

María de las Mercedes Alegre

Trabajo Final de Graduación

***El Instituto de la Adopción y el Principio de la Capacidad
Progresiva en el Código Civil y Comercial***



Universidad Siglo XXI

Abogacía

2016

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar la incorporación del principio de autonomía progresiva, receptado para el instituto de la adopción en el Código Civil y Comercial.

Se parte de un recorrido histórico donde el niño vulnerable o abandonado, era considerado como sujeto de tutela del Estado, bajo la doctrina de la situación irregular, hasta el abordaje propuesto por el nuevo paradigma, que surge de la internacionalización del Derecho y principalmente de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño, el que le reconoce un nuevo estatus jurídico: el niño y adolescente como sujeto de derechos.

Los cambios en el Derecho de familia, realizados en el Código Civil y Comercial, han impactado en este instituto en particular.

La doctrina, si bien reconoce unánimemente la necesidad del ejercicio de los derechos en función de su edad y grado de madurez, no ha sido unánime respecto al criterio restrictivo respecto de la asistencia letrada adoptado por el legislador, creándose controversias respecto del modo y forma de ejercer estos derechos.

La ratificación de la CDN, obligó a los países a realizar cambios fundamentales respecto del tema de la infancia y adolescencia, siendo descriptas en el presente trabajo, las modificaciones de las normativas en los países del Mercosur.

Palabras clave: Adopción – Niñez y adolescencia - Autonomía progresiva –Sujetos de Derecho-

Abstract

The following work has the objective to analyze the incorporation of the principle of progressive autonomy for the institute of adoption in the civil and commercial code.

We part from a historical journey where the vulnerable or neglected child, was regarded as a subject of state care, under the doctrine of an irregular situation until the approach proposed by the new paradigm, arising from the internationalization of the law and especially of the ratification of the convention of children's rights, which recognizes a new legal status: children's and adolescents as subjects of rights.

The changes in the family law, made in the civil and commercial code, have impacted this particular institute.

The doctrine, although unanimously recognize the need for exercise of rights depending on their age and maturity, it has not been unanimous regarding the restrictive approach to legal aid adopted by the legislature, creating disputes over the mode and manner of exercising these rights.

The ratification of the CDN, forced countries to make fundamental changes concerning the theme of childhood and adolescence being analyzed in this work, the changes of the regulations in the Mercosur countries.

Keywords: Adoption - Childhood and adolescence - Progressive autonomy - Law subjects.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PARTE I.....	5
<i>Del Paradigma de la situación Irregular al Paradigma del niño como “Sujeto de Derechos”.</i>	5
Capítulo 1. El paradigma de la situación irregular.	6
1.1. La Adopción en nuestro territorio.....	9
1.2. Normativas que reglamentaron el Instituto.....	12
1.3. La internacionalización del derecho.	15
1.4. La ley 26.061.	16
Capítulo 2. La normativa internacional.	19
2.1. La capacidad progresiva.	21
2.2. La CSJN y la capacidad progresiva.	23
PARTE II	27
<i>La capacidad progresiva en la Adopción</i>	27
Capítulo 3. La Adopción en el C.C. y C.	28
3.1. Cambios significativos en el Instituto.....	28
3.2. Tipos Adoptivos.....	33
3.3. Autonomía Progresiva en el CCC.....	35
3.4. La Capacidad Procesal.....	37
Capítulo 4. El Art. 595 inc. f).	42
4.1. Acuerdos y discrepancias doctrinales sobre el art. 595. Inc. f.....	44
4.2. Discrepancias doctrinarias.	47
4.3. Fallo “L.M.A. y otro s/ adopción-acciones vinculadas”.....	49
Capítulo 5. La adopción en el Mercosur.....	54
5.1. Adopción de menores no emancipados.....	56

5.2. El interés del menor.	57
5.3. Prioridad de la familia de origen o subsidiariedad de la adopción.	58
5.4. Derecho a la propia identidad.	60
5.5. Judicialidad de la adopción.	61
5.6. Criterios legislativos adoptados para el Instituto.	62
5.6.1. Tribunal competente.	62
5.6.2. Tipos de adopción.	63
5.6.3. Requisitos para ser adoptantes.	64
5.6.4. Derecho del menor de ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta.	65
5.6.5. La autonomía progresiva.	67
CONCLUSIONES FINALES.	69
BIBLIOGRAFÍA.	74
DOCTRINA.	74
LEGISLACIÓN.	80
Nacional.	80
Extranjera.	80
JURISPRUDENCIA.	81

INTRODUCCIÓN

El Instituto de la adopción destinado principalmente a dar respuesta a la niñez y adolescencia en estado de vulnerabilidad y abandono, en sus orígenes tuvo finalidades diversas, dirigidas a cumplir con necesidades sociales distintas a las actuales.

En nuestro país como en la mayoría de Latinoamérica, el paradigma bajo el cual se regulaba la situación de la niñez y adolescencia en desamparo, era un sistema tutelar. Se consideraba al niño como un simple objeto de tutela del estado por su potencial peligrosidad.

La regulación jurídica de la Adopción no fue contemplada en el Código Civil de Vélez¹.

Nace en nuestro territorio como norma especial y complementaria de dicho cuerpo legal en el año 1948, Ley 13.252. Su origen es consecuencia del terremoto de San Juan que dejó un importante número de víctimas, de niños y adolescentes en situación de desamparo.

La ley 13.252/48 sólo contemplaba la adopción simple y es modificada en 1971, por un gobierno de facto a través del dictado de la Ley 19.134, que incluye la adopción plena.

Con la progresiva internacionalización de los derechos humanos, la concepción de niño, niña y adolescente abandona la Doctrina de la Situación Irregular hacia una Doctrina del Sistema de Protección de Derechos, basada en dos pilares fundamentales: el Interés Superior del Niño y el Principio de Autonomía Progresiva.

Entre los Instrumentos Internacionales, la Convención sobre los Derechos del niño², (CDN)³ implica un punto de inflexión en el concepto de niñez y adolescencia. Fue ratificada por casi

¹ Ley 340. Honorable Congreso de la Nación Argentina. 25/09/1869.

todos los países del mundo. Argentina la ratifica en 1990 y la incorpora al Bloque de Constitucionalidad en la Reforma de 1994.

