

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

**“La nueva mirada de la adopción según el Código Civil y
Comercial”**



UNIVERSIDAD
SIGLO 21

Abogacía

José Antonio Orrego

VABG8201

2016

Resumen

La adopción es una institución jurídica que tiene como finalidad la protección de menores en riesgo, vulnerables y abandonados. Durante el transcurso de los años, la ley de adopción se modificó muchas veces. El Código Civil y Comercial incorpora conceptos novedosos en el tema. Hay un cambio de visión en la legislación. La perspectiva es desde la mirada del menor y la satisfacción de sus necesidades y no desde la visión adulta. Se adapta el derecho interno a la legislación internacional. El cambio de pensamiento lleva a poner especial énfasis en el interés del menor como principio rector de todo el proceso judicial y las consecuencias de este nuevo paradigma.

Abstract

Adoption is a legal institution whose purpose is the protection of children at risk, vulnerable and abandoned. During the course of the years, the adoption law was amended many times. Commercial and Civil Code and incorporates new concepts in the field. There is a change of vision in legislation. The perspective is from the perspective of the child and the satisfaction of their needs and not from the adult vision. It adapting domestic law to international law. The change in thinking takes place special emphasis on the interests of the child as a guiding principle of the entire judicial process and the consequences of this new paradigm.

INDICE

CAPITULO 1: Legislación Protectora del menor.....	8
1-1-Antecedentes Históricos.....	10
1-2- Aspectos Fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño.....	12
1-3-Ley 26.061: Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.....	16
Conclusiones Parciales.....	17
CAPITULO 2: Principios Generales de la Adopción.....	19
2-1- Definición y Características.....	20
2-2- Requisitos para adoptar.....	24
2-3-El estado de adoptabilidad.....	26
Conclusiones Parciales.....	29
CAPITULO 3: El proceso de adopción.....	31
3-1- El proceso en el Código Civil.....	32
3-1-1-El otorgamiento de la guarda preadoptiva.....	33
3-1-2- El juicio de adopción.....	34
3-2- El proceso en el nuevo Código Civil y Comercial	35
3-2-1- El procedimiento administrativo.....	37
3-2-2- La guarda preadoptiva.....	38
3-2-3-. La adopción propiamente dicha.....	40
Conclusiones Parciales.....	42
CAPITULO 4: Tipos de Adopción.....	43
4-1- Los tipos de Adopción.....	44

4-2- Las familias ensambladas.....	46
4-3- La adopción de integración.....	48
Conclusiones Parciales.....	51
CONCLUSIONES FINALES.....	52
BIBLIOGRAFIA.....	57
Antecedentes Legislativos.....	57
Antecedentes Doctrinarios.....	57
Antecedentes Jurisprudenciales.....	59

INTRODUCCION

El crecimiento y desarrollo de las naciones y de una comunidad no siempre es uniforme. El mejoramiento de la calidad de vida de los últimos años, no fue receptado en todos los estratos sociales de la misma manera.

Entre los problemas que enfrentamos en estos tiempos, se encuentran la pobreza, la marginalidad y el abandono a la que están expuestos muchos menores, viviendo en condiciones en las que no pueden ser satisfechas sus necesidades básicas, materiales y emocionales.

Según los principios constitucionales toda persona tiene derecho a la salud, educación y a desarrollarse en un ambiente saludable.

El desarrollo y el bienestar de los menores es responsabilidad primera de sus padres biológicos, pero cuando ellos por diferentes motivos, no lo pueden hacer, o en casos de orfandad, es el Estado a través de sus estamentos quien tiene que asumir tal obligación.

La institución de adopción surge así, como consecuencia de la necesidad de brindar los mecanismos institucionales adecuados y eficientes que garanticen el crecimiento de un menor fuera de su familia de origen, otorgándole en forma subsidiaria, otra familia.

El proceso de adopción tal cual se conoce, no es de larga data. En el Código de Vélez no se incorporó porque generalmente adoptaban aquellas familias pudientes a huérfanos miembros de su mismo núcleo.

Los mecanismos se fueron perfeccionando, hasta la primera ley de adopción en nuestro país del año 1948. Surgió como resultado de darle un contexto legal a la cantidad de niños que habían quedado sin familia debido al terremoto de San Juan de 1944.

Tuvo diversas modificaciones hasta llegar a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial que incorpora otra visión del tema.

Paralelamente a nivel internacional durante este periodo, surgieron diversos pactos internacionales de derechos humanos, y entre ellos, pactos de protección a los derechos de la niñez y la adolescencia.

En esta investigación se aborda la temática de la adopción desde una visión amplia y global del tema, considerando las diferentes modificaciones producidas como resultado de los cambios sociales y las situaciones fácticas que debían tener un resguardo jurídico.

El objetivo general del trabajo es explicar por qué el nuevo Código incorpora nuevos conceptos en el derecho de familia y en especial en la adopción, pero desde otra perspectiva.

También son objetivos definir cuál es el pensamiento filosófico y jurídico que originaron esa visión y su perspectiva desde el derecho internacional. Determinar cuáles son las reformas referidas a las condiciones de adopción y en el proceso judicial.

Finalmente son objetivos indagar sobre el nuevo tipo de adopción integrativa y explicar qué rol tiene el juez de familia en el nuevo Código. Por último, expresar qué posiciones jurisprudenciales han sido recepcionadas por la nueva norma.

Los temas son de gran relevancia desde el punto de vista teórico y práctico. La adopción es una figura muy cuestionada y con esta legislación se prioriza el interés de los menores y no de los adultos pretensos adoptantes.

Además, el acortamiento de los plazos, pretende darle mayor celeridad en el proceso, en definitiva darle al menor la posibilidad de crecer en una familia, con el cuidado espiritual y material que necesita.

La investigación está dividida en cuatro capítulos. En la parte introductoria se describe en forma sintética la evolución de los derechos humanos hasta la sanción de la Convención de los Derechos del Niño y de la ley nacional de protección integral del niño, niña y adolescente.

El segundo capítulo aborda ya el instituto de la adopción, sus características y los requisitos esenciales para poder adoptar.

En el tercero, se trata el proceso de adopción, en forma comparativa entre la legislación vigente y la nueva y el porqué de tales cambios.

El último capítulo incluye los tipos adoptivos y las modificaciones, las familias ensambladas y la adopción de integración.

Para finalizar, las conclusiones, resultado de la investigación, donde se da una opinión fundada sobre las ventajas y desventajas de los cambios.

CAPITULO UNO

Legislación Protectora del Menor

El tema que aborda el presente trabajo es el relativo al instituto de la adopción. Esta figura jurídica ha sufrido modificaciones en su normativa durante el transcurso de los años. Incluso el nuevo Código Civil ha incorporado otras formas, a las ya conocidas.

Los cambios en la concepción tradicional de familia llevaron a la necesidad de adaptar el derecho a esas nuevas realidades sociales. Las familias ensambladas, o monoparentales, constituyen algunos ejemplos de estos nuevos modelos.

La familia fue una institución estática durante siglos, sin posibilidades de cambio. El codificador distinguía entre hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio, y dentro del primer caso había distintas categorías según el estado civil de los padres.

La norma quedó desbordada por las diferentes realidades filiatorias y debió modificarse. El estado de emplazamiento no varía según sea hijo matrimonial, extramatrimonial, nacido por técnicas de fertilización o adoptado. El derecho sigue al cambio social.

El objeto de esta investigación es el análisis de un instituto que pertenece al derecho de familia. Además hay que considerar, que por tratarse de niños, hay toda una estructura jurídica protectora de los derechos de la minoridad. En definitiva, se basa en dos cimientos, que son los principios generales de familia y minoridad.

Para introducirnos en el tema, en esta primera parte se analiza la legislación que resguarda al menor y el porqué de tal normativa. Es de gran relevancia la comprensión de los derechos del niño debido a que es un tema relativamente nuevo y que no fue previsto anteriormente en los ordenamientos jurídicos.

En los criterios para adoptar, reiteramos, los magistrados toman como base el interés y las necesidades del menor y no de los adoptantes. El interés superior del Niño es el principio rector.

Considerar a un menor como sujeto de derecho, significa un abordaje diferente de la minoridad, su amparo y protección integral.

En líneas generales, en esta parte se indaga sobre la evolución histórica de los derechos humanos para llegar hasta la Convención de los Derechos del Niño y la normativa vigente en nuestro país, que tutela sus derechos.

El reconocimiento del menor como persona con capacidad progresiva, titular de relaciones jurídicas, indica una nueva concepción jurídica.

Este cambio de paradigma lleva a la necesidad de que el Estado, a través de sus diferentes poderes, brinde la protección necesaria para garantizarle el ejercicio de sus derechos.

Como inicio, se describen los puntos sobresalientes de la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061 que se refiere a la protección del niño, niña y adolescente. Son los dos ejes del derecho de la minoridad.

1-1- Antecedentes Históricos

Durante toda la historia de la humanidad, los derechos esenciales del hombre o los denominados derechos personalísimos no fueron considerados por las élites sociales y políticas de cada época.

La Revolución Francesa de 1789 instauró los principios de “igualdad, libertad y fraternidad”, pilares básicos de la construcción de los estados modernos.

Sin embargo, fueron los desastres provocados por la Primera Guerra Mundial, lo que motivó a los estados establecer pactos internacionales de respeto a los derechos humanos.

Se formó así la Sociedad de las Naciones, organismo supranacional que tuvo entre sus objetivos, la suscripción de pactos internacionales de respeto hacia los derechos humanos.

Entre ellos, la comunidad internacional destacó la necesidad de protección de los menores de estos genocidios. Por eso en 1924 se creó el Comité para la protección de los niños, que aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, llamada también la Carta de Ginebra de 1924.

Este es el primer antecedente internacional que reconoce y protege el derecho de los menores.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se creó la Organización de las Naciones Unidas y en 1948, se suscribió la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La declaración tutela un valor inalienable del hombre: el derecho a la dignidad.

Se estableció, en forma implícita, que la vulnerabilidad de los niños, es razón suficiente para que se justifique una protección especial de ellos. Alcanza a todos los ámbitos de su vida. El propósito es crear una conciencia universal sobre el respeto y ejercicio de las libertades fundamentales.

