas etapas del proceso de adopción, teniendo en cuenta las variaciones que puedan llegar a experimentar a lo largo de dichas etapas, y teniendo en cuenta el hecho de que la adopción sea simple o plena.

No se pretende atribuir derechos potestativos a los padres biológicos respecto de sus hijos dados en adopción, porque eso traería aparejada una colisión con los derechos de los adoptantes.

II. DESARROLLO

2.1 FILIACION ADOPTIVA

2.1.1 Concepto

Eduardo Ignacio **Fanzolato** define la adopción como: “... *institución del derecho de familia en virtud de la cual, y por medio de una sentencia judicial, se crea entre personas no ligadas por lazos biológicos un vínculo jurídico de parentesco idéntico o similar al que surge de la filiación consanguínea establecida.* ¹

Este concepto de adopción, como lo concibe en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico positivo, no pretende validez universal, no pretende ser un concepto absoluto pues esta institución jurídica, como la conocemos en la actualidad, ha variado sustancialmente a lo largo de la historia y no hay dudas de que seguirá evolucionando.

En la época en la que vivimos y, mas concretamente, en el curso de este siglo, la adopción tradicional que estaba orientada a satisfacer el interés de la familia del adoptante, ha sufrido una esencial transformación, ya que en la actualidad, el interés primordial que trata de proteger la institución es el del adoptado.

¹ Fanzolato, Eduardo Ignacio. “La Filiación Adoptiva”. Editorial Advocatus 1998. Pág. 17

2.1.2 Evolución histórica del instituto

Históricamente, Roma conoció la institución de la “adoptio”. En un principio, se admitió solamente para los varones púberes. Cuando los comicios fueron sustituidos por las magistraturas, se aceptó la adopción de impúberes, bajo ciertas condiciones, entre ellas, el consentimiento de los parientes más próximos del adoptado y de sus tutores.²

Fue Justiniano quien distinguió entre adopción plena y minus plena. En la primera, el pater adoptante- que tenía que ser pariente biológico del pretense adoptado- adquiría la patria potestad. Mientras en la segunda, que era un tipo de adopción jurídicamente nominal, el pater natural conservaba la patria potestad. El que adoptaba, en este último caso, era un extraño, nunca un pariente. A su vez, existió en Roma el “alumnato”, que era una institución de protección a favor de impúberes de corta edad abandonados, mediante la provisión de alimentos y educación. Era una forma de beneficencia a favor del alumno.³

Por su parte, el Código de Hammurabi preveía la posibilidad del hijo de ser reclamado por la familia natural. Sin embargo, había tres situaciones en que no podía serlo: cuando el adoptado había sido criado y educado desde el nacimiento por el adoptante o cuando estaba al servicio de la corte o era sacerdotisa. Si podía retornar a su familia de origen cuando el adoptante no le había enseñado el oficio al que se había

² Zannoni, Eduardo A y Orquin Leopoldo M. “La Adopción y su nuevo régimen legal”. Editorial Astrea. Buenos Aires. Pág. 25

³ Coll, Jorge Eduardo. “La Adopción e instituciones análogas”. Editorial TEA. Buenos Aires 1947. Pág. 470

comprometido y cuando no trataba por igual a los hijos propios y a los adoptados.

Durante la Edad Media la institución perdió prestigio en Europa, ya que se redujo considerablemente la posibilidad de heredar del adoptado cuando el causante tenía descendientes legítimos.

La historia de la moderna adopción empieza recién con la Primera Guerra Mundial y la conmoción que produjo en los países europeos el espectáculo de la infancia desvalida; perdidos los hogares de millones de niños, se buscó el paliativo a través de la adopción que se convierte, entonces, en un medio de protección a la infancia desprovista de hogar.⁴

2.1.3 La adopción en el Derecho Argentino

La legislación argentina, reconoce la adopción recién a partir de 1948.

Vélez en la nota de elevación del Libro Primero de su proyecto de Código Civil explicaba que dicha institución *no respondía a nuestras costumbres, no lo exigía ningún bien social, y solo se la había practicado en situaciones muy excepcionales.*⁵

Con la sanción de la ley 13.252 se introduce lo que hoy llamamos adopción simple; en 1968, la 17.711, innovó con relación a los derechos hereditarios del adoptante, en el Art. 3569 bis que fue derogado luego, cuando entro en vigencia la ley 19.134.⁶

⁴ Bossert, Gustavo A y Zannoni, Eduardo A. "Manual de derecho de familia". Editorial Astrea. Pag. 483

⁵Fanzolato, Eduardo I. "La filiación adoptiva". Editorial Advocatus. 1998. Pág. 29

⁶Fanzolato, Eduardo I. Op cit. Pág. 29

En 1969, se sanciona la ley 18.248 que complementa la reglamentación sobre la materia en el ámbito de la filiación adoptiva.

En 1971, se aprobó la ley 19.134, cuyo ordenamiento integral amplió los efectos y alcances de la adopción de la época, y reconoció las dos clases de adopción: plena y simple.

Con la ley 23.264 y la 23.515, de los años 1985 y 1987 respectivamente, se introdujeron modificaciones tendientes a compatibilizar la adopción con los principios de equiparación jurídica de todas las filiaciones, con el divorcio vincular y con los impedimentos matrimoniales.

El 22 de Octubre de 1990, mediante la ley 23.849, se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico interno, las disposiciones contenidas en la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de Noviembre de 1989; Convención que tiene jerarquía constitucional a raíz del Art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional.

La antedicha convención contiene normas que, expresa o implícitamente, se hallan destinadas a regular algunos aspectos de la filiación y de la adopción; en especial, el vinculado con el interés predominante en esta materia, que es el interés superior del menor, el derecho a la propia identidad, o derecho a conocer el propio origen biológico y la adopción internacional.

Finalmente, la ley 24.779, publicada el 1 de Abril de 1997, modifica el régimen de la adopción, introduciendo su reglamentación dentro del articulado del Código Civil.

2.1.4 El Proceso de adopción

Cuando el Código Civil habla del proceso de adopción se refiere al proceso judicial previo al juicio de adopción. Es previo a la adopción propiamente dicha, en el cual el juez deberá discernir la guarda a quien o quienes pretendan adoptar al menor en el futuro.

Es lo que se denomina “**guarda preadoptiva**”, contemplada en los artículos 316, 317, 318 y concordantes del Código Civil.

Así, el *Art. 316* reza:

“El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año, el que será fijado por el juez.

El juicio de adopción solo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda.

La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo.

Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge”.

En este trabajo, al hablar de proceso de adopción, nos referimos no solo al proceso judicial previo al juicio de adopción, sino también a este último. Es decir, que este proceso de adopción abarca, tanto el proceso previo referente a la guarda preadoptiva como al juicio de adopción hasta el dictado de la sentencia que la concede.

2.1.5 Fase posterior al proceso de adopción

Es aquella etapa que se inicia una vez terminada la guarda preadoptiva. Pero teniendo en cuenta lo establecido en el ítem anterior, esta etapa comenzara desde que se ha dictado la sentencia en el juicio de adopción, en adelante. Sentencia que tiene efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda.

Es necesario aclarar que no es la inscripción de dicha sentencia la que da inicio a esta fase, ya que la misma no es constitutiva del titulo de estado como tal.

2.1.6 Modos de adopción

Teniendo en cuenta los modos de adopción previstos en nuestro Código Civil, conforme a la nueva ley 24779, puede hablarse de adopción simple o adopción plena. Así, la adopción aparece como un acto jurídico que crea entre dos personas un vinculo de parentesco civil del que derivan relaciones análogas aunque no idénticas a las que resultan de la paternidad y filiación, en la adopción simple; e idénticas en el caso de la adopción plena.

El Código Civil en su artículo 323 define la adopción plena como:
“...irrevocable, Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de esta así como todos sus

efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismo derechos y obligaciones del hijo biológico”

Con respecto a la adopción simple en artículo 329 sostiene lo siguiente: “...confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia biológica del adoptante, sino los efectos expresamente determinados en este Código”

2.1.7 Sujetos de la adopción

No nos referimos específicamente a quienes son parte en el juicio de adopción, sino a todas las personas implicadas en la institución, considerada de manera integral.

Estos son:

- **Adoptado**

“El que en la adopción es recibido como hijo del adoptante”⁷, esto es así, si se mira la relación del hijo en lo que respecta a la persona que lo va a incorporar a su familia. Ahora, si observamos la otra cara de la misma –la de los padres biológicos- se dirá que el adoptado es su hijo consanguíneo, su descendiente en primer grado.

- **Adoptante**

“El que asume legalmente el carácter de padre del adoptado”⁸.

- **Padres biológicos**

⁷ Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales”. Editorial Heliasta. Pág. 62

⁸ Ossorio, Manuel. Op cit. Pág. 62

Son los progenitores consanguíneos, los padres de origen o de sangre. Padre es “*el varón que ha engendrado a otra persona de la línea recta masculina ascendente*”⁹; y madre es “*la mujer que ha tenido uno o más hijos. En relación con el hijo, constituye el primer grado de parentesco consanguíneo de la línea recta femenina ascendente*”.¹⁰

2.2 ANALISIS DE LA NORMATIVA VIGENTE

2.2.1 Regulación en el Código Civil

En el Código Civil se observan disposiciones que de alguna manera contemplan los derechos de los progenitores que se hizo mención en la introducción:

En primer lugar, el art. 317 inc a) prevé como requisito del otorgamiento de la guarda preadoptiva el de “***citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción.***” Y es el juez quien determinara, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación.

El mismo inciso establece excepciones al requisito del consentimiento, el cual no será necesario cuando:

- El menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año;

⁹ Ossorio, Manuel. Op cit. Pág. 693

¹⁰ Ossorio, Manuel. Op cit. Pág. 586

- Cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial;

- Cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad;

- Cuando los padres hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

Estas excepciones así establecidas se manifiestan como límites al derecho de los padres biológicos a ser citados, a ser parte en esta etapa del proceso de adopción.

Además, dicho artículo en su apartado final prevé la sanción de nulidad ante la inobservancia por parte del juez de la regla mencionada en el inciso comentado.

Por su parte, el Art. 321 inc f) establece como regla la reserva de las actuaciones y el carácter secreto del expediente. Excepcionalmente, **“...podrá ser examinado por las partes, sus letrados, sus apoderados y los peritos intervinientes...”**. Habrá que analizar si los padres biológicos son o no “partes”, y, en consecuencia, si tienen o no legitimación activa para acceder a ese tipo de información.

En tanto que, el Art. 325 establece que solo se otorgara la adopción plena en los casos taxativamente mencionados en dicha norma, de lo contrario se estarían menoscabando los derechos de los padres

biológicos, tolerando que su hijo, por cualquier motivo, sea susceptible de tal modo de adopción.

Reza el artículo:

“Solo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores:

- a) Huérfanos de padre y madre;***
- b) Que no tengan filiación acreditada;***
- c) Cuando se encuentren en un establecimiento asistencial y los padres se hubieren desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial;***
- d) Cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad;***
- e) Cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.”***

Son prácticamente las mismas causales contempladas en el Art. 317 cuando menciona las excepciones a la obligación de dar el consentimiento por parte de los padres biológicos para dar a su hijo en adopción. Además, el Art. 325 establece que en todos los casos deberán cumplirse los requisitos previstos en los Arts. 316 (necesidad de guarda preadoptiva) y 317, que a los fines de la presente investigación tiene suma importancia en lo que respecta a la obligación de citación de los progenitores y a la exigencia de su consentimiento; con las excepciones mencionadas supra; ya que el hecho de que la adopción sea plena no

implica, conforme a nuestra normativa vigente, liberar al juez de dicha citación ni prescindir de tal consentimiento.

El Art. 331 es un artículo “clave” ya que reconoce de manera explícita la existencia de derechos de los padres biológicos en la adopción. Esta norma se refiere tan solo a la adopción simple, pero igualmente no deja de ser trascendental para los objetivos de este trabajo; y *dice*: **“Los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge.”**

También dentro de la adopción simple, el Art. 333 alude específicamente a los derechos sucesorios. Así, establece que: **“El adoptante hereda ab-intestato al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres biológicos, pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiere recibido a título gratuito de su familia biológica ni esta hereda los bienes que el adoptado hubiere recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres biológicos.”** Es decir, a contrario sensu, es derecho de la familia biológica, heredar los bienes que hubiese otorgado a título gratuito al adoptado.

Siguiendo con la adopción simple, el Art. 336 hace alusión a la posibilidad de reconocimiento del adoptado por sus padres de origen: **“Después de la adopción simple es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos...”**, situación que no alterara los efectos de la adopción establecidos en el Art. 331.

El Art. 337 reconoce en forma implícita al padre biológico el derecho o facultad de pedir la declaración de nulidad absoluta. Tal nulidad debe ser declarada de oficio, lo que no obsta que los padres biológicos tengan derecho a peticionarla al juez.

Es causal de nulidad absoluta la obtención de la adopción violando los preceptos referentes a:

- a) La edad del adoptado;
- b) La diferencia de edad entre adoptante y adoptado;
- c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiere sido víctima el mismo y/o sus padres;
- d) La adopción simultánea por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges;
- e) La adopción de descendientes;
- f) La adopción de hermanos y de medio hermanos entre sí.

El inciso segundo menciona las causales de nulidad relativa, la que en determinados supuestos puede ser peticionada por los padres

biológicos: ***“Adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a:***

- a) La edad mínima del adoptante;***
- b) Vicios del consentimiento.”***

Conforme al Art. 323 la adopción plena es irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. ***“El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de esta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales.”*** Esta norma es relevante a los fines de determinar las diferencias en cuanto a los derechos de los padres biológicos según que la adopción sea simple o plena.

El Art. 327 establece que ***“Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos...”*** Esto hace posible sostener, por un lado, que en la adopción simple si es admisible dicho reconocimiento, y, por otro, que también lo es antes de acordada la adopción plena, es decir antes de la sentencia que otorgue la adopción plena de manera definitiva.

2.2.2 Regulación en la Convención de los Derechos del Niño

Los artículos de la Convención pertinentes al tema en cuestión son los siguientes:

En el **artículo noveno** de la Convención hace un reconocimiento implícito de derechos a los padres biológicos, estos son:

- Derecho a ser informados
- Derecho a participar , dar opiniones
- Derecho a dar su consentimiento.

Así, observamos las disposiciones de dicho artículo que establece que:

“1. Los Estados partes velaran porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo en los casos en que el niño sea objetivo de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en el y de dar a conocer sus opiniones.” En este inciso segundo hay una referencia a la facultad de

los padres de origen a tomar parte en el proceso de adopción, que en nuestro sistema normativo solo serán parte de la instancia de guarda preadoptiva y no en el juicio de adopción propiamente dicho. Asimismo, se prevé el derecho de los padres biológicos a manifestar sus opiniones en aquel proceso.

El inc tercero establece que: ***“Los Estados Partes respetaran el derecho del niño que este separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”*** Aquí se alude específicamente a un derecho del niño y no de sus padres.