En el año 1997 se anexa el Instituto de la adopción al código de fondo mediante la Ley 24.779, aunque su redacción no resultaba concordante con la nueva concepción de niñez y adolescencia que surge de los tratados internacionales introducidos por la reforma Constitucional de 1994.

En 2005 se dicta la Ley 26.061 que recepta los preceptos de la CDN, pero dicha norma no era concordante con el Código de fondo.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina⁴, sancionado por la Ley N°26.944, en vigencia desde el 1° de agosto del año 2015, modifica el Instituto de la adopción producto de lo que en doctrina se ha denominado la “constitucionalización” del derecho privado.

Los legisladores han tenido en cuenta para su redacción parámetros nacionales e internacionales, poniendo énfasis en el interés del niño y su condición de sujeto de derecho.

El impacto de los tratados internacionales también repercutió en los países MERCOSUR, a partir de la ratificación de la CDN, generando la necesidad de adecuar la normativa sobre niñez y adolescencia en cada uno de los países miembros, siguiendo su orden público

² Convención sobre los derechos del Niño., Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

³ Desde aquí CDN.

⁴ Desde aquí, CCC.

familiar, pero rigiéndose sobre principios comunes para los países que lo integran (Fanzolato, 2008).

La finalidad del presente trabajo es describir y explicar las diversas maneras de concebir al niño en el Instituto de la adopción, según las distintas ideologías imperantes en nuestro país, que sustentaron las normativas que lo reglamentaron.

El desarrollo del TFG comprende dos partes fundamentales, la primera de ellas: Del paradigma de la situación irregular hacia el paradigma el niño como Sujeto de Derechos, abarca los capítulos 1 y 2.

El Capítulo 1 realiza un recorrido de la evolución histórica del concepto de niñez bajo el sistema tutelar y la tardía normativización del Instituto en nuestro país. La recepción en las distintas leyes que reglamentaron su ejercicio, su origen y sus modificaciones.

El Capítulo 2 analiza La Convención sobre los derechos del niño. Se describe su recepción en la legislación interna después de la incorporación de los Instrumentos Internacionales referidos a la niñez en la Reforma Constitucional de 1994.

Se analiza el derecho del niño y el adolescente a ser oídos, el principio de la autonomía progresiva y la participación en todos los procesos en que se hallen involucrados sus intereses, previstos en el articulado de la Ley 26.061. Se describe el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵ respecto del principio de autonomía progresiva, a la luz de los mandatos constitucionales, durante la vigencia del Código de Vélez y la necesidad de reforma del Instituto, que no se adecuaba a los nuevos estándares imperantes.

⁵ De aquí en adelante, CSJN

La Segunda Parte, comprende los capítulos 3, 4 y 5.

El Capítulo 3 describe la recepción del Instituto en el CCC, los cambios más significativos, la autonomía progresiva y la capacidad procesal de los niños y adolescentes.

En el Capítulo 4 se realiza un análisis del art. 595 inc. f. evaluando sus posibles implicancias fácticas para el proceso de la adopción en particular.

Se exponen los argumentos de las distintas posturas doctrinarias: Unas en favor del criterio elegido por el legislador, frente a otras que presentan discrepancias con las disposiciones normativas para este Instituto. Se realiza un análisis de la temática abordada a través de las consideraciones del fallo “L.M.A. y otro s/adopción-acciones vinculadas”.

El Capítulo 5 describe el impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño en los países integrantes del MERCOSUR (Brasil, Uruguay, Paraguay y Argentina), enunciándose en cada caso los criterios legislativos adoptados en sus legislaciones.

PARTE I

Del Paradigma de la situación Irregular al Paradigma del niño como “Sujeto de Derechos”.

Capítulo 1. El paradigma de la situación irregular.

A fin de poder interpretar la evolución del instituto de la adopción en nuestro país, se hace necesario describir las ideologías sobre infancia y adolescencia que sustentaron las distintas regulaciones que lo reglamentaron.

Para definir las ideas rectoras del paradigma de la situación irregular, que rigieron los destinos de la infancia y adolescencia vulnerable durante casi un siglo podemos describirla en palabras de Beloff:

...la política criminal tutelar no utilizó *a priori* un argumento de justificación peligrosista clásico sino que utilizó otro, mucho más legitimador, que es el de la protección a la infancia desvalida. Mediante el argumento de la tutela a los niños con necesidades fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención "protectora" del Estado (Beloff, 2004, p.22).

Siguiendo a Cillero Bruñol, el sistema tutelar de tinte fuertemente positivista “...gobernó sin contrapesos a la infancia pobre y sus familias durante gran parte del siglo XX en América y Europa. Sin embargo, su poder fue disminuyendo en Europa con el surgimiento del derecho

penal juvenil (...) contribuyó a separar las competencias asistenciales de las penales” (Cillero Bruñol, 2001, p.53).

En América latina, el sistema se expandió y profundizó hasta la década de 1980 (Bruñol, 2001).

Se advierte una brecha entre una minoría de niños y adolescentes con sus necesidades básicas largamente satisfechas y los menores “...son aquellos que no ingresan al circuito de socialización a través de la familia, primero, y de la escuela, después” (Beloff, M, 2004, p.23).

Siguiendo a Méndez (2009) las leyes basadas en esta doctrina judicializa la pobreza sustentada en el determinismo entre pobreza y marginalidad. Se sostiene en la idea que a través de una tutela organizada del Estado se protege a los niños en situación de abandono o en peligro material o moral. La separación de los niños de su ambiente los socializa y corrige, con el fin de evitar se conviertan en potenciales delincuentes en la adultez.

La doctrina de la situación irregular trataba de igual modo a los menores abandonados como aquellos que infringían la ley, violentando todos los derechos y garantías fundamentales consagradas en un Estado de Derecho (García Méndez, 1999).

Según Mary Beloff: “*Son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al Estado a intervenir; no su conducta delictiva concreta, de ahí que estos sistemas suelen ser caracterizados como ejemplos puros de un derecho penal de autor*” (Beloff, 2004, p., 21).

La Ley 10.903⁶ sancionada en nuestro país en 1919, representa la máxima expresión de la Doctrina de la situación irregular, siendo el primer país en América Latina que tuvo una ley de estas características. Conocida como Ley de Patronato de Menores reflejaba la concepción de niñez y el tratamiento diferenciado de la infancia y la adolescencia pobre, imperante en la época (Beloff, 2004).

