
UNIVERSIDAD
SIGLO 21
La Educación Evolucionaria



**“LA NECESARIA TRANSFORMACIÓN DEL
PROCESO DE ADOPCIÓN.- UN ANÁLISIS
COMPARATIVO ENTRE LA LEY 24.779 Y
SU PROYECTO DE REFORMA”**

LORENA BELEN CHÁVEZ

Trabajo Final de Graduación

Abogacía

2.014

RESUMEN

A través del presente trabajo de investigación se pretendió realizar un análisis del instituto de la adopción como una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en el interés superior del niño, que se encuentra en permanente dinamismo y cambio.

Asimismo, su actual tratamiento a través del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 2012, propone una serie de innovaciones superadoras sobre a la temática referenciada, basada en un estudio jurisprudencial y doctrinario, que nos llevó a realizar una estudio comparativo sobre la normativa vigente y su reforma, respetando las diferentes posturas que existen al respecto.

Además, se pretendió desarrollar las vicisitudes por las cuales transita el proceso de adopción, establecer cuáles son las etapas de dicho proceso de acuerdo a los tipos de adoptabilidad y los obstáculos que debe superar.

Para concluir, no podemos saber si esta reforma dará respuesta a todos los interrogantes y superará ampliamente la ley actual. Pero no debemos dejar de lado, que cualquier innovación que atienda a la realidad, no la ignore y la regule, es superadora porque hace más fácil la vida de las personas, y en este caso en particular, protege a los más vulnerables y también nutre a los jueces y a quienes deben intervenir en el proceso, de una serie de herramientas sumamente constructivas y enriquecedoras.

ABSTRACT

Through this research work was intended to perform an analysis of the institute for adoption as an institution of family and social protection, specially established in the interests of the child, which is in permanent dynamism and change.

Also, their current treatment through Project Unification of Civil and Commercial Code of 2012, proposes a series of innovations superadore on the referenced subject, based on a jurisprudential and doctrinal study, which led to perform a comparative analysis on the rules and reform, respecting the different positions that exist in this regard

In addition, we intended to develop the vicissitudes which passes through the adoption process, establish which are the stages of the process according to the types of ascertaining and the obstacles to be overcome.

To conclude, we can not know whether this reform will answer all questions and will far outweigh the current law. But we must not set aside, that any innovation that meets the reality, not the ignore and regulate, is that breaks down all barriers because it makes life easier for the people, and in this particular case, protecting the most vulnerable and also nourishes the judges and to those who should be involved in the process, a series of tools highly constructive and enriching.

“Es, precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, por lo que la fuerza de la legislación debe tender siempre a mantenerla”

(Jean Jacques Rousseau)

INDICE

Introducción	7
CAPITULO I – ASPECTOS GENERALES	10
1.- Concepto de adopción	11
2.- Principios.	13
3.- Fines	24
CAPÍTULO II – ANTECEDENTES	26
1.- Evolución Histórica	27
2.- Antecedentes legislativos en la República Argentina	30
2.1.- Ley 13.252	31
2.2.- Ley 19.134	32
3.- Marco Normativo	34
3.1.- Régimen de Adopción	34
3.2.- Guarda con Fines Adoptivos. Registro Único de Aspirantes	37
3.3.- Protección integral de niños, niñas y adolescentes	39
3.4.- Convención sobre derechos del niño	40
CAPÍTULO III - CARACTERIZACIÓN DE LOS TIPOS DE ADOPCIÓN	43
1.- Tipos	44
1.1.- Adopción Plena	44
1.2.- Adopción Simple	48
1.3.- Adopción por integración	51
CAPÍTULO IV – EL PROCESO DE ADOPCIÓN.	55
1.- Generalidades	56
2.- Tipos de guarda	58
2.1.- Guarda de hecho	59
2.2.- Guarda con fines de adopción	61
2.3.- Relación entre la guarda de hecho y la guarda con fines de adopción	63
2.4.- Aceptación de la guarda de hecho	64
3.- El juicio de adopción	66
CAPÍTULO V - PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (2.012)	68
1.- Análisis del Proyecto en relación a la temática	69

Conclusión	73
Bibliografía consultada	78

INTRODUCCIÓN

La adopción es una 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 próximos, un vínculo jurídico de parentesco idéntico o similar al que surge de la filiación consanguínea establecida. (Fanzolato, 1.998).

Este acto de adopción le da la posibilidad a un niño, niña o adolescente, que por alguna causa no puede permanecer con su familia de origen, de tener un lugar de hijo, un lugar en una familia, un lugar social y un lugar legal, porque lo legitima y le da un nombre.

El presente trabajo pretende determinar cuáles son las vicisitudes por las cuales transita el proceso de adopción, cuáles son las etapas por las que marcha dicho proceso de acuerdo a los tipos de adoptabilidad, los tiempos que conlleva y la reforma proyectada sobre el Código Civil.

Para la confección de este análisis, se distinguen diferentes momentos. En un primer momento, se estudiará la adopción como instituto del derecho de familia, su evolución jurídica y se realizará un estudio minucioso a la institución referenciada. Además, analizaremos los tipos de adopción, simple, plena y la nueva adopción que incorpora la reforma de 2012 que es la adopción por integración.

Luego, se desarrollará la manera en qué se aplica la legislación nacional al proceso de adoptabilidad, los tipos de guarda, como se burocratiza la adopción, receptándose al menos dos procesos para arribar a la misma.

Por último, expondremos en detalle cuáles son las reformas que se proponen a la normativa actual, cuáles son las necesidades de implementar las mismas, en qué se diferencian con nuestro Código Civil, y culminaremos con una mención de lo que se quiso exponer en el presente trabajo.

Asimismo, el motivo principal de nuestro trabajo es realizar un análisis profundo de la normativa que actualmente rige nuestro instituto de adopción, hacer mención de todos los cambios por los cuales ha atravesado a lo largo del tiempo, y la importancia de que siga mutando. Han pasado quince años desde la última reforma a la figura de la adopción, a simple vista podría parecer un tiempo corto, pero para las instituciones que integran el derecho de familia, el tiempo cobra otra dimensión, ya que se encuentra en permanente desarrollo, mutación y dinamismo, y es imprescindible que nuestra legislación se adapte a las necesidades por las que transita la sociedad.

La reforma que plantea la Unificación del Código Civil y Comercial de 2012, es un proyecto respetuoso de cada una de las piezas que conforman el rompecabezas que implica cada historia, cada caso particular dentro del instituto de adopción. Siguiendo las palabras de Marisa Herrera (2.012) “la adopción no es una política para pasar chicos de familias pobres a ricas, la adopción es una figura de ultima ratio para aquellos chicos que no pueden vivir con su familia”.

Durante el proceso de adopción la atención debe estar focalizada en el niño, niña o adolescente y no en la familia de origen o la nueva familia. Actualmente, todo proceso de adopción debe ser judicializado, ya que en el pasado la simple intervención del notario dio lugar a infinitas irregularidades, hoy subsanadas con la intervención de un magistrado en todo proceso adoptivo. La ley ha logrado muchos cambios importantes, pero aún hoy, lo que la ley ha querido, no lo ha logrado a ultranza.

Se ha abordado el trabajo en diferentes capítulos, en el primero y en forma introductoria se detallaron los aspectos generales que atañen a la temática tales como concepto de adopción, principios y fines. En el segundo capítulo se desarrollaron los

antecedentes evolutivos en conjunto con su marco normativo a nivel nacional, realizando un breve análisis legislativo de la temática hasta nuestros días, como así también la necesidad de concebir a este sistema como un conjunto de interacciones y corresponsabilidades con leyes fundamentales que enriquecen el instituto como son la ley de Protección Integral de niños, niñas y adolescentes y de Registro Único de Aspirantes. En el tercer y cuarto capítulo respectivamente se profundizó sobre la caracterización de los tipos de adopción y el proceso de adopción vigente, los tipos de guarda y el juicio de adopción. Todos los capítulos fueron abordados desde una comparación metodológica entre régimen actual que contempla el instituto de adopción y el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de 2012, en conjunto de un minucioso análisis de la doctrina y jurisprudencia. Así llegamos a la esencia de la cuestión en el capítulo quinto, en el cual se desarrolló de manera particular en problema de investigación del trabajo y donde se ven reflejados los objetivos del mismo, realizando un análisis comparativo entre Proyecto mencionado y el régimen que nos impera. Finalmente arribamos a la conclusión a la que se ha llegado con la investigación realizada.

A lo largo de los capítulos, se expuso la temática de manera tal que permite al lector interiorizarse sobre la misma en función de lograr una mejor comprensión sobre la necesidad de una nueva ley. Durante el desarrollo se llevará a cabo una reflexión en función de que se vislumbre la importancia que implica que nuestro ordenamiento jurídico se adecue a las necesidades sociales, siendo la temática abordada trascendental en estos días, donde podemos observar la urgente necesidad de transformación, cambio y tratamiento sobre el tema de investigación.

En los últimos años notamos un crecimiento exponencial en el tratamiento del instituto de adopción; siendo muchas las posturas que se debaten en estos días al

respecto, en función de ello, trataremos de demostrar que a pesar de las distintas posturas existentes, no debemos descuidar que el fin último de la regulación de la adopción es beneficiar a los menores que necesitan imperiosamente crear un vínculo jurídico en el seno de una familia.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

1. Concepto de Adopción.-

En materia de adopción, la acepción más compartida por la doctrina, concibe la adopción como una institución de protección del menor. Belluscio (2.004) señala que en términos generales, la adopción es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación. Sus alcances varían según los distintos ordenamientos jurídicos positivos, los que inclusive reconocen distintos tipos de adopción, así como instituciones que extienden o reducen sus efectos, tales como la adopción plena y la custodia.

La palabra “adopción” puede utilizarse en tres sentidos diferentes: en un primer sentido, adopción es el acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que surgen relaciones similares a las que se originan con la paternidad y filiación biológica; en un segundo sentido, es el estado de filiación adoptiva que para las partes deriva de este acto; finalmente, puede entenderse a la adopción como un proceso (Medina, 1.998).

La adopción es una institución de protección familiar y social, especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral¹. Justamente, debemos pensar con esta lógica, que lo primordial y el sentido de la adopción, es la búsqueda de una familia para un niño, niña y adolescente; y no viceversa.

Es importante destacar, que si bien la acepción de adopción está precisamente definida doctrinaria y jurisprudencialmente, nuestro Código Civil no da una definición precisa y en su cuerpo legal marca el concepto discriminatorio de "menor",

¹ S.C. s/ adopción, 2-08-2005. Cita: IJ-XXIX-540. (Voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti.

en lugar de utilizar los conceptos de “niño, niña y adolescente”. Por ello, requiere una necesaria actualización frente al marco establecido por la ley 26.061 de protección integral de niños, niñas y adolescentes, sancionada en septiembre de 2.005, y en consecuencia a la Convención sobre los derechos del Niño en la cual se apoyó la redacción de la norma.

Como primera y gran medida, el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, con el fin de acoger el planteamiento anterior, nos brinda una definición de adopción de menores de edad en su artículo 594: *“La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.*

La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código”.

¿Es de buena técnica legislativa introducir definiciones? En una materia en la cual se han tenido diferentes –y extremas- concepciones al respecto, una definición sobre la adopción permite ubicarla en su justo y preciso lugar: ser una figura tendiente a que todo niño que no puede vivir en su familia pueda hacerlo en otra de manera permanente y estable viendo satisfecho de este modo, un derecho humano, como lo es el derecho de todo niño a tener y vivir en una familia. El concepto que recepta la reforma de 2012 en el Art. 594 coloca el centro en el niño y adolescente, afirmándose que la adopción es una institución tendiente a proteger el derecho de niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure satisfacer sus

necesidades afectivas y materiales, siempre y cuando ellas no puedan ser proporcionadas por la familia de origen (Herrera, 2.012).