El inc. cuarto establece que ***“Cuando esta separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona este bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionara, cuando se le pida, a los padres, al niño o si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultare perjudicial para el bienestar del niño.”*** Esta norma hace una clara referencia al derecho de información, con su limitación en el interés del niño.

Por su parte, la convención, en su Art. 21 menciona un derecho de los padres biológicos que no aparece expresado en nuestro Código

Civil, pero que sin embargo, dada la mayor jerarquía normativa que posee este tratado dentro del ordenamiento jurídico argentino, debe ser reconocido a los mismos. Tal es el derecho a un asesoramiento previo al consentimiento de dar al niño en adopción. Además, dicho artículo hace referencia al ya comentado derecho de los padres biológicos a dar su consentimiento. Dice el artículo: ***“Los Estados Partes (...) a) Velarán porque la adopción del niño solo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinaran, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista a la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiere, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario...”***

2.3 SITUACION JURIDICA DE LOS PADRES BIOLOGICOS

Teniendo en cuenta la normativa analizada supra, como así también las diferentes posturas existentes en la doctrina argentina, es posible analizar la situación jurídica de los padres biológicos en el proceso de adopción, teniéndose en cuenta las siguientes variables:

- **Tipo de adopción : Simple o Plena**
- **Etapas del proceso de adopción**

Según las cuales se apreciara una clara diferencia tanto cuantitativa y cualitativa respecto de las facultades correspondientes a los progenitores, ya que, como se verá a continuación, las mismas serán mayores cuando se hace referencia a la adopción simple y, a su vez, al hacerse alusión a la etapa previa a la sentencia de adopción (sea simple o plena).

2.3.1 ANTES DE LA CONSOLIDACION DE LA ADOPCION MEDIANTE SENTENCIA

2.3.1.1 Patria potestad y Derechos inherentes a la misma

2.3.1.1.1 La guarda preadoptiva y su efecto en la Patria Potestad.

Tanto en los supuestos de adopción simple y plena, dentro de la etapa previa a la sentencia que otorga la adopción y durante el periodo de guarda preadoptiva, la Patria Potestad sufre un desmembramiento.

En principio, los padres biológicos conservan la titularidad de la misma. Sin embargo, coexisten los guardadores que a su vez, también tendrán facultades inherentes al menor. Por consiguiente, no puede afirmarse que los progenitores conserven de manera absoluta todos los derechos relativos a dicha institución, sino que, por el contrario, serán ejercidas de hecho por los encargados de la guarda preadoptiva, limitando así los derechos de los padres biológicos derivados de la Patria

Potestad, que serán subsidiarios a los de los guardadores. Esto no implica reconocer que la titularidad de la Patria Potestad corresponda a los guardadores: tal titularidad sigue correspondiendo a los progenitores hasta tanto no se dicte sentencia de adopción o exista alguna razón suficiente para excluirlos de la misma.

El art. 306 del Código Civil establece las causales de extinción de la Patria Potestad, entre las que se menciona a la adopción (Simple o Plena) sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación o nulidad de la misma. La adopción "...extingue la patria potestad, pero (...) esta extinción no es necesariamente definitiva, como ocurre, v.gr., con la mayoría de edad. Si la adopción fuese revocada (...) o anulada (...), la patria potestad del o los padres de sangre puede restaurarse, cosa que no ocurriría si estos hubiesen perdido aquella, dado su carácter definitivo..."¹¹

Asimismo el art. 307 del Código Civil hace referencia a la pérdida de la patria potestad por parte de los progenitores y el inc. 2 alude concretamente a la causal de abandono que hiciera el padre de alguno de sus hijos, aun cuando quede bajo guarda, o sea recogido por el otro progenitor o por un tercero.

Al respecto, **Borda** sostiene que: "Por abandono debe entenderse un desamparo de los hijos, cualquiera sea su edad. Pero, de todos modos, la pérdida de la patria potestad no podrá decretarse sin hechos de evidente gravedad; no bastaría un cumplimiento más o menos irregular, una mayor o menor dedicación. El abandono debe ser malicioso,

¹¹ Zannoni, Eduardo A. y Orquin, Leopoldo M. Op cit. Pág. 193.

pues no podría dar lugar a esta sanción una conducta que fuera impuesta por las circunstancias, como, por ejemplo, si no se pasan alimentos por carecer de trabajo.”¹² Además, a partir de la Ley 23.264 que quita a la pérdida de la patria potestad el carácter de irreversible, el Art. 308 contempla la posibilidad de que la privación de la autoridad de los padres pueda ser dejada sin efecto por el juez si estos demostrasen que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos. En relación con este aspecto, **Borda** manifiesta que: “...el juez debe ser riguroso en la apreciación de los hechos que demuestren la enmienda paterna.”¹³

Por lo tanto, se afirma la idea de que los padres biológicos conservan derechos potestativos hasta tanto la adopción no sea dispuesta por sentencia firme (con las salvedades antes consignadas).

2.3.1.1.2 El supuesto de la Adopción del hijo del cónyuge

En el caso particular de adopción integradora o adopción de hijos del cónyuge, la patria potestad no será ejercida con exclusividad por el adoptante sino que “tanto el adoptante como su cónyuge (padre o madre consanguíneos del menor) la compartirán de acuerdo a las reglas que rigen la titularidad y el ejercicio de la patria potestad por padres casados y que conviven.”¹⁴

Este sería el único caso de subsistencia de los derechos inherentes a la patria potestad una vez dictada la sentencia y consolidada

¹² Borda, Guillermo A “*Manual de Derecho de Familia*”. Editorial Perrot Pág. 453

¹³ Borda, Guillermo A. Op cit. Pág. 454

¹⁴ Fanzolato, Eduardo I. Op cit. Pág. 129

la adopción. Del mismo modo, **Borda** establece que con posterioridad a dicha resolución "...se extingue la patria potestad del padre o madre de sangre e, inclusive, el derecho a la administración y usufructo de los bienes del menos que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge, en cuyo caso la madre de sangre continua en el ejercicio de la patria potestad, la que será ejercida conjuntamente por ambos cónyuges."¹⁵

2.3.1.2 El Derecho de defensa

El derecho de los padres biológicos a la defensa en juicio (principio consagrado en el Art. 18 de la Constitución Nacional) al que se hace referencia aquí, alude tanto a la adopción simple como a la plena, pero tal derecho puede ser ejercido específicamente en la etapa previa al dictado de la sentencia en la que se tramita el proceso en el cual los progenitores detentan las facultades que se mencionaran.

Se hará alusión a lo concerniente a la citación de los mismos, a la necesidad de su participación, a la posibilidad de ser oídos, de opinar y principalmente al requisito del consentimiento para la adopción, analizando que alcance posee el mismo. Asimismo, es preciso que se formulen los siguientes interrogantes: ¿los progenitores son parte en sentido estricto en el proceso de adopción? Y en caso de ser afirmativa la respuesta a tal interrogante, ¿su intervención se limita a la etapa de la guarda preadoptiva o se hace extensiva al juicio de adopción propiamente dicho?

¹⁵ Borda, Guillermo A Op cit. Pág. 396

2.3.1.3.1 Citación de los padres biológicos en el proceso de guarda preadoptiva: ¿Son estos “parte”?

La Ley 19.134 no preveía como obligatoria la citación a los padres biológicos: la misma era una atribución exclusiva del juez, por lo que el decidía en que casos los citaba y en que otros no.

Borda¹⁶ se manifestaba contrario a dicha disposición por entender que su aplicación implicaba una franca violación al derecho de defensa en juicio. Según este autor: “Estas son algunas de las disposiciones mas objetables de la ley. Puede ocurrir que el padre de sangre haya tenido que viajar por razones de trabajo al exterior, en donde permanece uno o dos años; deja a su hijo en casa de un hermano, de un pariente, de un amigo. Transcurrido el año, puede ser despojado de su calidad de padre sin ser oído, porque si la ley dispone que pueda ser oído, ello significa también que puede no serlo(...)Supongamos que el padre de sangre haya sido detenido acusado de un delito; esta uno o dos años preso, hasta que se declara su inocencia; entretanto no ha podido cuidar del menor, que ha quedado abandonado; a ese hombre, además de la injusticia del proceso y detención, se le agrega otra: la de privarlo de su patria potestad sin siquiera escucharlo. Además, ¿Cómo puede saberse que el padre o la madre se han “desentendido injustificadamente” del hijo, si no se los escucha? ¿Por qué darle carácter irrevocable a la voluntad expresada de que el menor sea adoptado? Puede ocurrir que esa

¹⁶ Borda, Guillermo A. Op. Cit. Pag. 389 y 390

manifestación sea la expresión de la angustia o la vergüenza de una madre soltera joven o de la desesperación de la madre privada de recursos, que se haya en una imposibilidad de cuidar a su hijo. Esa madre puede luego cambiar de situación, estar en condiciones de cuidar a su hijo, de vivir con él, ¿Por qué privarla del derecho de ser oída, si luego otra persona intenta adoptar a su hijo? Pensamos que estas normas son inconstitucionales porque agravian el principio fundamental de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Esta disposición, según la cual no se admitirá la presentación de los padres en el juicio, es tanto más extraña cuanto que el Art. 19 inc c) dispone que el juez oirá personalmente a cualquier persona que estime conveniente en beneficio del menor. ¿Cómo se explica que se prohíba al juez oír a los padres de sangre?”

De igual manera, **Zannoni** no estaba de acuerdo con aquella norma y sostenía la necesidad de la citación a juicio de los padres biológicos porque “...el interés, la conveniencia y la legalidad de la adopción no puede evaluarse (...) sin atender fundamentalmente a uno de los extremos de la relación paterno-filial que se pretende desplazar: el vínculo de sangre, la paternidad o maternidad natural, con todo el contenido ético-jurídico que implica.”¹⁷

Por ello para el citado autor, la anterior ley traía como consecuencia una “flagrante inconstitucionalidad” “...al vulnerar no solo la

¹⁷ Zannoni, Eduardo A “*Citación de los padres del adoptado en el proceso de adopción*”. J A 26 1975 Pág. 483

garantía constitucional de la defensa en juicio (Art. 18 de la Constitución Nacional), sino mas allá, la preservación del debido proceso legal.”¹⁸

Con la sanción de la Ley 24.779, dicha citación se torna obligatoria, protegiéndose así el derecho de defensa.

Siguiendo a **Basile**¹⁹, cuando en el Art. 317 del Código Civil se prevé la citación obligatoria de los progenitores, estos tendrán derecho a manifestar su voluntad y opinar sobre el proceso adoptivo. El juez solo verifica que dicha voluntad haya sido manifestada alejada de todo vicio del consentimiento ya que considera que “...la voluntad de los progenitores de abandonar a sus hijos o de entregarlos en guarda de hecho a persona o matrimonio determinado fue manifestada mucho antes de la llegada al Tribunal...”.

Agrega que la citación debería ser siempre obligatoria “...en todos los casos en que los padres biológicos se encuentren con vida y siempre agotándose las medidas procesales para su citación, no solo para acreditar la legalidad del estado de abandono y la expresa o tacita voluntad de la entrega en guarda, sino también para que manifiesten en la oportunidad procesal aspectos solo conocidos y accesibles a ellos tales como su estado de salud, motivo de la elección del nombre de pila, si el niño lo tuviese, datos de orígenes de ellos y sus ancestros, situación y motivo del embarazo y todo otro dato de importancia.” Es necesario que la información suministrada conste en el expediente y este pueda ser apreciado por los peritos intervinientes, el juez y las partes (incluyendo a

¹⁸ Zannoni, Eduardo A Op cit. Pág. 483

¹⁹ Basile, Carlos A “*Algunas consideraciones sobre la opinión de los padres biológicos y niños en el proceso de adopción*”. Federación Argentina de Colegio de Abogados. XIII Conferencia Nacional de Abogados, Comisión 3 Familia y Sucesiones, Tema B) Adopción

los padres biológicos, que como se analizara mas adelante, son parte en el proceso de adopción).

Conforme a **Basile**, en los procesos de guarda preadoptiva, los padres biológicos tienen derecho a: ser citados (con las excepciones ya analizadas), manifestar su voluntad ante el Tribunal, opinar libremente, aportar todo dato de utilidad sobre la vida de su hijo menor.

Al referirse a la guarda preadoptiva, **Fanzolato** indica como necesaria la citación a los padres biológicos, aunque efectúa una distinción entre citación y consentimiento al decir que: “En este procedimiento judicial son partes el o los aspirantes a guardadores preadoptivos, el Ministerio de Menores y los padres biológicos del menor que siempre deben ser citados.”²⁰

Con respecto a la citación de los padres biológicos, afirma que la misma es una exigencia legal que no puede obviarse en ninguna situación, salvo las excepciones establecidas por la ley, so pena de nulidad (Art. 317 infine del Código Civil). **Fanzolato** continua diciendo que: “Es la manera que el ordenamiento jurídico asegura el respeto del derecho reconocido en el Art. 18 de la Constitución Nacional .”²¹ Reconoce la importancia trascendental de la citación: “La ley impone la citación de los padres como condición de validez para conferir judicialmente la guarda preadoptiva; sin embargo, debe remarcarse que la citación no puede interpretarse como un mero rito procesal que se cumple con el objeto de satisfacer formalmente la garantía del derecho de defensa en juicio.

²⁰ Fanzolato, Eduardo I. Op. Cit Pág. 80

²¹ Fanzolato, Eduardo I. Op. Cit Pág. 80

El juez esta obligado a citarlo porque la ley quiere que oiga al progenitor y, correlativamente, que este tenga la oportunidad de ser escuchado por quien va a decidir acerca del destino familiar del hijo (...)...el Art. 317 Código Civil; después de establecer que los padres biológicos deben ser citados a fin de que presten su consentimiento(...)en el segundo párrafo del inc a), enumera los casos en que no será necesario el consentimiento, lo cual no es sinónimo de que no deban ser citados. En tales casos se los deberá citar para oírlos, no para requerirles que asientan la adopción.”²²

Esto significa que el derecho de los padres biológicos a ser citados (y, por ende a ser oídos) en el juicio de guarda preadoptiva, conforme a la postura comentada, es siempre requisito para dicho proceso. En cambio, el derecho a manifestar el consentimiento en el mismo, solo será condición para los casos no exceptuados por el Art. 317 CC.

Para **LLoveras** ²³ “...los padres son citados para prestar consentimiento a la guarda preadoptiva, y si ese consentimiento es reputado innecesario por el juez no cabe pensar que se omitira tambien la citacion de los padres. Esta interpretacion debe ser rechazada, por ser contraria a la propia ley”. Cabe decir que, aun cuando el juez entienda que es innecesario el consentimiento de los padres para otorgar la guarda preadoptiva, esto de ninguna manera justifica omitir la citación. Los progenitores deben ser citados siempre.