La organización jurídica a partir de esta ley intentó dar respuestas a la problemática de la niñez abandonada de la época, implementándose la función tutelar que era ejercida por los Tribunales de Menores. Se crearon establecimientos destinados a la internación de los menores que hubieren cometido delito o estuviesen en situación de abandono por su potencial peligrosidad y el riesgo social que representaban.

En palabras de Sabrina Viola:

Históricamente, la infancia se encontró desplazada de sus derechos humanos. Durante casi un siglo, el derecho de los niños estuvo gobernado por el complejo tutelar. Según este modelo, el sistema de protección se ocupaba únicamente de aquellos niños considerados ‘irregulares’, es decir, aquellos que eran concebidos como peligrosos, abandonados o disfuncionales. Los niños que no se encontraban en aquella situación no se veían reflejados en las leyes, ya que en esos casos la familia era la única encargada de su cuidado y protección. En este modelo, el niño no era

⁶ Ley 10.903. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Promulgada el 21/10/1919 Publicada en el B. O.: 27/10/1919.

pensado como sujeto de derecho, sino que era definido por sus carencias y considerado objeto de protección y control por parte del Estado, las familias y la sociedad, quienes debían brindarles tutela y asistencia (Viola, 2012, p.83).

Conclusiones:

El Paradigma de la “situación irregular” separó la infancia de una manera perversa, considerando niños a aquellos que tenían una familia y sus necesidades satisfechas y menores a aquellos que se encontraban en condiciones de abandono, huérfanos o pobres, que debían ser tutelados por el estado siendo considerados sujetos potencialmente peligrosos para la sociedad.

1.1. La Adopción en nuestro territorio.

Según Flores (2009) el tema de la infancia abandonada en Argentina se presentó como una problemática social desde la época de la Colonia.

En 1779 se funda la Casa de Niños Expósitos cuyo principal objetivo era evitar la muerte de los niños que eran abandonados. En 1821, esta institución queda en manos de la Sociedad de Beneficencia que determinaba el destino de los niños de manera arbitraria y sin supervisión del Estado.

Éstas prácticas, conocidas con el nombre de colocación de menores, se realizaban de dos formas diferentes, en calidad de hijos o eran destinados para el servicio doméstico (Villalta,

2003). Eran llevadas a cabo principalmente por las Sociedades de Beneficencia y la Casa Cuna, entidades vinculadas a sectores de la iglesia católica, que “...poseían una larga trayectoria y una vasta experiencia en el tema de la "infancia abandonada", y desde una posición filantrópica las damas se encargaban de dar dirección al recorrido de los niños abandonados o huérfanos por sus diferentes instituciones” (Villalta, 2009, p.3.)

Los niños abandonados estaban predestinados a la institucionalización en asilos para huérfanos aunque no lo fueran, a ser ubicados en familias para realizar trabajos domésticos o anotados como hijos biológicos de la familia que los acogía, a través de su inscripción en el Registro Civil, perdiendo de esa manera toda vinculación con su familia de origen (Flores, 2009).

El Instituto de la Adopción no es incluido en el Código Civil de Vélez Sarsfield⁷, por considerar que no era una práctica común en la sociedad de la época y según el mismo legislador, no era conveniente introducir en la familia lo que la naturaleza no había colocado en ella (Villalta,2003).

Villalta (2003) señala la fuerte influencia social que ejercía la Iglesia Católica sobre la institución familiar legal. La familia estaba conceptualizada en el Código de Vélez en los arts. 341 al 344 del Libro I, De las Personas, Sección Segunda de los derechos de familia.

...la familia era concebida -según la definición normativa- como aquella formada en el matrimonio legal e indisoluble, donde todos los hijos producto de esa unión conyugal tenían el derecho a llevar el apellido de su

⁷ Ley 340. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

padre y a heredarlo. La estructura básica de la paternidad estaba enraizada en un concepto proveniente del derecho romano: la patria potestad, que era sólo reconocida a los hombres. Además, los hijos eran divididos en las categorías de legítimos e ilegítimos, distinción realizada según fueran fruto de una unión legal o no. Los últimos se dividían en naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos (Villalta, 2009, p.5).

En este contexto “...la inexistencia de la adopción era justificada en el hecho de que la misma sólo consistiría en una intromisión en el "santuario familiar", ya que era vista como una estrategia para la equiparación de los hijos ilegítimos” (Villalta, Carla 2003, p.5).

La adopción como instituto tiene su acogida tardíamente en la sociedad argentina, ya que era considerada como un tema de particulares que no era necesario legislar.

Recién en 1930 empieza a surgir la necesidad de legislar el instituto, aunque era resistida por aquellos que sostenían la supremacía de la familia legal. Había consenso en modificar el ordenamiento jurídico respecto de la adopción de menores, pero existían importantes controversias respecto al contenido, extensión y efectos que se le quería atribuir a la normativa (Villalta, 2003).

Surgen de este modo dos modelos:

Uno de ellos la concibe como un “contrato” entre particulares, y los tópicos que se enfatizan son el consentimiento y la libertad; mientras que el otro modelo resalta el carácter “institucional” de la adopción, y las nociones

asociadas a él son las de intervención estatal y creación de una familia legal (Villalta, 2003, p.6).

Conclusiones:

Desde esta concepción ideológica, los niños abandonados o considerados en riesgo eran objeto de transacciones, para ocupar un lugar en la familia como hijo legítimo, posibilitando el ahijamiento a aquellos que no podían tener hijos o sirviendo a la familia que los acogían como una forma de caridad. Prácticas que fueron delegadas a las Instituciones de Beneficencia, quienes decidían indiscriminadamente el destino de los niños.

La necesidad de conservar la familia legal, sostenida por la Iglesia católica y receptada en el Código de Vélez retrasó la efectiva normativización del Instituto.

En enero de 1944 el terremoto de San Juan dejó una gran cantidad de víctimas niños y adolescentes en situación de desamparo y se hizo imprescindible reglamentar jurídicamente la adopción.

1.2. Normativas que reglamentaron el Instituto.

La adopción se regula jurídicamente en 1948 con la Ley 13.252⁸ como norma especial y complementaria del Código Civil.