En 1959, la Asamblea de la ONU ratifica la primera Declaración Universal de los Derechos del Niño. Antecedente directo de la actual Convención de los Derechos del Niño. Se basaba en diez derechos básicos:

- A la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad
- A tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social
- A un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento
- A una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados
- A una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física
- A la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad
- A actividades recreativas y a una educación gratuita
- A estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia
- A la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación
- A ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal

Este proceso de reconocimiento culmina cuando la Asamblea de las Naciones Unidas mediante Resolución 44/25 aprueba la Convención de los Derechos del Niño en 1989, eje del ordenamiento jurídico de la minoridad.

En consecuencia, en cualquier proceso de adopción se deberán respetar todos los principios y pautas definidos en la Convención de los Derechos del Niño, de ahí la relevancia de su tratamiento.

1-2- Aspectos Fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño (CDN)

Tal como se describiera, esta Convención es el resultado de un conjunto de Pactos sobre Derechos Humanos de los menores y el reconocimiento de su capacidad jurídica.

Según Lathrop (2002), cuando un Estado ratifica la Convención el paso siguiente es dictaminar normas nacionales que se adecuen a ella y así pasen a formar parte del país signatario.

La CDN fue incorporada al derecho interno, mediante la Ley 23.849. Al ser un Tratado de Derechos Humanos, la misma tiene rango constitucional, incluida en el art. 75. Inc. 22 de la Constitución Nacional desde la Reforma de 1994. En consecuencia, en cualquier proceso judicial de adopción que se viole algún principio de esta Convención, se está violando la Constitución misma.

Baratta (1998), manifiesta que la CDN establece principios innovadores. Los más importantes son, en primer lugar, tiene derecho a formarse un juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión, y en tercer lugar a ser escuchado. Nunca habían sido reconocidas, de modo implícito, la autonomía y subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos.

Independiente de la decisión de cada Estado parte, de establecer la mayoría de edad, la Convención, considera niño hasta los dieciocho años. Los estados deberán instrumentar las medidas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para efectivizar el pleno ejercicio de los derechos reconocidos.

Los derechos tutelados son los siguientes:

- A la vida: reconoce la protección a la vida aún antes de nacer
- A la identidad: uno de los aspectos fundamentales para este trabajo, es el conocimiento de su familia biológica, un nombre y una nacionalidad
- A la no discriminación: serán tratados de forma igualitaria, independiente de su sexo, raza, condición socio-económica

- A la familia: se garantiza el derecho a vivir con sus padres, a excepción de una resolución judicial, por casos de abusos y maltratos. Si vive con un padre, y el otro reside en otra jurisdicción, se garantiza el derecho de visitas periódicas
- A la salud: se entiende por salud, no solamente la ausencia de enfermedad, sino el bienestar físico, mental y espiritual del menor. Incluye el derecho a un ambiente sano
- A la educación: primaria obligatoria y gratuita
- A su formación religiosa y cultural
- A la participación: es el reconocimiento a la libre expresión, a ser oído y a una opinión. Este principio es de gran importancia en un proceso de adopción cuando el niño ya tiene discernimiento.
- A la defensa judicial correspondiente y la garantía del debido proceso. El mismo incluye la posibilidad de ser privado de la libertad, sólo en casos excepcionales, y a ser juzgados por tribunales especiales.
- A la paz: significa ser atendidos primero en situaciones extremas de guerra, catástrofes, etc.

En síntesis, garantiza el derecho a la vida, dignidad y bienestar general del menor y a su desarrollo saludable.

La jurisprudencia, toma las pautas de CDN en sus fallos. El T.S.J.Cba, el 23/07/03, en la causa “G.S.A Restitución de Menores”¹, el Tribunal, dictaminó, que en cumplimiento de lo establecido en la CIDIP IV, y para el bienestar de la menor, según los principios de la CDN, la menor, no debía residir en la provincia de Córdoba. Ella debía ser restituida por su padre a Paraguay, donde tenía su centro de vida, asistía al colegio, etc., en definitiva el lugar donde se le aseguraba el desarrollo armónico de su personalidad.

El gran cambio de paradigma que produce la CDN es reglamentar sus derechos pero desde su óptica y no desde el punto de vista del adulto.

¹T.S.J.Cba. “G.S.A. Restitución de Menores”. LL 2004-D-760 (2004)

Como consecuencia de concebir a la infancia, desde lo que no pueden o no saben, se estableció normativamente su incapacidad como una institución de protección y su representación promiscua, engendrándose un sistema que considera a los niños y jóvenes como objetos de protección Y tutela, donde sus intereses eran llamados a ser protegidos-tutelados por el Defensor Público de Menores, sin que en nada interfiera la voluntad del representado. (Diez Picaso, 1979, p.50)

Este es el gran cambio que propicia la CDN. La misma está estructurada desde el punto de vista del menor, con el propósito de garantizar sus derechos, y no desde la visión adulta. Los caracteres básicos son:

- Es integral: trata todos los aspectos de la vida del menor, incluso anterior a su nacimiento, a efectos de garantizar el desarrollo pleno.

Así lo entiende también la jurisprudencia que en el fallo del 14/4/14, “G.E.L c/H.C.D s/Incidente de Alimentos”² C.1ª Civ.Com. Mar del Plata, Sala III, en donde el Tribunal estableció que:

Al contar con rango constitucional todas las normas relativas a la protección integral de los niños y adolescentes, estipuladas en la CDN, es lógico interpretar que las normas procesales sobre competencia en la normativa de fondo que los involucra, desplazan a los preceptos locales del C.P.C. de la Provincia de Buenos Aires,-en tanto la intención del legislador ha sido dar primacía al derecho de fondo-, extendiéndose también a la materia procesal.

- Progresividad en la capacidad jurídica: se lo define como sujeto de derecho con una autonomía progresiva, de acuerdo a la edad y grado de madurez.
- Reconocimiento de derechos: es titular de relaciones jurídicas. Sus necesidades se transforman en derechos. Basado en el principio de igualdad, el Estado deberá garantizarle el pleno ejercicio de su personalidad jurídica.

Teniendo en cuenta estos caracteres, toda la normativa se organiza en base a dos principios rectores que son: el derecho a ser oído y el interés superior del menor. Cillero (2014) se refiere a que la CDN opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se reestructura a partir de la idea de derechos y obligaciones recíprocos. La evolución del pensamiento social y la consideración de que los asuntos

² C.1ª Civ.Com. Mar del Plata, Sala III “G.E.L c/H.C.D s/Incidente de Alimentos”, AR/JUR/6593/2014

de menores son de índole pública, y no privados, es lo que permitió el desarrollo del concepto de interés superior.

Según explica Cillero (1994), el principio del interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna. También incluye a las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible al menor.

Este principio fundamental es el que rige todo el derecho de la minoridad. Se presenta tanto en la legislación de fondo como en las normas procesales. No es un concepto abstracto, por el contrario, implica la construcción de un andamiaje jurídico tendiente a proteger y tutelar los intereses del niño.

El otro principio es el derecho a ser oído. A pesar de ser sujeto de derecho, tiene una capacidad jurídica limitada. La representación estará a cargo de sus padres, tutor etc., y en todo proceso administrativo, o judicial que intervenga, éste tiene la facultad, (y los órganos administrativos o jurisdiccionales, la obligación) de que su opinión sea tenida en cuenta y considerada.

Jáuregui (2014) plantea ¿Desde qué edad deben los niños ser oídos y participar? La ley actual no distingue. El autor aclara que el menor no debe escapar a la protección constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos cuando se dirimen cuestiones que le son propias, debiendo considerársele como protagonista de su propia vida.

En relación al tema de la adopción específicamente, la CDN determina que los Estados partes que reconocen la figura de la adopción, deben cuidar que el interés superior del adoptado sea el punto primordial. Además tienen que garantizar que sean expedidas por una autoridad competente-de acuerdo a las normas internas- quienes deberán expedirse que la adopción es admisible según las características del niño, padres, parientes, o sea de acuerdo a su entorno.

Los Estados partes reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en el hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen.

En caso de adopciones internacionales la CDN establece que los estados deberán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el bienestar del niño, evitando que las mismas se hagan por la obtención de beneficios financieros de las personas que participan en ellas.

Estos son los puntos más relevantes de la CDN. La legislación interna recogió dichos principios en la ley 26.061.

1-3- Ley 26.061: Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes

De acuerdo a lo expresado en los puntos anteriores, los principios de la CDN, tienen rango constitucional.

Para completar el plexo normativo, en el año 2005 el Congreso Nacional, sancionó la ley 26.061 denominada Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Tiene como objeto garantizar el pleno, efectivo y permanente ejercicio y disfrute, dentro del territorio argentino, de los derechos reconocidos a ellos, tanto en el ordenamiento nacional como internacional.

Es obligación de los organismos gubernamentales, asegurar el pleno ejercicio de estos derechos, habilitando a cualquier ciudadano a interponer las medidas administrativas y/o judiciales, cuando los mismos se vean vulnerados.

Los derechos y garantías que protege esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Define como interés superior: a “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos reconocidos en la normativa”.

A los fines del cumplimiento de este precepto se deberá respetar:

- Su condición de sujeto de derecho
- El derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta
- El respeto al pleno desarrollo personal en su medio personal, familiar y cultural

- Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales
- El equilibrio entre los derechos y garantías del menor y las exigencias del bien común
- Su centro de vida: este es un concepto fundamental porque cuando se habla de menor no se habla de domicilio sino de centro de vida. Se entiende a éste, como el lugar donde los niños, o adolescentes hubiesen trascendido en condiciones legítimas, la mayor parte de su existencia.

La ley garantiza el ejercicio de todos los derechos contemplados en la CDN. Los principios, derechos y garantías que tutela son: a la vida, a la dignidad e integridad personal, a la educación gratuita, y prohibición de no acceder a la educación por estado de embarazo de una adolescente, a la libertad, al deporte y juego recreativo, al medio ambiente, dignidad, a la libre asociación, etc.

El Estado, a través de sus organismos gubernamentales, deberá adoptar las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías expresamente reconocidos.