²² Fanzolato, Eduardo I. Op. Cit Pág. 81 y 82

²³ Lloveras, Nora. Op. Cit. Pag. 161

Al respecto dice **Corfiati**: “lo que se contempla en este caso es la “citación” pero no sería requisito para la guarda preadoptiva el “consentimiento” por cuanto no resulta vinculante para el juez. De todos modos estimamos que el magistrado deberá valorar muy particularmente las razones que expongan los padres en tales situaciones.”²⁴ El mencionado autor afirma acertadamente respecto al carácter del consentimiento que “...lo que no se ha establecido es si los padres de origen deben prestar un consentimiento de carácter genérico para el otorgamiento de la guarda o si el mismo debe ser específico con relación a los guardadores que la pretenden. En el supuesto de que prestasen su consentimiento para que el menor sea adoptado pero no con referencia a quienes solicitan la guarda, existiría la posibilidad de que si la susodicha guarda no se confiriese, se pudiera tener presente el consentimiento para el otorgamiento a otros guardadores.”²⁵

Desde aquí se deja planteada la necesidad de una redacción más clara del articulado referente al consentimiento, haciendo hincapié en el verdadero alcance y validez del mismo.

2.3.1.2.1 Oportunidad de la citación

¿En que oportunidad se efectuara la citación?

- **Recién Nacidos**

²⁴ Corfiati, Rubén O “*Nuevo Régimen de la Adopción Ley 24.779*” Editorial Némesis.1997. Pág. 68

²⁵ Corfiati, Rubén O. Op.Cit. Pág. 68 y 69

El Art. 317 establece que la misma será determinada por el juez dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento.

Al respecto, **Fanzolato** manifiesta que dicha disposición legal implicaría que "...carece de validez la manifestación de voluntad de dar en adopción al hijo por nacer. Además, producido el alumbramiento, con prudencia la ley establece una suerte de plazo de espera de sesenta días para que los padres biológicos del recién nacido, puedan pronunciarse libremente sobre la decisión de darlo para que sea adoptado; el plazo se ha establecido para permitir una manifestación de voluntad definida, madura, en particular, respecto de la madre que, inmediatamente después del parto se encuentra bajo la influencia emocional del puerperio."²⁶ El **puerperio** es "...el momento transcurrido desde el momento del parto hasta que los órganos genitales, sus funciones y el estado general de una mujer vuelven a su estado ordinario anterior al parto. Durante el mismo pueden presentarse episodios psicológicos que son tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico en diversos casos."²⁷

Siguiendo a **Corfiati**²⁸, puede formularse una crítica a esta disposición legal, ya que si bien esta dando un tratamiento especial al estado puerperal, que en la práctica es de cuarenta a cuarenta y cinco días, no se legisla en forma tan clara como en otros ordenamientos, que consideran nulo el consentimiento otorgado durante el periodo posparto.

Por su parte la **Ley Provincial 9053 de Protección Judicial del Niño y del Adolescente** (en adelante, Ley 9053) establece (en el Art. 40) al respecto que "(...) *Cuando la manifestación de voluntad se hubiese*

²⁶ Fanzolato, Eduardo I. Op. Cit. Pág.83

²⁷ Corfiati, Rubén O. Op.Cit Pág. 69

²⁸ Corfiati, Rubén O. Op. Cit. Pág. 69

formulado al momento del nacimiento del niño, el juez fijara dentro del termino de sesenta (60) días una nueva audiencia a los fines de que los progenitores ratifiquen o rectifiquen su consentimiento, bajo sanción de nulidad...”

- **Niños de mas de 60 días**

En los supuestos de niños de más de sesenta días, “no se ha establecido expresamente un periodo o plazo dentro del cual deba el juez estimar la oportunidad de citar a los padres biológicos (...) la fecha de citación a los progenitores del niño será indicada por el juez conforme a las singularidades de cada institución.”²⁹

Según **Lloveras**³⁰ “el juez debe citar a los padres a partir del comienzo de las actuaciones y cumplir con la debida participación que les atribuye la ley”.

2.3.1.2.2 El consentimiento (¿Asentimiento?).

Algunos autores prefieren hablar de “**asentimiento**” en vez de “**consentimiento**”.

Fanzolato realiza tal distinción, diciendo: “Aunque la ley habla de consentimiento de los padres de sangre, con rigor, se trata de un asentimiento. La expresión “consentimiento” jurídicamente puede confundir porque, como elemento de los contratos es el que emana de las partes que acuerdan; en cambio en esta situación, el termino

²⁹ Lloveras, Nora. Op. Cit. Pag. 160 y 161

³⁰ Lloveras, Nora. Op. Cit. Pag. 161

“asentimiento” significa “la conformidad de quien, estrictamente, no es parte de la relación jurídica adoptional.”³¹

Debe entenderse aquí que si bien no son partes en la relación jurídica adoptional, si son partes en el proceso (jurisdiccional) de la adopción (guarda preadoptiva, y según determinada doctrina, también en el juicio de adopción).

El fundamento de la preferencia del término “asentimiento” en lugar de “consentimiento” radica en la naturaleza no contractual del instituto de la adopción para el ordenamiento jurídico argentino: “En nuestro país, como en la mayoría de los países que la reglamentan, la adopción de menores no es contractual sino que es un vínculo familiar que se crea judicialmente. La terminología que proponemos es la que mas se ajusta a la intervención que se le reconoce a los padres biológicos en el proceso, en donde su voluntad –si bien tiene mucha importancia- no puede compararse con la virtualidad generadora de consecuencias jurídicas propias de las manifestaciones de las partes en los contratos”³².

Con respecto a la posibilidad de que los padres biológicos, al efectuar esta manifestación de voluntad, puedan subordinarla a la circunstancia de que su hijo se otorgue en adopción simple y no plena, **Fanzolato**³³ cuestiona el valor de tal condicionamiento, diciendo: “Pensamos que semejante “condición” solo tendrá un valor relativo, de mera sugerencia, y que carecería de fuerza vinculante para las

³¹ Fanzolato, Eduardo I. Op. Cit. Pág. 83

³² Fanzolato, Eduardo I. CNCiv, Sala A 27/05/86; JA, 1986-IV, Pág. 287 “Los padres de sangre deben ser citados al juicio de adopción; no se intenta con ello obtener su asentimiento, como requisito necesario para el dictado de la correspondiente sentencia, sino tan solo para escucharlos al único efecto de poder obtener una mas concreta valoración de las circunstancias que rodean al incapaz y especialmente, para no burlar el derecho de defensa”

³³ Fanzolato, Eduardo I. Op. Cit. Pag. 84

autoridades judiciales que deben resolver la situación definitiva del menor en función de su interés”. Continúa diciendo: “Los padres de sangre deben ser citados al juicio de adopción; no se intenta con ello obtener su asentimiento, como requisito necesario para el dictado de la correspondiente sentencia, sino tan solo escucharlos al único efecto de poder obtener una mas concreta valoración de las circunstancias que rodean al incapaz y, especialmente, para no burlar el derecho de defensa.”³⁴

Ahora bien, ¿Qué sucedería en los supuestos de falta de aceptación por parte de los progenitores?

Belluscio advierte que la ley no prevé el caso de negación del consentimiento: “Por inferencia lógica (...) se deberá interpretar que es atribución judicial otorgar la guarda y, luego, la adopción, a pesar de la negación de ese consentimiento.”³⁵ Siguiendo esta postura, se interpreta que el derecho de los padres biológicos, en este caso, se reduciría simplemente a manifestar el consentimiento, sin supeditar la decisión judicial de otorgamiento de la guarda al hecho de efectivamente haberse dado el mismo.

Fanzolato interpreta que: “De acuerdo al Art. 317 inc a, segundo párrafo del Código Civil en la generalidad de los casos, la falta de conformidad o aceptación paterna no es decisiva para determinar el rechazo de la guarda del menor ni la suerte de la incipiente adopción; si los padres de sangre, con fundamentos mas o menos razonables, se

³⁴ Fanzolato, Eduardo I. Op. Cit. Pag. 84

³⁵ Belluscio, Augusto Cesar, “*Manual de Derecho de Familia*”. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1998, Pág. 329

negaran a asentir la entrega del menor, en guarda con fines de adopción, el procedimiento no quedaría estancado y concluido.

El juez, aun habiendo escuchado la negativa paterna, podrá proseguir el trámite porque siempre deberá resolver lo más conveniente para el menor y bien pudiera ocurrir que el interés del niño se impusiera por sobre la voluntad de los progenitores.

Y para el supuesto de que, una vez citados, no concurren: "...su ausencia injustificada podrá interpretarse como un nuevo indicio demostrativo del desentendimiento total o del abandono moral o material al que alude el segundo párrafo del inc. a) del Art. 317 del Código Civil."³⁶

En el caso de que se presenten pero que nieguen conformidad para la entrega de la guarda "...tal proceder no tiene potencia para afectar la eficacia de la decisión judicial, siempre que el juez compruebe y determine que el menor se encuentra en alguna de las condiciones que, en principio, hacen viable su adopción."³⁷

Si ambos comparecen y solo uno está de acuerdo con la entrega preadoptiva y el otro se opone "...se deberá aplicar la norma del Art. 264 *ter* Código Civil., según la cual, en caso de desacuerdo entre el padre y la madre, el juez respectivo "resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del ministerio pupilar..."³⁸

La **ley 9053** en el Art. 40 prevé que: "*Para la manifestación de voluntad de los progenitores, se deberán observar las siguientes reglas:*

³⁶ Fanzolato, Eduardo I Op. Cit. Pág. 89

³⁷ Fanzolato, Eduardo I Op. Cit. Pág. 89

³⁸ Fanzolato, Eduardo I. Op. Cit. Pág. 89

a) *El juez fijara una audiencia donde los progenitores presentaran su consentimiento en presencia del Asesor de Menores y del profesional del Equipo Técnico ³⁹ al efecto, debiendo contar el manifestante con asistencia letrada, bajo pena de nulidad;*

b) *Cuando la manifestación de voluntad se hubiese formulado al momento del nacimiento del niño, el Juez fijara dentro del termino de sesenta (60) días una nueva audiencia a los fines de que los progenitores ratifiquen o rectifiquen su consentimiento, bajo sanción de nulidad;*

c) *La incomparecencia de los progenitores debidamente notificada, hará presumir su ratificación;*

d) *Si el manifestante fuere menor de edad, el acto se cumplirá con presencia de sus representantes legales. (...)*

Se observa en el inciso a) la consagración expresa del derecho de defensa con la necesidad del progenitor de contar con asistencia letrada para efectuar tal manifestación de voluntad.

El Código Civil también debería haber previsto la sanción de nulidad para la falta de esta última formalidad. Por su parte, el inciso b) hace referencia al “consentimiento” expresado durante el puerperio de la mujer, lo que fue analizado supra. A su vez, el inc c) destaca la importancia de que los padres biológicos se encuentren debidamente notificados, único caso en que podría darse tal presunción. Por ultimo, el inciso d) alude a la manifestación de voluntad del menor de edad, supuesto particular en el que deberá cumplirse además el requisito de la

³⁹ Se trata de un cuerpo técnico judicial especializado, de carácter auxiliar, cuyos informes carecen de efecto vinculante. (Art. 18 Ley 9053)

presencia de sus representantes legales para que aquella pueda ser considerada válida.

2.3.1.2.3 Casos excepcionales en que el asentimiento no es necesario.

El artículo 317 del Código Civil establece que:

“No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción”

Del análisis de este artículo, surgen los supuestos en que no será necesario el asentimiento de los padres biológicos.

Fanzolato⁴⁰ considera que aunque la ley no requiera la conformidad de los padres para discernir la guarda preadoptiva de sus hijos, sin embargo *“...por razones constitucionales y jurídico-familiares, se los debe llamar para que comparezcan en dicho proceso.”*

Según el autor: “solo en casos excepcionales será improcedente su convocatoria. Ello ocurre cuando el menor sea huérfano, o no tuviera padres conocidos, o cuando los progenitores, *debidamente asesorados* acerca de la trascendencia de su manifestación de voluntad, hubieran

⁴⁰ Fanzolato, Eduardo I. Op. Cit. Pag. 90

asentido judicialmente la guarda con fines de adopción, en presentación voluntaria y autónoma ante un juzgado en turno, o en otro proceso en el que hubieran intervenido (separación judicial, divorcio, privación de la patria potestad o de la tenencia, alimentos, visitas, etc.). En el resto de los casos deberán ser citados; pero no para que manifiesten conformidad sino a los fines de que el tribunal los oiga. De tal audiencia podrán surgir importantes elementos de juicio acerca de la utilidad de la filiación adoptiva respecto del menor (Art. 321, incisos c) y e) del Código Civil) y de la clase de adopción a otorgar (Art. 330 del Código Civil).”

Continua diciendo: “incluso estando privado de la patria potestad, el progenitor biológico debe ser llamado al proceso; porque esta sanción no es definitiva sino que puede ser dejada sin efecto y restituirse la autoridad de los padres (Art. 308 del Código Civil).

Por ende, aun en tales circunstancias, habrá que oír a los padres biológicos porque la pretendida adopción (en particular, la plena), además de transferir la patria potestad a los adoptantes, produce una ruptura de los vínculos parentales que no afecta únicamente a los progenitores sino que se propaga a todos los miembros de la familia originaria del adoptando. Ignorándose el paradero de los padres biológicos ausentes o desaparecidos, se los deberá citar por edictos para asegurar su derecho de defensa en juicio.”

2.3.1.2.4 Juicio de adopción: Los padres biológicos como parte

Es indudable que en el proceso de guarda preadoptiva si son parte los padres biológicos. El problema aparece con respecto al juicio de adopción, ya que el Art. 321 inc b) del Código Civil expresamente establece que: “Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores”, a lo que **Belluscio** agrega: “Se suprime, pues, toda intervención en el juicio de adopción de los padres y, en su caso, del tutor.” Acerca del inciso comentado, el autor en la obra citada opina que “La exclusión de los padres se puede justificar cuando han prestado expreso consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción (...) o cuando han sido privados de la patria potestad, pues en este caso han dejado de ser representantes legales del menor. De lo contrario, no oídos ni para la entrega de la guarda ni para la adopción, podría estar violada la garantía constitucional de la defensa en juicio (Art. 18 de la Constitución Nacional), puesto que la adopción implica para ellos graves consecuencias...”⁴¹

¿Qué sucede, entonces, en la etapa del juicio de adopción propiamente dicho?

En esta instancia, la ley no prevé la intervención de los padres biológicos. La pregunta que debe plantearse con respecto a esta cuestión es si existe o no un derecho de los progenitores a ser parte, a intervenir en el juicio de adopción propiamente dicho, una vez finalizada la etapa de la guarda preadoptiva.

⁴¹ Belluscio, Augusto Cesar, Op Cit. Pág. 331

Existen diferentes opiniones: parte de la doctrina considera innecesaria dicha intervención, pero también hay autores que están a favor de la misma.

Fanzolato efectúa una reseña de las diferentes posturas existentes⁴² ; así, menciona a **Daniel H D'Antonio**, que considera que la citación prevista en el Art. 317 del Código Civil no satisface la garantía constitucional de la defensa en juicio y que, por aplicación de lo dispuesto en el Art. 321 inc c) del Código Civil el juez interviniente deberá citar a los padres de origen del menor.