El instituto receptaba solo la adopción simple, es decir:

⁸ Ley 13.252. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada el 15/07/ 1948 y promulgada el 23/09/1948.

...aquella que creando un vínculo legal de familia entre adoptante - o adoptantes, en el caso de los cónyuges que adoptan conjuntamente - y adoptado o adoptados, limita el parentesco entre ellos. Éstos, que eran reputados hijos legítimos del adoptante, no adquirirían “vínculo familiar” con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación (art.12) (Bossert, 2000, p.484).

La ley le daba al niño a partir de los diez años la posibilidad de ser oído, sin embargo el juez en general no tenía contacto con el menor, por lo que este precepto contenido en la norma era meramente un enunciado que no se materializaba en la realidad.

Indicaba la normativa en su art.9^o9 “...*el juez oirá personalmente al adoptado si fuera mayor de diez años y podrá oír a otras personas interesadas en la adopción.*”

Durante sus más de veinte años de vigencia, la ley 13.252 fue mostrando las virtudes del régimen adoptado, pero también las carencias y defectos (...) la legitimación adoptiva procede y es beneficiosa, respecto de todo menor abandonado, sin padres conocidos, huérfano o pupilo del Estado cuyos padres, habiendo perdido o no la patria potestad, se han desentendido de su educación y formación (Bossert, 2000, p.485).

⁹ Art: 9 – Ley 13.252. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada en 1948.Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Más tarde, surgen conflictos respecto de la naturaleza del vínculo jurídico que la normativa establecía. Su carácter revocable generaba situaciones complejas para los adoptantes y el adoptado, respecto de su familia de origen.

Se elaboraron varios proyectos de reforma, finalmente en el año 1971 y bajo un gobierno de facto el Instituto sufre modificaciones con el dictado de la ley 19.134¹⁰.

La nueva normativa incorpora la adopción plena respecto de los menores abandonados, sin filiación acreditada, huérfanos o cuyos padres hubieren perdido la patria potestad.

La nueva normativa conserva la adopción simple.

Respecto del derecho del niño a ser oído, reglamenta en su art. 10 inc. c) *“el juez o tribunal oirá personalmente, si lo juzga necesario, al adoptado, siempre que fuese mayor de 10 años, y a cualquier persona que se estime conveniente en beneficio del menor.”*¹¹

Esta nueva ley prevé la posibilidad del niño de ser oído, pero a diferencia de su antecesora, esta prerrogativa era de carácter facultativo para el órgano juzgador.

Conclusiones:

El Instituto legislado bajo la doctrina de la situación irregular, tenía como destinatario central al adulto, ignorando las necesidades del niño, quien era mero objeto de transacciones.

¹⁰ Ley 19.134 Poder Ejecutivo de la Nación. Sancionada el 30 de junio de 1971 y Publicada en el BO el 29 de julio de 1971.

¹¹ Ley 19.134 PEN 30-06-1971.

1.3. La internacionalización del derecho.

El progresivo impacto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, va a determinar que la infancia lentamente cobre una nueva dimensión, pasando a ser el eje central del Instituto.

En el año 1990, nuestro país ratifica La Convención sobre los Derechos del Niño.

En la Reforma Constitucional de 1994 se incorpora junto a otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en el Art. 75 inc. 22.

Surge de esta forma por el carácter vinculante de los mismos, la obligación de adecuar la legislación interna a los nuevos estándares en materia de niñez y adolescencia.

En este contexto, en el año 1997 se modificaron algunas disposiciones de la Ley 19.134 y bajo la Ley 24.799¹² se anexa el Instituto en el articulado del Código Civil, en el Libro Primero, Título IV, Capítulo I, De la adopción, en los arts. 311 al 340.

Según Medina (2014) la normativa amplió las posibilidades de ser adoptante, disminuyendo la edad y el plazo que los adoptantes debían tener de casados.

El tiempo de guarda se reguló de 1 año a 6 meses (Medina, 2014).

La ley 24.779 preveía dos procesos, el de guarda con fines de adopción y el de adopción (Medina, 2014).

¹² Ley 24.799 –Adopción- Honorable Congreso de la Nación. Sancionada 28 de febrero de 1997. Promulgada el 26 de marzo de 1997.

La incorporación de los convenios y tratados internacionales al Bloque de Constitucionalidad, dio lugar a que la normativa civil debiera superar el control de constitucionalidad y de convencionalidad frente a la operatividad de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, las opiniones consultivas y las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Videtta, 2015).

Conclusiones:

La ratificación de los tratados internacionales exigía cambios sustanciales en la normativa vigente, que debía ser adaptada a las nuevas mandas constitucionales. La modificación que se realizó en el país bajo la ley 24. 779, fue la incorporación del instituto al cuerpo del Código de fondo, pero sin cambios significativos.

1.4. La ley 26.061.

En el año 2005 se sanciona la Ley 26.061¹³ de Protección Integral de Niños y Adolescentes, que deroga la Ley del Patronato, que aún seguía en vigencia.

La ley 26.061 parte del principio del niño como Sujeto de Derecho y reconoce según el art. 3 inc. b) *“El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;”*

En el art. 27 del mismo texto legal enuncia:

¹³ Ley 26.061.Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, niñas y adolescentes. Promulgada el 28 /09/2005 y Publicada en el BO. 26/10/2005

Garantías Mínimas de Procedimiento. Garantías en los Procedimientos judiciales o administrativos.

Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente. b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.¹⁴

Según Muscolo (2015) la ley 26.061 no sólo obliga al juez a tomar conocimiento del niño para que exprese su consentimiento, sino que de acuerdo al art. 27, el niño y/o adolescente

¹⁴ Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Promulgada el 28/09/2005 y publicada en el BO. 26/10/2005.

podrá requerir asistencia letrada para que lo asista y lo represente durante todo el proceso, como garantía de su derecho a ser escuchado y que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Esta Ley marca un hito respecto del modo de actuación de los órganos administrativos y judiciales cuando están comprometidos los intereses de los niños y adolescentes, debiéndose respetar las garantías constitucionales que le asisten como Sujeto de Derecho.

La infancia y adolescencia es contemplada en distintos cuerpos normativos: la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), incorporada en el art.75 inc.22 de la Constitución Nacional, la Ley 26.061 y en el Código Civil, que no se ajustaba a las estipulaciones constitucionales.