El espíritu de la norma, al igual que la CDN, es la consideración de la voluntad del menor. Jáuregui (2014) expresa que a quien le corresponde aplicar la ley, ya sea en el fuero administrativo o judicial, siempre deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor. También deberá evaluar el interés superior de éste para acordarla según corresponda, en la determinación de sus derechos.

Conclusiones Parciales.

En el presente capítulo se abordaron temas introductorios sobre la protección jurídica que tiene el menor. El cambio de paradigma, en la concepción del niño y adolescente, como sujeto de derecho, es un largo proceso que culmina con la CDN.

Nuestro país no es ajeno a la tendencia del derecho internacional. El interés superior y el derecho a ser oído, son principios rectores que estructuran todo el derecho de la minoridad.

La consideración y reconocimiento de su voluntad, según el grado de madurez y su edad, son aspectos que tienen que ser evaluados en cualquier decisión que los involucre.

Estos principios no quedan ajenos al momento de la adopción. Será responsabilidad de todos los adultos participantes del proceso de adopción, el cumplimiento de los preceptos antes enunciados.

El cuidado de su bienestar físico y mental actual, permitirá el desarrollo de un adulto capaz de insertarse en una sociedad, respetando los derechos ajenos.

CAPITULO DOS

Principios Generales de la Adopción

La adopción es un instituto perteneciente al derecho de familia, que no tiene mucha antigüedad.

Es una ficción jurídica que tiene como finalidad darles un estado de filiación a aquellos menores, que por diferentes circunstancias, están privadas de ella.

En nuestro país durante largo tiempo las adopciones fueron de carácter informal, de acuerdo a la conveniencia de los adultos, sin considerar los intereses del menor adoptado.

La primera reglamentación en la materia tiene sus antecedentes en los años cincuenta con la adopción de niños huérfanos que no fueran parientes. Si bien se trató de darle un marco normativo, todavía existían muchas lagunas.

El proceso no era judicial, se podía hacer por escritura pública, con el niño como objeto de un contrato.

Recién en 1985 con la sanción de la ley 23.264 se establece que las adopciones serán mediante sentencia judicial, no siendo válidas la utilización de otras formas.

La legislación se fue modificando. Entre otros aspectos, se incorporó el concepto de guarda judicial previa y el registro único de adoptantes.

En todo proceso de adopción el respeto absoluto a los valores definidos en la CDN, son indiscutibles. El apartamiento de dichos principio implicaría una vulneración de derechos constitucionales.

En este capítulo se abordan las características principales de esta figura, los requisitos y clases de adopción.

Por tratarse de una etapa de transición legislativa, ante la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, muchos temas se abordan en forma comparativa.

2-1- Definición y características

La adopción es el mecanismo por el que le da el emplazamiento de estado de hijo a un menor que no tiene relación genética o biológica con esos padres. Esta relación

jurídica está normada en el Código de Vélez, que establece que la filiación puede ser por naturaleza o adopción.

En cambio, el nuevo Código Civil y Comercial, reconoce tres tipos de filiación, a los dos citados, se le agrega específicamente los niños nacidos por métodos de fertilización asistida. A los efectos aclaratorios, son aquellos nacidos mediante técnicas de ovodonación o donación de embriones donde el vínculo genético es diferente del filiatorio.

No hay una definición expresa de adopción. Esta relación jurídica entre adoptado y adoptante está basada en el amor, el bienestar del menor y la solidaridad.

En palabras de Sambrizzi (2014), es la figura que permite la sustitución de los padres biológicos por unos que no lo son, pero que ya otorgado el estado de hijo, las obligaciones y derechos filiares son los mismos, sin distinción.

La adopción prioriza, por sobre el factor estático del derecho a la identidad, que es el componente genético, el factor dinámico, que es un nuevo estado filiatorio, basado en el bienestar del menor.

El Código Civil, solo aclara los tipos de filiación. También las particularidades y los tipos de adopción.

En cuanto al Código Civil y Comercial nuevo, en el mismo si hay una definición de adopción. En los fundamentos del Proyecto se esgrimió que las definiciones incluidas tienen efecto normativo, no meramente didáctico. El artículo 594 nuevo prescribe que:

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

De esta definición se dan los caracteres esenciales que son:

- Es una institución jurídica: expresa sin dudas la posición del derecho de familia. Estamos frente a instituciones jurídicas, al igual que el matrimonio. Como

expresa Basset (2014), que se indique la institucionalidad de la adopción, implica una clara toma de posición frente al contractualismo.

Esta primera parte pone de manifiesto la negativa de nuestro orden jurídico de asociar al derecho de familia con el contractualismo. Más aún cuando hay involucrado menores.

- Finalidad: siguiendo los lineamientos de la CDN, el objetivo es el bienestar del menor, y no de los padres adoptivos. La protección es a los derechos de ese niño, más a que a la persona misma. El fin último es la satisfacción integral de sus necesidades.
- Carácter residual: la adopción procede solamente cuando los padres biológicos no pudiesen satisfacer las necesidades del menor. El propósito es tratar de mantener al menor dentro de su familia de origen. Cuando esto no fuese posible ahí recién opera este instituto. Esta es la posición de la jurisprudencia. La C.Apel.Civ. y Com., Sala I, Posadas, en “P.G.O, s/guarda con fines de adopción”³ dictaminó que la guarda provisoria de un menor debe otorgarse a una pareja escogida por su progenitora, pues se acreditó la precaria situación económica de esta, que le imposibilitaría otorgarle a su hijo de los recursos necesarios para su desarrollo integral, a la vez que la situación familiar, económica y social de los aspirantes se vislumbra como productora de un ámbito adecuado para el cuidado del niño.
- Carácter judicial: se sigue a la codificación actual, eliminando otras formas de adopción que no sea mediante una sentencia judicial.
- Estado de hijo: adquirido el emplazamiento de hijo, no hay diferencias entre biológicos o adoptados.

Del análisis de los artículos 595 y 596 del Código Civil y Comercial nuevo, surge la recepción de los principios rectores de la CDN y los principios generales de esta institución.

- a- El interés superior del menor: entiéndase, como fue descripto en capítulo anterior- por ese conjunto de acciones y principios que hacen al bienestar

³C.Apel. Civ. y Com., Sala I, Posadas “P.G.O, s/guarda con fines adoptivos”. AR/JUR/95427/2013

psicofísico del menor y que le permita un desarrollo armónico de su personalidad.

- b- Derecho a mantener su identidad. Como explica Lloveras (1998) la identidad está compuesta por elementos estáticos, a estos se refiere cuando se habla de la carga genética y sus vínculos biológicos; y los elementos dinámicos que se refiere a la cultura, ambiente, y el medio social donde el menor crece.

A lo que se refiere la nueva codificación es el derecho a conocer o mantener su identidad biológica.

- c- Agotamiento de la posibilidad de permanencia en la familia de origen o ampliada. Esto es en consonancia con el principio de no separar al menor de su familia biológica hasta que tal situación, por diferentes motivos sea insostenible. La tendencia doctrinaria y jurisprudencial, es sostener al menor dentro de su centro de vida, que es el espacio físico y emocional donde va creciendo.

- d- Preservar los vínculos fraternos. Este principio opera en caso de varios hermanos y la conveniencia de mantenerlos todos juntos y no darlos en adopción a diferentes familias rompiendo los lazos fraternales. Para Kemelmajer de Carlucci (2011) esto es sólo viable siempre y cuando la re vinculación no implique una re victimización, porque los menores permanecen en instituciones por largo tiempo o con la familia que no puede sostener su crianza.

- e- Derecho a conocer los orígenes. Con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad puede conocer su verdad biológica. Cuando el menor, tenga la edad y grado de madurez suficiente podrá acceder al expediente y conocer su origen biológico. Con asistencia letrada el menor adolescente puede iniciar una acción autónoma para conocer sus orígenes, lo que constituye una gran novedad en la materia.

- f- Derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. Esta consideración depende de la edad y el grado de madurez. A partir de los diez años, obligatoriamente tendrá que dar su consentimiento para ser adoptado.

Como puede observarse de lo antes descripto, se ha producido una constitucionalización del derecho de familia. Las pautas de la CDN se han introducido en el régimen de menores, y dentro de éste en la institución de la adopción.

Es el Estado, mediante la intervención interdisciplinaria de los tres poderes, el encargado de fijar políticas públicas que aseguren el cumplimiento y el ejercicio efectivo de los derechos de estos menores sujetos a adopción.

Como sostiene Videtta (2015), en cualquier asunto en el que se encuentre involucrado un niño, el criterio rector de la decisión es su interés superior (art. 3° CDN). Se trata de una pauta valorativa que orienta y condiciona toda decisión ya sea de los Tribunales, órganos administrativos, instituciones públicas o privadas.

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación-sostiene la autora- tiene dicho al respecto que la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son 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, pues, 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. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.

2-2- Requisitos para adoptar

Otras de las innovaciones que trae el Código Civil y Comercial nuevo, es el cambio o flexibilización de los requisitos para los adoptantes. Esto es en sintonía con los diferentes modelos de familia y la concepción de ella. La familia tradicional, matrimonio e hijos convive con otras formas como las uniones convivenciales o las familias ensambladas.

En términos generales, los requisitos que establecía el Código Civil para los adoptantes eran:

- Tener al menos dieciocho años de diferencia entre adoptante y adoptado, a excepción que se trate de un hijo del cónyuge premuerto
- Tener domicilio en el país, con un plazo no menor a cinco años desde la petición de guarda.
- Las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, excepto en los siguientes casos cuando: medie sentencia de separación personal, el cónyuge

haya sido declarado insano, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores o se declare judicialmente la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge.