Siguiendo la misma línea, **Belluscio** afirma que solo se justifica la exclusión de los padres en el juicio de adopción propiamente dicho cuando han prestado expreso consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción o cuando han sido privados de la patria potestad, ya que en este caso han dejado de ser representantes legales del menor. Por ende, conforme a esta postura, el hecho de ser aun representante legal del niño daría derecho a ser participe del juicio de adopción.

Nora **Lloveras** considera que dicha citación es necesaria como mecanismo apropiado para satisfacer la garantía del Art. 18 de la Constitución Nacional. Agrega que si los padres están en ejercicio de la patria potestad (es decir, no han sido privados de ella) necesariamente deben ser citados al juicio de adopción.⁴³

Ya con anterioridad a la sanción de la actual Ley de Adopción, la **Corte Suprema** había resuelto que el ejercicio de la patria potestad

⁴² Fanzolato, Eduardo I Op Cit. Pág. 99-104

⁴³ Lloveras, Nora. "Nuevo Régimen de Adopción. Ley 24779". Editorial. DePalma. Buenos Aires 1998. Pág. 162

constituía una garantía constitucional implícita y por ello amparaba a los progenitores que hubiesen sido desoídos en su oposición a la adopción del hijo.⁴⁴

Incluso durante la vigencia del régimen anterior (Ley 19.134), en la práctica, **Mazzinghi** observa que: "...los jueces siguieron citando a los padres de sangre (...) como lo habían hecho hasta entonces".⁴⁵ Y esto sin perjuicio de que el sistema anterior establecía que: "...*el padre y la madre del menor no serán necesariamente citados al juicio...*" (Art. 11) y en relación con las partes del juicio determinaba que: "...*podrán serlo los padres del adoptado...*" (Art. 11).

La **Cámara Nacional Civil**, en 1994, manifestó que: "El solo hecho de ser padre o madre de un menor cuya adopción solicita un tercero, constituye por si mismo un justo y suficiente motivo para intervenir en el juicio en calidad de parte legítima y esencial, pues en dicho proceso esta en juego la patria potestad y el derecho filiatorio del menor."⁴⁶ Agrego que: "Es necesaria y esencial la citación de los padres de sangre al juicio de adopción, aun en los casos en que exista una expresa manifestación de abandono o de conformidad con la adopción. (...) Frente a la trascendencia de los efectos que produce la adopción plena, las manifestaciones vertidas en sede administrativa, incluso el pedido del padre de sangre de no ser llamado al juicio, no bastan para omitir su citación, aunque hayan transcurrido varios años desde la entrega del menor, pues la extinción del parentesco y la transferencia de

⁴⁴ Mazzinghi, Jorge Adolfo "Jurisprudencia derogatoria en materia de adopción". L. L; 1995-D. Pág. 388.

⁴⁵ Mazzinghi, Jorge Adolfo. Op cit. Pág. 389

⁴⁶ CNCiv, Sala H, 19/10/1994; LL, 1995-D, Pág. 387

la patria potestad que produce la adopción plena exige al tribunal tomar recaudos que aseguren del modo mas amplio posible la defensa en juicio. Además, producida la citación del padre de sangre, la decisión que en definitiva se dicte tendrá mayor firmeza, lo que favorece al menor y a los adoptantes.”⁴⁷

Contrariamente a las opiniones comentadas, **Bossert** y **Zannoni**⁴⁸ afirman que a raíz de las reformas introducidas por la Ley 24.779 los padres biológicos no son partes en el juicio de adopción porque ya tuvieron intervención durante el proceso de guarda preadoptiva. No obstante consideran que tal apreciación no debe ser absoluta, ya que en determinados supuestos los progenitores podrían poner en conocimiento del juez de la adopción ciertos datos que impedirían o tornarían desaconsejable la adopción a favor de los guardadores (lo que no implicaría que por este motivo los padres biológicos sean partes)

Asimismo **Lea M. Levy**⁴⁹ establece que “...la voluntad manifestada por los padres, de entregar al menor en adopción, o su presencia a fin de ser oídos en ocasión de otorgarse la guarda del menor, en sede judicial, hace innecesaria una nueva citación...” Sin embargo

⁴⁷ CNCiv, Sala H, Op. Cit., Pág. 388. Conf.: CNCiv, Sala A, 27/05/85; JA, 1986-IV, Pág. 287~288: “Los efectos que derivan de la adopción plena, tales como la extinción de lazos de parentesco entre el adoptado y sus padres de sangre, no pueden ser alcanzados sin que aquellos sean oídos en juicio, fundamentalmente para no violar el derecho constitucional de defensa (...) ...no es posible admitir que la madre biológica no sea oída en ningún momento por el juez, pues solo de este modo el órgano jurisdiccional podrá ejercer, en plenitud, su jurisdicción(...)...la citación de la madre (...)le permitirá (...)trasladar al conocimiento del tribunal, con las garantías del debido proceso legal, de raigambre constitucional (Art. 18CN), las razones que mediaron para desentenderse de su hijo, entregarlo a la autoridad administrativa, e, incluso manifestar libremente ante el juez su decisión de que sea adoptado.”; CNCiv, Sala B, 20/02/79;ED, 1980-82, Pág. 315: “Aun en casos graves, en los que existe una expresa manifestación de voluntad de abandono, la comparecencia de los padres de quien se pretende adoptar resulta necesaria, e incluso es de dudosa constitucionalidad el precepto que niega a los padres en ejercicio de la patria potestad su participación en el proceso. Ello es así, porque persiguiéndose, como en el caso, la adopción plena, la filiación de sangre queda extinguida.”

⁴⁸ Bossert, Gustavo A y Zannoni, Eduardo A “*Manual de Derecho de Familia*”.Editorial Astrea. Buenos Aires.2000. Pág. 534 y 535

⁴⁹ Levy, Lea M. “*Régimen de Adopción. Ley 24.779*”.Editorial Astrea. Buenos Aires.1997. Pág. 74 y 97

considera que en caso de que los progenitores no hubiesen intervenido en el proceso de guarda preadoptiva se los deberá citar en el juicio de adopción o admitir su presentación espontánea.

Lloveras⁵⁰ efectúa una crítica a la Ley 24.779, ya que en ella solo se prevé que el juez “puede” tomar contacto con la familia de origen, es decir, se trataría de una mera facultad y no de un derecho de los padres biológicos a ser parte en dicha etapa del proceso. Contrariamente, la Convención sobre Derechos del Niño, que como ya se expresó, tiene jerarquía superior al Código Civil, si obliga al juzgador a contactarse con los progenitores.

Al respecto, en 1994, la **Justicia de la Provincia de Córdoba**, se expresó acerca del alcance de dicha intervención –considera como obligatoria- en el juicio de adopción propiamente dicho: “El hecho de que la madre mantenga la patria potestad y que en el juicio de adopción los padres deban ser oídos y se les reconozca el derecho a tener una activa intervención en el mismo no significa que el juez deba acatar ciegamente la opinión de estos, pues por encima de sus intereses particulares se encuentra el asegurar al adoptado un futuro promisorio, confiando el bienestar material y moral del mismo a quienes resulten idóneos para cumplir ese cometido.”⁵¹

En relación con la decisión del juez acerca de conceder o no la adopción, según la Convención sobre Derechos del Niño, prevalecerá el interés superior del niño por encima de los pretendidos derechos tanto de los padres biológicos como de los guardadores: “...en modo alguno

⁵⁰ IV Jornadas Internacionales de Derecho Privado Comparado del MERCOSUR. La adopción en el MERCOSUR; Córdoba, Argentina; 16 y 17 de Octubre de 2003.

⁵¹ C.C.Com. y Cont. Adm. de Río IV, 1/06/1993; LLC; 1994-587

podría propiciarse que se determine *a priori*, en abstracto y como receta universal, que en todos los casos se disponga que un menor *deba* permanecer en manos de los padres que buscan su adopción o revertir a los biológicos, sino que será el juez de cara a los pliegues casuísticos y a las circunstancias facticas de la causa en la que se dirime la disposición tutelar, quien estará en mejores condiciones de determinar de que forma (esto es, a través de que solución) resulta mejor abastecido el interés superior del niño.”⁵²

2.3.1.2.5 Derecho a Patrocinio Letrado. Gratuidad

La **Ley 9053**, en el **Art. 26**, consagra como garantía para los progenitores esta derivación del derecho de defensa de los mismos.

Dice el Artículo:

“Asistencia y representación. (...) *En oportunidad de su comparendo, el Juez deberá emplazar a los interesados para que designen abogado, a fin de hacer valer sus derechos.*

Si no lo hicieren los padres o tutores en el plazo establecido, el Juez designara al Asesor Letrado que por turno correspondiere, conforme a la reglamentación dispuesta por el Tribunal Superior de Justicia.

Las manifestaciones de los padres y tutores que los desacrediten ante el Tribunal, solo podrán valorarse cuando hubiesen sido efectuadas con asistencia letrada.”

⁵² Bazan, Víctor, “*El interés superior del niño frente al contrapunto entre los derechos de los padres biológicos y los del matrimonio que ejerce la guara preadoptiva del menor*”; La Ley-Suplemento de Derecho Constitucional a cargo de German J. Bidart Campos, Buenos Aires. 5/11/1998, Pág. 16 (Nota a fallo: CJ San Juan, Sala I, 1/4/1998)

A su vez, el **Art. 27** señala la gratuidad de dicha asistencia letrada como regla, con excepción de abogados contratados por los progenitores.

Dice el artículo:

“Actuación gratuita. Las actuaciones ante el fuero de menores serán gratuitas, a excepción de los honorarios que genere la actuación de profesionales requeridos en forma particular por las partes.”

Seria conveniente incluir normas semejantes en el Código Civil, a fin de asegurar más acabadamente el derecho de defensa en juicio de los padres biológicos.

2.3.1.2.6 Aspectos procesales del ejercicio del derecho de defensa en juicio en la Provincia de Córdoba.

La Ley 9053 regula de manera exhaustiva en su articulado los aspectos procesales de este derecho fundamental de los progenitores.

El Art. 22 establece que:

“Avocado el Juez, deberá conocer y oír en forma directa y personal al niño o adolescente y a sus representantes legales en el termino de cuarenta y ocho (48) horas.

Asimismo dispondrá las medidas urgentes que correspondieren, y ordenara los informes y peritaciones conducentes al estudio de la personalidad del niño o adolescente y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.”

Puede apreciarse aquí la necesidad de que los padres biológicos sean oídos por el juez. Además, la sentencia debe ser fundada y es por ello que la misma debe basarse en informes, peritaciones, etc. a fin de no vulnerar la garantía constitucional referida.

Por su parte, el Art. 31 alude a la obligación de efectuar investigaciones previas antes de la toma de decisión por parte del juzgador.

Dice el Artículo 31:

“Investigación. Cuando se tratare de niños y adolescentes que se encontrasen en las situaciones mencionadas en el Art. 9 (incisos a al f), el Juez deberá realizar una investigación a fin de comprobar los hechos, practicando todas las diligencias útiles al efecto.

Iniciadas las actuaciones, se notificara bajo sanción de nulidad a los padres, tutores o guardadores para que comparezcan a tomar conocimiento de las mismas y hacer valer sus derechos al respecto. Desconociéndose el domicilio de aquellos, la notificación se cumplirá por un medio masivo de difusión.

Las partes podrán proponer todas las pruebas que hicieren a su interés. El Tribunal podrá rechazarlas cuando aparezcan impertinentes, sobreabundantes o inútiles. (...)”

Se advierte aquí la esencial importancia de la notificación a los progenitores y además de su derecho a proponer pruebas durante el proceso, las cuales deberán ser diligenciadas por el juez, salvo en los casos allí mencionados.

De modo concordante el Art. 35 establece que:

“Si el Tribunal estimare, hallándose la causa a fallo absolutamente necesario ampliar las pruebas incorporadas o receptor nueva prueba instrumental o pericial indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad, ordenara por única vez, las medidas conducentes al efecto. Llamara posteriormente a nueva audiencia a las partes para oírlas al respecto, procediendo de conformidad al Art. 33.”

El Art. 33 prevé que:

“Concluida la investigación y reunidos los estudios y peritaciones legales, el Juez correrá vista al Asesor de Menores por el termino de tres (3) días. Si de la opinión de este resultare que el niño o adolescente debe ser entregado definitivamente a sus padres o encargados, el Juez así lo resolverá, archivando las actuaciones. Si el Juez discrepare con el Asesor de Menores al respecto, o este estimare que corresponde disponer del niño o adolescente, el Juez fijara una audiencia a la que citara a los interesados.

Leídos los estudios y peritaciones, el Juez concederá la palabra a los interesados y al Asesor de Menores por su orden. Podrá moderar sus intervenciones, fijando límites de tiempo, pero aquellos tendrán derecho a adjuntar memoriales escritos con sus alegatos.

El Juez dictara sentencia en el termino de quince (15) días, la que será apelable sin efecto suspensivo.”

Aquí puede observarse como en esta instancia del proceso también se torna necesaria la participación de los padres biológicos.

Con respecto a la solicitud de guarda, en el artículo 38 también se prevé la necesidad de oír a los progenitores.

Dice el Art. 38:

“Trámite. Si la solicitud de guarda reune los requisitos exigidos en la disposición anterior, el Juez fijará una audiencia dentro de los treinta (30) días, para oír al peticionante, al niño o adolescente en cuestión cuando por su edad pudiere expresar su opinión, los representantes legales de este y el Asesor de Menores, y ordenará los estudios y peritaciones pertinentes.

Cuando hubiere controversia, el Juez abrirá a prueba a solicitud de parte por un término que no excederá los treinta (30) días.”

En relación con el apartado final del artículo comentado, siendo la apertura a prueba de consecuencia de la solicitud de parte, se considera que los progenitores detentaron esta facultad en el proceso de guarda preadoptiva.

2.3.1.3 Derecho a asesoramiento previo.

El derecho a ser informados no tiene consagración expresa en el Código Civil, aunque sí en la Constitución Nacional mediante la Convención sobre Derechos del Niño.

Se encuentra establecido en el artículo 9 y en el 21 de la Convención y apunta a la etapa previa al dictado de la sentencia de adopción, ya que se refiere específicamente al derecho a un asesoramiento previo (que va a ser la base para el consentimiento posterior) estableciéndose que la información debe ser “pertinente y fidedigna” (Art. 21 Convención sobre Derechos del Niño).

Este derecho, a su vez, tiene estrecha vinculación con el derecho de defensa en juicio, ya que para que este último pueda ser ejercitado, los padres biológicos deben conocer los aspectos facticos relevantes, las diferentes alternativas posibles y, por sobre todo, las consecuencias e implicancias que derivan de una adopción, especialmente si la misma es plena.

Al respecto, **Fanzolato** expresa que: “En todos los casos en que se requiera el asesoramiento a los padres de sangre, será indispensable que hayan sido previamente advertidos y asesorados acerca de la trascendencia de la manifestación de voluntad que se les solicita y de la extensión de los efectos de la adopción. La información será proporcionada en un lenguaje llano y los conceptos deberán ser fácilmente entendibles por los progenitores, explicándoles las consecuencias jurídicas de la decisión que se les pide en orden a la custodia del menor y a la eventual ruptura o limitación de los vínculos paterno-filiales, evitándose subterfugios informativos para obtener un asentimiento que podría ser atacado por vicios de la voluntad.”⁵³

En la Ley 9053, el asesoramiento previo aparece como meramente facultativo y no como obligatorio.