Conclusiones:

La adecuación de la legislación interna a las mandas constitucionales fue muy lenta, ejemplo de ello es la permanencia de la Ley del Patronato de Menores. Esta ley fue sustituida por la Ley 26.061, siendo parte de su articulado una mera expresión de derechos que no eran tenidos en cuenta por los organismos administrativos, ni en los estrados judiciales.

Se hacía necesaria, en cuestión de infancia y adolescencia, la adecuación del código de fondo a los nuevos estándares nacionales e internacionales.

Capítulo 2. La normativa internacional.

La infancia y la adolescencia habían sido postergadas en el reconocimiento de sus derechos. En el devenir social la doctrina de la situación irregular entra en crisis en la década de 1980. La concepción de niñez y adolescencia comienza un camino de cambio.

La incorporación de distintos tratados de Derechos humanos con carácter vinculante, tendientes a afianzar el principio de la no discriminación y fundamentalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁵, aprobada el 29 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas constituye la especificación de los derechos para la infancia y la adolescencia (Viola, 2012).

La Convención logró la ratificación de la mayoría de los países del mundo, salvo EEUU y Somalia, estableciéndose parámetros esenciales para la regulación de la relación del niño con la familia, los deberes y derechos de los padres, del Estado y las políticas sociales dirigidas a la infancia (Beloff, 1999).

En palabras de Sabrina Viola:

La Convención reconoce específicamente que todos y cada uno de los niños son sujetos titulares de derechos (...) Reconoce específicamente que los niños son sujetos titulares de los mismos derechos que un adulto, estableciendo, asimismo, el goce y ejercicio en cabeza de ellos de todos los derechos, tanto de los civiles y políticos, como de los económicos, sociales

¹⁵ Desde aquí se utilizará la sigla CDN.

y culturales. Establece además derechos especiales por tratarse de un grupo de sujetos en etapa de crecimiento que necesita una protección especial (Viola, 2012, p.84).

Los países ratificantes debieron adecuar sus legislaciones hacia una nueva visión de la Infancia y la Niñez, considerando al niño como Sujeto de Derechos, basada en dos principios fundamentales: el Interés Superior del Niño y el Principio de Autonomía Progresiva.

Surgió de este modo una concepción de niño, niña y adolescente, que Cillero Bruñol describe del siguiente modo:

Ser niño no es ser “menos adulto”, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de ideas de dependencia o subordinación a los padres o adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica (Cillero Bruñol, 1999, p.4).

La CDN implicó un punto de inflexión en el paradigma del niño como objeto de tutela del Estado, hacia un paradigma que considera a niños y adolescentes como Sujetos de derecho “...constituye un verdadero programa de acción para los Estados que la ratifican, destinado a proteger el desarrollo integral a través del disfrute de los derechos que al niño se le reconocen” (Bruñol, 1999, p.3).

El nuevo estatus jurídico de la infancia y la adolescencia conllevó declarar todos los atributos que le deben ser reconocidos por el solo hecho de ser persona, es decir, ser titulares de derechos.

Conclusiones:

La CDN y el reconocimiento del niño y del adolescente como titular de derechos significaron para los países ratificantes, la obligación de posicionar normativamente al niño en su nuevo estatus jurídico.

2.1. La capacidad progresiva.

La CDN ha implicado un cambio de paradigma en relación a la infancia. En palabras de Sabrina Viola:

...implicó un giro fundamental en la forma en la que se entienden la infancia, la adolescencia y sus derechos (...) significa que los niños, niñas y adolescentes deben ser considerados sujetos plenos de derecho y que son sus derechos los que merecen una protección especial. A su vez, esta perspectiva implica que deben ser protagonistas de su propia vida y que irán adquiriendo autonomía para la toma de decisiones de acuerdo a su evolución (Viola, 2012, p.82).

La CDN en su art. 5 dispone:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.¹⁶

De este modo, la capacidad o autonomía progresiva está relacionada con las facultades de los niños y adolescentes que van siendo adquiridas progresivamente y no de una manera automática al llegar a la mayoría de edad, por lo que se debe considerar que “...*la capacidad sería la regla y la incapacidad la excepción*”(Minyersky, 2014, p.92).

Con respecto al derecho a ser oído el art. 12 de la CDN, reconoce de manera obligatoria el derecho de expresión de los niños y establece su alcance, en tanto consagra que los Estados deben garantizar al niño que pueda formarse un juicio propio: “...*el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*”¹⁷

La CDN significó la necesidad de abandonar la ideología del sistema tutelar y considerar al niño y al adolescente un sujeto de derecho, según señala la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°17:

¹⁶ Art. 5 .CDN. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 /11/ 1989.

¹⁷ Art. 12. CDN. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20/11/1989.

Los niños no deben ser considerados “objetos de protección segregativa”, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral, y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de “un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo.”¹⁸

Conclusiones:

La CDN no sólo consagra el derecho a opinar del niño/a y adolescente, sino también que sus decisiones deben ser tenidas en cuenta y debe participar en todos los asuntos en que sus intereses se vean involucrados, ya sea en materia administrativa o judicial.

2.2. La CSJN y la capacidad progresiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación durante la vigencia del Código Civil de Vélez, aún después de la Reforma de 1994 y de la sanción de la Ley 26.061, seguía sosteniendo el sistema de capacidad-incapacidad del Código de fondo.

Según Marisa Herrera:

El sistema de capacidad civil plantea en su estructura una relación de inclusión-exclusión. Nuevamente nos explicamos. La ley determina - básicamente fundada en razones fácticas que no dejan de ser concepciones

¹⁸ Corte IDH, opinión consultiva OC-17/2002.

o consideraciones subjetivas de la época - a quiénes se les veda - a priori y en abstracto - ejercer determinados derechos, siendo uno de los grupos sociales a quienes se les impide realizar por sí actos jurídicos, salvo excepciones, las personas menores de edad (Herrera, 2009,p.118).

Esta postura se puede observar en los autos “M., G. c/P., C.A. s/Tenencia” (M. 394. XLIV – 26/06/2012) donde la CSJN se expidió de la siguiente forma:

Las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2º del Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte...¹⁹

Dicha postura fue reiterada en la causa “P., G.M. y P., C.L. s/protección de persona” el 27 de noviembre de 2011, donde se expidió de la siguiente forma:

¹⁹ CSJN Fallo “M., G. c/ P., C. A.” (M. 394. XLIV – 26/06/2012). Tenencia – Capacidad para estar en juicio – Menores. CSJN- Secretaría de Jurisprudencia.