- Estar inscripto en el Registro Único de Adoptantes

Según la legislación de Vélez no podían adoptar:

- Quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aún por debajo de éste término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos;
- Los ascendientes a sus descendientes;
- Un hermano a sus hermanos o medio hermanos

Las diferencias que se introducen en el Código Civil y Comercial nuevo son las siguientes:

- La edad mínima para adoptar se reduce a veinticinco años y la diferencia entre adoptante y adoptado se reduce a dieciséis años. En caso de cónyuges si uno de ellos es menor a esa edad, si el otro tiene veinticinco, podrán adoptar.
- Pueden adoptar en forma conjunta un matrimonio e introduce la unión convivencial. No se requiere ser cónyuges.
- El conviviente o cónyuge lo podrá hacer en forma unipersonal si el otro cónyuge o conviviente hubiese sido declarado incapaz, o los cónyuges estuviesen separados de hecho.
- Se suprime el requisito de tres años de matrimonio
- Se elimina la esterilidad matrimonial, sin límite de edad.
- Se elimina el plazo de cinco años de residencia para los ciudadanos argentinos.
- También podrán adoptar conjuntamente aquellas personas que, aún divorciados o cesada la convivencia, hubiesen tenido el estado de madre y padre con respecto al menor durante el matrimonio o convivencia. Se tendrá que evaluar el impacto de la ruptura en el menor.
- Continúa el requisito de inscripción en el Registro Único de Adoptantes

Parte de la doctrina efectuó grandes críticas a la flexibilización de estos requisitos. Para Basset (2014), a diferencia de la legislación anterior, esta nueva ley

quita el acento sobre el requisito de idoneidad del adoptante, cuya apreciación queda totalmente librada al Juez.

Esto gravita, opina la autora, sobre los derechos de los niños a su mejor interés, cuyo aseguro comienza por el escrutinio singular de cada pareja que pretende la adopción, de acuerdo con pautas orientativas brindadas por la ley. Estas pautas han de ser concordantes con los derechos y deberes emergentes de la responsabilidad parental, así como la estructura de derechos del niño que emana de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otro lado, la posibilidad de adopción por parte de las uniones convivenciales, asemejándolo al matrimonio, es un gran avance en el tema.

La convivencia estable es una de las figuras que se ha incrementado en los últimos años y hasta el momento estaban imposibilitados de acceder, por los requisitos que determina la legislación actual.

La eliminación de límites tan estrictos, implica la necesidad de abordar la temática desde una perspectiva más dinámica e interdisciplinaria.

Si bien la última palabra la tendrá el juez, habrá que analizar cada caso particular. La estabilidad emocional del menor no está dada porque los adoptantes sean matrimonio o convivientes.

2-3- El estado de adoptabilidad

Otra de las novedades introducidas en la reforma es la declaración previa de la situación de adoptabilidad.

Es el requisito inicial para iniciar un proceso de adopción. El menor debe ser declarado judicialmente en esta situación.

Este concepto fue incorporado por la normativa, tomado de la jurisprudencia. Es el requisito judicial previo para determinar que un menor está en condiciones de ser adoptado.

Habiéndose declarado el desamparo material y moral de una menor y su estado de adoptabilidad, el principio del interés superior del niño torna procedente disponer que continúe conviviendo con su familia cuidadora a los fines de que ésta intente iniciar los

trámites de adopción, teniendo en cuenta para ello que la ha criado como a una hija y constituye su centro de vida, mientras que sus padres biológicos no se encuentran en situación objetiva de madurez psíquica y emocional suficiente como para asumir su crianza y así brindarle la contención necesaria para proveer a su desarrollo pleno, mental y espiritual. (S.C.J, Mendoza, Sala I, “R.L.M. s/Medida tutelar”)⁴

En la causa “V.G.A. y C.E.R. s/ situación”, la C.Apel. Civ. Com. Min., Salas I⁵, sostuvo la procedencia de la declaración de adoptabilidad solicitada por la Defensora del Niño y Adolescente respecto de dos menores, puesto que la situación de inmadurez y vulnerabilidad en que se encuentran requiere una solución que no debe extenderse en el tiempo, máxime si la madre, que solicitó el rechazo de la medida esgrimiendo su “deseo” o “intención” de estar con sus hijos, no logró ni logra materializarlo y hacerlo efectivo en los hechos.

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial se establecen los presupuestos objetivos para la determinación de la situación de adoptabilidad. Se presenta cuando:

- un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares
- los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado.
- las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado.
- Los órganos administrativos hubiesen acreditado fehacientemente la imposibilidad de revinculación con su familia de origen y el estado vulnerabilidad.

Con la finalidad de preservar los vínculos biológicos, esta medida actúa en forma subsidiaria cuando no existieran otros parientes. Por lo tanto la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no podrá ser dictada si algún familiar del niño, ofrece su guarda o tutela.

González de Vicel (2015), sostiene que los presupuestos de procedencia que fueron descriptos, si bien contemplan las situaciones que pueden dar lugar a la

⁴S.C.J, Mendoza, Sala I, “R.L.M. s/Medida tutelar”. AR/JUR/3174/2012

⁵C.Apel. Civ. Com. Min., Sala I, “V.G.A. y C.E.R. s/situación” La Ley Patagonia 2012 (abril), 209

declaración de adoptabilidad, no se trata de compartimentos estancos. La vulneración de derechos que pueda estar afectando a una persona menor de edad, dependiendo de cuál fuere, puede ser subsumida en más de uno de los apartados, o incluso mutar de uno a otro emplazamiento filial o la extinción de la responsabilidad parental.

Hasta la vigencia de la nueva codificación, era el juez quien, después de verificada y acreditada la vulnerabilidad del menor, su estado de abandono y las condiciones particulares del niño, quien declaraba la necesidad de ser adoptado. Pero no hay ninguna norma explícita que identifique a estos principios.

Una vez más, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, son las fuentes de la nueva normativa.

En el Código Civil y Comercial los requisitos de abandono material y espiritual, la vulneración a sus derechos y la amenaza a su bienestar psicofísico deberán acreditarse por parte de los organismos administrativos pertinentes-informes periciales, opinión de los menores, etc.-

La comprobación efectiva de tal situación le permitirá al magistrado dictar la resolución de estado de adoptabilidad, paso previo para la guarda.

Según expresa Yuba (2015), lo que determina la situación de adoptabilidad es el derecho del niño a vivir en una familia que lo contenga, que lo cuide, que le brinde pautas de crianza y atención orientadas a su desarrollo y protección integral.

En definitiva es la potestad que le asiste a todo niño, niña o adolescente, como sujetos de derechos, a recibir la protección que le es debida y que es responsabilidad del Estado de otorgarla.

El Código Civil y Comercial asume, que lo importante para el correcto desarrollo de las potencialidades de un niño son las relaciones armónicas, un proyecto de vida donde se compartan valores comunes, brindarle pautas de cuidado y educación donde prime el respeto entre los miembros del grupo familiar. El objetivo de la adopción es dotar de un contexto familiar hábil y competente para el desarrollo personal a los niños que no pudieron ser criados en sus familias originarias, por lo que ni determinada cantidad de años de vida en común ni la inexistencia de otros hijos resultan pautas de gravitación, pues las valederas están dadas por las aptitudes personales,

culturales, axiológicas, morales y emocionales del adoptante para brindar condiciones de estabilidad y perdurabilidad. (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

Por lo tanto, la situación de adoptabilidad, en la parte formal, es la primera instancia judicial para el inicio del proceso de adopción. En cuanto a la parte de fondo, constituye la manifestación expresa de que el niño necesita ser protegido por encontrarse en riesgo su bienestar, sin que la familia de origen pueda cuidarlo.

La jurisprudencia en un fallo del mes de abril del 2015, se expidió en este sentido en la causa “G. J. S. s/violencia familiar”, la C.Apel. Sala A, Trelew,⁶ dijo que el estado de adoptabilidad de dos niñas debía decretarse, pues el maltrato infantil del que han sido víctimas se encuentra suficientemente acreditado, ya que padecieron de descuidos físicos, falta de vigilancia paterna, desatención de sus necesidades básicas, falta de apoyo emocional y desamor; encontrándose en una situación de vulnerabilidad por la cual sus vidas corren permanente peligro a manos de sus padres.

La declaración de adoptabilidad es el último peldaño, de un procedimiento donde la rapidez y eficacia de los organismos administrativos es fundamental para evitar el desamparo de los niños y la vulneración de sus derechos. La extensión prolongada de los plazos administrativos hasta llegar a la declaración de adoptabilidad atenta contra las posibilidades del menor de crecer en forma saludable. A mayor tiempo, mayor exposición a que sean sometidos a violencia física, moral o el desamparo.

Por tal motivo se deberán extremar los recaudos para que los mecanismos institucionales funcionen rápidamente, con acciones expeditas por parte de las administraciones provinciales, para poner en resguardo a esos niños en los que en varias situaciones hasta está en peligro sus vidas.

Conclusiones Parciales

Se han analizado en el capítulo, los aspectos más importantes de esta institución jurídica. La comparación entre el Código Civil que rigió hasta julio y el nuevo Código Civil y Comercial, pone de manifiesto la recepción en la nueva legislación de los

⁶C. Apel., Sala A, Trelew “G. J. S. s/violencia familiar” AR/JUR/150/2015

derechos, principios y garantías que da el derecho internacional en materia de minoridad.

La definición normativa de institución, la flexibilización de los requisitos y la declaración de adoptabilidad, responden a las necesidades que plantea la realidad actual, a pesar de que para la doctrina más conservadora implique un cambio desfavorable, porque se deja de lado pensamientos y convicciones rígidas en materia de niñez y familia.

El nuevo paradigma significa una mirada desde la visión del menor, con la incorporación de la tendencia internacional en la materia.

El Código Civil y Comercial es un código de principios, en él están contenidos los preceptos rectores en las diferentes áreas del derecho.

En lo referido al tema que nos concierne, estas normas contienen los principios vigentes en materia del derecho de la minoridad.

CAPITULO 3

El Proceso de Adopción

Entre los cambios producidos durante el transcurso de los años, se encuentra la modificación del proceso de adopción.

Desde la sanción de la normativa que determinó que la adopción es válida únicamente por vía judicial, los plazos y requisitos procesales fueron modificándose con las sucesivas legislaciones.

El inicio de tales tramitaciones comienza con una etapa administrativa, que es en esta instancia donde se evalúan las condiciones y particularidades de los menores, su calidad de vida, sus necesidades y el estado de abandono al que pudieran estar expuestos.

La judicialización y la prohibición de las guardas de hecho, son algunas de las características que se mantienen inmodificables en la nueva legislación.