Medina (2.012) expresa que este primer artículo, da una definición incompleta del instituto de adopción porque sólo se refiere a la adopción de menores, siendo que el Código regula cuatro tipos de adopción: la de niños, la de integración, la de mayores y la adopción en el extranjero. La definición claramente no incluye a la adopción por integración ya que alude a niños que carezcan de una familia que pueda satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, y cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente no se da tal situación de desamparo. Tampoco incluye a la adopción de mayores de edad, porque se refiere a niños, niñas y adolescentes no mayores. Por último, tampoco comprende a la adopción conferida en el extranjero o adopción internacional, que se rige por las leyes del lugar de su otorgamiento.

2. Principios.-

Otra de las decisiones legislativas conscientes que recepta la reforma mencionada, es el de explicitar cuáles son los principios constitucionales centrales y que sostienen o auspician la regulación de este determinado instituto. Tanto es así, que Art. 595 expone los principios generales, por los cuales se rige la adopción.

Art. 595.- “Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:

a) el interés superior del niño:

b) el respeto por el derecho a la identidad;

c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;

d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;

e) el derecho a conocer los orígenes;

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años”.-

Si bien todos los principios se encuentran en mayor o menor medida en diferentes instrumentos sobre Derechos Humanos, nuestros legisladores optaron por reforzar esta situación y destacar, que ante cualquier silencio, vacío legislativo o laguna propia del derecho y más aún del derecho de familia que es tan cambiante y dinámico, debe siempre apelarse a estos principios generales que observan un valor especial tratándose de la adopción. Estos principios tienen un gran valor interpretativo y además, permiten comprender con mayor profundidad la razón de varios cambios normativos. Tanto el interés superior del niño como el derecho a la identidad son dos principios esenciales cuando una figura involucra la niñez y adolescencia por un lado y el vínculo filial por el otro; por lo cual la presencia en primer lugar de ambos constituye una obviedad necesaria (Herrera, 2.012).

Análisis de cada punto:

a) *El interés superior del niño*: como señala Grosman (1.998), el concepto de interés superior del niño se vincula con el ejercicio de un derecho. En cuanto a la calificación del interés como “superior”, sostiene que “*Fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para*

reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y ese lugar debe ser respetado”.

La ley 26.061 recepta este principio y hace referencia a que se entiende por interés superior del niño estableciendo en su artículo 3°:

“A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

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

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

En este sentido, Lloveras (1.999) expresa que este interés del menor es superior al de los padres biológicos, al de los padres adoptivos, al del tutor, etcétera.

Es decir que ante cualquier caso en el que estén implicados los derechos de los menores, debemos inmiscuirnos en lo que es mejor para él y decidir en consecuencia.

La Convención sobre los Derechos del Niño pone atención principal al interés superior del niño, y apunta a dos finalidades básicas, la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que frente a un presunto interés del adulto se prioriza el del niño. Es por ello, que ante cualquier conflicto de intereses de igual rango el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse. Tal principio, contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otros tratados internacionales, también está contemplado en nuestra legislación interna, cuando el art. 321, inc. i, del Código Civil dispone, entre las reglas que deben observarse en el

juicio de adopción, que el juez o tribunal deberá valorar, en todos los casos, el interés superior del menor².

Así, en cada caso en concreto deberá tenerse en cuenta dicho principio. Es que la consideración primordial del interés superior que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal le corresponde aplicar en la medida de su jurisdicción los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental).

Es que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualquier otra consideración tiene al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que ante el conflicto exigirá justificación puntual en cada caso particular. El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades, procura superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho "interés del niño" con sus derechos fundamentales. Es en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus

² CSJN; "S.C. s/ adopción". Cita: IJ-XXIX-540. 2-08-2005.

derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos³. En otra causa relacionada, la Corte, entre otras cosas, sostuvo que en casos de adopción donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignarle un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, factor que es de apreciación ineludible para los jueces (ley 13.252, art. 9º inc. c) y que al evaluar el interés del menor en las adopciones, no se atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que debe conducir a ponderar en su trascendente dimensión las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte, a lo que este fallo agrega que en la adopción debe ponerse el acento en la persona del menor, por constituir el centro sustancial de la situación jurídica⁴.

En otro caso relevante sobre la temática, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que: El concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico, sino que comprende además los vínculos creados por la adopción, los cuales deben ser alentados por el derecho como tutela del interés superior del niño⁵.

El disfrute mutuo de la convivencia entre padre e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia (Medina, 2.012).

³ C.S.J.N. “S.C. s/ adopción”, 2/08/2005. Cita: IJ-XXIX-540.

⁴ C.S.J.N. “Domínguez, Raúl y otra s/ adopción” 28/10/1975 - Fallo: 293:273.

⁵ C.S.J.N. 02/08/2005, LA LEY, 2006-B, 348, con nota de Catalina Elsa Arias de Ronchietto - LA LEY, 2005-D, 873 – DJ, 05/10/2005, 328, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.) – ED, 214, 145.

A la mencionada excepción hizo referencia un fallo de Cámara, donde los magistrados de segunda instancia toman en cuenta las siguientes circunstancias para hacer lugar a la petición de los guardadores del niño que se ha desarrollado en el grupo familiar de los solicitantes desde sus ocho meses de edad hasta el presente (dos años). En este caso, se privilegia al superior interés del niño por sobre el interés de la madre biológica. Los jueces decidieron conforme a este principio de rango constitucional en el que indagaron, mediante la prueba producida y consultas interdisciplinarias, que su interés superior estaba junto a los guardadores⁶.

De esta forma, queda demostrada la importancia que conlleva este principio de rango constitucional receptado en la reforma, ampliamente desarrollado en nuestra doctrina y jurisprudencia.

b) *El respeto por el derecho a la identidad*: Señala Rivera (2.004) que se ha definido el derecho a la identidad personal como la facultad de exigir la fiel representación de la persona, sin deformación de sus cualidades o caracteres y sin atribución de caracteres inexistentes o diversos de aquellos reales del sujeto.

Este derecho a la identidad personal resulta trascendente en el estudio de los derechos del niño, en tanto el reconocimiento jurídico de la identidad personal, comprende la protección de todas y cada una de las facetas del patrimonio biológico, psíquico y espiritual del hombre (Lloveras, 1.999).

El derecho a la identidad va más allá de la preservación de las relaciones familiares, es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano y es necesario para poder beneficiarse de otros derechos fundamentales, confluye para que cada ser humano sea uno mismo y no otro.

⁶ Cám. Familia de la nominación de Cba. “M: J. L. y J”.1999/12/09.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8 sostiene:
“...Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”. Como todos sabemos, un aspecto esencial que integra el derecho fundamental a la identidad es el derecho a conocer los orígenes que hace algunos años calificábamos como “biológicos” y que ahora debemos completar con “genéticos”.

Para hacer valer nuestra identidad, algunos elementos resultan innegables. Ellos son, el derecho al nombre, a la nacionalidad, y a las relaciones familiares. Lejos de ser entendido esto como una definición, estos aspectos resultan el mínimo necesario para reconocer una identidad personal.

En la jurisprudencia argentina, el derecho a la identidad se ha enderezado a considerarlo como atribución del sujeto a conocer sus orígenes.

c) *El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;* y d) *la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas:* Con respecto a la preservación de los vínculos fraternos, cabe

señalar, que si bien los hermanos integran la noción de familia de origen o de ampliada, que se preserva en este inciso en particular, el vínculo fraterno tiene su propia regulación y de este modo, se enfatiza de manera especial este lazo afectivo. En la reforma se obliga a priorizar la adopción de un grupo de hermanos en la misma familia, como así a que éstos mantengan vínculos jurídicos entre sí, siendo que la adopción en su modalidad plena extingue dicho nexo jurídico. Este principio puede observar sus excepciones por “razones debidamente fundadas”. Como aquellas, que se presentan en la práctica judicial, de grupos de hermanos que involucran a niños de muy diferentes edades, por ejemplo, dos pre adolescentes y niños de entre 1 y 3 años de edad. Este tipo de situaciones han demostrado en la práctica, la dificultad de conseguir familias que estén dispuestas a adoptar a todo el grupo familiar, por lo cual, no se puede atrasar o retrasar la adopción de alguno de ellos – y así violar su derecho a vivir en una familia – a la espera de un hecho que puede no acontecer y que perjudicaría, a todos estos niños, tanto a los más grandes como a los más pequeños. Pero la reforma no sólo prevé de manera excepcional la preservación del vínculo fraterno que implica la adopción de todo un grupo de hermanos en la misma familia adoptiva, sino también el mantenimiento de vínculos. Por ejemplo, en un caso en el que un hermano abusa sexualmente del otro y por diferentes motivos se decide la adopción de uno de ellos, podría llegar a ser una adopción plena que no requiera, en el interés del niño adoptado – abusado, mantener el vínculo con su hermano. Además, si siempre debería mantenerse el vínculo jurídico entre los hermanos, todo niño adoptado que después de varios años la madre tiene otro hijo debería establecerse una obligación de hacérsele saber de este nacimiento y a generar un vínculo jurídico. El principio general es la preservación del vínculo entre los hermanos de dos maneras: 1) siendo todos aquellos adoptados por la misma familia y 2) manteniendo el vínculo

jurídico entre ambos a pesar de la adopción. Sin embargo, cabe recordar que todo principio –como todo derecho- puede ser limitado de manera razonable, porque no hay derechos absolutos. Ello puede ser en supuestos excepcionales y siempre y cuando, por razones debidamente fundadas, como expresamos anteriormente (Herrera, 2.012).

e) *el derecho a conocer los orígenes*: Nuestro Código Civil en su Art. 321, inciso h, postula que el juez deberá dejar constancia en la sentencia de que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica.

La reforma de 2012 trae una idea superadora, postulando el derecho a conocer los orígenes en todo su esplendor en la reforma. No sólo se lo menciona como uno de los principios- derechos pilares sobre los cuales se edifica el régimen jurídico de la adopción, sino también observa una especial atención, al nuclear en un solo articulado, todas las cuestiones que involucra este derecho, en su Art. 596, postula “El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En todo caso debe contar con asistencia letrada”.-

Siguiendo a Herrera (2.012), procederemos a desmembrar el artículo precedente, y postular por separado sus diferentes aspectos relevantes del mismo:

1) el reconocimiento del ejercicio de este derecho por el propio adoptado cuando éste lo desee, presumiéndose que cuenta con la edad y grado de madurez para ello ante su mera inquietud, por lo cual, se flexibiliza y amplía su ejercicio al quitar la restricción rígida que impone hoy el Código Civil a los 18 años de edad, o sea, cuando la persona llega a la mayoría de edad;

2) se amplía el ámbito material o fuentes de información sobre los orígenes, no circunscribiéndose al proceso de adopción sino a todo ámbito –judicial o administrativo- en el que se pueda localizar información referida al origen;

3) esta información es de tal relevancia, que se establece la obligación de resguardar dicha fuente que permitirá al adoptado el día de mañana conocer su historia;

4) se recepta una doble ampliación, no sólo con relación a los organismos o personas que pueden brindar dicha información, sino también que todos ellos están a disposición para asesorar no solo a los adoptados sino también a los adoptantes;

5) se incorpora una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes sin involucrar el vínculo jurídico creado por la adopción. Esta otra amplitud como lo es receptar una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes sin involucrar el

vínculo jurídico es una de las posturas doctrinarias más firmes ante la rigidez que observa el actual art. 327 del Código Civil que prohíbe toda acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción plena. Si bien en la reforma se mantiene la irrevocabilidad de la adopción plena, también se permite el mantenimiento de determinados vínculos jurídicos. A pesar de esta flexibilidad, en atención a la relevancia del derecho a conocer los orígenes, la reforma recepta una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes. Se trata de una acción tendiente a clarificar quién es el padre biológico de una persona que es adoptada y que tiene y mantiene su vínculo jurídico filial con los adoptantes.

f) *El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años:* Siguiendo la idea argumental, la reforma nos nutre de ésta idea superadora. Este cambio de paradigma, también reconoce participación de los hijos biológicos del o los adoptantes, al imponer al juez la obligación de escucharlos en el proceso. Con anterioridad, la opinión del niño, niña o adolescente, era sólo escuchada, y no muchas veces tomada en cuenta o utilizada, dependiendo del criterio del juez interviniente en la causa.