...las disposiciones del Código Civil, que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia.

De acuerdo con éste régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos de hecho.²⁰

Siguiendo las ideas de Beloff (2004) en estos fallos la CSJN tomó una dirección opuesta respecto de la jerarquía de los tratados internacionales incorporados a la Constitución y la Ley 26.061. La aplicación del Código de fondo, contradice la postura adoptada en el fallo “Ekmedjian c/Sofovich”²¹. En dicho fallo sostuvo:

...que cuando se ratifica un tratado existe una obligación internacional de que todos los órganos del Estado, sean administrativos o jurisdiccionales, apliquen ese tratado a los supuestos por éste abordados siempre que el tratado contenga descripciones lo suficientemente concretas de esos supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata (Beloff.2004, p.48).

Conclusiones:

La CSJN en el año 2012, dieciocho años después de la Reforma Constitucional de 1994, la inclusión en el art. 75 inc. 22 de la CDN y a siete años de la sanción de la Ley 26.061,

²⁰ CSJN, P.195.XLIII., “P., G.M. y P., C.L. s/protección de persona” , 27/11/2012

²¹ CSJN Fallo “Ekmedjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, *Fallos* 315:1492. 7/7/1992

seguía fundamentando sus fallos en los artículos referentes a la capacidad – incapacidad de los menores del Código de fondo, sin reconocer la autonomía o capacidad progresiva de los niños.

PARTE II

La capacidad progresiva en la Adopción

Capítulo 3. La Adopción en el C.C. y C.

La ratificación de la CDN impuso la necesaria modificación de la normativa vigente, que en el ámbito interno fue lenta y dificultosa.

La Ley 26.061 había significado un gran avance en la mirada de la infancia, pero su implementación no representó cambios en la situación de la niñez vulnerable.

Con la finalidad de adecuar el instituto a los nuevos estándares nacionales e internacionales, que regían en materia de niñez y adolescencia, los legisladores modificaron el instituto de la adopción en el CCC que entró en vigencia el 1° de agosto del 2015.

El régimen del Instituto es receptado en el Libro Segundo, De las Relaciones de Familia, en su título VI. (arts. 594 a 637).

Según Videtta (2015) el Instituto de la adopción se ha centrado en garantizar al niño y/ o adolescente sin cuidados parentales, que no pueda ser criado por su familia nuclear o ampliada, el derecho a vivir y desarrollarse en una familia adoptiva fijando normas coherentes con la Ley 26.061.

3.1. Cambios significativos en el Instituto.

El CCC comienza el articulado referido a la adopción conceptualizando el Instituto en su art. 594 que reza:

Concepto. La adopción es una Institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.²²

El artículo deja taxativamente expuesta la finalidad del Instituto, centralizada en la materialización del derecho del niño a crecer y desarrollarse en una familia y su carácter subsidiario, es decir cuando su familia nuclear o ampliada no pueda hacerlo, sea porque no existe o resulte perjudicial para el niño y /o adolescente.

Según Correia (2016) la base rectora del Instituto está plasmada en los principios que enuncia el art. 595, que constituyen además pautas de interpretación para resolver posibles conflictos.

Reza el art.595:

...La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos

²² Art. 594. Código Civil y Comercial. Ley 26.994 Honorable Congreso de la Nación Argentina.

de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.²³

Según refiere González de Vicel: *“Los principios han sido conceptualizados como “mandatos de optimización”, “derechos para el ejercicio de los derechos”, “directrices para resolver conflictos de derechos de igual reconocimiento”, “lineamientos para resolver problemas de interpretación ante lagunas normativas,etc”* (C. C. y C comentado, 2014, p. 356).

El CCC introduce reglas de corte procesal en todo su articulado y según Kemelmajer de Carlucci:

La razón de incorporar reglas procesales en un código de fondo se encuentra plenamente justificada y cobra especial relevancia en aquellos asuntos que involucran a los niños. La garantía de su mejor interés impone extremar los recaudos para la protección de sus derechos de manera eficaz, lo que presupone que sea en tiempo oportuno, pues la inconsistencia o dilación de la tutela jurisdiccional se traduce inexorablemente en un déficit de operatividad de las normas sustanciales (Kemelmajer, 2015.p. 1).

²³ Código Civil y Comercial- Honorable Congreso de la Nación.

Teniendo en cuenta que uno de los puntos críticos para este Instituto es la celeridad, se fijan plazos procesales expresos para el proceso administrativo y el Judicial.

Los órganos administrativos son obligados por la normativa a respetar el factor tiempo, fijando plazos perentorios para su actuación en las situaciones que pueden dar lugar a la declaración de adoptabilidad.

Refiere González de Vicel:

El art. 607 C.C. y C. contempla las distintas situaciones que pueden originar la intervención judicial y el dictado de una sentencia que determine que determinado niño, niña o adolescente se encuentra en condición de satisfacer su derecho a la vida familiar a través de la adopción (C.C.C. comentado, 2015, p. 460).

Esta sentencia debe privar de la responsabilidad parental a ambos progenitores.

El período de guarda lo discierne el juez inmediatamente después que dictó la sentencia de la situación de adoptabilidad y la misma no debe superar los seis meses (Burgués, 2014).

El CCC amplía la legitimación para ser adoptantes: se acepta la adopción unipersonal, cumpliendo los requisitos previstos en la norma, la adopción conjunta, matrimonial o en unión convivencial, con independencia de la elección sexual de sus miembros, en

concordancia con la Ley 26.618²⁴ que reconoce la pluralidad de modelos familiares (Burgués, 2014).

La normativa contempla que pueden ser adoptadas varias personas, simultánea o sucesivamente y que no hay distingo en los vínculos fraternos.

El art. 599 determina la edad requerida para adoptar en veinticinco años y con respecto a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado es de dieciséis años, a excepción de los casos de adopción del hijo del cónyuge o pareja. Se autoriza la posibilidad de otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad en caso de muerte del o los adoptantes u otra causa de extinción (Burgués, 2014).