La institución de la adopción tiene como fin último la protección de los menores en estado de abandono y vulnerabilidad, y no la satisfacción de los pretensos adoptantes.

Por la importancia del tema, el nuevo Código Civil y Comercial, introduce modificaciones en el proceso de adopción.

El motivo de tales reformas responde a la necesidad de estar en sintonía con los preceptos que establece la CDN y la ley de protección integral del niño, niña y adolescente.

En esta parte se analizan los cambios introducidos que suponen un acortamiento de plazos y el derecho del niño a ser oído y como parte del proceso.

3-1- El proceso en el Código Civil

En este acápite se efectúa una breve descripción de la situación en el Código Civil.

Si bien, el desarrollo del proceso se rige por los Códigos de Procedimientos Provinciales, se realiza un análisis a los efectos de poder comprender los cambios introducidos en la nueva normativa.

El proceso consta de dos etapas: la guarda preadoptiva y la adopción propiamente dicha.

El plazo de guarda es entre seis meses y un año. Pasados los seis meses se puede iniciar el juicio de adopción. El juez interviniente es el del domicilio del menor o donde fue declarado judicialmente el estado de abandono.

3-1-1- El otorgamiento de la guarda preadoptiva:

El primer paso judicial es la entrega del menor en guarda. Es un proceso autónomo del juicio de adopción propiamente dicho, pero es peldaño previo para la adopción.

La ley 25.854, creó un Registro Único de Aspirantes a guarda con fines adoptivos dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación. El mismo se creó con el objetivo de que no hubiese aspirantes inscriptos en distintas jurisdicciones.

En consecuencia el primer requisito es la inscripción en este Registro que son las provincias quienes reglamentan su funcionamiento.

Para otorgar la guarda, el magistrado deberá:

- Tomar conocimiento personal con el menor, sus condiciones, características, los informes de los organismos especializados
- Conocer las aptitudes e idoneidad de los adoptantes y si podrían compatibilizar con las necesidades e intereses del menor.
- Solicitar el consentimiento de los padres biológicos para entregarlo en adopción. Este requisito se elimina si el menor estuviese institucionalizado, es decir, en un estado de abandono, en alguna institución. En este aspecto, opina Cédola (2012) que tras tomar la decisión de dar su hijo en guarda con fines de adopción, la familia de origen es convocada al proceso de adopción al solo efecto de prestar consentimiento al respecto. Después no se prevé ninguna otra intervención. En lo atinente a las razones de la madre de origen para elegir una familia por sobre otra, son actualmente desoídas.

La guarda no causa estado definitivo, sostiene Pierini (2014) que sucede habitualmente, que quien prestó el consentimiento respecto del otorgamiento de su hijo en guarda con fines de adopción se arrepienta antes de la sentencia de adopción.

Estas situaciones generan para los pretensos adoptantes gran incertidumbre durante la tramitación de los pasos judiciales por la inseguridad a la que deben estar sometidos, hasta tanto se dicte sentencia judicial, aunque peor aún, es pensar que esta incertidumbre también corre para los niños.

En algunas oportunidades, si hubiese inobservancia de los requisitos, la tendencia de la jurisprudencia es flexibilizar las posturas si esto beneficia al menor. Ejemplo de ellos son:

a-El pronunciamiento de la C. Apel. Civ. y Com. Sala I, Concordia⁷, en la causa “P.M.M s/guarda con fines de adopción” que sostuvo que:

El requisito de inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción no puede erigirse como obstáculo insalvable para aspirar a la adopción, cuando el niño ha permanecido ininterrumpidamente con la familia guardadora la mayor parte de su existencia, integrándose a aquella, pues una separación le traerá aparejada consecuencias inevitables, aunque no sea posible predecir en qué consistirán y cuál será su gravedad.

b-La decisión del S.T.J., Sala Civ. y Com., Santiago del Estero, en “G.L.G. s/guarda con fines de adopción”⁸ que determinó que la guarda preadoptiva debe ser otorgada a los peticionarios si:

Pese a que el vínculo se materializó inicialmente por entrega directa mediante acta notarial, a más del expreso consentimiento y voluntad manifestada por la progenitora biológica, no se puede soslayar que en sus pocos años de vida, el único entorno familiar que ha conocido el niño ha sido el de aquellos, quienes le han brindado un ambiente de estabilidad, cuidado y facilidades para el pleno desarrollo de sus potencialidades.

Salvo algunas excepciones, la guarda preadoptiva se otorga o matrimonios inscriptos en el Registro Único de Adoptantes, condición esencial para acceder a tal petición. Caso contrario se estaría beneficiando las guardas de hecho donde los pretensos pudieran elegir al menor, o los padres biológicos elegir a los adoptantes, en ambos casos con criterios subjetivos o por intereses económicos.

3-1-2- El juicio de adopción

⁷C.Apel. Civ. y Com. Sala I, Concordia “P.M.M. s/guarda con fines de adopción.AR/JUR/4947/2014

⁸S.T.J. Sala Civ. y Com., Sgo. del Estero. “G.L.G. s/guarda con fines de adopción” AR/JUR/18874/2014

Otorgada la guarda, recién puede iniciar a instancia del pretense adoptante, el proceso de adopción.

Las reglas de juicio son las siguientes:

- La acción debe Interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda
- Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores
- El juez de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor
- El juez valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales de los adoptantes y la diferencia de edad entre adoptante y adoptado
- El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes
- Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados sus apoderados y los peritos intervinientes
- El juez no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor
- Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica
- El juez en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor.

Culminado el proceso, la sentencia que declare el emplazamiento de estado de hijo tiene efecto retroactivo desde el momento en que fue otorgada la guarda.

El proceso de adopción está encaminado a ilustrar al juez sobre la conveniencia de la petición para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes, en cuyo análisis debe primar el interés superior del menor. (C.N.Apel. Civ., Sala E, del 26/03/12 en “Cappuzzi, V. s/adopción.”)⁹

⁹C.N. Apel. Civ., Sala E, “Cappuzzi, V. s/adopción” DJ 12/09/2012, 95.

3-2- El proceso en el nuevo Código Civil y Comercial

Con la modificación, se introduce una serie de plazos perentorios para informar sobre la vulnerabilidad del menor, declarar la situación de adoptabilidad, el tiempo de guarda, los plazos para dictar sentencia, etc.

No se analizará en forma detallada cada plazo, en general los mismos se redujeron considerablemente, por lo que se estima que todo el proceso demande menor tiempo desde que se declara la adoptabilidad hasta que se dicta la sentencia de adopción.

A los efectos de evitar reiteraciones únicamente se plantearán las modificaciones que planteó la reforma.

Uno de los aspectos más relevantes que expresa la nueva legislación es la incorporación de normas procedimentales dentro del plexo normativo.

Como explicaba Medina (2012), el anteproyecto–hoy ley- contiene una serie de reglas aplicables a los procesos de familia entre las que se encuentra las de impulso procesal de oficio requisitos de acceso al proceso, legitimación, oralidad, anticipo de la prueba, agilidad, prioridad, coordinación, especialización, actuación interdisciplinaria, proximidad; estímulo de las formas alternativas de resolución de conflictos; promoción de actuaciones destinadas a proporcionar una información básica sobre los derechos.

El Art. 706 nuevo establece que todo proceso en materia de familia, debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe, oficiosidad, lealtad procesal, oralidad y acceso limitado al expediente.

Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas a modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. Los jueces antes quienes tramitan las causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.

La decisión que se dicte en un proceso en que estén involucrados un menor debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

Según este modelo, se puede dividir en tres etapas:

- 1-El procedimiento administrativo que culmina con la declaración de adoptabilidad
- 2-La guarda con fines de adopción
- 3-El proceso de adopción propiamente dicho

Con la nueva ley, adquiere una relevancia fundamental, la etapa administrativa que culmina en la declaración de adoptabilidad.

3-2-1-El procedimiento administrativo

A los efectos de los intereses del menor, esta es una de las etapas más importantes y previa al proceso judicial.

La intervención de los diferentes organismos estatales para la contención y resguardo, constituyen un aspecto fundamental. La finalidad del procedimiento es obtener la declaración de adoptabilidad. Conocida la situación del menor el magistrado debe expedirse en el término de 45 días.

Son partes del procedimiento; y el juez deberá darles intervención: al menor- dependiendo de su edad y madurez-, a los padres o tutores, al Ministerio Público, al organismo administrativo que participó.

La declaración se tramita ante el juez que dictó medidas excepcionales. Es la única ocasión donde el tribunal escucha a los padres, en caso de existir. Además toma en cuenta la opinión del menor.

Uno de los temas a tener en cuenta en esta parte es el centro de vida del menor, como eje de sus vínculos y la conveniencia o no de su conservación.

Si bien, esta es una etapa fundamental, para Basset (2014), genera más burocratización y alargamiento de los plazos. No hay plazos administrativos perentorios para que se determine el estado de abandono o vulnerabilidad para informar al Poder Judicial. Dependerá de las leyes provinciales.

Es responsabilidad de los organismos sociales intervinientes, una efectiva y expedita actuación. Cuanto más tiempo pase, mayor vulnerabilidad.

Intervienen en forma conjunta organismos administrativos y jurisdiccionales, siendo estos últimos los responsables del control de legalidad y del otorgamiento de medidas excepcionales que garanticen la tutela del menor.

La nueva legislación incorpora mayor participación de la Administración y la articulación con la Justicia, en roles simultáneos como sucesivos. Habrá que esperar unos años para evaluar la efectividad de la modificación.

3-2-2- La guarda preadoptiva

Es el primer paso judicial después de la declaración de adoptabilidad. Se mantienen los lineamientos generales que establecía el Código Civil. Se disminuye el plazo, que no puede exceder los seis meses. Se mantiene la prohibición de guardas de hecho.

El magistrado que tiene competencia para definir la guarda es el que dictó la declaración de adoptabilidad.

En los fundamentos del proyecto, se expresa la necesaria regulación jurídica de la guarda cuando un menor es desprendido de sus pares biológicos y es entregado a otra familia.