3) Fines.-

Medina (1.998) manifiesta que el fin primordial de la adopción es la protección de la niñez abandonada. Además del mencionado, entre los fines de la adopción está el de dar hijos a quienes no los tienen, integrar a la familia, por ejemplo, en el caso de la adopción del hijo del cónyuge, legitimar una situación de hecho, impedir el descarte de embriones o permitir la vida de los embriones supernumerarios.

Por otra parte, la adopción es la forma de salvar a muchos niños signados por el abandono, para que no caigan en situaciones materiales o moralmente discapacitantes (Marchante, 1.993).

Cabe agregar respecto a la finalidad de este instituto, que en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores de justicia, solidaridad y paz social. Es que es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación. Pero la "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. De modo que, cuando se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces. Esta pauta no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte⁷.

⁷ C.S.J.N., "S.C. s/ adopción", 2-08-2005. Cita: IJ-XXIX-540.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES

1) Evolución Histórica.-

Belluscio (2.004) plantea que la finalidad que tenía la adopción en la antigüedad es muy diferente a la adopción del derecho moderno. En la antigüedad, para nada jugaba un papel preponderante el interés del adoptado. En cuanto al del adoptante, no era su objeto el de colmar sus ansias paternas sino uno de carácter religioso, el de asegurar la continuación del culto familiar, que se habría visto interrumpido por la falta de descendientes.

Es dable destacar, que a pesar de la mutación por la que ha transitado la adopción a lo largo de los siglos, lo que siempre se mantuvo es el carácter legal de entablar un vínculo de filiación entre dos personas que no están unidas por lazos biológicos. Asimismo, se puede observar que la finalidad que tiene hoy la adopción, no fue la misma que se utilizó a lo largo de los años por la humanidad.

Así fueron, en el pasado, determinantes de la institución, el afán de los hombres de prolongar tras su muerte el culto de los dioses domésticos, el linaje, el nombre o la fortuna familiar, e incluso, asegurar para su alma prácticas religiosas que quedaban a cargo del adoptado (Bossert y Zannoni, 2.005).

Ya aparece regulada la adopción, en los documentos escritos más antiguos. Así, en el Código Hammurabi (1800 a.c.) y, por la misma época, en el Código de Manú.

Los orígenes de la adopción remontan a la India, de allí la tomaron los hebreos quienes la transmitieron a los egipcios y éstos a los romanos.

En Babilonia, y también en varios pasajes bíblicos, como Israel, ilustran sobre la institución en el Génesis 48-5, Éxodo 2-10: la hija del Faraón adopta a Moisés a quien hallara en el Nilo, y en otro pasaje Mardoqueo, adopta a su prima Esther.

De allí, que el origen deba buscarse en las prácticas religiosas de los pueblos antiguos.

Bossert y Zannoni (2.005) señalan que en Atenas, la institución estuvo organizada para conferir derechos sucesorios a las personas adoptadas, que así se sumaban a los parientes legítimos en la sucesión del causante.-

En el derecho romano se conocieron dos instituciones de tipo adoptivo: la arrogación (adrogatio), que era la adopción de un sui iuris, e implicaba la incorporación del adoptado y de las personas sometidas a su potestad a la familia del adoptante, así como la transferencia de su patrimonio a éste; y la adopción (adoptio), que era – en cambio – la de un alieni iuris, que salía así de su familia de sangre y de la potestad de su paterfamilias para ingresar en la del adoptante (Borda, 1.993).

En el derecho Justiniano se distinguió entre la adopción plena (adoptio plena) y la menos plena (adoptio minus plena), que en algunos aspectos se aproxima a la adopción actual entre adopción plena y simple. La adopción plena era la realizada por un ascendiente, que ocasionaba la sumisión del adoptado a la patria potestad del adoptante; la menos plena, la realizada por un extraño, en la que el adoptado conservaba su situación familiar anterior sin quedar sujeto a la patria potestad del adoptante, y cuyo efecto fundamental era darle derechos sucesorios ab intestato en la sucesión de éste.

Entre los germanos, la adopción tenía fundamentos y efectos diversos entre los reconocidos en los pueblos antiguos. Su finalidad era la de dar a quién carecía de descendencia un sucesor en su actividad guerrera, una situación social y política, pero no creaba un verdadero parentesco ni daba derecho hereditario. (Belluscio, 2.004).

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. Sólo en España, la adopción perduró regulada con detalle a través de los siglos, siguiendo, según puede verse en las Partidas, el molde romano, manteniendo, entonces, la originaria distinción entre la simple adopción y la adrogación (Bossert y Zannoni, 2.005).

En Francia, al tiempo de redactarse el Code, Napoleón trató de influir en la regulación de la adopción, para que se estructurara una institución que no guardara diferencias con la filiación por la naturaleza. Sin embargo, el Code, organizó la adopción para mayores de edad, y también de ese modo fue regulada en los restantes países europeos en el Siglo XIX. Era, entonces, un contrato – a través del cual se unían familias de viejo abolengo y perdida fortuna con familias plebeyas de riqueza reciente – y no un medio de protección a la infancia (Bossert y Zannoni, 2.005).

El resurgimiento moderno de la adopción como instituto protector de la infancia desamparada comenzó con la Primera Guerra Mundial (1914 - 1918), hizo salir a la adopción de su letargo, y las dolorosas consecuencias del conflicto provocaron una renovación del instituto. Gran cantidad de niños huérfanos y abandonados se encontraron privados de sus familias, conmovieron a la opinión pública y el legislador debió interesarse por su suerte. En Italia, el Estado asumió la protección y asistencia de los huérfanos de la guerra y en 1.919 un decreto-ley admitió

la adopción de menores de 18 años huérfanos de padre y madre. En Francia, después de algunos proyectos, se sanciona en 1.923 una ley que autoriza la adopción de menores. Esta reforma fue el origen de un desarrollo de la adopción que la tomó accesible y abierta al beneficio de los infantes (Méndez Costa, 1.984).

2) Antecedentes legislativos en la República Argentina.-

En Argentina, podemos decir, que la adopción es una institución reciente, ya que fue incorporada a nuestro ordenamiento legislativo recién en 1.948, cuando el Código Civil ya portaba cien años de vigencia legislativa, ya que en su redacción, Dalmasio Vélez Sarsfield desestimó la adopción y no la legisló. El jurista sabía del fracaso de la legislación francesa y por ello decidió no legislar la adopción. Expresó en la nota de elevación del Primer Libro del Código – de fecha 21 de Junio de 1.865 – que “...*tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares*”. Y en el artículo 4050 del Código Civil, hoy derogado, el Codificador expresaba: “*las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopción por las nuevas leyes son regidas por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos*”, y añade en la nota “*la ley nueva no podría regir las adopciones preexistentes ni anularlas retroactivamente, desde que el Código no reconoce adopción alguna*”.

Sin embargo, podríamos encontrar antecedentes de este instituto en la Sociedad de Beneficencia iniciada en 1.857, donde se encuentran registradas entregas de niños a diferentes familias, formalizadas en actas y posteriores escrituras públicas con la exclusiva constancia del nombre del niño y domicilio en donde había sido destinado, sin considerarse ningún dato filiatorio de origen. En 1.919 con la sanción

de la ley 1093, se organiza en cabeza del Patronato la tutela estatal y judicial de niños (XXVII Congreso Internacional del Notariado, 2.013).

2.1) Ley 13.252.-

El Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires sancionaron con fuerza de ley el 15 de septiembre de 1.948, durante el gobierno de Juan Domingo Perón, la adopción de menores, obteniendo su promulgación el 23 de septiembre de 1948.

Sus bases fueron los proyectos presentados en 1.946 por el diputado Beretta y en 1.947 por el diputado Peña Guzmán y por los senadores Ramella y Gómez del Junco, así como el remitido en el mismo año al Congreso por el Poder Ejecutivo, y el despacho de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados, también en 1.947, que no había sido tratado por el cuerpo. Todos los antecedentes dieron base a un nuevo dictamen de la mencionada comisión, de 1.948, que en el mismo año fue sancionado por las dos cámaras (Belluscio, 2.004).-

Esta ley se homologó bajo la influencia del terremoto ocurrido en San Juan, que expuso, repentina y dolosamente el drama de la infancia desvalida que acarreo como consecuencia el desmán de dejar a numerosos niños sin sus respectivos padres.

Fueron muchas las objeciones que se sucedieron en torno a esta ley de adopción. Uno de los aspectos más criticados, fue la prioridad que se les otorgó a las familias de mayor poder adquisitivo para poder recibir chicos. Hasta ese momento no había una protección hacia los niños y niñas que eran dados y las entregas se arreglaban entre las personas que querían un niño y las instituciones que tenían niños para “colocar” para su protección. Las irregularidades en las adopciones conllevaron a

que la Justicia considerara ilegales a muchas de ellas. Muchos hijos adoptivos, fuera de todo marco legal, quedaron sin una gran cantidad de derechos, por ejemplo, el derecho a conocer sus orígenes o a heredar.

Siguiendo a Bossert y Zannoni (2.005), podemos decir que esta ley, supliendo el silencio que sobre la institución había mantenido el Código Civil, acogió en términos generales, la forma que hoy se conoce como adopción simple, es decir, aquella que creando un vínculo legal de familia entre adoptante – o adoptantes, en el caso de los cónyuges que adoptan conjuntamente – y adoptado o adoptados, limita el parentesco entre ellos. Éstos, que eran reputados hijos legítimos del adoptante, no adquirirían “*vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación*” (artículo 12).

Asimismo, el artículo 14 de la misma ley dispuso que “*los derechos y deberes que resulten del parentesco de sangre del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, excepto los de la patria potestad que se transfieren al padre adoptivo*”. Y el adoptado, no gozaba de su usufructo, excepto en el caso de los bienes que, por sucesión, el adoptado hubiese recibido de uno de los cónyuges, prefallecido, en cuyo caso el usufructo correspondía al supérstite. (Artículo 15).

2.2) Ley 19.134.-

Sustituyó a la ley 13.252, fue sancionada el 30 de Julio de 1.971, para suplir la laguna legal existente hasta su sanción. Belluscio (2.004) postula que la presente ley acoge la separación de la adopción en dos instituciones de alcances diversos: la adopción simple y la adopción plena.

Según plantean Bossert y Zannoni (2.005), durante sus más de veinte años de vigencia, la ley 13.252 fue mostrando las virtudes del régimen adoptado, pero también las carencias y defectos. La legitimación adoptiva había ganado la opinión pública, los congresos internacionales y las soluciones que mostraba, elocuentemente, la legislación comparada.-

Además, sostienen que la legitimación adoptiva concebida como un medio apto, en el plano eminentemente jurídico, evita la superposición infecunda de vínculos paternos – filiales y, a través de ellos, familiares, evita muchas veces una fuente inagotable de situaciones conflictuales. No ha de sustituirse la filiación de sangre para negarla, sino, más bien, para asumir su emplazamiento, en plenitud, a través de quienes aceptan ser los padres de todo menor abandonado, sin padres conocidos, huérfano o pupilo del Estado cuyos padres, habiendo perdido o no la patria potestad, se han desentendido de su educación y formación.-

La ley 13.252, en muchos casos no satisfacía, a este respecto, requerimientos concretos. Más de una vez, los vínculos biológicos son invocados como pretensión, como un derecho en sí, que en la realidad no se han correspondido con las obligaciones que implican. Y entonces la adopción, de institución de tutela o protección, se transforma en fuente de conflictos que se trasladan a los adoptantes y al propio adoptado (Bossert y Zannoni, 2.005).