El art. 600 determina la obligatoriedad del pretense o los pretensos adoptantes de estar inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos, DNRUA²⁵ y tener una residencia en el país de no menos de cinco años. Este requisito no es exigible para las personas de nacionalidad argentina o naturalizada en el país (Burgués, 2014).

Se incorpora en el art. 616 la posibilidad que el juez interviniente de oficio, a petición de parte o a pedido de la autoridad administrativa y una vez cumplido el período de guarda, inicie el proceso de adopción (Burgués, 2014).

Conclusiones:

²⁴ Ley 26.618. Matrimonio Civil. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Sancionada 15/07/2010 y promulgada el 21/07 /2010.

²⁵ El Registro es parte de la Red Federal instaurada por la Ley 25.854, por la que se creó Dirección Nacional Registro Único de Adoptantes (DNRUA).

Los cambios realizados al Instituto, de carácter sustancial y procesal, han tenido como finalidad hacer visibles todos los aspectos comprometidos para procurar que el mismo cumpla con su principal objetivo: la posibilidad que el niño, niña o adolescente pueda vivir y desarrollarse en una familia, respetando y ejerciendo todos los derechos que le asisten como Sujeto de derecho.

3.2. Tipos Adoptivos.

El CCC reconoce en el art. 619 tres tipos adoptivos con diferencias significativas (Burgués, 2014):

En la adopción simple (art. 627), “...como *regla, los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes*”²⁶, manteniendo la familia de origen el derecho de comunicación con el adoptado, siempre no que resulte contrario al interés superior del niño. El adoptado puede reclamar alimentos a su familia de origen, si los adoptantes no puedan proveérselos (Burgués, 2014).

El art. 628 faculta al adoptado a ejercer la acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción sin alterar ninguno de los efectos de la adopción. Si tiene edad y grado de madurez suficiente puede solicitar mantener su apellido de origen, adicionándolo o anteponiéndolo al apellido del adoptante, o el de uno de ellos. La adopción simple es revocable (Burgués, 2014).

²⁶ Art.627. C.C. y C. inciso a.

La adopción plena es conceptualizada en el art 620 y tiene carácter irrevocable, admitiéndose la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento sólo al efecto de posibilitar derechos alimentarios o sucesorios (Burgués, 2014).

El adoptado si cuenta con edad y madurez suficiente puede petitionar que se agregue o anteponga el apellido de origen, fundado en el derecho de identidad (Burgués 2014).

Según explica González de Vicel respecto de la adopción plena:

...la adopción emplaza creando el nuevo estado de hijo y extingue los vínculos jurídicos anteriores, con excepción de aquellos que específicamente se mantengan. Ya no se “sustituyen” los orígenes biológicos por una filiación adoptiva, respetando así la identidad personal en toda su magnitud (C.C .y C. comentado, 2015, p.427).

La adopción de integración está regulada en los artículos 630 a 633 y es aquella por la cual se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente, aunque se mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos con el o los progenitores de origen si existieren los dos. Si solo hubiere un progenitor, a criterio del juez y con el consentimiento del niño, es posible la constitución de la adopción plena (Burgués, 2014).

Una de las ideas más novedosas, explica González de Vicel (2015) es que *“Cada tipo adoptivo responderá a las características del caso, y a su vez, cada uno podrá tener una modalidad flexibilizada conforme lo autoriza el art. 621 C.C. y C.”* (C. C .y C. Comentado, 2015, p. 427).

Es potestad judicial según el art. 621: “...modificar, respetar o generar determinadas consecuencias jurídicas con alguno o varios integrantes de la familia de origen, ampliada o adoptiva” (C. C. y C. comentado, 2015, p.429).

Conclusiones:

La normativa prevé tres tipos adoptivos morfológicamente diferenciados. Una de las modificaciones más importantes es que se otorga una mayor flexibilidad respecto a la preservación de vínculos afectivos, ya sea de la familia de origen ampliada o adoptiva, siempre que el juez lo estime pertinente en función del interés superior del niño.

La adopción de integración no debe ser necesariamente de carácter de simple.

3.3. Autonomía Progresiva en el CCC.

El CCC reconoce la progresividad en el ejercicio de sus derechos hasta la completa autonomía personal.

Se parte de un primer estadio donde el niño o niña con independencia de su edad y cuando deba tomarse una decisión que lo involucre debe ser escuchado, hasta uno más intenso dado por el consentimiento a partir de los 10 años.

Refiere González de Vicel: “Se resalta que no se fija una edad determinada para que se ejerza el derecho a ser oído como sinónimo de escucha personal, sin perjuicio de los otros

aspectos que involucra y que sí tienen determinados recaudos etarios” (C.C. y C. comentado, 2014, p. 362).

En este orden de ideas Curti y González (2014) plantean que el código ha optado por un sistema mixto, estableciendo un criterio objetivo que es la edad y un criterio flexible, el grado de madurez progresiva para el ejercicio de sus derechos.

La norma establece el criterio según la edad en los siguientes artículos:

Según el art. 595²⁷ inc. f) *“el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años”*; el art. 617²⁸ inc. d) *“el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso.”*; el art. 634²⁹ inc. i) *“la falta de consentimiento del niño mayor de 10 años, a petición exclusiva del adoptado.”*

Por otro lado, enuncia los actos en que el niño, niña o adolescente debe contar con edad y grado de madurez suficiente, receptados en los siguientes artículos: el art.596 in fine *“... el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.”*, el art. 613 in fine: *“...El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.”*, el art 617 inc. a) *“son parte los pretendientes adoptantes y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con*

²⁷ Código Civil y Comercial. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

²⁸ Código Civil y Comercial. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

²⁹ Código Civil y Comercial. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

asistencia letrada;”, el inc. d): “*el pretense adoptado mayor de 10 años debe prestar consentimiento expreso;*” y el art.626³⁰: en sus incisos, a, b y c, con respecto al uso del apellido del adoptado (Curti y González, 2014).

Conclusiones:

Surge de la letra de la norma que la autonomía progresiva es receptada según un criterio mixto de edad y grado de madurez. A partir de los 10 años el niño debe prestar su consentimiento obligatorio y ser “parte” en el proceso de adopción.

3.4. La Capacidad Procesal.

La condición del niño como sujeto de derecho le da la posibilidad al niño/a o adolescente de ser “parte” en cualquier proceso judicial o administrativo en que sea necesaria la defensa de sus derechos.