En el Código Civil y Comercial, la guarda desaparece como proceso autónomo y previo a la adopción, al ser reemplazada por aquel donde se adoptan medidas de protección de derechos administrativas, excepcionales o judiciales que pueden dar lugar a la declaración de adoptabilidad.

La sentencia que resuelve la situación del niño decretando la inserción en otro grupo familiar y la que discierne la guarda para futura adopción concluyen el proceso, y las actuaciones siguientes se limitarán a los informes de seguimiento pertinentes. (Mazzinghi, 2015).

La finalidad del proceso es dar seguridad jurídica a la institución y lograr el ensamble adoptivo, evitando entrega de niños por fuera del sistema judicial. Este objetivo se materializa en la última parte del artículo 611, que expresa que 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.

Opinamos que dicha redacción es poco clara. Aunque pretenda darse un sentido de transparencia y seguridad a la adopción, la no consideración de situaciones de guardas previas de hecho-por motivos fundados- podría originar otro cambio para el menor, sometiéndolo a episodios traumáticos de entregarlo a otros adultos para que ejerzan su cuidado. Podría estar así en tres familias, sus padres, sus guardadores transitorios o de hecho y sus padres adoptivos.

La guarda tiene como objetivo darle un contenido jurídico a derechos y obligaciones que asumen adultos al cuidar esos menores por un tiempo determinado, pero que no es considerada como responsabilidad parental-hoy patria potestad-.

Sostiene González de Vicel (2015) que la guarda deja de ser un proceso y se convierte en una modalidad de convivencia temporal, con intención de definitividad y sin implicar la totalidad de los deberes y responsabilidades derivadas de la responsabilidad parental.

Otra novedad, es la intervención del organismo administrativo en esta etapa, a requerimiento del juez, o en forma espontánea. El mismo puede participar en la elección de los pretendientes, con opinión fundada sobre la conveniencia o no de elegir ciertas personas.

Galli Fiant (2015) critica fuertemente la previsión de una extendida e innecesaria intervención del organismo administrativo de protección, que lejos de agilizar podrá entorpecer la definición de la situación de quien está a la espera de padres adoptivos. Su intervención debería agotarse-afirma la autora- en el dictamen sobre la conveniencia de que el niño o adolescente sea declarado en situación de adoptabilidad, sin perjuicio de que el juez de la guarda requiera una ampliación o aclaración del dictamen, de ser necesario. Habilitarle al órgano administrativo la comparecencia espontánea es un desatino.

En situaciones especiales de gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en la nueva norma. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental

quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

Obtenida la guarda judicial, la última etapa del proceso es la declaración de la adopción.

3-2-3-La adopción propiamente dicha

Los cambios notorios son:

- En cuanto al juez, actúa quien otorgó la guarda o aquel donde el menor tiene su centro de vida. Puede verse que, en concordancia con la ley de protección integral de los menores y la CDN se sustituye la palabra domicilio por el de centro de vida. En definitiva es el lugar donde el niño está creciendo.
“En actuaciones cuyo objeto atañe a niños es aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de aquellos, por lo que corresponde dar primacía al lugar donde ellos residen para determinar la competencia”. (C.S.J.N. “G. de O., M.V. s/guarda, medida cautelar”)¹⁰
- El juicio puede iniciarse de oficio, a pedido de los pretensos adoptantes o del organismo administrativo. Como pudo observarse, parte de la doctrina rechaza la intervención jurisdiccional del órgano administrativo, como por ejemplo el pedido de inicio del juicio de adopción.
- Son partes del proceso: el menor a adoptar-si tiene la edad y madurez suficiente- y los padres pretensos. Deben intervenir, aunque no son partes, el Ministerio Público y el organismo administrativo que determinó la situación del menor.
- Si el menor tiene más de diez años, se necesita su expreso consentimiento.

En relación a la participación del menor, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, comparecerá con asistencia letrada. Diferentes aspectos a dilucidar en un futuro, serán: por ejemplo quién proveerá la asistencia letrada ¿los futuros padres, el Ministerio Público? ¿Qué parámetros tendrá el magistrado para determinar que tiene la madurez para comparecer? Estos son algunos interrogantes a los que nos enfrentaremos en los próximos tiempos.

¹⁰C.S.J.N. “G. de O., M.V. s/guarda, medida cautelar”. AR/JUR/66523/2014.

Videtta(2015) sostiene que el cumplimiento de los plazos es fundamental en todo el proceso. Describe que, la garantía de plazo razonable ha sido calificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como inherente al acceso a la justicia. El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.

Siguiendo la jurisprudencia de la CIDH, ésta ha señalado que en los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de niños y niñas particularmente, en aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. Ello en tanto el mero transcurso del tiempo puede favorecer la construcción de lazos familiares con la familia acogedora, generando situaciones irreversibles que impidan proteger los derechos de los padres biológicos. (Mazzinghi, 2015).

La finalidad del proceso es acortar los plazos y cumplir con los derechos del niño a ser oído y a tener una participación durante el juicio, incluso de brindar su propio consentimiento a tal adopción.

Culminada todas las etapas, se dicta la sentencia con efectos retroactivos, y la correspondiente inscripción en el Registro Civil, con el estado de hijo.

En cuanto al apellido, dependerá del tipo de adopción. En el Código Civil y Comercial, el juez podrá otorgar la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Cuando fuese más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez podrá mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple.

Hay un cambio en el proceso con relación a la ley que rige hasta julio. El menor es parte del proceso, únicamente si tiene la edad y grado de madurez suficiente. Será el magistrado quien decida si está legitimado como parte o no, según las condiciones particulares.

Los padres biológicos no tienen acceso al expediente judicial, únicamente pueden ser oídos en la etapa administrativa.

Conclusiones Parciales

En esta parte se han expuestos los aspectos fundamentales del proceso de adopción y las modificaciones introducidas con la reforma.

El rol que cumple el organismo administrativo es de gran relevancia durante todas las etapas. La mayor administrativización es una de las particularidades de la nueva modalidad procesal.

La inclusión del menor como parte, según su edad y madurez, el derecho a ser oído y su consentimiento para ser adoptado si tiene diez años, son algunos de los aspectos que reflejan el cambio de paradigma en la visión de la minoridad.

No es posible evaluar de antemano si las modificaciones en cuanto a plazos y la intervención de los organismos administrativos, será favorable en las causas.

Creemos que estos cambios le van a impartir celeridad al proceso, a pesar de la crítica férrea de alguna parte de la doctrina.

El factor tiempo tiene una gran trascendencia en todas las etapas tanto administrativas como jurisdiccionales.

La mayor celeridad durante el transcurso de todas las etapas facilitará que el menor desprotegido tenga acceso a gozar en forma expedita de una nueva familia que le facilite el ejercicio pleno de sus derechos.

CAPITULO 4:
Tipos de Adopción

En esta última parte se aborda la temática de los tipos de adopción que contempla la normativa recién sancionada.

El nuevo Código Civil y Comercial mantiene las clases previstas en la legislación vigente, que son la simple y plena.

La elección de una u otra dependerá de las circunstancias particulares y de la conveniencia o no de mantener el vínculo de origen o sustituirlo por el parentesco adoptivo.

Pero como se ha mencionado en otras oportunidades, las modificaciones de las normas, siempre responden a cambios sociales.

La realidad de las familias denominadas ensambladas, donde hay hijos de matrimonios o uniones anteriores es una forma habitual de vida, a la que resultaba imperante darle un sustento jurídico.

Los hijos que conviven con un padre biológico y con el cónyuge o conviviente del otro, son situaciones comunes que suceden diariamente y a las que el derecho debía darle una respuesta.

En el Código Civil estaba prevista la adopción del hijo del cónyuge. Se incorpora como una forma autónoma la adopción por integración.

Como consecuencia de ello, en esta última parte se indaga sobre los cambios en los tipos de adopción y la incorporación de la adopción de integración.

4-1- Los tipos de adopción

Se mantiene en términos generales las características de los dos tipos adoptivos vigentes en el Código Civil. Además regula en forma organizada y sistemática las mismas clases que normaba el mismo.

En cuanto a la adopción simple, su particularidad es que el adoptado mantiene su vínculo con la familia de origen. Tiene derecho a comunicación con su núcleo biológico, pero la responsabilidad parental la ejercen los padres adoptivos. Tienen

derecho a reclamos de alimentos a su familia de origen, cuando no pueda proveérselos su familia adoptiva.

Puede ser revocada por las causas expresamente determinadas: indignidad del adoptado o adoptante, petición fundada del adoptado cuando es mayor de edad, acuerdo judicial entre el adoptante y adoptado mayor de edad.

Procederá la nulidad absoluta de la adopción ante la falta de:

- La declaración de adoptabilidad
- La falta de consentimiento del menor si tiene diez años
- Inscripción en el Registro de adoptantes

También se introduce en la reforma la posibilidad de que el juez de transforme una adopción simple en plena, siempre que existan razones fundadas y a petición de parte.

En relación a la adopción plena, mantiene la característica de la pérdida de vínculo de parentesco con la familia de origen. Además se sostiene su irrevocabilidad pero la flexibilización se manifiesta en que posibilita al adoptado iniciar acciones de filiación contra sus padres de origen únicamente a los efectos sucesorios y alimentarios.

La adopción plena procede cuando: el menor se encuentra en estado de adoptabilidad, los padres son privados de la responsabilidad parental, los progenitores informaron al juez de su decisión de entregar al menor en adopción.

Ante las diversas declaraciones jurisprudenciales de inconstitucionalidad de supresión de los vínculos de origen, (previsto en el viejo artículo 323), por ser violatorios del derecho a la identidad, la nueva norma le otorga al juez la facultad de mantener, en ciertas circunstancias estos vínculos con su familia de sangre, siempre y cuando sea en interés del menor.

La adopción de tres hermanos menores de edad por diferentes adoptantes debe ser ordenada con carácter pleno pero manteniendo subsistente el vínculo de parentesco por consanguinidad en segundo grado de la línea colateral, previa declaración de inconstitucionalidad del art.323 del Código Civil pues, estando acreditado que permanecen unidos como tales, la disolución del vínculo jurídico que surge de la adopción plena no

brinda una respuesta razonable a esos vínculos y a esa realidad. (Fallo del 10/10/14 del Trib. Col. Flia, N°5, Rosario, K., A.A. y R.C., N. s/adopción plena)¹¹.