Dice el Art. 24:

“Medidas complementarias. *Cuando se dispusiere la colocación familiar, el Juez podrá complementariamente ordenar:*

a) *Orientación a los padres, tutores o guardadores;*

⁵³ Fanzolato, Eduardo I. Op Cit. Pág. 84

b) *Orientación, apoyo y seguimiento temporáneo al niño o adolescente y/o su familia; (...)*

c) *Inclusión en programa oficial o comunitario de asistencia y apoyo al niño, al adolescente y a la familia;*

d) *Tratamiento médico, psicológica o psiquiátrico al niño o adolescente, cuando lo prescribieren facultativos oficiales.”*

2.3.1.4 Prioridad de la familia biológica y carácter subsidiario de la adopción.

Tampoco se encuentra recogido expresamente en el Código Civil este derecho, sino que su consagración va a estar dada por la Convención sobre Derechos del Niño.

La ley 26.061 “*Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*”. (Sancionada en el año 2005 y que reemplaza el antiguo régimen de Patronato estatal de la Ley 10.903) realiza casi una transcripción del texto de la Convención sobre derechos del niño, y de esta manera consagra también el principio de prioridad de la familia biológica en los artículos 37 inc a), 33, 35 y 41.

Se trata de un principio vigente a nivel internacional, en numerosos ordenamientos jurídicos, que consiste en tomar a la adopción como una última alternativa, tratando de lograr que el niño no sea excluido de su núcleo biológico, que se desarrolle junto a su familia de origen. Solo en los supuestos en que ello no sea posible se habrá de recurrir a la adopción (Art. 9 Convención sobre Derechos del Niño).

Debe destacarse la importancia de la “XII Conferencia Nacional de Abogados”⁵⁴, organizada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados que sesiono en Jujuy entre el 6 y el 8 de Abril de 2000. En ella, la Comisión 3 “Familia y Sucesiones” trato, entre otras, la temática de la adopción y arribo a las siguientes conclusiones:

- En el procedimiento previo para la entrega del niño en guarda con fines de adopción en cumplimiento de las normas de jerarquía constitucional, el juez tiene el deber de procurar la permanencia del niño junto a su familia de origen. A tal fin, con el apoyo de un equipo interdisciplinario especializado, deberá determinar si existen otras alternativas en el caso concreto que asegure la crianza del niño y no implique su separación definitiva del grupo familiar (Art. 7, 8 y 9 Convención sobre Derechos del Niño). De acuerdo con la solución que se proyecte el juez podrá ordenar la inclusión de la madre o el padre en programas de asistencia o cuidado del niño en razón de la responsabilidad que cabe al Estado por el compromiso internacional contraído (Art. 18 punto 2 Convención sobre Derechos del Niño)”.

- La ley debe establecer en forma expresa que la falta de recursos económicos no es causal suficiente para apartar al niño de su familia de origen.”

Fanzolato⁵⁵ señala que es un principio común a todos los Estados del MERCOSUR el de la prioridad de la familia biológica sobre la familia adoptiva. Es preciso acudir subsidiariamente a la adopción.

⁵⁴ Asociación de Abogados de Buenos Aires. Biblioteca electrónica. Derecho Civil. Federación Argentina de Colegio de Abogados. Comisión 3: Familia y Sucesiones. Tema B)Adopción, año 2000

⁵⁵ IV Jornadas Internacionales de Derecho Privado Comparado del MERCOSUR. La adopción en el MERCOSUR; Córdoba, Argentina, 16 y 17 de Octubre de 2003.

Primero, se debe cooperar con la familia biológica, de lo contrario todas las familias carentes de recursos económicos, por el mero hecho de serlo, se verían expuestas a perder sus hijos. La adopción no puede ser un medio para castigar mas todavía a gente que padece este tipo de penurias económicas. Así, la adopción simple, puede verse como una forma de respetar la prioridad del núcleo biológico, como un “premio” a esa familia: que la adopción sea simple y no plena.

2.3.1.5 Derecho a solicitar el cese de la guarda preadoptiva.

La Ley 9053 prevé las causales de cese y revocación de la guarda conferida con fines de adopción, como así también la posibilidad de que sean los padres biológicos los que lo soliciten (entendiendo, claro esta, que son considerados “parte” en esta etapa del proceso)

El Art. 41 Prevé:

“Cese y revocación. *La guarda, en todos los casos, cesara por la concurrencia de alguna de las siguientes causales:*

a) *Mayoría de edad o emancipación del niño o adolescente por matrimonio;*

b) *Fallecimiento o renuncia del guardador;*

c) *Adopción del niño o adolescente.*

El Juez podrá revocar de oficio, o a petición de parte, la guarda otorgada cuando hubiere incumplimiento de los deberes por parte del guardador, o cuando hubieren desaparecido las causas que hicieron procedente su otorgamiento.”

2.3.1.6 Derecho a que no se otorgue la Adopción Plena antes del dictado de sentencia que declare la pérdida de la Patria Potestad.

Dados los particulares efectos de la adopción plena, es necesario que previamente se haya privado a los progenitores de la patria potestad si en juicio se pretende otorgar la adopción plena de su hijo.

Así, **Corfiati**⁵⁶ expresa que: “En el caso de la adopción plena, al extinguirse irrevocablemente todo vínculo con la familia de origen, deberá exigirse que la condición del menor abandonado sea acreditada por medio de una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada que declare la pérdida de la patria potestad, produciéndose con la adopción una transferencia de la misma al adoptante.”

Contrariamente, si la adopción es simple “...debe tenerse presente que ella como tal, no constituye una pérdida de la patria potestad en el concepto sancionatorio que conlleva el artículo 307 del Código Civil, sino que la misma se “acaba”, como dice el artículo 306, en razón de situaciones que son incompatibles con ella. Ese “acabarse” se producirá ipso jure, no siendo necesaria en consecuencia una declaración previa de pérdida de la patria potestad, sino que podrá decretarse en el mismo juicio de adopción (...). Se producirá entonces una “transferencia” que podrá ser temporal ante el evento de una revocación de la adopción.”⁵⁷

⁵⁶ Corfiati, R. O, Op Cit. Pág. 115

⁵⁷ Corfiati, R. O. Op Cit. Pág. 115

2.3.2 CONSOLIDADA LA ADOPCION MEDIANTE EL DICTADO DE SENTENCIA.

A continuación se analizara la situación jurídica de los progenitores, una vez consolidada la adopción mediante el dictado de sentencia. Producida esta, los derechos de aquellos se ven reducidos considerablemente.

En el caso de la adopción simple, tal como lo indica el Art. 331 del CC, opera la subsistencia de los derechos derivados del vínculo biológico, con las importantes excepciones señaladas supra.

Coll y Estivill⁵⁸ expresan que “...en cuanto a los efectos que emergen de la filiación de sangre, no hay por que extinguirlos, salvo en lo que sean incompatibles con la nueva relación jurídica creada.” Tras enumerar los efectos de la filiación, los autores señalan que la mayoría de los mismos “...puede coexistir con respecto a los parientes de sangre y los de adopción. Pero en algunos casos, si el derecho existe en su integridad para el uno, no puede existir en su integridad para el otro. Entonces, se debe legislar sobre efectos determinados, extinguiendo los que emergen de un vínculo o del otro, o atenuándolo en beneficio del uno o del otro. Se trata del nombre, de la patria potestad y del derecho de suceder al adoptado. A parte de ello, se excluirán aquellos efectos que se

⁵⁸ Coll, Jorge Eduardo y Estivill, Luis Alberto, “La adopción e instituciones análogas”. Estudio sociológico-jurídico, Editorial. TEA. Buenos Aires. 1947. Pág. 232

considere que la adopción no debe producir (...) o que no debe dejar subsistentes...”⁵⁹

Con relación a la adopción plena, la regla es la extinción de todos los efectos jurídicos proveniente de los lazos sanguíneos con la excepción de los impedimentos matrimoniales (Art. 323 Código Civil).

Corfiati⁶⁰ considera que la ley, aunque no lo establezca expresamente en este caso se esta refiriendo a impedimentos de tipo dirimente, es decir, a aquellos que afectan a la validez o determinan la nulidad del matrimonio.

2.3.2.1 Derecho a peticionar la Nulidad Absoluta

La nulidad absoluta, que, como tal, es definitiva, inconfirmable puede ser invocada por todos los que, tengan interés en hacerlo, incluso el juez de oficio cuando la misma es manifiesta (Art. 1047 Código Civil). En este sentido, puede afirmarse que los padres biológicos también pueden demandarla.

Las causales de nulidad absoluta se encuentran contempladas en el artículo 337 del Código Civil inciso 1, siendo estas las siguientes:

- a) violacion de los preceptos referentes a la edad del adoptado;
- b) violacion de los preceptos referentes a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado;

⁵⁹ Coll, Jorge Eduardo y Estivill, Luis Alberto. Op. Cit. Pág. 233

⁶⁰ Corfiati, R. O, Op Cit. Pág. 93

- c) violacion de los preceptos referidos a ella y que hubiese tenido un hecho ilicito como antecedente necesario;
- d) adopcion simultanea por mas de una persona, salvo que los adoptantes sean conyuges;
- e) adopcion de descendientes;
- f) adopcion entre hermanos y medio hermanos.

La nueva Ley de Adopción incorpora otro supuesto de nulidad absoluta, el inciso 1 c) que menciona los casos en que tal adopción tiene como origen necesario un hecho ilícito.

Con relación al mismo, **Belluscio** expresa que esta hipótesis “...evoca episodios de nuestra Historia relativamente reciente que, a partir del retorno de la Democracia (y aun antes), tuvieron repercusión publica. Nos referimos al incierto destino de millones de niños cuyos padres desaparecieron después de ser detenidos por fuerzas armadas o de seguridad o que lisa y llanamente fueron secuestrados por comandos y que fueron adoptados mediante guardas obtenidas a través de los propios captores a personas o matrimonios de su conocimiento, en algunos casos pertenecientes a las propias fuerzas armadas o de seguridad. Por eso la norma incluye (...) el caso de abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiesen sido victima el menor o sus padres (...) La disposición abarca otros supuestos, tales como los contemplados por el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores suscripto en La Haya en 1980, aprobado en nuestro país por Ley 23.857 en general, comprenderá

cualquier delito del cual haya sido víctima el menor o sus padres, sin cuya existencia no hubiese procedido el otorgamiento de la guarda con fines de adopción.”⁶¹

Fanzolato también considera que los padres biológicos tienen derecho a demandar la nulidad absoluta. Así, expresa que: “Los legitimados para accionar por nulidad absoluta surgen de la norma general señalada en el Art. 1047 del Código Civil. (...)...podrá ser peticionada por las partes en el juicio, por el adoptado y por sus padres de sangre y demás parientes; por los parientes del adoptante; los terceros interesados y el Ministerio Fiscal.”⁶² Además menciona un efecto muy importante con relación a la declaración de nulidad de la adopción plena, ya que si esto ocurre “...se restituirá la patria potestad a los progenitores de sangre (Art. 306 inc 5, Código Civil) siempre que la hubieren conservado hasta el momento de la sentencia que constituyo la filiación adoptiva anulada; en su defecto, procedería la tutela legal de los parientes consanguíneos.”⁶³

Como puede apreciarse, el interés de los padres biológicos en demandar una nulidad absoluta reside en esta posibilidad: la de recobrar la patria potestad en relación con sus hijos.

Por otra parte, se ha sostenido que la acción de nulidad es imprescriptible e inconfirmable, en consecuencia, los progenitores tendrán en todo tiempo el derecho de ejercitarla.⁶⁴

⁶¹ Belluscio, Augusto Cesar. Op cit, Pág. 515

⁶² Fanzolato, Eduardo I. Op Cit, Pág. 159

⁶³ Fanzolato, Eduardo I Op Cit. Pág. 122

⁶⁴ CNCiv, Sala C, 16/04/1991, JA; 1992-I, Pág. 166: “Es imprescriptible la acción por nulidad de la adopción, si se pretende su invalidez frente a una adopción plena y se denuncia el incumplimiento de los Art. 11 y 16 de la Ley 19.134.”

A continuación, se transcribirá un modelo de demanda de nulidad absoluta⁶⁵ a fin de esclarecer como se lleva a cabo en la práctica tal pretensión:

INICIAN DEMANDA DE NULIDAD ABSOLUTA DE ADOPCION PLENA

Señor Juez:

RAUL PEREYRA y SUSANA BLANCO DE PEREYRA, por nuestros propios derechos, con domicilio real en, con el patrocinio letrado del DR,constituyendo conjuntamente domicilio procesal en, en los autos caratulados "MARTINEZ, Mariano Andrés s/ Adopción plena", a VS. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. OBJETO

Que venimos a demandar por nulidad de adopción plena conferida en estos actuados a los cónyuges RICARDO MARTINEZ y LAURA OTERO DE MARTINEZ, quienes se domicilian en....., en base a los hecho y el derecho invocados a continuación.

II. TUTOR ESPECIAL. LITISCONSORCIO NECESARIO

Conforme con lo dispuesto por el artículo 397, inciso 1 del Código Civil, requerimos se designe un tutor ad litem que represente en este juicio al menor

⁶⁵ Corfiati, Rubén O. Op Cit. Pág. 171~175

MARIANO ANDRES MARTINEZ, debido a la oposición de intereses que puede existir en la defensa de sus derechos.

Ello en razón de que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del Código formal, es preciso dirigir esta demanda en contra de los adoptantes antes mencionados y del menor adoptado, ya que la sentencia de nulidad que se pretende por los suscriptos, no podría pronunciarse útilmente sino respecto de todos ellos, con motivo del carácter correlativo e indivisible del estado de familia originado en la adopción.

Asimismo y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 59 del Código Civil, pedimos se de intervención al Señor Asesor de Menores e Incapaces, todo ello antes de correrse traslado de la demanda incoada.

III. HECHOS

En estas actuaciones consta que el menor adoptado fue entregado en adopción a los cónyuges adoptantes cuando contaba con escaso tiempo de vida por haber sido hallado en el inmueble sito en la calle.....n....., de esta ciudad, la cual fuera allanada por fuerzas de seguridad con el objeto de desmembrar y detener a los integrantes de una supuesta banda delictiva.

En dicha casa se domiciliaba nuestra hija MARTA SUSANA PREIRA BLANCO, compañía de su concubino JOSE IGNACIO ANDRADE, los cuales habían resultado ser padres de un menor pocas semanas antes y tenían planeado contraer matrimonio a la brevedad, después de un prolongado noviazgo y convivencia.

La mencionada casa había sido alquilada por ellos conforme consta en el respectivo contrato de locación.

No se dieron mayores datos del operativo pero las circunstancias posteriores demostraron que se trató de uno de tantos con pretensiones de antiterroristas, habiendo sido entregado el menor por las fuerzas de seguridad al organismo de la minoridad competente.