A partir de la década de 1.960, se suscitaron diversos proyectos de reforma. En el III Congreso Nacional de Derecho Civil del año 1.961, los diversos dictámenes preliminares de la comisión que tuvo a su cargo estudiar las ponencias sobre el tema de la reforma del régimen legal de adopción (tema 18) concluyeron en la necesidad de

incorporar la legitimación adoptiva, sin perjuicio de la subsistencia de la adopción regulada por la ley 13.252.

La ley 19.134, del año 1.971, incorporó a nuestro derecho positivo la adopción plena, que se admitió respecto de menores abandonados, sin filiación acreditada, huérfanos o cuyos padres hubiesen perdido la patria potestad. Sin perjuicio de esta adopción plena, se mantuvo la adopción simple respecto de menores que no se hallaren en alguna de estas situaciones (Bossert y Zannoni, 2005).

3) Marco Normativo.-

Si bien la decisión de adoptar un niño, niña o adolescente es algo personal y familiar, su regulación es una regulación de estado. La institución que regula la adopción es la legislación. Dentro del Derecho de Familia hay una sección dedicada a la misma que justamente se ocupa de regularla.

3.1) Régimen de Adopción.-

La vigente ley 24.779 fue sancionada en febrero de 1.997, modificó sus disposiciones, y las incorporó como Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero, del Código Civil (artículos 311 a 340).-

Nos explican Bossert y Zannoni (2.005) en sus más de veinticinco años de vigencia, la ley 19.134 mostró las virtudes de la adopción plena que, como institución, ha adquirido carta de ciudadanía entre nosotros. Pero en su aplicación se fueron advirtiendo ciertos defectos y omisiones que aconsejaban, cada vez más, encarar la tarea de su reforma. Algunos aspectos podían parecer de orden menor; así, por ejemplo, el período de guarda previa a la adopción o a la edad mínima de quienes pretenden adoptar o a la cantidad de años de casados de los cónyuges adoptantes,

etcétera. Pero otros aspectos aparecieron con real trascendencia. Por una parte, la ley resultó alcanzada por reformas al derecho de familia que se sucedieron durante su vigencia. Así, las leyes 23.264, de 1.985 y la ley 23.515 de 1.987, introdujeron modificaciones acordes con el sistema no discriminatorio de filiaciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y la incorporación del divorcio vincular. Así, desapareció, por ejemplo, la adopción del propio extramatrimonial.

Además, ciertas disposiciones de la ley 19.134 motivaron interpretaciones encontradas que en algunos casos suscitaron, incluso, planteos de orden constitucional. Así, el relativo a la citación de los padres de sangre al proceso de adopción que en algunos casos se excluía (artículo 11), y en otros se la reputaba facultativa del juez o tribunal (artículo 12). La ratificación por la Argentina de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849) incidió sobre este tema en cuanto el artículo 21 inciso a, dispone que los estados deben velar porque la adopción sea otorgada en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa a su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

Asimismo, la ley generó dificultades de aplicación al no preverse el modo de otorgar la guarda previa del menor que después se adoptaría. Esto provocó criterios administrativos, tanto en jurisdicción del Consejo Nacional del Menor, como en sus equivalentes de las provincias, que colisionaban con el debido control judicial de guardas con miras a la futura adopción. Se fue afirmando, así, la idea de que es conveniente establecer una suerte de guarda preadoptiva, otorgada siempre judicialmente, que coloque al menor en lo que se da en llamar situación de

preadoptabilidad con la debida intervención de los padres biológicos que hubiesen reconocido al niño que se quiere adoptar en el futuro.

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

Es así que prácticamente desde 1.984 se sucedieron diversos proyectos legislativos de reformas a la ley 19.134. En general, todos ellos coincidieron en mantener el doble régimen de adopción – plena y simple-, pero tratando de flexibilizar requisitos o suplir deficiencias advertidas en la aplicación de aquella. Al cabo, podemos concluir que, en general, se coincidió en las bondades del régimen de la adopción que ahora, merced a la ley 24.779, se incorpora al Código Civil (conforme al artículo 1°), como Título IV, de la Sección Segunda del Libro Primero (artículos 311 a 340) (Bossert y Zannoni, 2005).

Tal como expresa Wagmaister (2003) algunas consideraciones respecto del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y sus normativas locales, en esencial mantiene los dos tipos de adopción: simple y plena.

Dentro de las modificaciones más importantes que introduce la ley 24.779 respecto de su antecesora, la ley 19.134, encontramos las siguientes:

a) Incorporación al articulado del Código Civil: arts. 311 al 340.

b) Incluye como requisito para ser adoptante la residencia permanente en el país por un período de cinco años anteriores a la petición de la guarda, art. 315.

- c) No podrá adoptar un hermano a su hermano o medio hermano, art. 315 inc. c.
- d) Reduce el período de guarda, estableciéndolo entre los seis meses y un año, art. 316.
- e) Prohíbe la entrega del menor en guarda mediante escritura pública o acto administrativo, art. 318.
- f) El adoptante debe asumir el compromiso de hacer conocer al adoptado su realidad biológica, art. 321 inc. h.
- g) Explicita que en el juicio de adopción el juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor, art. 321 inc. i.
- h) Establece nuevas causales de revocación de la adopción simple, art. 335 inc. c.
- i) Determina nuevas causales de nulidad absoluta de la adopción, art. 337 incs. c, d, e y f.
- j) Crea un Registro Único de Aspirantes a la Adopción en el art. 2, ley 24779, que fuera derogado por la ley 25854.

A lo largo de la evolución legislativa, podemos observar que se reducen los requisitos que requieren los adoptantes, el plazo de guarda preadoptiva, y a la vez, incrementan el número de procedimientos judiciales de adoptabilidad y se agregan procesos administrativos.

3.2) Guarda con Fines Adoptivos. Registro Único de Aspirantes.-

El Art. 2 de la ley 24.779 establece: “A los fines de esta ley, las autoridades de aplicación organizarán en el orden nacional y provincial un Registro Único de Aspirantes a la Adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios”.

El Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos fue creado por la Ley 25.854, promulgada el 6 de enero de 2.004, en ella se invita a las provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherirse. A partir del mismo, se solicita como requisito primordial encontrarse inscripto en el correspondiente registro, previo al otorgamiento de una guarda con fines adoptivos. Éste acto tiene como objetivo formalizar una lista de aspirantes denominada "Nómina de Aspirantes".

Reglamentada la ley 25.854 en sus comienzos por el decreto 383/05, sustancialmente luego modificado por el decreto 1022/05 y finalmente por el decreto 1328/2009, denominado “Guarda con Fines Adoptivos”, es a fines de 2.009, donde la última reglamentación modifica los objetivos del Registro Nacional. El Registro cumple una nueva función que es la creación e implementación de la Red de Registros de Postulantes a la Adopción respetando las autonomías provinciales y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el derecho del niño, niña o adolescente a permanecer – en lo posible- en su propio lugar de origen. En la actualidad, son diecinueve las jurisdicciones que han adherido a la Ley 25.854.

Jurisdicciones adheridas a la Ley Nacional N° 25.854 (Infojus, 2012).

Jurisdicción	Ley adhesión
Buenos Aires	Ley 13.326
C.A.B.A.	Ley 1.417
Chaco	Ley 6.811
Chubut	Ley III N° 38
Corrientes	Ley 6.167
Entre Ríos	Ley 9.985
Jujuy	Ley 5.445
La Pampa	Ley 2.693
La Rioja	Ley 7.897
Mendoza	Ley 8.524

Misiones	Ley II N° 25
Neuquén	Ley 2.561
Río Negro	Ley 4.764
Salta	Ley 7.750
San Juan	Ley 7.602
Santa Cruz	Ley 2.786
Santa Fe	Ley 13.093
Tierra del Fuego	Ley 698
Tucumán	Ley 8.419

Si bien son muchas las provincias que forman parte de la red Nacional de Registro de Postulantes a la adopción, conforme la regulación del régimen legal instaurado por la Ley 24.779, sería sumamente importante que todas las provincias formaran parte, con el fin de erradicar la existencia de las denominadas “guardas puestas”, suprimida por nuestro régimen actual, en la que progenitores en ejercicio de la patria potestad entregaban su hijo a otra persona o pareja, y éstos luego pedían a la justicia la adopción definitiva del menor.

El Registro Único garantiza a los postulantes una inscripción única, que se realiza en la jurisdicción de su domicilio real, de forma personal y gratuita.

Esta inscripción única tiene validez en todas las jurisdicciones adheridas.

3.3) *Protección integral de niños, niñas y adolescentes.-*

La Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes promulgada el 21 de Octubre de 2.005, establece en Art. 3° como principio fundamental el interés superior del niño, y determina “*a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*”.

Asimismo, el citado interés superior obliga a agotar las posibilidades de inserción adoptiva del niño, niña o adolescente en su mismo ámbito de origen, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20, inciso 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.4) Convención sobre derechos del niño.-

Esta convención entró en vigor el 2 de septiembre de 1.990, y en su articulado recepta importantes principios y norma diferentes derechos esenciales de los niños, teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el "niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"; recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores (Reglas de Beijing); reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionales difíciles y que esos niños necesitan especial consideración; teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño; reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo.

Haciendo hincapié en sus artículos más relevantes, referente a la temática, en su artículo 3 apartado 1 establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las

autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; como así también en su Artículo 21 establece: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, 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 de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; c) Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

Este artículo, de raigambre constitucional, impone al Estado Argentino, entre otras cosas, que la adopción sea solo autorizada por la autoridad judicial competente,

respetando y llevando a cabo el proceso de adopción que prevé nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO III

CARACTERIZACIÓN DE

LOS TIPOS DE ADOPCIÓN

1. Tipos.-

Nuestra legislación argentina, prevé tanto en la ley 19.134 como en la ley 24.779 dos tipos de adopción: simple y plena, postulándose la adopción de integración, que es la adopción del hijo del cónyuge, como una especie de la adopción simple. Herrera (2.012) postula que la reforma del código sale de esta estructura rígida y para ello, en su Capítulo 5º, Sección Primera, enumera tres tipos de adopción: “*Éste Código reconoce tres tipos de adopción: a) plena; b) siempre; c) de integración*” (Art. 619).

Medina (2.012) disiente en tal sentido, y reconoce en la reforma cuatro tipos de adopción:

- 1) Adopción de menores, la que a su vez puede ser plena o simple.
- 2) Adopción de mayores, establecida en el Art. 597 inc. a y b.
- 3) Adopción de integración contemplada en la sección cuarta arts. 630 a 633.
- 4) Adopción en el extranjero, arts. 2635 a 2638.

Siguiendo la línea que plantea en el proyecto de reforma, procederemos a describir cada tipo de adopción.

1.1) Adopción Plena.-

Nuestro Código Civil establece que la adopción plena, es 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 ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos

matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico (art. 323).-

El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales (Bossert y Zannoni, 2.005).-

Este tipo adoptivo produce la pérdida de los derechos sucesorios, los alimentarios y de todos los derechos-deberes derivados de la patria potestad entre el adoptante y su familia de origen o biológica, al mismo tiempo que genera estos vínculos con su familia de adopción (Medina, 1.998).