En definitiva, a pesar de mantener el mismo ordenamiento estructural y sistemático, en relación al Código de Vélez, se deja de lado la visión rígida e inflexible. La finalidad es poder considerar cada situación en particular y dotar al magistrado de la potestad necesaria, para que de acuerdo a la interpretación de los hechos y de la ley, decida en forma razonable en función de los intereses de los menores.

4-2- Las familias ensambladas

Durante muchos años, el derecho ha ignorado los cambios producidos en las relaciones familiares.

Para comprender el porqué de la adopción de integración, hay que partir del origen de esos vínculos parentales que es la constitución de familias ensambladas.

En los fundamentos del Anteproyecto se establecía que este nuevo Código está dirigido a una sociedad multicultural, y plural, donde debe legislarse para la sociedad en su conjunto y no únicamente para una parte.

La muerte de uno de los cónyuges ya no es el principal factor de disolución del matrimonio. El incremento de los divorcios y las separaciones de hecho, originaron la constitución de nuevas relaciones informales con convivencias o nuevos matrimonios.

El nuevo Código deja de lado la palabra concubinato para denominar a la unión de hecho, como uniones convivenciales. Las mismas constituyen generalmente el cimiento de las familias ensambladas, cuando hay ausencia de un vínculo jurídico.

Un segundo matrimonio, otorga un vínculo jurídico entre los adultos, pero si a ese nuevo matrimonio, se incorporan hijos de uno o de ambos cónyuges, estamos en presencia de relaciones afectivas pero sin ninguna relación legal.

Dicho grupo tiene las mismas características constitutivas y funcionales que el núcleo tradicional protegido por Vélez Sarsfield.

¹¹ Trib. Coleg. Flia, N° 5, Rosario, “K., A.A. y R.C., N. s/adopción plena”. AR/JUR/50164/2014

Esta falta de protección a estas formas familiares fue observada por los tribunales. La C.Civ. Com. y Min., Gral. Roca, en el fallos de “R.P.M. s/medidas precautorias”¹² expresó: “las parejas convivientes con hijos de diversos padres o madres, es prácticamente ignorado en el derecho privado, en especial el derecho de familia”.

Las familias ensambladas constituyen parte de la dinámica social y son las responsables del cuidado y desarrollo de los hijos dentro de un contexto afectivo diferente a las familias tradicionales. Como define Grosman (2013, p.88):

La designación “familia ensamblada”, elegida entre tantas que circulan en el contexto social (familia reconstituida - recompuesta-rearmada) simboliza el intercambio del nuevo núcleo con los precedentes. Dar un nombre a esta entidad la torna visible en la sociedad y permite centrar la atención sobre sus necesidades y dificultades específicas.

Para normatizar el tema el nuevo artículo 672 denomina al progenitor afín tanto al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o del adolescente.

Además también se definen los deberes de este progenitor afín. Debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

Esto constituye una novedad legislativa porque crea deberes y obligaciones en esta relación pero no crea un parentesco por afinidad. La única forma de crear parentesco entre el menor y el cónyuge o conviviente del progenitor es mediante la figura de la adopción.

Las familias ensambladas están compuestas por una multiplicidad de vínculos afectivos que involucran a los menores miembros de estos núcleos sociales y a los que

¹²C.Civ. Com. y Min. Gral. Roca, “R.P.M. s/Medidas precautorias”. La Ley Patagonia 2003 (marzo), 192.

el derecho ha tenido que darle una regulación, a pesar de la negativa de cierta doctrina conservadora.

La adopción de integración es el resultado del perfeccionamiento de este vínculo parental, ya sea originado en un matrimonio o una unión convivencial.

4-3- La adopción de Integración

El Código Civil preveía la posibilidad de adoptar el hijo del cónyuge únicamente, y siempre mediante adopción simple.

El Código Civil y Comercial le da identidad propia, si bien tiene sus antecedentes en la Ley 24.779, y en la jurisprudencia, ahora a los efectos de la adopción equipara al conviviente con un cónyuge.

Esta nueva figura, para algunos autores tiene características anómalas porque no hacen a la esencia del instituto que es la protección de niños vulnerables. Moreno (2001) afirma que la anomalía deviene porque es inaplicable el contenido normativo previsto para este instituto. El autor opina que la adopción integrativa da real satisfacción a la finalidad de la ley que regula la adopción, es decir, otorgar legalmente al adoptado un padre y una madre, resguardando no sólo la estabilidad de tales vínculos: el creado por adopción y el ya preexistente; sino también imitando los vínculos naturales, y asegurando la integración familiar pretendida en nuestra sociedad.

Se habla de anomalía en sus requisitos porque no se requiere:

- Declaración de adoptabilidad
- Diferencia de edad entre adoptante y adoptado
- Estar inscripto en el Registro de Adoptantes
- Guarda con fines de adopción

La adopción integrativa, al igual que los otros tipos adoptivos, deberá respetar el interés superior del adoptado.

“La adopción llamada de integración tiende a satisfacer el interés del menor y como tal debe recibir aplicación toda vez que no resulte impedida por circunstancias

graves que se contrapongan a ese mismo interés”(S.C.J.Bs.As.,“D.,M.M. s/Adopción”).¹³.

La incorporación de la posibilidad de adoptar el hijo del conviviente es la adaptación del derecho a situaciones fácticas que no estaban contempladas.

El derecho a la familia que tiene un menor en estado de adoptabilidad, se acentúa aún con mayor fuerza en la adopción integrativa. El motivo, explica Orlandi (2014), es que en esta forma de adopción, no solamente se crea un vínculo afectivo, seguro y estable, sino que el adoptado completa su núcleo familiar incorporando a su vida la figura materna o paterna-según quien sea el adoptante, conjuntamente con el vínculo ya subsistente del progenitor que convive con él-.

Para Medina (2012) esta forma de adopción, constituye un subsistema dentro del sistema de adopción con pautas bien diferenciadas, como por ejemplo, los progenitores no convivientes con el menor deben ser escuchados, salvo causas graves que estén debidamente fundadas.

En cuanto a los efectos que produce, los mismos son:

- a- Si el adoptado tiene un solo vínculo de origen, se inserta en la familia del adoptante con los mismos efectos de la adopción plena. La responsabilidad parental corresponde al progenitor de origen y el adoptante cónyuge o conviviente.
- b- Si el adoptado tiene doble vínculo filial, será el juez quien decidirá si se otorga adopción plena o simple.
- c- El adoptado puede ser mayor de edad
- d- Se revoca por las mismas causales que la adopción simple. Independiente de si fue otorgada en forma simple o plena.

El Código Civil y Comercial otorga mayores facultades al juez, para considerar cada situación -siempre y cuando sea conveniente al menor-y así otorgar adopción simple o plena. La nueva norma permite al magistrado, mantener subsistente el vínculo de origen con uno o varios parientes de origen, en caso de que otorgue la adopción plena.

¹³S.C.J. Bs.As., “D., M.M. s/Adopción” La Ley BA 2007 (setiembre), 888.

En caso de que se otorgue una adopción simple, el juez puede crear un vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante.

Es el magistrado, quien tiene la potestad de crear o suprimir vínculos jurídicos. Si bien el propósito es priorizar el interés del menor y su bienestar, habrá que indagar cuáles son los parámetros objetivos que contempla cada tribunal para tomar tal decisión.

El otorgamiento de esta facultad tiene como propósito por ejemplo, otorgar el parentesco de hermanos en caso de familias ensambladas.

El fundamento de esta facultad del magistrado está explicada en el Anteproyecto, que sostiene que el juez debe superar la limitación de una interpretación meramente exegética de la ley, se debe considerar todo el ordenamiento jurídico y recurrir a todas las fuentes disponibles del sistema.

La costumbre como fuente del derecho juega un rol fundamental. Por ejemplo la relación afectiva que tiene un menor con los ascendientes de su pretense adoptante puede originar la legalización de ese vínculo.

El juez deberá tener en cuenta para decidir sobre el destino de un menor, a aquellos conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. (Fundamentos del Anteproyecto, 2012)

Aunque la ley tenga un fin altruista y tienda al resguardo del menor, creemos que hubiese sido conveniente reglamentar o describir en forma más específica la oportunidad y las situaciones en que se puede crear un parentesco.

Dejar tal facultad a una decisión discrecional de un juez, que puede no conocer en forma clara la realidad del menor, únicamente por un expediente judicial es un tema controvertido.

Los vínculos de parentesco no se crean y suprimen como si fuese una obligación contractual. Están involucrados aspectos fundamentales en el desarrollo evolutivo del menor que excede ampliamente el campo del derecho.

Por eso pensamos que la incorporación de tal potestad, sin que se establezcan unas condiciones mínimas para otorgar o suprimir un parentesco, es exponer a los menores a una decisión que puede cambiar, según la concepción de cada magistrado.

Conclusiones Parciales

El Código Civil y Comercial incorpora la adopción integrativa en forma sistemática y ordenada como parte autónoma de los tipos de adopción.

Si bien se reglamenta como un tipo adoptivo más, tiene características tan particulares que los objetivos perseguidos en la adopción simple o plena, que es la protección y resguardo de menores vulnerables, difieren completamente en la adopción por integración.

La finalidad de esta figura es darle un plexo normativo a situaciones fácticas y que fueron recogidos por la jurisprudencia y la doctrina.

La figura es tan compleja ya que en ella conviven una multiplicidad de relaciones afectivas en forma simultánea. Se trata de reglamentar en forma subsidiaria la responsabilidad de los adultos no progenitores que conviven con el menor y simultáneamente crear vínculos de parentesco.

El juez de familia en esta nueva legislación es el que juega un rol preponderante. Sobre él recae la responsabilidad de dictaminar una adopción simple o plena, atendiendo a principios generales del derecho y a las situaciones fácticas.

Conclusiones Finales

En este trabajo se han analizado cuáles son las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial nuevo, en materia de adopción.

Sin pretender efectuar una descripción pormenorizada de la nueva norma, se han abordado durante los capítulos las diferencias con el Código de Vélez y la próxima norma.