Nuestra hija y su novio nunca fueron hallados. Los testigos presenciales del allanamiento, vecinos de nuestra hija, nos manifestaron que las fuerzas de seguridad

detuvieron a nuestra hija y su pareja y a varias personas que se encontraban en su compañía. No se realizó ninguna investigación acerca de la identidad del menor y se entregó el mismo en guarda a los adoptantes, ordenándose su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, conforme al pedido de los mismos, con el apellido MARTINEZ, y los prenombrados Mariano Andrés, sin indicación de quienes eran sus padres en virtud de lo dispuesto por el artículo 6to de la Ley 18.248.

El menor hijo de nuestra hija había sido inscripto en el mencionado Registro con el apellido ANDRADE PEREYRA y los prenombrados RAUL IGNACIO, conforme se verifica con el certificado que agregamos.

Debido a la corta edad de nuestro nieto todo hace suponer que el mismo fue llevado junto con sus padres con quienes se encontraba en todo momento.

Nunca pudimos obtener datos ciertos acerca de lo acontecido con nuestra hija y su compañero, como tampoco con relación a nuestro nieto, pese al largo peregrinar durante todos estos años y conforme con repetidas situaciones similares que son del dominio público. Pasaron a engrosar el triste rubro de los desaparecidos.

Uno de los oficiales intervinientes en el hecho confeso su participación en el mencionado operativo y la entrega del menor a los órganos de la minoridad, los cuales, con sus actuales autoridades colaboraron hasta identificar el legajo correspondiente al menor en el cual consta su entrega como presuntamente abandonado y hallado en la vía pública en fecha coincidente con el operativo y la posterior entrega en guarda al matrimonio que resultó luego su adoptante.

Todo ello vino a ser la punta del ovillo que nos permitió llegar hasta este expediente y ubicar de tal modo al menor que hoy cuenta con once años de edad y con el que pudimos tener el emocionado contacto personal que V.S. podrá suponer, lo mismo que con sus padres de adopción, los cuales de una fuerte resistencia inicial, aceptaron la realidad y en forma conjunta explicamos al menor su situación, quedando en claro que los adoptantes no fueron partícipes ni autores del ilícito cometido en contra del niño ni de sus padres.

Considerando el vínculo biológico que une al menor con los suscriptos y los sentimientos que se fueron alimentando con la angustia de los años vividos en la

incertidumbre de su destino y su posterior hallazgo, es nuestro deseo que pertenezca legalmente a su familia sanguínea, sin perjuicio de mantener su relación en la familia adoptiva, para lo cual, una vez obtenida la nulidad de la adopción plena, estaremos de acuerdo en que se gestione por los actuales padres adoptivos la adopción simple, que permitirá la subsistencia para el menor, de ambos vínculos, con las particularidades que la ley impone a este tipo adoptivo.

IV. DERECHO

El menor fue víctima del delito previsto por el Código Penal, en su artículo 139, inciso 2do, supresión del estado civil.

La adopción plena no es revocable pero es pasible de ser declarada nula de nulidad absoluta, conforme con las disposiciones del Código Civil, Art. 337, inciso c), según texto de la Ley 24.779.

El artículo 1047 del Código Civil nos habilita para promover esta acción, siendo evidente nuestro interés como abuelos del menor a efectos de restituirlo a los vínculos con su familia de origen.

La adopción otorgada esta viciada de nulidad absoluta ya que tuvo como antecedente, necesario un hecho ilícito, incluido el abandono supuesto o aparente del menor, proveniente de un delito del cual fueran víctimas del niño y sus padres biológicos

V. PRUEBA

Ofrecemos la siguiente:

1.- DOCUMENTAL

Acompañamos la detallada seguidamente:

a) Certificado de nacimiento del menor RAUL IGNACIO ANDRADE PEREYRA.

b) Certificado de matrimonio de los suscriptos.

- c) Certificado de nacimiento de nuestra hija, desaparecida.
- d) Certificado de nacimiento de JOSE ADRADE, desaparecido.
- e) Contrato de locacion de inmueble sito

en....., que tiene como locatarios a nuestra hija y su pareja.

2.- INSTRUMENTAL:

Se pedirán por oficio:

1) **CAMARA DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL:** Para que remita "ad effectum videndi et probando", las actuaciones labradas en la Causa n....., caratulada "....." En la cual consta la declaración indagatoria del oficial, confeso de los hechos que se relatan en la presente demanda.

2) **CONSEJO NACIONAL DEL MENOR:** Para que remita con el mismo carácter el legajo n, en donde constan las circunstancias relacionadas con el menor adoptado.

3. -PERICIAL MEDICA:

Se designara Perito Medico con especialidad en Genética único y de oficio, para que a través de la realización de los estudios científicos pertinentes en el menor y en los suscriptos determine e informe a V.S. acerca de la existencia de herencia genética que permita establecer el índice de pertenencia a la familia.

4.-CONSULTOR TECNICO:

Con referencia a la prueba pericial precedente designamos como Consultor Técnico de parte, al DR Con domicilio en, a quien se le notificara en debida forma las circunstancias relacionadas con las extracciones de sangre, para que participe en el carácter atribuido conforme lo dispuesto por el Código de rito en su artículo 471.

5.-TESTIMONIAL:

Se citara a declarar a las siguientes personas, a tenor del interrogatorio que oportunamente se agregara:

- a).....con domicilio en.....

b).....con domicilio
en.....

c).....con domicilio
en.....

VI. PETITORIO

Por lo expuesto a V.S. petitionamos:

1. Nos tenga por presentado, por parte y por constituido el domicilio procesal.

2. Por iniciada demanda de nulidad absoluta de la adopción plena del menor MARIANO ANDRES MARTINEZ.

3. Se designe tutor ad litem y se de intervención al Señor Asesor de Menores e Incapaces.

4. Se agregue la prueba documental y se provea la restante.

5. Oportunamente dicte sentencia declarando la nulidad absoluta de la adopción conferida, mandando se inscriba en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, conforme artículo 338 del Código Civil.

Proveer de conformidad,

SERA JUSTICIA.

2.3.2.2 Derecho a peticionar la Nulidad relativa

Con respecto a la nulidad relativa, se considera que la misma puede ser solicitada por los padres biológicos solamente en caso de que no haya intervenido en el proceso el Ministerio de Menores, salvo en los supuestos de adopción de mayores de edad. En los demás casos, solo podrán peticionarla los adoptantes y adoptado.

Este derecho podría ejercitarse tanto antes de la sentencia de adopción (solicitándose la nulidad de determinados actos procesales) como así también una vez dictada la misma y no solo con respecto a la adopción simple, sino también en cuanto a la plena.

A diferencia de la acción de nulidad absoluta, que es inextinguible, la de nulidad relativa caduca por fallecimiento del habilitado para ejercerla o por desaparecer el motivo que la funda: en el caso de falta de edad mínima del adoptante, por llegar el mismo a la edad legal; y en el vicio del consentimiento, por renovar aquel cuyo consentimiento estaba viciado, o por fallecer sin haber ejercido la acción.⁶⁶

2.3.2.3 Derecho a recobrar la Patria Potestad en caso de Revocación de la Adopción Simple

Una de las diferencias entre la adopción plena y la simple es que esta es esencialmente revocable. En el artículo 305 inciso 5 del Código Civil se señala como efecto de la revocación de la adopción simple el de la reversión de la patria potestad en los padres de sangre si:

- Existiesen
- Si la hubieran conservado hasta la adopción
- Si la extinción de la adopción simple se produce

durante la menor edad del adoptado.

⁶⁶ Belluscio, Augusto Cesar. “*Manual de Derecho de familia*” Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires. 2002. Pág. 76.

Por lo tanto, dadas tales condiciones, se puede afirmar la existencia del derecho de los padres biológicos a que la patria potestad retorne a los mismos.

De manera semejante, **Maria J. Méndez Costa** y **Daniel H. D'Antonio** expresan que, en el caso de adopción simple, como el adoptado no se vincula con los parientes de la persona que lo adopta y conserva su filiación de origen, la patria potestad del padre biológico “....se **suspende**⁶⁷ para pasar al adoptante o se lo sanciona con alguna de las especies de modalidades a que se encuentra sujeta la patria potestad. También retorna la patria potestad si es revocada la adopción, característica esencial de este tipo adoptivo (...)...el emplazamiento del menor en su condición de adoptado no es definitivo y puede darse oportunidad a que retorne a su familia de origen o sea nuevamente adoptado.”⁶⁸

Cierta parte de la doctrina se manifiesta en contra de la irrevocabilidad de la adopción plena: “Estamos convencidos de que la irrevocabilidad de la adopción plena puede constituirse, en determinados casos, en un freno o en un obstáculo para efectivizar el fin que le da origen. La irrevocabilidad absoluta de la adopción plena evita abiertamente la posibilidad de remeritar un sinnúmero de consecuencias negativas que puede experimentar el adoptado en su nuevo emplazamiento familiar y, en definitiva, contraria en forma manifiesta el

⁶⁷ Lease aquí “se extingue” conforme a lo que reza el artículo 331 del Código Civil; creemos que los autores hablan de “suspension” para resaltar el carácter revocable de la adopción simple y la posibilidad de retornar la Patria Potestad a los Padres biológicos.

⁶⁸ Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel Hugo; “*Derecho de familia*”. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe; 1995, tomo III, Pág. 183~184

bien jurídico que se quiere proteger.”⁶⁹ Dicho bien jurídico, expresan los autores, es el interés superior del niño. Así, se plantean los siguientes interrogantes: “¿Por qué no dejar abierta la posibilidad de reemeritar los hechos y las circunstancias, atendiendo precisamente a que es “el interés superior del adoptado” el que ilumina el sistema? ¿Por qué no abrir la posibilidad de la revocación en una decisión que puede no haber sido totalmente acertada, atendiendo precisamente al bien jurídico que debe ser protegido?”⁷⁰

Belluscio afirma que sería admisible la acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta, que acepta la moderna doctrina procesal: “...lo que se excluye es la revocación a pedido de las partes, no la solicitada por terceros afectados por el fraude.”⁷¹ Bien podrían, entonces, los padres biológicos haber sido víctimas de tal fraude y, en consecuencia, estar legitimados activamente para el ejercicio de esta acción.

2.3.2.4 Derecho a recobrar la Patria Potestad una vez anulada la Adopción.

Una vez dictada la sentencia que determina la nulidad de la adopción –se trate de adopción simple o plena, ya que, si bien esta última no es susceptible de ser revocada, puede ser anulada si se dan los presupuestos establecidos en la ley- la patria potestad deberá retornar a

⁶⁹ Salomón, Marcelo; Heredia, Luis y Fuentes, Juan. “Revocación de la adopción plena: Un debate pendiente”; JA; 1998-III. Pág. 1070

⁷⁰ Salomón, Marcelo; Heredia, Luis y Fuentes, Juan. Op cit. Pág. 1072

⁷¹ Belluscio, Augusto Cesar, Op Cit. Tomo II, Pág. 338

los padres biológicos, salvo que estos se hayan desentendido del menor o lo hayan abandonado.

Al respecto, indica **Corfiati** que "...la revocación o nulidad, al provocar una alteración en el nuevo estado de familia, deben ser necesariamente objeto de la inscripción."⁷² Se refiere específicamente al artículo 338 del Código Civil que impone la obligación de inscribir en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas tanto la adopción, como la revocación y la nulidad.

2.3.2.5 Derecho a que una vez revocada o anulada la Adopción, el hijo lleve el apellido del padre biológico.

En el caso de la adopción simple, siendo esta revocable, operada tal circunstancia y, retornando la patria potestad a los padres de sangre, es consecuencia de esto el hecho de que, a su vez, el hijo cese en el uso del apellido del adoptante y que recupere el de su progenitor.

Con respecto a la adopción plena, esto sería viable solo si se anula la misma y si el juez considera que el menor deba volver a formar parte de su familia de origen: "Si se produce la revocación o nulidad de la adopción, se extingue el vínculo entre adoptante y adoptado, por lo cual resulta lógica la solución legal que dispone que el adoptado dejara de llevar el apellido del adoptante y recuperara el de su familia de origen."⁷³

⁷² Corfiati, Rubén O. Op Cit. Pág. 138

⁷³ Corfiati, Rubén O. Op Cit. Pág. 120

2.3.2.6 Derecho a retractarse acerca de la decisión tomada.

Los padres biológicos tienen derecho a retractarse de la decisión de dar a su hijo en adopción durante los seis (6) meses de duración de la guarda preadoptiva y además durante un “plus” de tiempo, que se extiende hasta el dictado de la sentencia de adopción. Este derecho tiene su razón de ser tanto en la adopción simple como en la plena.

En los supuestos de abandono, es decir, cuando la madre (o el padre) pone a su hijo a disposición de un Juzgado de menores, no se entrega al hijo en adopción directamente, sino que previamente se realiza una serie de estudios psicológicos a los padres de origen, se analiza si existe alguna posibilidad de que el niño pueda quedar a cargo de algún otro familiar, es decir, se agotan todas las instancias posibles para evitar que el menor salga del seno familiar, y como última alternativa, finalmente el Juez, que efectúa un nuevo análisis de toda esta situación, decide que se inicie el procedimiento de adopción. En la práctica, se han dado reiterados supuestos de “arrepentimiento” por parte de la madre biológica, especialmente. Pero también es cierto que son muy pocos los casos de reintegro del menor a la familia de origen, ya que la decisión de iniciar el procedimiento de adopción, no se toma “a ciegas”, sino que previamente, como ya se indicó, se efectúa toda una serie de estudios y valoración de las alternativas posibles hasta llegar a dicha resolución.

Por lo tanto, para los supuestos excepcionales de reintegro, cabría realizar nuevamente una evaluación integral, para comprobar si

efectivamente se han revertido las causales para entregar al niño en adopción.

Rolando⁷⁴ expresa que es conveniente efectuar previamente un juicio de preadopción para evaluar la conducta de los padres biológicos. Indica que hasta que no este otorgada la adopción, existe la posibilidad de arrepentimiento y que en esto tiene bastante que ver el criterio del juzgador. Se entiende que el Juez deberá analizar cada caso concreto a fin de decidir si devuelve o no ala familia de origen o si considera que el menor debe continuar con sus adoptantes. El autor entiende que en la práctica hay jueces pro-adoptantes y jueces pro-familias biológicas, pero que en realidad el dilema debe ser otro: ¿Cuál es el interés del menor? Esto es lo que el juez debe tener en cuenta ala hora de decidir.

2.3.2.7 Derechos sucesorios

Los padres biológicos ¿Tienen derecho a heredar a sus hijos dados en adopción?

En los casos de adopción simple, los padres biológicos conservan, en parte, su vocación hereditaria. El fundamento radica en que el vínculo de parentesco no queda extinguido por este modo de adopción.