Así, la Cámara Nacional de Apelaciones ha resuelto en un caso, que es procedente otorgar al peticionante la adopción plena de un menor que se encuentra integrado plenamente a su hogar familiar desde hace cinco años, pues si bien la progenitora manifestó un interés por mantener contacto con aquél, tal intención no tuvo su correlato en los hechos, desde que no promovió ni tuvo ningún tipo de acercamiento durante casi tres años ni asistió a la audiencia fijada por el Tribunal pese a estar debidamente notificada. Es que la adopción simple es la excepción y la regla es la adopción plena, por lo que aquella sólo puede otorgarse en el caso en que el mantenimiento de los vínculos legales de parentesco con la familia de sangre se traduzca en una ventaja actual o futura para el menor o cuando razones de orden espiritual implicadas a las circunstancias inherentes a los lazos familiares autoricen a tener como inequívoco que no es conveniente suprimir dichos vínculos⁸.

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, “M.M.D.”, 12-11-2009.

A su vez, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha establecido que la adopción plena es irrevocable, por oposición a la guarda con fines de adopción que puede ser revocada; lo ha hecho solamente en relación a la propia adopción plena, no en cuanto concierne a la guarda, condición previa para promover la acción⁹.

La adopción plena se sujeta a una ficción jurídica, que sustituye la filiación biológica. Esto es completamente opuesto al derecho fundamental que tiene toda persona a la identidad y al respeto por sus orígenes. De esta forma, se impide que los padres biológicos tengan la posibilidad de reconocer a su hijo, y el derecho del adoptado a entablar una relación con los mismos.

En este sentido, una figura tan rígida e irrevocable, como lo expresa la ley 24.779, no se adecua a la normativa de jerarquía como la Convención sobre los Derechos del Niño. Giberti (2.010), cuestiona la validez de la supresión absoluta de los vínculos familiares expresada en contra del derecho a la identidad, y postula que “a partir de la asignación de valor constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, se plantea un nuevo problema: la posible colisión entre la adopción plena y el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del niño”.

La acción de filiación es incompatible con el derecho a la identidad del adoptado. Acorde con la doctrina, un precedente jurisprudencial manifestó que: “Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales”¹⁰.

Tal situación se ve reflejada en el siguiente caso, donde la Corte Interamericana intimó al Estado argentino a indemnizar con doscientos mil dólares a

⁹ S.C.B.A., 29-9-98, LL 1999-C-240, LLBA 1999-465, DJBA 155-7693.

¹⁰ C.N. Civil, Sala J, 11-7-2000, LL, 2001, C, 761.

un padre que fue separado de su hija recién nacida, entregada en adopción sin su consentimiento. En el año 2000, Fornerón se presentó a los tribunales de Entre Ríos cuando su hija fue entregada por su madre en guarda preadoptiva a una pareja "extraña a la familia", en un contexto que haría presuponer la "posible situación de venta". De acuerdo con lo alegado por la Comisión Interamericana y por las representantes, la Corte examinó las alegadas violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño a la luz del corpus juris internacional de protección de los niños y niñas, el cual debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado¹¹.

Advierte Herrera (2.012), que el derecho a la identidad no se resguarda con la sola posibilidad de conocer la condición de adoptado, como pretende el sistema vigente. Muy por el contrario, requiere la posibilidad de búsqueda de los orígenes y vinculación con la familia biológica, a fin de preservar las relaciones familiares, según lo establece el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto, no se trata sólo de conocer la historia, sino de lograr su continuidad.

Ahora bien, la reforma, introduce un concepto de adopción más acotado, en su Art. 620, primer párrafo "la adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo".

Como podemos ver, en grandes rasgos respeta en gran parte la definición que tenemos hasta el momento, pero elimina de su texto que "la adopción plena es

¹¹ Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.

irrevocable”. Esto es así, porque doctrina se ha pronunciado a favor de revocar la adopción plena, atendiendo al principio del interés superior del niño, no encontrándose motivos fundados para que la adopción simple sea revocable y la plena no.

Esta revisión, tiende a garantizar el derecho a la identidad, limitando la procedencia de la adopción plena a los casos de personas menores de edad con filiación desconocida, huérfanos, sin tutor, priorizando las acciones filiatorias, tendientes a la búsqueda de los orígenes y la vinculación con la familia biológica.

El derecho a la identidad comprende el derecho del niño a mantener sus relaciones familiares. Y de esta manera, al existir un proceso judicial donde se está decidiendo el futuro de un niño, deberá tenerse en consideración primordial este derecho de raigambre constitucional, al momento de determinar el tipo de adopción.

Cabe señalar que el Proyecto de Unificación Civil y Comercial (2.012) en su artículo 621, entre las facultades judiciales establece *“cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena”*.

1.2) Adopción Simple.-

En su artículo 329 nuestro Código Civil define a adopción simple como aquella que *“confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en este Código. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí.”*. Agregan Bossert y Zannoni

(2.005) que es claro, que la adopción simple se limita a crear un *status filii* (estado de hijo) que, en principio, se circunscribe a las relaciones entre adoptante –o adoptantes- y adoptado sin trascender, como la adopción plena, en la familia de aquel.

Se ha resuelto que la adopción simple es excepcional, pues la regla es la adopción plena, estando la primera prevista para los casos en que el mantenimiento de los vínculos legales de parentesco con la familia de sangre pueda producir una ventaja actual o futura para el menor -quien, en el caso, ya arribado a la mayoría de edad ha manifestado su falta de intención de mantenerlos-, o que razones implicadas en las circunstancias que hacen a los lazos de familia autoricen a tener como inequívoco que es inconveniente suprimir los vínculos con los parientes de sangre¹².

Ambas formas de adopción - simple y plena- provocan distintos efectos jurídicos. Mientras que la plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, dejando de pertenecer a su familia de sangre extinguiendo ese parentesco; con la simple subsiste el vínculo con su familia de origen y le permite al adoptado adquirir nuevos padres, sin perder los propios, ni los derechos alimentarios y sucesorios respecto de estos¹³.

Con relación al apellido, se ha resuelto que la ley de adopción dispone que el adoptado por adopción simple deberá tomar el apellido de su adoptante, siéndole facultativo el solicitar la adición de su apellido de origen al apellido adquirido por adopción desde los 18 años; ello no quiere decir que pueda interponerse el apellido de sangre al de la familia adoptiva; se estaría forzando o excediendo el texto legal al disponer la imposición del apellido biológico seguido del apellido del adoptante, máxime teniendo en cuenta (en el caso concreto) que ni el adoptante ni el adoptado

¹² Cám. A.C.C. de Lomas de Zamora, sala I; “Z.M. I. s/adopción.”30-03-2005. Cita: IJ-XVI-781.

¹³ C.N.A.C., sala F, “D.C.J. s/ adopción”, 29-5-2000. Cita: IJ-IV-912.

solicitaron la inclusión del apellido biológico. Si el adoptado puede solicitar autorización judicial para mantener el apellido de origen, también estaría facultado para solicitar la supresión del mismo¹⁴.

En relación al adoptante, el hijo adoptado por adopción simple adquiere los mismos derechos y obligaciones e idéntico emplazamiento de estado de familia que si fuera un hijo biológico, por lo que resulta indudable la relación de parentesco entre la descendencia del adoptado y el adoptante (Bossert y Zannoni, 2.005).

El Código Civil trata los efectos de la adopción simple a partir del artículo 331 y a lo largo de los artículos 332 se ocupa de la transmisión del nombre; 333, 334, 335 tratan sobre los derechos sucesorios y los alimentos y el artículo 336 se refiere a los efectos en relación a la familia biológica.

En la adopción simple, dada la no inserción del adoptado en la familia del adoptante ni del adoptante en la del adoptado, los efectos jurídicos que generan las relaciones de filiación se ven reducidos en forma considerable, por cuanto no son aplicables a este nuevo estado de familia la totalidad de los que genera el parentesco. A su vez, el único efecto filiatorio de existencia paralela incompatible con los que surgen de la filiación biológica es el ejercicio de la patria potestad, debido a que si el mismo es ejercido en forma simultánea por ambos, los padres biológicos y adoptivos, se desvirtuaría el fin de la adopción; tanto es así que el Código Civil, en su artículo 306 inciso 5º, determina como una de las causales de cese de la patria potestad la adopción de los hijos, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación o nulidad de la adopción (Medina, 1.998).

¹⁴ Cám.A.C.C. de Rosario, sala IV, “P.A. s/ adopción simple. Expte. Nro. 255/2008”.

El proyecto de reforma, define la adopción en su artículo 620, 2º párrafo: “La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código”.

Como podemos ver, en relación al Código Civil, reemplaza “posición de hijo biológico” por “estado de hijo”; “vínculo de parentesco” por “vínculo jurídico”, y agrega que estos vínculos jurídicos no sólo que no se crean con los parientes, sino que tampoco con el cónyuge del adoptante.

Esta aclaración de la relación con el cónyuge del adoptante, se da a partir de que se agrega en la reforma, la adopción por integración, recordamos que es aquella por la cual resultará posible adoptar el hijo del cónyuge o del conviviente.

1.3) Adopción por integración.-

Con el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial (2.012) se produce una flexibilización de los tipos adoptivos, y se agrega la adopción por integración como un tercer tipo.

Así lo había declarado las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Lomas de Zamora, 27, 28 y 29 de Septiembre de 2.007 diciendo “*es necesario legislar sobre la adopción integrativa del hijo del cónyuge, determinar su naturaleza jurídica, que supuestos la integran y los efectos que producen*”. (COMISIÓN N° 5: Familia. Presidentes: Gustavo A. Bossert-Adriana Waigmaister-Graciela Medina).

El proyecto la define en su artículo 620, tercer párrafo como *“La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo”*.

Ya que el apartado referente a este tercer tipo adoptivo es una novedad, a continuación transcribimos los artículos del Capítulo 5º “Tipos de Adopción”, Sección 4º “Adopción de integración”:

ARTÍCULO 630.- Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen. La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

ARTÍCULO 631.- Efectos entre el adoptado y el adoptante. La adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante:

a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado;

b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.

ARTÍCULO 632.- Reglas aplicables. Además de lo regulado en las disposiciones generales, la adopción de integración se rige por las siguientes reglas:

a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas;

b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes;

c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho;

d) no exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad;

e) no exige previa guarda con fines de adopción.

ARTÍCULO 633.- Revocación. La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple.

Herrera (2.012) expresa que la adopción por integración se eleva a un tercer tipo filial, porque tiene tantas particularidades que amerita una regulación propia mediante el reconocimiento expreso de un lugar especial y autónomo. Por otra parte, la reforma amplía este tipo adoptivo en total consonancia con la flexibilidad del concepto de familia desde la obligada óptica constitucional – internacional. Así, la adopción de integración no sólo involucra la adopción del hijo del cónyuge, sino también del conviviente.

La adopción por integración es simple, a pesar de que varios fallos la han otorgado en forma plena.

Un ejemplo de esta situación se presenta en un fallo de Cámara que cita el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, donde un hombre solicita la adopción plena del hijo mayor de edad de su cónyuge. Expresa que desde pequeño, el joven se encuentra bajo su cuidado y protección, ejerciendo el pretense adoptante el rol de padre y existiendo entre ellos un fuerte vínculo afectivo. Se destaca que el pretense adoptado carece de filiación paterna y no mantiene relación alguna ni con su

padre, ni con la familia extensa, planteando la inconstitucionalidad del art. 313 in fine del Código Civil, en cuanto dispone que la adopción del hijo del cónyuge solo pueda ser de carácter simple. La Cámara de Familia de la 2º Nominación de Córdoba hace lugar a la demanda interpuesta, declarando la inconstitucionalidad de los artículos 313 in fine y 323 del Código Civil¹⁵.