El nuevo Código cambiará la vida de los argentinos en poco tiempo, o al menos regularizará situaciones fácticas que estaban fuera de la esfera del derecho.

Nuestro orden jurídico se mantuvo aislado por mucho tiempo de la tendencia internacional y de los cambios sociales producidos en las últimas décadas.

Dentro de ese silencio legal, el derecho de familia fue uno de los más afectados por la falta de reglamentación o por la rigidez de instituciones que nacieron con una idea tradicional de familia imperante durante el Siglo XIX y que el codificador plasmó en sus normas.

El aumento de divorcios, el matrimonio igualitario, las familias ensambladas, las uniones convivenciales y las adopciones irregulares, son algunos ejemplos sociales que, aunque fueran negados por algunos doctrinarios, legisladores y la comunidad misma, necesitaban un contenido jurídico acorde a los tiempos.

En materia de adopción no hace muchos años que se reconoció a la adopción judicial como único sistema viable.

La diferencia entre la legislación que rigió hasta julio y la nueva es el cambio de paradigma en la estructura de pensamiento.

Esto significa mucho más que un cambio legislativo. Implica una visión diferente de las necesidades y requerimientos de los niños. Donde existe una necesidad, inmediatamente existe un derecho.

A veinte años de la reforma constitucional, de la incorporación de la CDN a la misma, y la sanción de la ley de protección integral de los derechos del niño, recién se adapta nuestro derecho interno a la normativa internacional.

Surge la adopción con una definición normativa de institución cuya finalidad es la protección de los derechos del menor que se encuentra en un estado de vulnerabilidad.

Se cambia la mirada hacia el menor quien es un sujeto de derecho con capacidad progresiva, derecho a ser oído y también acceso y participación judicial.

El principio supremo es su interés superior y no el interés de los pretendientes adoptantes. Se dejan de lado las necesidades de los adultos para priorizar a los menores.

El Código de Vélez no pudo prever esta modalidad de filiación porque las mismas eran totalmente informales y generalmente eran adopciones de niños huérfanos pertenecientes a la misma familia.

Desde la primera ley de adopción se han efectuado innumerables modificaciones, que hicieron de la misma un instituto rígido e inflexible, a los que la realidad demostró que son años, el tiempo que pasa para obtener una sentencia de filiación por adopción.

Este nuevo Código incorpora las situaciones fácticas y las definiciones jurisprudenciales que ya eran habituales.

Se incorporan plazos perentorios y se le da una participación fundamental al órgano administrativo, quien es el encargado de solicitar el estado de adoptabilidad del menor.

Tal vez lo más preocupante, es el tiempo de actuación de estos organismos provinciales. Dependerá de la celeridad e inmediatez con que atiendan los casos de niños vulnerables y sometidos a un estado de abandono material y espiritual, lo que permitirá que este instituto funcione correctamente.

Algunos autores sostienen que esto generará mayor burocracia y demora en los plazos del procedimiento administrativo, hasta llegar a la etapa judicial, y que por supuesto será perjudicial para el menor.

Otras de las novedades es la incorporación de la adopción de integración. La misma constituye una forma autónoma y con características particulares cuyo objetivo no es el resguardo de un menor vulnerable, sino dar un vínculo jurídico a un vínculo

afectivo ya existente. El menor tiene un estado de hijo en términos de responsabilidad parental, afectivos, sociales, etc.; pero legalmente no es el hijo.

La gran diferencia con el Código viejo son las facultades que se le otorgan al juez. Con el fin de dotar de flexibilidad a la institución, es el magistrado quien podrá decidir-siempre en interés del menor- cuál es el tipo de adopción a otorgar, qué vínculos pueden mantenerse y cuáles suprimirse, entre otros.

En este aspecto somos críticos a la excesiva flexibilización del criterio jurisprudencial. Dependerá de los magistrados quienes ante situaciones similares dictaminen en forma diferente.

Lo que para un magistrado puede significar el interés del menor tomar cierta decisión, para otro puede significar otra postura. En algunas situaciones el bienestar moral, interés superior, son conceptos relativos que dependerá de la concepción de cada juez.

En términos generales consideramos que, aunque el instituto debería haberse modificado hace años, de acuerdo a los reclamos sociales, tal modificación cumple con los estándares actuales. Respeta los lineamientos del derecho internacional y le otorga al menor una participación fundamental.

En definitiva, según su grado de madurez, edad y conciencia, tiene derecho a decidir sobre su propia vida. La priorización de la autonomía de su voluntad y el derecho a ser oído no pueden ser sustituidos por ninguna voluntad jurisdiccional.

La legislación ya se modificó, ahora es la responsabilidad de los otros dos poderes del Estado, de cumplir con los preceptos constitucionales.

El Poder Ejecutivo mediante la instrumentación de acciones expeditas que reduzcan los tiempos, para proteger a un menor cuando se encuentre en situación de vulnerabilidad. El Poder Judicial, dictaminando en forma razonable y armónica, de acuerdo a la ley y los principios generales del derecho.

Por último, es responsabilidad de la sociedad toda, porque todos formamos parte del Estado. Cada uno desde su lugar, somos los encargados de velar por una niñez sana física y emocionalmente, que pueda crecer en armonía.

Si no se instrumentan los mecanismos de protección y fortalecimiento adecuado, para menores en riesgo de abandono y desamparo, estamos adoptando una visión cortoplacista de la sociedad.

Ellos son nuestro porvenir. Si se les niega el presente, nos estamos negando la posibilidad de un país futuro integrado al mundo.

BIBLIOGRAFIA

Antecedentes Legislativos:

Declaración de los Derechos del Niño. Carta de Ginebra de 1924

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959

Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Constitución Nacional

Ley 23.849. Incorporación de la CDN

Ley 23.264. Adopción Judicial.

Ley 24.779. Adopción

Ley 25.854. Registro Único de Aspirantes a guarda.

Código Civil

Código Civil y Comercial Unificado

Antecedentes Doctrinarios

ANTEPROYECTO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL. (2012). www.infojus.gov.ar

BARATTA, A. (1998). *Infancia y Democracias en América Latina, análisis crítico del panorama legislativo en el contexto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño*. Buenos Aires: Depalma

BASSET, U. (2014). La adopción en el nuevo Código Civil y Comercial. AR/DOC/1431/2014.

BIGLIARDI, K. (2014). La adopción por integración. AR/DOC/3754/2014

CEDOLA, C. (2012). El derecho del niño a que los padres de origen elijan a la familia adoptante. DFy P 2012 (diciembre), 57.

CILLERO, M. (2014). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Recuperado el 13/05/15 de http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf

DIEZ PICASO, L. (1979). *La representación en el derecho privado*. Madrid: Civitas

GALLI FIANT, M. (2015). El tiempo de los niños. DFyP 2015 (abril), 78.

GONZALEZ DE VICEL, M. (2015). El Régimen jurídico de la adopción: cuestiones de fondo. AR/DOC/1298/2015.

GROSMAN, C. (2013). Las familias ensambladas en el nuevo Código Civil. *Revista de Derecho Privado*, 6 (2). 85-106.

JÁUREGUI, R. (2014). Principios procesales de Familia e interés superior del niño. AR/DOC/358/2014

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2011). Familia de origen vs. Familia adoptiva. Las difíciles disyuntivas que involucra la adopción. La Ley 2011, F-225.

LATHROP, P. (2002). *Revista chilena de Derecho*. El derecho del niño a ser oído. Recuperado el 08/05/15 de http://www.scielo.cl/elderecho_del_niño__lathrop.pdf

LLOVERAS, N. (1998). La identidad personal, lo estático y dinámico, en los derechos del niño. ABELEDO PERROT N° 0029/000297

MAZZINGHI, J. (2015). El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia. AR/DOC/1266/2015.

MEDINA, G. (2012). Las diez reformas al derecho de familia. AR/DOC/ 3061/2012

MORENO, G. (2001). La adopción integrativa. AR/DOC/9983/2001

ORLANDI, O. (2014). Actualidad en derecho de familia. La Ley Cba. 2014 (diciembre), 1210.

PIERINI, M. (2014). Guarda con fines de adopción. DFyP 2014 (octubre), 26.

SAMBRIZZI, E. (2014). Extinción del parentesco en la adopción plena. AR/DOC/32/2014

VIDETTA, C. (2015). El proceso de adopción y su interacción con el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. AR/DOC/1302/2015

YUBA, G. (2015). La infancia vulnerable y el derecho a vivir en una familia. AR/DOC/962/2015

Antecedentes jurisprudenciales

C.S.J.N. “G. de O., M.V. s/guarda, medida cautelar”. AR/JUR/66523/2014

T.S.J.Cba. “G.S.A. Restitución de Menores”. LL 2004-D-760 (2004)

C.1ª Civ.Com. Mar del Plata, Sala III “G.E.L c/H.C.D s/Incidente de Alimentos”, AR/JUR/6593/2014

C.Apel. Civ. y Com., Sala I, Posadas “P.G.O, s/guarda con fines adoptivos”. AR/JUR/95427/2013

S.C.J, Mendoza, Sala I, “R.L.M. s/Medida tutelar”. AR/JUR/3174/2012

C.Apel. Civ. Com. Min., Sala I, “V.G.A. y C.E.R. s/situación” La Ley Patagonia 2012 (abril), 209

C. Apel.,Sala A, Trelew “G, J. S. s/violencia familiar” AR/JUR/150/2015

C.Apel. Civ. y Com. Sala I, Concordia “P.M.M. s/guarda con fines de adopción.AR/JUR/4947/2014

S.T.J. Sala Civ. y Com., Sgo. del Estero. “G.L.G. s/guarda con fines de adopción” AR/JUR/18874/2014

CNApel. Civ., Sala E, “Cappuzzi, V. s/adopción” DJ 12/09/2012, 95

C.Civ. Com. y Min. Gral. Roca, “R.P.M. s/Medidas precautorias”. La Ley Patagonia 2003 (marzo), 192.

S.C.J. Bs.As., “D.,M.M. s/Adopción” La Ley BA 2007 (setiembre), 888.

Trib. Col. Flia, N°5, Rosario, K., A.A. y R.C., N. s/adopción plena.AR/JUR/50164/2014