Méndez Costa y D'Antonio hablan acerca de dos masas diferenciadas de bienes, a los fines de determinar tal vocación: "...se

⁷⁴ IV Jornadas Internacionales de Derecho Privado Comparado del MERCOSUR. La adopción en el MERCOSUR; Córdoba, Argentina, 16 y 17 de Octubre de 2003.

deberán formar dos masas de bienes: una integrada por los bienes recibidos a título gratuito de la familia de sangre del adoptado, y la otra, por los bienes recibidos a título gratuito de la familia adoptiva y por todos los demás bienes adquiridos por cualquier otro título, que no sea donación o herencia de parientes consanguíneos. Los bienes de la primera masa son heredados por los parientes de sangre, sin que medie vocación subsidiaria del adoptante. Los demás bienes comprendidos en la segunda masa son heredados por el adoptante, que excluye a los parientes de sangre.”⁷⁵

Reafirmando la idea de subsistencia de dichos vínculos, **Borda** establece que: “En cuanto a la familia de sangre, los derechos y deberes que resulten de los vínculos de parentesco no quedan extinguidos por la adopción simple (...) Vale decir, que subsiste respecto de los parientes de sangre la vocación hereditaria recíproca (...), la obligación de alimentos, etc.”⁷⁶

De igual manera, **Fanzolato** sostiene que: “Los bienes que el adoptado recibió gratuitamente de la familia de origen vuelven a esa familia (...)...respecto de aquellos bienes que el adoptado difunto adquirió por donación, herencia o legado de su familia de origen, solo podrán heredar *ab intestato*, los descendientes; los ascendientes biológicos, el cónyuge; la nueva viuda; y los colaterales biológicos del adoptado.”⁷⁷ Explícitamente agrega que, en los supuestos antes señalados, los progenitores “excluyen a los demás ascendientes.”⁷⁸

⁷⁵ Méndez Costa, María Josefa y D’Antonio, Daniel Hugo, Op Cit. Pág. 200.

⁷⁶ Borda, Guillermo A, Op Cit. Pág. 396

⁷⁷ Fanzolato, Eduardo I. Op Cit. Pág. 149

⁷⁸ Fanzolato, Eduardo I Op Cit. Pág. 149

Borda, tras afirmar que dichos bienes son heredados por la familia de sangre y, si no la hubiera, pasan a poder del Fisco, advierte que: “Va de suyo que nos ubicamos en la hipótesis de que el hijo adoptivo, no tuviere a su vez otro hijo, pues en tal caso este excluye a los ascendientes de sangre y adoptivos.”⁷⁹

En el caso de los bienes que el adoptado adquirió con su trabajo, profesión o industria o por título gratuito no comprendidos en las masas de exclusiones de la vocación hereditaria antes consignadas, el Art. 333 del Código Civil establece que los adoptantes excluyen a los padres biológicos. Con respecto a dicha disposición, **Fanzolato** afirma que la misma no implica excluir a los progenitores de la herencia, sino que la norma “consagra un especial orden jerárquico sucesorio entre los padres adoptivos y biológicos del adoptado. Llama prioritariamente a los padres adoptivos; pero fallando por cualquier razón el llamado, subsidiariamente, se actualiza la vocación de los padres por naturaleza.”⁸⁰

Siguiendo a **Jorge O Maffia**⁸¹, es preciso aclarar que tal exclusión hereditaria esta referida únicamente al llamamiento legal, y no impide la posibilidad la posibilidad del nacimiento de una vocación en merito a disposiciones testamentarias. Por lo tanto, si el adoptado testa instituyendo como heredero o legatario a su progenitor, este tendrá derechos con respecto a los bienes por el dejado, siempre y cuando no se vulnere la legítima correspondiente a los herederos forzosos.

⁷⁹ Borda, Guillermo A. “*Manual de Sucesiones*”.Editorial Perrot. Bs. As; 1997, Pág. 266

⁸⁰ Fanzolato, Eduardo I. Op Cit. Pág. 149

⁸¹ Maffia, Jorge O, “*Manual de Derecho Sucesorio*”.Tomo II, Editorial Depalma, Bs. As; 1993. Pág. 35 y 36.

2.3.2.8 Derecho al reconocimiento de los hijos

Este derecho solo puede mencionarse en relación a la adopción simple dado que el Art. 327 Código Civil establece la inadmisibilidad del reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos una vez acordada la adopción plena.

Conforme al Art. 336 del Código Civil, los padres biológicos pueden reconocer a sus hijos a pesar de que ya estén adoptados, pero esto no va a implicar la pérdida de la patria potestad de los adoptantes, ya que los efectos de la adopción simple subsisten por mas que el progenitor reconozca a su hijo: "...si la adopción simple no extingue los derechos y deberes que resultan del vinculo de sangre (...), ya que la adopción solo transfiere al adoptante la patria potestad y la administración y usufructo de los bienes del adoptado, ninguna duda cabe que este puede ser reconocido por sus progenitores consanguíneos..."⁸²

Siguiendo a **Corfiati**⁸³, se entiende que al no poner la ley limites temporales a la posibilidad de iniciar esta acción, la misma podrá ejercerse en todo tiempo.

Rolando⁸⁴ indica que, en realidad, se trataría de una acción autónoma sin consecuencias filiatorias: Habría un reconocimiento del hijo, pero sin emplazamiento en la familia biológica. De lo contrario, existirían

⁸² Zannoni, Eduardo A y Orquin, Leopoldo M. Op Cit. Pág. 193. En contra: Coll, J. E y Estivill, L. A; Op Cit Pág. 227: "...no debe admitirse que el reconocimiento se produzca por voluntad unilateral del progenitor. (...) De lo contrario, el hijo seguiría siendo, como hasta ahora, la víctima propiciatoria de los desarreglos de sus padres; y esos "principios" que tanto se invocan, habrían servido para impedirle ejercer su derecho, vedándole el reconocimiento forzado, y para perjudicarlo reconociéndolo en contra de su voluntad después de la exposición o del abandono."

⁸³ Corfiati, Rubén O, Op Cit. Pág. 131

⁸⁴ IV Jornadas Internacionales de Derecho Privado Comparado del MERCOSUR. La adopción en el MERCOSUR.Cordoba. Argentina; 16 y 17 de Octubre de 2003.

dos emplazamientos simultáneos, paralelos, lo que es inaceptable, dado el carácter de unidad del atributo “estado civil” de las personas físicas.

Con respecto a la adopción plena, **Corfiati**⁸⁵ entiende que “...también deberá admitirse el reconocimiento por parte del padre biológico de ese hijo adoptado (...), si previamente se ha obtenido la nulidad de la adopción...”.

2.3.2.9 Derecho a peticionar la investigación acerca de los vínculos biológicos a los fines de determinar la existencia de impedimentos matrimoniales.

El Artículo 327 del Código Civil es muy claro, cuando la adopción es plena, se encuentra terminantemente vedado los padres biológicos realizar reconocimiento de sus hijos dados en adopción.

Al respecto dice **Fanzolato**⁸⁶ :”En nuestro país, si bien según el artículo 327 del Código Civil, después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres de sangre ni el ejercicio por el adoptado de acciones de filiación respecto de aquellos, esa investigación se permite, por excepción, cuando tuviere por objeto la prueba de los impedimentos matrimoniales que persisten, según el artículo 323, y que están fijados en el artículo 166 del Código Civil”.

Por lo tanto, si bien no cabe la posibilidad de ejercer una acción de filiación una vez concedida la adopción plena, los padres biológicos tienen derecho a promover dicha investigación (acerca de los vínculos de

⁸⁵ Corfiati, Rubén. O, Op Cit. Pág. 105

⁸⁶ Fanzolato, Eduardo I. Op. Cit. Pag. 121

sangre) **sólo** esta tenga por objeto verificar la existencia de impedimentos matrimoniales.

2.3.2.10 Derecho a hacer valer el régimen de visitas dispuesta por el Juez

Este derecho solo existe en la adopción simple y consiste en la facultad de petitionar al juzgador que determine un régimen de visitas.

De manera fundada, el juez podría no concederlo, aunque las razones deberían ser graves y atender al interés superior del niño. Pero una vez concedido, los padres biológicos tienen derecho a hacer valer dicho régimen, que ya es un derecho adquirido para ellos,⁸⁷

Coll y Estivill⁸⁸ expresan que este derecho "...no podría ser rehusado o limitado estrictamente, sino cuando las circunstancias de la adopción, como la conducta habitual de los padres naturales, revelaren, ya una ausencia de afección, ya una insuficiencia de moralidad, que permitieran temer que los acercamientos frecuentes tendrían para los hijos consecuencias perjudiciales."

⁸⁷ Conf.: Fanzolato, E I. Op Cit. Pág. 138: "...no conservan facultades para decidir u opinar acerca de la educación del hijo; ni deben ser consultado acerca de los actos que requieren autorización conjunta de ambos padres (Art. 264 quater CC); sin embargo, en los términos del Art. 376 bis CC; pueden solicitar se les acuerde un derecho de visita con el propósito de mantener la comunicación y las relaciones afectivas familiares propias del vínculo parental que subsiste. Esto significa que los padres adoptivos deberán permitir que el menor sea visitado por aquellos miembros de la familia de origen del adoptado simple (...). La práctica de las comunicaciones y visitas de los miembros de la familia biológica con el adoptado es una manera de hacer efectivo el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones familiares (Art. 8, Convención de los Derechos del niño). Si los adoptantes se opusieran alegando posibles perjuicios a la salud moral o física del adoptado, el juez resolverá lo mas conveniente para el menor, según las circunstancias, pudiendo fijar un régimen de visitas mas o menos espaciadas (Art. 376 bis CC)."

⁸⁸ Coll, J E y Estivill, L. A. Op Cit. Pág. 217

Debe considerarse que los progenitores poseen un interés legítimo que puede ser invocado y es protegible en la medida en que coincidiese con el interés superior de las personas a visitar⁸⁹ (en este caso, el interés superior del niño).

2.3.2.11 Derecho a recibir alimentos en virtud del vínculo de parentesco

En el supuesto de la adopción simple, se considera que subsiste el derecho de los padres biológicos a recibir alimentos pero solo como consecuencia del vínculo de parentesco existente con el menor que: "...los padres adoptivos deberán permitir que el menor sea visitado por aquellos miembros de la familia de origen del adoptado simple con los cuales subsiste la obligación alimentaria recíproca derivada del parentesco consanguíneo (...)"⁹⁰

Coll y Estivill⁹¹, de manera concordante, expresan que: "Es un principio de nuestro derecho que la obligación alimentaria emerge del parentesco y del estado de necesidad del alimentario, sin que para nada se tenga en cuenta su conducta. (...)Por aplicación de este principio, la obligación alimentaria debe subsistir entre el adoptado y su familia de sangre. Se podrá estar o no de acuerdo con el, pero la ley de adopción, en cuanto especial, no puede entrar a modificarlo...".

⁸⁹ Belluscio, Augusto Cesar. Op cit. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires; 2002. Pág. 484

⁹⁰ Fanzolato, Eduardo I. Op Cit. Pág. 138

⁹¹ Coll, J. E y Estivill, L. A. Op Cit. Pág. 224~225

2.3.2.12 Derecho a apelar el auto que concede la guarda preadoptiva o la sentencia que concede la adopción.

No existe razón alguna para negar a los padres biológicos el derecho a interponer los recursos que la ley de forma les concede en relación tanto con la sentencia que otorga la guarda preadoptiva como la que concede la adopción. En este último caso, siempre y cuando consideremos a los progenitores como “parte” en el juicio de adopción (postura de **Belluscio** y **D’Antonio**, entre otros).

Al respecto, la **Ley 9053**, en su artículo 39 establece que: *“Receptados la prueba y los estudios y peritaciones, previa vista al Asesor de Menores, el Juez resolverá por auto fundado en el término de diez (10) días.*

La resolución será apelable, sin efecto suspensivo, por el solicitante, los representantes legales y el Asesor de Menores. (...)”

2.3.2.13 Derechos del padre que ignoraba el nacimiento de su hijo.

Al progenitor que no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de defensa en juicio por ignorar el nacimiento de su hijo, deben reconocérsele facultades con relación al mismo. Por otra parte, otorgada la adopción, es lógico que deban resguardarse los derechos de los

adoptantes, de lo contrario no existiría la seguridad jurídica de una sentencia firme para ellos.

Una vía podría ser demandar la nulidad de la adopción⁹², siempre y cuando se diese alguna causal de las establecidas por el Código Civil (por ejemplo, si la misma proviene de un ilícito, del cual no solo es víctima el menor, sino también su padre biológico⁹³). También podría solicitarse la revocación si la adopción es simple. Si el juez no considera conveniente revocar o anular, cuanto menos debería permitir al padre inocente el ejercicio de un régimen de visitas.

El Código Civil nada dice acerca de la situación de este progenitor, por lo que se propone una reforma del articulado, contemplando esta hipótesis que de hecho puede darse en la practica: "...no existe (...) ningún 'derecho adquirido' a favor de este matrimonio guardador que empañe el legitimo derecho natural de los padres biológicos. La demora ya producida en la restitución puede causar en el menor algún desarreglo psicológico, pero de ello no existe culpa alguna en el padre del menor que lucho desde que tuvo conocimiento del nacimiento de su hijo."⁹⁴

⁹²Fanzolato, E. I. Op Cit. Pág. 138

⁹³ Conf.: Lloveras, Nora. ICEM .Considera que la razón para demandar la nulidad absoluta como consecuencia del desamparo forzado del menor (frente al cual no solo es víctima el mismo, sino también sus padres biológicos) es que pueda obtenerse la verdad acerca de la historia de la persona.

⁹⁴ CJ San Juan, Sala I, 1/04/1998, LL; Voto mayoritario de la Sentencia de 2da Instancia, Pág. 17. En el fallo citado finalmente, el máximo Tribunal de San Juan resolvió de manera contraria a la operada 2da instancia, dándosele preeminencia al interés superior del niño, sin debatir acerca de los derechos de los padres biológicos y guardadores. Así, Víctor Bazan expreso que: "En modo alguno ponemos en duda el sincero amor que odas las personas directamente involucradas (padres naturales y matrimonio guardador) seguramente sienten por el niño; sin perjuicio del niño, creemos absolutamente ningún argumento justificaría consentir o tolerar cualquier tenor de daño a un niño, por mínimo que pueda parecer *ab initio* dicho perjuicio. Es que por legitima que sea la aspiración de los padres biológicos encaminada a que su hijo no sea separado de ellos, por injusto que parezca el criterio judicial que considere configurado el "abandono" del menor recién nacido por su madre, por inocuo que pueda ser para el padre natural el hecho de tener que soportar las consecuencias jurídicas de una situación de desentendimiento del menor de la que no participo (...), debe inevitablemente priorizarse el *interés superior del niño*, que en este caso se concilia de modo mas adecuado con el mantenimiento con el *status*

III. **NORMATIVA INTERNACIONAL: “La Convención de La Haya sobre la protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional”.**

A continuación, se analizará un documento titulado “**Derechos del niño y Adopción nacional e internacional**” con origen en el Servicio Social Internacional (SSI) y que rige a nivel internacional.

En este documento se reflejan los principios consagrados en la Convención sobre derechos del niño (exhaustivamente analizado a lo largo de este trabajo) y la Convención de la Haya sobre la Protección de niño y la Cooperación en materia de Adopción internacional del año 93.