Este mismo fallo agrega que, es de destacar que en esta misma línea de pensamiento en el Proyecto de Reforma del Código Civil de 2012 la adopción de integración tiene una regulación autónoma, estableciéndose específicamente que siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante (art. 630). A su vez, y en consonancia con la flexibilización de los efectos de los tipos de adopción (art. 621), se determina que la adopción de integración puede ser simple o plena, en este último caso, cuando el adoptado tiene un solo vínculo filial (art. 631 a).-

En la reforma se recepta la disyuntiva de la adopción simple o plena, y se permite que sea una o la otra según las circunstancias fácticas y efectivas que se presenten. Así, si una mujer ha tenido un hijo y el padre jamás lo ha reconocido y al tiempo formó una nueva pareja que adora a ese niño y pretende adoptarlo, esa adopción sería de carácter plena así no sólo este niño suma un vínculo filial sino también de parentesco con todos los familiares de esta pareja de la madre. En cambio, si el niño tiene un padre aunque un tanto ausente, la adopción sería de carácter simple ya que no sólo se respeta que tiene un padre sino toda la familia de este. A realidades complejas leyes flexibles sin violar el principio de seguridad jurídica (Herrera, 2.012).-

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

CAPÍTULO IV

EL PROCESO DE ADOPCIÓN

1) Generalidades.-

Se trata de un proceso que tiene por objeto el dictado de una sentencia constitutiva, que apareja el emplazamiento de una persona en el estado de hijo adoptivo, sea que suprima el anterior, adopción plena o que lo mantenga, adopción simple (Kielmanovich, 2.009).

Al igual que lo hicieron las anteriores leyes de adopción, el Código Civil prevé una serie de normas procesales que tienden a asegurar la realización de los fines de la institución (Bossert y Zannoni, 2.005).

El Código Civil, introduce el requisito de la guarda previa, judicialmente otorgada. Así, salvo el caso de mayores de edad, de los menores emancipados o el caso de la adopción del hijo del cónyuge, sólo es posible adoptar al menor cuya guarda ha sido previamente otorgada judicialmente al solicitante. En la anterior legislación, si bien exigía una guarda previa, con ello se aludía a una situación de hecho ya que no se exigía que fuera otorgada en sede judicial (Medina y Fernández, 2.002).

Nuestro ordenamiento jurídico, prevé dos procesos para llegar a la adopción: la guarda de hecho que dura de seis meses a un año y, el juicio de adopción, que otorga la filiación adoptiva.

Medina (2.012) de un análisis del proyecto menciona que el mismo, agrega dos nuevos procesos a los existentes. Postulando que hay un procedimiento administrativo de adoptabilidad (art. 607), luego un juicio de declaración de adoptabilidad (608 a 610), en tercer lugar, hay un proceso de guarda judicial preadoptiva (Capítulo 3 “guarda con fines de adopción”, arts. 611 a 614) y en cuarto

lugar se lleva a cabo el juicio de adopción (capítulo 4, “Juicio de adopción”, arts. 615 a 618). Esta cuádruplicidad documental, busca dar certeza al procedimiento de adopción y cumplir con la obligación establecida en la convención de preservar el derecho del niño de permanecer en su familia biológica.

Herrera (2.012) disiente con esta postura y plantea que para comprender con mayor precisión el proyecto de reforma, se debe desterrar una información errónea: el proyecto no regula tres o cuatro procesos judiciales como se ha mencionado equívocamente, sino que mantiene la existencia de dos procesos judiciales, pero lo hace con principios, tiempos y reglas más precisas:

1° Proceso: es la mencionada “declaración judicial de la situación de adoptabilidad”. Se trata de un proceso que en la práctica, se lleva adelante pero sin una normativa expresa, por lo cual, cada juez actúa según su saber y entender. Dejar atrás ese silencio normativo en una primera etapa central para la adopción como lo es, nada más ni nada menos, saber si un niño se encuentra o no en situación de ser adoptado, constituye un avance elocuente que trae consigo la reforma.

2° Proceso: Es el de la adopción propiamente dicho, el juicio de adopción. Donde será competente el juez que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretendientes adoptantes, el de lugar en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en la decisión (art. 615).

Medina (2.012) siguiendo fervientemente su postura, aclara al respecto, que difícilmente dos procesos contribuyan a dar celeridad al instituto de la adopción, máxime cuando también se da participación a multiplicidad de partes, tal como se plantea en las reglas del procedimiento el artículo 614 del proyecto; con intervención obligatoria del órgano administrativo y cuando en todos estos juicios se dictan

resoluciones que pueden ser revisadas por otros órganos superiores y sentencias que pueden ser apeladas, en general con efecto suspensivo.

2) *Tipos de guarda.*-

Medina (1.998) nos dice que jurídicamente la palabra “guarda” tiene significados diferentes:

1) “guarda” es el acto jurídico por el cual se le entrega a una persona la custodia de un niño;

2) es el estado que para las partes deriva de este acto;

3) puede entenderse a la guarda como un proceso.

De acuerdo a lo antes expuesto, podemos hablar de la “guarda” como acto o como fuente de derechos y obligaciones; así podemos mencionar la “entrega de la guarda”, la “dación de guarda”, la “forma de la guarda”.

En otro sentido, “guarda” es estado o la situación jurídica en que se encuentran las partes; en esta acepción se habla de la “duración de la guarda”, del “plazo de guarda”, etc.

En su última excepción, guarda como proceso, es el procedimiento que tiene por finalidad el otorgamiento de la guarda.

Hasta la vigencia del instituto actual de adopción la guarda previa con fines de adopción no debía ser necesariamente conferida por los jueces. Esto motivo que en muchos casos los niños, que generalmente eran recién nacidos o de muy corta edad, fueran espontáneamente entregados por sus padres a terceros quienes si bien más

tarde podían solicitar la guarda judicial también podían, derechamente, acreditar la guarda de hecho ejercida en el juicio de adopción (Bossert y Zannoni, 2.005).

Este aspecto, ha sido puntualizado en la norma del artículo 318: “*Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo*”, a lo que el proyecto agrega “*así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño*”.

Consideramos oportuno hacer mención a un fallo de cámara, en el cual se establece la guarda judicial del menor que fue conferida a la pretensa adoptante por escritura pública estando vigente la ley 19.134 fue eliminada por el actual instituto de adopción, y no puede sostenerse que, habiendo sido tal acto otorgado bajo la vigencia de la ley anterior, haya producido efectos jurídicos, dado que no generó ningún derecho adquirido (art. 3 C.C.). Tal eliminación obedeció a una nueva concepción del régimen de adopción, en el que no puede dejar de oírse a la madre biológica (art. 317 inc. a), la necesidad de preservar la identidad biológica del menor, entre otras innovaciones¹⁶.

2.1) Guarda de hecho.-

La guarda de hecho como acto es el acto voluntario lícito, familiar, procesal, que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de guarda. En algunos casos el acto es bilateral, en otros es unilateral. Es bilateral, cuando los padres biológicos dan su consentimiento extrajudicial para que un tercer tenga a su hijo en “guarda de hecho”. Es unilateral, cuando ante un menor abandonado una persona lo acoge en “guarda de hecho” (Medina y Fernández, 2.002).

¹⁶ C.Ap.C.C., Mercedes Provincia de Buenos Aires, “B. I. Y C. M. C. S/ ADOPCION” 1-11-2007.

Son innumerables la cantidad de situaciones por las cuales, a lo largo de la historia, menores han sido (y son actualmente) entregados en guarda de hecho con fines de adopción.

El artículo 318 del Código civil prohíbe el otorgamiento de guarda con fines de adopción por intermedio de escribanos, como lo hemos mencionado ut supra, pero ello no constituye una prohibición para el otorgamiento de “la guarda de hecho”, ni tampoco una imposibilidad para que los progenitores elijan quienes van a ser los guardadores de sus hijos, por aplicación del principio de que todo lo que no está prohibido está permitido (Di Lella, 1.997).

Consideramos que no puede negarse a los padres el derecho a elegir el guardador de sus hijos, cuando existen normas que lo permiten expresamente, como lo son el art. 383 del Código Civil que admite que un padre designe tutor para sus hijos menores en caso de fallecimiento, o el art 274 del Código que establece que los hijos pueden vivir en la casa de sus padres o en aquella que estos le hubieren asignado (Medina, 1.998).

Nada impide a los padres biológicos a que entreguen a sus hijos mediante “guardas de hecho” a quienes serán sus padres adoptivos en el futuro. Además cualquier juez, ante una guarda de hecho, donde se halle consolidada una relación paterno filial con un menor, por corta duración que ésta tenga, no puede negar la situación: por el bien del menor, por respeto a los derechos de los pretendos adoptantes o guardadores y de los padres biológicos, que pueden querer y tener razones fundadas para escoger a determinados guardadores.

Medina (1.998) explica algunos ejemplos por los cuales, menores son sometidos a guardas de hecho:

- Ante la imposibilidad de la asunción de las funciones derivadas de la patria potestad se entrega la “guarda de hecho” de un hijo a un hermano, para que este sea quien lo adopte y no un extraño inscripto en una lista de adopción.

- Ante la certeza de la proximidad de la muerte se entrega de la “guarda de hecho” de un hijo a una persona quien se prefiere por compartirse iguales creencias religiosas y similares valores morales y preferir que el niño sea adoptado por éste y no por una persona cuya religión se ignora.

- Entrega de un menor en guarda de hecho a una persona de la misma raza y cultura, para que se le transmita los valores culturales propios de su raza, en lugar de a un extraño.

Ninguno de los casos antes descriptos constituye actos prohibidos jurídicamente, ni reprochable éticamente y el juez de la adopción no puede dejar de valorar estas circunstancias al momento de otorgar la guarda pre adoptiva.

Estos casos mencionados anteriormente no están prohibidos por la ley, y al ser presentados al juez, este debe resolver teniendo en cuenta el interés superior del niño, valorando cada circunstancia, de cada caso en concreto, en forma particular.

2.2) *Guarda con fines de adopción.-*

La guarda con fines de adopción tiene un doble sentido; por un lado, se trata del proceso por el cual los pretendientes adoptantes solicitan que un menor les sea entregado en guarda con el fin de adoptarlo con posterioridad. (Medina y Fernández, 2.002).

Por otra parte, la guarda preadoptiva es el estado en que se encuentra un menor desde que es entregado judicialmente a los futuros adoptantes hasta que les es

concedida la adopción. Para que sea considerada como preadoptiva, debe necesariamente ser otorgada por el Juez; ello implica que no puede ser considerada preadoptiva la entrega en guarda de hecho de un menor o la guarda registrada por un notario. Ello no importa, que en esos casos, carezcan de efectos en el proceso de adopción. Dichas circunstancias no pueden ser obviadas ni ignoradas por el juzgador, quien al otorgar la guarda preadoptiva, deberá tener en cuenta el interés del menor y la influencia que tendría en él el separarlo de las personas con quien se ha criado durante un lapso de su vida (Di Lella, 1.997).

Si se compulsula la legislación comparada, vigente a la época en que nuestro país acogió por primera vez la adopción, se advertirá que en general no se exigía – tratándose de la adopción simple- que el o los adoptantes hubiesen tenido al menor que deseaban adoptar bajo su guarda durante un término o lapso determinado (Bossert y Zannoni, 2.005).

Pero todas las legislaciones modernas que regulan la adopción plena requieren que el o los adoptantes hayan tenido al menor bajo su guarda durante un período previo, en el cual el cumplimiento de los deberes de la paternidad es la única concreción lógica y objetiva del justo motivo o justa causa eficiente de la adopción (Bossert y Zannoni, 2.005).

Dispone el art. 316 del Código Civil, que el adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no inferior a seis meses ni mayor a un año, el que será fijado por el juez, salvo que se trate del hijo o hijos del cónyuge, en cuyo caso estas condiciones no se requieren; y resolviéndose que será juez competente, como se ha dicho antes, el del domicilio o residencia del menor, o el del lugar en el que se hubiese comprobado judicialmente su abandono (Kielmanovich, 2.009).

En un fallo de Mar del Plata, se destaca que la guarda es un instituto precario, en el que se hace necesario respetar en primer lugar el interés superior del niño, luego el de quienes lo procrearon y por último el de los adoptantes¹⁷.

Excepciones a la guarda judicial previa

a) El hijo del cónyuge.-

Las condiciones exigidas para el otorgamiento de la guarda, como también el transcurso necesario del plazo para iniciar el juicio de adopción, no son exigidas cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge, siempre y cuando el matrimonio tenga por lo menos 6 meses de antigüedad.

b) Adopción del mayor y del emancipado.-

El mencionado artículo no enumera esta causal como excepción al otorgamiento de la guarda con miras a una futura adopción, pero entendemos que ésta se desprende del espíritu de la ley.

Sobre el interés del menor:

La valoración del interés de la menor dada en adopción, a fin de la conveniencia o no de mantener la guarda, no debe limitarse solamente a apreciar las circunstancias que se señalan en las actuaciones de la causa, sino que también debe observarse la situación de la menor, su evolución psicofísica, afectiva, social, es decir, no debe perderse de vista el progreso de su crecimiento.

2.3) *Relación entre la guarda de hecho y la guarda con fines de adopción.-*

¹⁷ C.C.C. de Mar del Plata, sala III, 27-8-98, LLBA, 1999-82.

En nuestro sistema legal positivo la guarda con fines de adopción debe ser otorgada por el juez, y es al magistrado a quien le cabe examinar la idoneidad de los guardadores, pero ante la existencia de una guarda de hecho ejercida durante años, el juez habrá de otorgar la guarda judicial preadoptiva al guardador de hecho, ya sea que este haya ejercido una guarda de un menor huérfano o abandonado o que la guarda haya sido entregada por los progenitores, y en ambos casos la manera más idónea para acreditarlo es mediante el documento notarial (Medina, 1.998).

El legislador al otorgarle al juez la facultad de elegir al guardador ha tratado de garantizar que el proceso de adopción sea seguro y ventajoso para el menor y sus futuros adoptantes, pero lógicamente el magistrado no puede desatender la realidad fáctica en la que el adoptando se encuentra ínsito y si este se encuentra bajo la guarda de hecho de quienes pretenden adoptarlo es innegable que los guardadores de hecho que reúnan las condiciones exigidas por la ley deben ser siempre preferidos a quienes son extraños al menor. (Medina y Fernández, 2.002).

2.4) Aceptación de la guarda de hecho.-

Por todo lo expuesto hasta el momento, el Proyecto de Unificación Civil y Comercial (2.012), ha tratado de resolver esta situación de la guarda, aceptándola y pretendiendo codificarla.

La posibilidad de que los progenitores biológicos entreguen directamente en guarda de hecho a sus hijos ha sido largamente discutido en la doctrina y la jurisprudencia Nacional, pero manteniendo diferentes posturas en su marco normativo, a través de los años y las diferentes legislaciones.

En el proyecto se adopta una posición intermedia. Por un lado se acepta la entrega en guarda cuando existan lazos de parentesco o una relación de afecto y por otra parte, se prohíbe toda otra guarda de hecho para evitar la comercialización de niños (Medina, 2.012).

La CSJN ha convalidado muchas veces la entrega de niños en forma directa aún a personas que no se encontraban inscriptas en el Registro de adoptantes señalando en el año 2.008, en el caso G. M. G., que “ a los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cual es el interés superior de éste, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias”¹⁸.

Dispone en su artículo 611: “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño.

¹⁸ C.S.J.N., 16/09/2008, “G. M. G.” La Ley, 2008-f, 59, DJ, 2008-II, 1766.

Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”.

Medina, da su postura, y expresa que es completamente coherente que el Código Civil y Comercial el respeto de la voluntad de los progenitores de entregar su hijo en adopción a una persona y no a otra cuando esta reúna los requisitos para ser adoptante, ya que el nuevo Código prioriza la autonomía de la voluntad personal y respeta las conductas autorreferentes cuando no sean violatorias de la moral y las buenas costumbres.

3) *El juicio de adopción.-*

Una vez otorgada la guarda definitiva, queda habilitada para los futuros adoptantes la segunda etapa del proceso o juicio de adopción.

El Proyecto de Reforma, en su artículo 616, recepta el inicio del proceso de adopción de la siguiente manera: *“una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción”*.

La reforma gira en torno a ordenar el proceso de adopción, flexibilizarlos y agilizarlos y para ello, el tiempo cumple un rol principal. Además, mantiene la existencia de dos procesos judiciales (que explicamos anteriormente), pero lo hace con principios, tiempos y reglas precisas.

Cabe agregar, que para Herrera la guarda no es un proceso como menciona Medina, sino, que es la figura que se otorga de manera provisoria para evaluar si la

familia pretensa adoptante que se selecciona, efectivamente genera empatía y lazo afectivo con el niño.

Respecto al tiempo de la sentencia, resulta evidente, en nuestros días, el incremento del requerimiento social por tener una administración de justicia idónea, con respuestas urgentes a sus reclamos de justicia. Este reclamo, lleno de dudas e incertidumbres que presenta la regulación actual, fue receptado por la doctrina y la jurisprudencia, quienes se han conformado e intentado dar una respuesta en el Proyecto de reforma, que dispone que *“la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial del estado de adoptabilidad”* (art.610).

De esta forma se pretende que no sea necesario reeditar y extender, ninguna decisión tendiente a la adopción de un niño cuyos padres han sido privados de su responsabilidad parental. En esta misma línea, el proyecto establece de manera expresa que una vez cumplido el período de guarda “el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción” (art. 616); cuestión hoy totalmente silenciada en la normativa vigente. De este modo, la preocupación por el “factor tiempo” no sólo está en el principio del proceso, en sentido amplio, de la adopción que suele ser el cuándo y cómo llegar a la decisión de adoptabilidad, sino también durante todas las instancias para llegar a la sentencia que emplaza a un niño en su estado de hijo adoptivo (Herrera, 2.012).

CAPÍTULO V

PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (2.012)

1) Análisis del Proyecto en relación a la temática.-

El proyecto de reforma del Código Civil Argentino del año 2.012 elaborado por la comisión formada por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco -titular y vice de la Corte Suprema de Justicia- y Aída Kemelmajer -ex integrante del máximo Tribunal de la provincia de Mendoza-, consta de un cuerpo de 2.671 artículos.

Entre sus modificaciones más importantes, encontramos la adopción, temática que abarcamos a lo largo de nuestro trabajo.

El tratamiento de este rubro puede verse destacado en el Libro II “De las relaciones de familia”; Título VI, “Adopción”.

Encontramos opiniones contrapuestas respecto de la temática instaurada en el proyecto:

Según la opinión de Álvarez (2.012) a pesar de las apariencias, la adopción, supondrá invariablemente un proceso que durará tres o cuatro años. Quiere decir que un niño recién nacido podrá estar institucionalizado al menos dos años antes de ser dado en adopción. Paralelamente, los efectos de la adopción serán variables según el caso. De este modo, la igualdad entre las filiaciones no se dará jamás. Un adoptado pleno en una misma familia podría tener efectos divergentes de su adopción. Con lo cual la adopción ya no será ni siquiera una institución igualitaria.

Según Herrera (2.012) con esta reforma, es hábil observar cómo se puede lograr un sistema infraconstitucional totalmente equilibrado con todos los derechos humanos en juego que titularizan varias personas: el adoptado de manera principal, los integrantes de la familia de origen, y también los de la familia adoptiva. Se trata de un régimen jurídico que respeta como medida principal, el derecho a la identidad

como máxima fundamental, haciendo hincapié en el principio codificado del interés superior del niño, fijando pautas claras que eviten caer en la inseguridad jurídica, pero a la vez, reconociéndose lo compulsiva y ardua que es la realidad social y las diferentes situaciones fácticas que pueden estar detrás de la adopción, para lo cual se necesita una normativa ancha y dúctil.

Al decir de Basset (2.012) el intento de eliminar largos requisitos temporales en la adopción responde a una motivación positiva, aunque no resulta que ello se satisfaga según las normas propuestas toda vez que se mantienen múltiples tramitaciones para controlar que no se produzcan infracciones. En estos procesos es conveniente optar por un sistema de menor control pero basado en la severa sanción de los infractores.

Enumeraremos sintéticamente los cambios más importantes en la legislación proyectada:

- Define adopción en su primer artículo.
- Incorpora una serie de principios generales, sobre los cuales se regirá la adopción.
- Define los tipos de adopción que acepta el proyecto.
- Regula y define los diferentes tipos de adopción.
- Fortalecimiento del derecho a conocer los orígenes.
- Establece dos procesos para llegar a la adopción.
- Admite y regula la pluralidad de adopciones.

- Administrativización de los procesos judiciales para lograr la adopción.

Intervención en calidad de parte del órgano administrativo.

- Especial regulación de la declaración de adoptabilidad.

- El abandono deja de ser una causal de entrega en guarda con fines de adopción.

- Aceptación de la guarda de hecho en situaciones concretas.

- Los convivientes pueden adoptar conjuntamente.

- Se permite la adopción conjunta de personas divorciadas.

- Se disminuye la edad para adoptar de treinta a veinticinco años.

- Se disminuye la diferencia de edad entre adoptantes o adoptante y adoptado de dieciocho a dieciséis años.

- El mayor de diez años debe dar su consentimiento para ser adoptado.

- Se regula especialmente la adopción por integración.

- Regulación de las relaciones con la familia biológica.

- Disminución del plazo de guarda de un año a seis meses.

- Intervención judicial de oficio en juicios de adopción.

- La adopción plena se relativiza y se mantienen los lazos con la familia de origen.

- En la adopción plena se permite la investigación de la filiación biológica a los fines de los impedimentos matrimoniales y de los derechos sucesorios.

Existen dudas y contraposiciones sobre esta nueva normativización, pero no podemos dejar de lado, que el proyecto es sumamente respetuoso de cada una de las piezas que constituyen la temática referente.

Como bien menciono Jean Jacques Rousseau: *“es, precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla”*.-

CONCLUSIÓN

En este orden de ideas desarrolladas en el presente trabajo, sólo nos queda expresar la conclusión arribada según lo proyectado en busca de la respuesta a nuestro principal interrogante, si esta reforma tan necesaria, beneficiará a los más vulnerables, que son los niños, niñas y adolescentes, y su necesidad (y derecho) de tener una familia.

De las innovaciones introducidas por el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 2012, analizadas y comparadas con la normativa vigente a lo largo de nuestro trabajo, hemos de deducir, que las mismas, se fueron generando para suplir las necesidades de nuestra sociedad del siglo XXI, en la que se presentan diversas maneras de pensar y de ver las cosas; pero actualizar nuestro marco regulatorio es un interés común, al cual nuestros legisladores no pueden desatender.

Las herramientas que se proponen son muy beneficiosas, tales como incorporar una definición de adopción que permite ubicarla en su justo y preciso lugar: ser una figura tendiente a que todo niño que no puede vivir en su familia pueda hacerlo en otra de manera permanente y estable viendo satisfecho de este modo, un derecho humano, como lo es el derecho de todo niño a tener y vivir en una familia, junto con principios claros, que si bien todos ellos se encuentran en mayor o menor medida en diferentes instrumentos sobre Derechos Humanos, nuestros legisladores optaron por reforzar esta situación y destacar, que ante cualquier silencio, vacío legislativo o laguna propia del derecho y más aún del derecho de familia que es tan cambiante y dinámico, debe siempre apelarse a estos principios generales que observan un valor especial tratándose de la adopción.