Para ello, se tomara en consideración, solo aquellos apartados que se vinculen a la temática del presente trabajo: “**La situación jurídica de los padres biológicos**”.

• Convención de La Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional

* “**Prioridad a la Prevención del abandono**”

El apartado III establece que: “*Se procurara con prioridad permitir al niño ser criado dentro de su propia familia: mantenerlo en su familia (prevención) o reinsertarlo en su familia de origen o ampliada (niños en peligro de abandono). Los gobiernos y la sociedad civil deben hacer todo lo posible para que las familias tengan la posibilidad y sean motivadas a*

quo, pues –paralelamente- el matrimonio guardador ha demostrado poseer las cualidades necesarias – y no nos referimos solamente al bienestar económico- para brindar al menor adecuadas condiciones para garantizar su normal desarrollo psicofísico.” (Pág. 18)

criar a su hijo. Esto significa la formulación de políticas y programas que tengan en cuenta el desarrollo humano y la equidad que se traduzcan entre otros por: acompañamiento psicosocial y/o soporte económico para las madres o las familias en situación difícil, acercamiento hacia la familia ampliada y en particular los abuelos para que ayuden a evitar el abandono...”

Este apartado alude a lo que se conoce como **Prioridad de la familia biológica con la correlativa subsidiariedad de la adopción**, principio que rige tanto a nivel nacional como en numerosos sistemas de Derecho comparado.

Este principio importa que la adopción no podrá ser utilizada como mecanismo de arbitraria atribución de la patria potestad a los adoptantes, sino que previamente, existe la necesidad de que se agoten todas las vías posibles para que el niño continúe en el seno de su familia de origen. El Estado debe promover para ello, políticas destinadas a evitar la desvinculación del niño de su entorno biológico.

***"Búsqueda de alternativas para el niño"**

El apartado IV reza: *“Cuando la familia de origen no reúne las condiciones para garantizar el desarrollo psicosocial y la integridad física y afectiva del niño, organismos capacitados en la materia de protección del niño buscaran soluciones adecuadas. La pobreza, por si misma, no podrá ser el criterio para decidir un rompimiento de los vínculos con la familia de origen. Pero se debe velar para que no sea tampoco un criterio*

para negarle a un niño la alternativa de una familia sustituta que respete sus derechos y su integridad”.

Aquí, se destaca la importancia de que el rompimiento de los vínculos biológicos solo debe sostenerse por razones lo suficientemente serias y poderosas que permitan sostener que realmente el niño necesita ser incorporado a otro núcleo familiar y desvinculado de su entorno biológico.

***"Preparación para la Adopción"**

Aquí se contempla el derecho de los progenitores a ser preparados para semejante decisión y tiene su fundamento en que los mismos (padres biológicos) son parte interesada en la adopción. Por ello tienen derecho a conocer, comprender, a ser informados acerca de las consecuencias del instituto de Adopción.

Así el apartado X establece que: *“El niño, la familia adoptiva y la familia biológica deben ser preparados para la adopción. Una adopción responderá al interés de todas las personas concernidas si una preparación adecuada permite a cada uno comprender cuáles serán las implicaciones a corto y largo plazo de una adopción en su vida”.*

***"Apoyo post-adopción"**

Los padres biológicos tienen derecho a un apoyo posterior al hecho de la adopción para que los mismos puedan evacuar dudas e indagar acerca de las implicancias para el futuro, como así también para asumir la decisión tomada.

El apartado XI hace alusión a este apoyo al establecer que: *“El recurso a servicios cualificados de apoyo después de la adopción deber ser posible para el adoptado, para los padres adoptivos y los hermanos y hermanas, así como para los padres amortiguar o resolver los problemas que puedan surgir”*.

***"Derecho a la confidencialidad"**

Este derecho se encuentra consagrado expresamente en el apartado XII, el cual determina que: *“El niño, los padres biológicos y la familia adoptiva tienen derecho a la confidencialidad y al respeto de su vida privada. El acceso a su expediente se reglamentara estrictamente”*.

Se trata del derecho de los padres biológicos a la privacidad de dichas cuestiones y al respeto de su esfera de intimidad.

***"Adoptabilidad del Niño"**

Conforme al documento analizado, aquí se tendrá en cuenta, no solo al niño sino también a su familia biológica: madre, padre, familia extendida y a veces su comunidad. Existe un reconocimiento explícito de la importancia del rol que cumplen los padres biológicos con respecto a la institución de la adopción.

***"Encuesta sobre el niño y su familia de origen"**

Una vez terminada la adoptabilidad del niño, se estatuye la relevancia de lo que el documento denomina: *“Encuesta sobre el niño y su familia de origen”*, el mismo consiste en verificar que los padres hayan

dado su consentimiento libremente, sin presión, sin contrapartida material o de otra índole. Para ello, los servicios sociales deberán orientar y apoyar a los padres del niño a que consideren otras alternativas para el mismo y no solo su adopción, informándoles acerca de las consecuencias que tiene una adopción, y asegurarse de que hayan comprendido debidamente lo que implica para el niño, para ellos y para el futuro de su vínculo legal y su relación social y personal con el.

Respecto al consentimiento de los padres se estatuye que el mismo no se debe dar antes del nacimiento o en las primeras semanas de vida del niño. Debiendo darse la oportunidad a los progenitores de tejer vínculos con el niño y de disponer de un periodo de reflexión.

IV. CONCLUSIONES

Se ha demostrado en el desarrollo de este trabajo que la institución de la adopción puede ser analizada desde el punto de vista de los padres biológicos, figura que, en las obras existentes sobre la materia, es observada solo de manera tangencial. No puede ponerse en tela de juicio, que los derechos-deberes inherentes a la patria potestad, sin duda alguna, corresponden a los padres adoptivos, no siendo posible concebir un ejercicio conjunto de la misma por parte de estos y de los progenitores de forma simultánea. No debe dejarse de lado el principio de que la

institución de la adopción siempre debe tener en miras, en primer lugar, el interés del niño, y recién a partir de allí, considerar los derechos de sus padres, lo que aquí ha sido materia de investigación.

Este trabajo ha revelado que existe en la legislación nacional en materia de Adopción, lagunas legales que traen aparejadas numerosas cuestiones conflictivas que exigen ser resueltas. Por ello desde aquí, se propone una regulación normativa exhaustiva la que podría lograrse vía reglamentación de la actual Ley de Adopción 24.779. Se propone también como reforma al texto vigente: la necesidad de determinar con exactitud el alcance y validez del consentimiento (asentimiento) de los padres biológicos y respecto a dicho consentimiento, que el asesoramiento previo de los progenitores sea obligatorio y no meramente facultativo, de igual manera las medidas complementarias previstas en la Ley provincial 9053 verdaderas garantías de los padres biológicos y no meras atribuciones del Juez; se considera necesario de igual manera, la inclusión de la situación del padre biológico que ignoraba el nacimiento de su hijo, tratándose de un vacío legal que necesariamente debe ser llenado. Además, siendo la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio una garantía de raigambre constitucional, se requiere el reconocimiento en el articulado del Código de Fondo del derecho al patrocinio letrado y a la gratuidad de la actuación ante los tribunales, situación que se contempla en la Ley Provincial 9053, pero que es injustificadamente obviada en la legislación nacional.

Asimismo, se deja planteada la necesidad de compatibilizar el texto de la Ley de Adopción con la Convención sobre Derechos del Niño,

en lo que respecta a la pretendida potestad del juez de tomar contacto o no con la familia de origen del menor, mientras que el mencionado instrumento internacional, la impone como una obligación en todo proceso adoptivo. No debe obviarse jamás la supremacía que tal tipo de convenciones internacionales detenta con relación a las leyes internas, y esto necesariamente debe reflejarse en estas últimas.

En el año 2005, es sancionada la Ley 26.061 “de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, esta deroga la ley 10.093 de “Patronato del Estado” de 1919 que rigió en nuestro país durante ocho décadas. A pesar del gran entusiasmo que despertó al momento de sanción de esta ley, calificada por algunos como “anunciada y ansiada”, la misma trajo aparejada duras críticas del sector más importante de la doctrina nacional. Así, **Belluscio**⁹⁵ sostiene que esta ley importa una manifestación de *totalitarismo* sustraer de la esfera judicial funciones propias de esta y atribuírsela a reparticiones administrativas más o menos indeterminadas.

El Patronato es la función subsidiaria que ejerce el Estado, asumiendo la asistencia, educación, guarda y protección de los menores cuando estos carecen de representantes legales o cuando aun teniéndolos se encuentran en situación de abandono o peligro. La actual ley 26.061, parece haber abdicado del concepto de patronato del Estado, probablemente por juzgarla como un resabio arcaico de políticas paternalistas o autoritarias, sin advertir la vacuidad que revelan sus enunciados, mas allá de halagar el oído con definiciones tan ampulosas

⁹⁵ Belluscio, Augusto C. “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: La 26.061”. La Ley 24/02/2006

como innecesarias, mostrando un menosprecio hacia la función judicial, que es garantía del debido proceso legal en todo aquello que atañe a menores de edad.⁹⁶

El denominado Sistema de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (artículo 32 y subsiguientes) omite totalmente el control de legalidad y de mérito que, en cada caso, corresponde a los jueces cuando se trata de adoptar medidas que afectan la persona, la seguridad o los bienes de menores de edad.⁹⁷

Esta ley no importa un avance en materia de minoridad y muchos de sus artículos importan una mera transcripción de los conceptos previstos en la Convención sobre Derechos del niño, cuando en realidad, conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, los preceptos de dicha Convención tienen ya rango superior a las leyes. Hubiera sido preferible una ley con carácter más operativo, aplicable a la verdadera problemática social y no una mera reiteración de los preceptos.

La Ley 26.061, es otra muestra de cómo una gran oportunidad de renovación en el ámbito legal ha sido desperdiciado y utilizado en vano. Las leyes deben avanzar conforme a las necesidades sociales para las cuales son sancionadas y si no responden a estas, deberán ser reemplazadas por nuevas leyes más adecuadas.

Desde aquí, dejamos expresa la necesidad de una verdadera concordancia de la ley nacional con los preceptos vertidos en la Convención sobre los Derechos del Niños, a través de leyes operativas que respondan a lo que la sociedad realmente demanda.

⁹⁶ Zannoni, Eduardo A. "El Patronato del Estado y la reciente ley 26.061". *La Ley*, 2005-F. 923

⁹⁷ Zannoni, Eduardo A. "El Patronato del Estado y la reciente ley 26.061". *La Ley*, 2005-5. 923

IV. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Asociación de Abogados de Buenos Aires –Biblioteca Electrónica, *Derecho Civil, Federación Argentina de Colegios de Abogados; Comisión 3: Familia y Sucesiones. Tema B) Adopción, Jujuy; 2000*
- Basile, Carlos A; “*Algunas consideraciones sobre la opinión de los padres biológicos y niños en el proceso de Adopción*”, Federación Argentina de Colegio de Abogados. XIII Conferencia Nacional de Abogados; Comisión 3: Familia y Sucesiones, Tema B) Adopción.
- Bazan, Víctor. “*El interés superior del niño frente al contrapunto entre los derechos de los padres biológicos y los del matrimonio que ejerce la guarda preadoptiva del menor*” La Ley –Suplemento de Derecho Constitucional a cargo de German Bidart Campos; Buenos Aires; 5/11/1998 (nota al Fallo: CJ San Juan, Sala I, 1/4/1998)
- Belluscio, Augusto Cesar; “*Manual de Derecho de Familia*”; Editorial Depalma, Buenos Aires; 1998
- Belluscio, Augusto Cesar; “*Manual de Derecho de Familia*”; Editorial Depalma, Buenos Aires ; 2002
- Belluscio, Augusto Cesar; “*Una Ley en parte inútil y en parte peligrosa: La 26.061*”. La Ley 24/02/2006.

- Borda, Guillermo A; *“Manual de Derecho de Familia”*, Editorial Perrot, Buenos Aires; 1993
- Borda, Guillermo A; *“Manual de Sucesiones”*; Editorial Perrot, Buenos Aires; 1997
- Bossert, Gustavo A; Zannoni, Eduardo A; *“Manual de Derecho de Familia”*; Editorial Astrea, Buenos Aires; 2000
- Coll, Jorge Eduardo y Estivill, Luis Alberto; *“La adopción e instituciones análogas –Estudio sociológico-jurídico”*; Editorial TEA. Buenos Aires; 1947
- Corfiati, Rubén Osvaldo, *“Nuevo Régimen de la adopción. Ley 24.779”*. Editorial Némesis. Buenos Aires; 1997
- Fanzolato, Eduardo Ignacio, *“La filiación adoptiva”* ; Editorial Advocatus, Córdoba; 1998
- Ferrer, Francisco A. M y otros; *“Código Civil Comentado. Derecho de Familia”*. Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Levy, Lea M *“Régimen de Adopción. Ley 24779”*; Editorial Astrea, Buenos Aires; 1997
- Lloveras, Nora *“La adopción”*; Editorial Depalma, Buenos Aires; 1994
- Lloveras, Nora *“Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779”*. Editorial Depalma, Buenos Aires; 1998

- Maffia, Jorge O. *“Los derechos sucesorios en la nueva Ley de Adopción”*. J.A; Doctrina, 1972

- Maffia, Jorge O. *“Manual de Derecho Sucesorio”* Tomo II. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1993

- Mazzinghi, Jorge Adolfo; *“Oposición del padre a la adopción del hijo”*. E.D; 132-536

- Mazzinghi, Jorge Adolfo; *“Jurisprudencia derogatoria en materia de adopción”*; L.L; 1995-D

- Méndez Costa, María Josefa y D’Antonio , Daniel Hugo; *“Derecho de Familia”*; Rubinzal-Culzoni Editores; Santa Fe; 1995

- Ossorio, Manuel, *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1996

- Revista *El Derecho*:
 - CNCiv, Sala B, 20/02/1979; 1980-82
 - Sintesis jurisprudencial, 1982-114

- Revista *Jurisprudencia Argentina*
 - CNCiv, Sala A, 27/05/85; 1986-IV
 - CNCiv, Sala C, 16/04/1991; 1992-I

- Revista *La Ley*
 - CJ San Juan, Sala I, 1/04/1998; 1998-C

-CNCiv, Sala H, 19/10/1994; 1995-D

- Revista *La Ley Córdoba*.

-CCCom. Y Cont. Adm. Río Cuarto, 1/06/1993; 1994

- Salomón, Marcelo; Heredia, Luis y Fuentes, Juan;
“*Revocación de la adopción plena: Un debate pendiente.*” J.A; 1998-III

- Zannoni, Eduardo A; “*Citación de los padres del adoptado en el proceso de adopción*” J.A; 26,1975

- Zannoni, Eduardo A y Orquin, Leopoldo M; “*La adopción y su nuevo régimen legal*”. Editorial Astrea, Buenos Aires; 1978

- Zannoni, Eduardo A; “*El Patronato del Estado y la reciente ley 26.061*”. L. L 2005-F-923