Sería positivo también incluir en nuestra legislación otros factores que el proyecto mencionado propone, como garantizar derecho a la identidad, como primera y gran medida, donde se establece que el expediente judicial y administrativo contenga la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles, y donde se propone que el adoptado adolescente este facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes, pero en todo caso debe contar con asistencia letrada.

Para los casos de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, se agrega la adopción por integración como un tercer tipo. Es necesario legislar sobre la adopción integrativa del hijo del cónyuge, determinar su naturaleza jurídica, que supuestos la integran y los efectos que producen. La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. Cabe destacar, que incluir al conviviente es una innovación legislativa.

Con respecto a los procesos de adopción, existe una confusión respecto a la cantidad de los mismos. El Proyecto que tratamos, pretende terminar con esta información errónea: el proyecto no regula tres o cuatro procesos judiciales como se ha mencionado equívocamente, sino que mantiene la existencia de dos procesos judiciales, pero lo hace con principios, tiempos y reglas más precisas: ellos son la “declaración judicial de la situación de adoptabilidad” y proceso en sí, que es el de la adopción propiamente dicha, el juicio de adopción. Además, se deja en claro que la guarda no es un proceso como mencionan algunos autores, sino, que es la figura que se otorga de manera provisoria para evaluar si la familia pretensa adoptante que se selecciona, efectivamente genera empatía y lazo afectivo con el niño.

La reforma mantiene la adopción unipersonal como la bipersonal o conjunta, con total independencia de la orientación sexual de los pretendientes adoptantes, por aplicación del principio de igualdad y no discriminación. Sería beneficioso que todas las situaciones pudieran contemplarse y llegar a un “final feliz” tanto para los niños que necesitan una familia como para aquellas parejas, o personas solas, que tienen la imperiosa necesidad de dar amor.

Actualmente, todo proceso de adopción debe ser judicializado, ya que en el pasado la simple intervención del notario dio lugar a infinitas irregularidades, hoy subsanadas con la intervención de un magistrado en todo proceso adoptivo. La ley ha logrado muchos cambios importantes, pero aún hoy, lo que la ley ha querido, no lo ha logrado.

Como se ha mencionado anteriormente, la normativa proyectada regula un nuevo marco normativo para el instituto de la adopción, que suple en algunos aspectos, situaciones que nuestro Código Civil actualmente no contempla, o son criticadas por la doctrina y la jurisprudencia; además conceptualiza aspectos fundamentales, codifica principios constitucionales, receptando el interés superior del niño y el derecho a la identidad como su premisa fundamental.

Si bien el proyecto de reforma mencionado, tiende a propiciar la identidad del niño, siendo la principal situación que deben contemplar los jueces, no deja de prever por ello los casos en que ésta opción no es posible o resulta perniciosa en función del interés superior del niño.

En la Convención de Derechos del niño elevada a rango constitucional en la reforma de 1.994, rige el interés superior del niño, el que ya antes de la reforma, la jurisprudencia y la doctrina le reconocían plena vigencia.

Según Herrera (2.012), idea a la que adherimos, el niño o adolescente como sujeto pleno de derechos, con necesidades propias, está muy presente en toda la regulación de la adopción. Por empezar, al reconocer que cuando la adopción involucra a un niño de diez años o más edad, éste debe consentir su adopción, o sea, que si el niño no presta su conformidad, la adopción no es viable.

Nuestra postura al respecto, es que no podemos saber si esta reforma dará respuesta a todos los interrogantes y superará ampliamente el régimen actual. Pero no debemos dejar de lado, que cualquier innovación que atienda a la realidad, no la ignore y la regule, es superadora porque hace más fácil la vida de las personas, y en este caso en particular, protege a los más vulnerables y también nutre a los jueces y a quienes deben intervenir en el proceso, de una serie de herramientas sumamente constructivas y enriquecedoras, que buscan agilizar el trámite de adopción, incluyendo un plazo de seis meses para que el juez decida si están dadas las condiciones “ de desamparo moral o material” para resolver la adoptabilidad y que no se siga usando como pretexto que la familia biológica visita a un niño una vez por año y que ello sea considerado un vínculo. Creemos que vínculo es estar cotidianamente con una persona, conocer sus necesidades, brindarle amor, cariño, contención y afecto. También consideramos sumamente relevante reemplazar el concepto de “menor” por “niños, niñas y adolescentes” con el fin de concientizar a los pretensos adoptantes de que no son sólo bebés los niños que necesitan una familia, también hay un número muy importante de niños y adolescentes que con apoyo, preparación, respaldo y el asesoramiento permanente de equipos especializados puedan lograr un vínculo sano con el/la o los pretensos adoptantes.

A su vez, se prioriza la adopción múltiple de aquellos hermanos que quieren vivir juntos, exponiendo tal situación y buscando entre los postulantes inscriptos en el

Registro Único de Aspirantes con Fines Adoptivos, una familia que brinde a los niños un entorno familiar de afecto y protección, asumiendo el compromiso de continuar con el vínculo fraterno, porque el proyecto que abordamos profundiza el derecho de los niños a la identidad y a no desconocer sus orígenes.

En síntesis, nuestra postura al respecto es que el Proyecto de 2012 implementa cambios muy positivos, introduciendo pautas claras, tendientes a la desaparición de un mercado negro que se aprovecha de la desesperación de quienes quieren tener un hijo y lucran con la vida de niños en estado de vulnerabilidad, como así también incorpora plazos tendientes a evitar que los niños pasen años institucionalizados por mera burocracia administrativa. Necesitamos un cambio, una justicia ágil, que responda a las necesidades sociales, pero por sobre todas las cosas que proteja a quienes no pueden hacerlo por sí mismos, como son los niños, que tienen el derecho a crecer en una familia, disponiendo de todos los medios necesarios para crecer física, mental y espiritualmente, en condiciones de libertad y dignidad.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- ALVAREZ, ATILIO (2.012). Análisis del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina.
- BASSET, URSULA. Consideraciones generales del proyecto unificador. Seminario Permanente de Investigaciones sobre la Persona, la Familia y el Derecho Sucesorio, Ambrosio Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- BELLUSCIO, A. C. (2.004). Manual de Derecho de Familia. Tomo 2 (7 Ed.). Buenos Aires: Astrea.
- BORDA, GUILLERMO (1.993). Manual de Derecho Civil. Buenos Aires: Editorial Perrot.
- BOSSERT, GUSTAVO – ZANNONI, EDUARDO (2.005). Manual de derecho de familia (7 Ed.). Buenos Aires. Ed. Astrea.
- DI LELLA, PEDRO (1.997). Vigencia de la delegación notarial de la guarda”. Revista del Notariado N°849. Abril, Septiembre. ´
- FANZOLATO, EDUARDO IGNACIO. “La filiación Adoptiva”. Ed. Advocatus – Córdoba 1998.
- FERNANDEZ, DANIEL HECTOR - MEDINA, GRACIELA (2.002). Proceso de adopción. (<http://www.gracielamedina.com/proceso-de-adopcion>).
- GIBERTI, EVA. Adopción, Siglo XXI (Ed. 1). Buenos Aires: Sudamericana.
- GROSMAN, CECILIA (1.998). El interés superior del niño, en los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad. Buenos Aires. Universidad.
- HERRERA, MARISA (2.012). El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil. (<http://www.nuevocodigocivil.com/el-decalogo-de-la-adopcion-a-la-luz-de-la-reforma-del-codigo-civil-por-marisa-herrera>)

- INFOJUS (2.012). Análisis de las prácticas actuales en la adopción. Grafica Campichuelo.
- KIELMANOVICH, JORGE (2.009). Derecho Procesal de Familia (3 Ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- LLOVERAS, N. (1.999). Los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- MARCHANTE, FERMIN RAUL (1.993). La adopción. Ed. Depalma.
- MEDINA, GRACIELA (1.998). Guarda de hecho y adopción. (<http://www.gracielamedina.com/la-guarda-de-hecho-y-la-adopcion>).
- MEDINA, GRACIELA (2.012). La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación. (<http://www.gracielamedina.com/la-adopcion-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>).
- MENDEZ COSTA, M. J. y DANTONIO D. H. (1984) Derecho de Familia. Tomos I y II. Santa Fé: Rubilzal Culzoni.
- RIVERA, JULIO CESAR (2.004). Instituciones de Derecho Civil Tomo 2 (Ed. 3). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Lomas de Zamora, 27, 28 y 29 de Septiembre 2.007.
- XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO (2.013). Ponencias de la delegación Argentina. Consejo Federal del Notariado Argentino.
- WAGMAISTER, A. (2003). Acceso a ambos progenitores como derecho humano de los niños. La Ley, 1212.

Jurisprudencia citada

- S.C. s/ adopción, 2-08-2005. Cita: IJ-XXIX-540. (Voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo Luis Lorenzetti.
- CSJN; “S.C. s/ adopción”. Cita: IJ-XXIX-540. 2-08-2005
- C.S.J.N. “S.C. s/ adopción”, 2/08/2005. Cita: IJ-XXIX-540.

- C.S.J.N. “Domínguez, Raúl y otra s/ adopción” 28/10/1975 - Fallo: 293:273.
- C.S.J.N. 02/08/2005, LA LEY, 2006-B, 348, con nota de Catalina Elsa Arias de Ronchietto - LA LEY, 2005-D, 873 – DJ, 05/10/2005, 328, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.) – ED, 214, 145.
- Cám. Familia de la nominación de Cba. “M: J. L. y J”.1999/12/09.
- C.S.J.N.,”S.C. s/ adopción”, 2-08-2005.Cita: IJ-XXIX-540
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, “M.M.D.”, 12-11-2009.
- S.C.B.A., 29-9-98, LL 1999-C-240, LLBA 1999-465, DJBA 155-7693.
- C.N. Civil, Sala J, 11-7-2000, LL, 2001, C, 761
- Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242.
- Cám. A.C.C. de Lomas de Zamora, sala I; “Z.M. I. s/adopción.”30-03-2005. Cita: IJ-XVI-781.
- C.N.A.C., sala F, “D.C.J. s/ adopción”, 29-5-2000. Cita: IJ-IV-912.
- Cám.A.C.C. de Rosario, sala IV, “P.A. s/ adopción simple. Expte. Nro. 255/2008”.
- Cámara de Familia de 2ª Nominación de Córdoba, “G., C. R. – Adopción plena.”, del 15/02/2013.
- C.Ap.C.C., Mercedes Provincia de Buenos Aires, “B. I. Y C. M. C. S/ ADOPCION” 1-11-2007
- C.C.C. de Mar del Plata, sala III, 27-8-98, LLBA, 1999-82.
- C.S.J.N., 16/09/2008, “G. M. G.” La Ley, 2008-f, 59, DJ, 2008-II, 1766.

Legislación

- Constitución Nacional
- Código Civil de la Nación
- MEDINA, GRACIELA – MENDEZ COSTA, MARIA. *Código Civil*

Comentado (2.004). Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni

- Ley 24.779 “Adopción”
- Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Redactado por la comisión de reformas designada por Decreto 191/2011. Ricardo L. Lorenzetti (Presidente); Elena Highton de Nolasco; Aida Kemelmajer de Carlucci.
 - Ley 26.061 “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”.
 - Ley 25.854 “Guarda con fines adoptivos – Registro Único de Aspirantes”.
 - Ley 13.252 “Adopción de menores”.
 - Ley 19.134 “Adopción de menores”.