Basso hace una distinción entre ser parte y tener capacidad procesal:

“Se puede ser “parte”, pero carecer de la capacidad procesal para participar en el proceso en forma directa, por lo que se recurre a la figura de la “representación” que es una forma indirecta de participación” (Basso, 2015, p.2).

Siguiendo el orden de ideas de Basso:

³⁰ Código Civil y Comercial. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

La capacidad procesal ha sido definida por Palacio como la aptitud necesaria para ejecutar personalmente actos procesales válidos, por lo que supone la aptitud legal de ejercer los derechos y de cumplir los deberes y cargas inherentes a la calidad de parte: de allí que, según dicho autor, coincide con la capacidad de hecho (Basso, 2015, p.2).

De acuerdo con el nuevo paradigma, la capacidad procesal de niños y adolescentes coincide con la capacidad de hecho que progresivamente se va ejerciendo conforme a la edad y grado de madurez y es la que determinará la forma de participación.

La normativa establece en el Capítulo 2, Capacidad, Sección Segunda:

Personas Incapaces de ejercicio, Art 24³¹ inc. b)” *la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2º de este Capítulo.*”

Menor de edad y adolescente, Art 25³²: “*Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.*”

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.”

Art 26:

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

³¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

³² Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona...³³

De la lectura del articulado surge el binomio capacidad - incapacidad criticado por la doctrina y sostenido por el Código derogado. La novedad estaría en el hecho que las edades son una guía que permite orientar acerca del grado de madurez del niño para actuar por sí, en los actos que el ordenamiento le permite.

Según Kemelmajer (2015) la capacidad procesal del niño y adolescente va a estar determinada por la capacidad progresiva. Ésta será en forma directa, si cuenta con edad y madurez para hacerlo, es decir si puede comprender el contenido y el sentido de los actos o en forma indirecta, a través de su representante legal.

Refiere Kemelmajer:

...ser parte procesal es una de las diversas formas que puede implicar la presencia del niño en un proceso, pero no la única, pues su peculiar

³³ Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

condición impone al sistema jurídico habilitar y, en algunos casos promover, otras posibles formas de intervención. (Kemelmajer, 2015, p.3).

Kemelmajer (2015) sostiene esta posición basada en los análisis de la Corte I.D.H., y en la Opinión Consultiva 17/2002 donde se explica:

...las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (OC-17/2002)³⁴.

En palabras de Kemelmajer, *“a mayor autonomía, menor es el ámbito de actuación del representante (...) La regla es la capacidad, siempre que los niños o adolescentes tengan edad y grado de madurez suficiente para la toma de decisiones en el caso concreto”* (Kemelmajer, 2015, p.2).

Con respecto a los niños menores de edad, el CCC considera que deben expresarse sin restricciones, pero esta decisión no tendrá carácter vinculante para el juez, ya que puede apartarse de la voluntad del niño, haciéndolo con argumentos fundados, si es contrario a su interés superior (Kemelmajer, 2015).

³⁴ Corte IDH, opinión consultiva OC-17/2002, párr. 96.

Conclusiones:

La normativa establece edades y grupos etarios que sirven de parámetro para el ejercicio de determinados actos procesales y deja al arbitrio judicial la valoración del grado de madurez cuando el niño o niña es menor de 10 años o en los casos que lo considere particularmente conveniente. Con respecto a la asistencia letrada, el niño debe contar con edad y grado de madurez suficiente y estar permitido por el ordenamiento jurídico.

Capítulo 4. El Art. 595 inc. f).

El art. 595 enumera los principios rectores del instituto de la adopción, en su inc. f) reza: *“el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años”*.

La exigencia del consentimiento del niño para su propia adopción constituye una novedad en el Instituto (González de Vicel, 2015).

El requerimiento obligatorio del niño mayor de diez años persigue dos finalidades, el respeto a la dignidad e identidad del niño y una forma de prevenir el fracaso adoptivo (González de Vicel, 2015)

En este mismo orden de ideas señala la concordancia entre los principios del art.595 inc.f, el art. 617 inc. d) que establece que *“el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso”* y el art. 634 inc. i) que produce la nulidad absoluta *“la falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado”*.

Resulta necesario analizar desde que lugar el niño de diez años, prestará este consentimiento.

Según González de Vicel:

La obligatoriedad de que consienta su propia adopción excede el ámbito de la mera participación, en razón de que lo que se procura es un emplazamiento filial distinto al originario y sobre un aspecto que impacta en la identidad personal del niño, por lo que no cabe más que requerir que

expresar su voluntad libre e informada de la inserción familiar que se pretende (C. C. y C. Comentado, 2014, p. 363).

Kemelmajer indica que *“el derecho a ser oído comprende una manifestación mucho más compleja de la actuación del pretense adoptado: el consentimiento para la adopción”* (Kemelmajer, 2015, p.7).

González de Vicel define el consentimiento en la adopción de la siguiente manera:

...se trata de una manifestación de voluntad meditada que emerge a partir de contar con la información necesaria para poder decidir sobre la opción que se le presenta, y que se complementa con la experiencia que dejó en el niño el tránsito por el período de guarda (C. C. y C., comentado, 2015, p.423).

El CCC hace referencia a cómo será la participación procesal del niño y ésta se determinará según su capacidad progresiva, es decir, por su edad y grado de madurez.

En casos de niños de 10 años, deben obligatoriamente prestar el consentimiento informado.

La normativa considera en el art. 26³⁵ al niño de 13 años como Adolescente y por lo tanto, que tiene madurez suficiente, con carácter iuris tantum, para solicitar patrocinio letrado (Burgués, 2104).

Sostiene Kemelmajer:

³⁵ Art. 26 Código Civil y Comercial- Honorable Congreso de la Nación Argentina.

En definitiva, la normativa muestra la relación directamente proporcional entre autonomía progresiva y participación activa en el proceso, relación que, por el otro lado, impacta inversamente en la discrecionalidad judicial. A menor capacidad progresiva, mayor discrecionalidad judicial porque cuando un niño no tiene la madurez suficiente (niños pequeños o personas que no estén en condiciones de expresar su voluntad a favor o en contra de la adopción) tal carencia debe ser suplida por el juez (Kemelmajer, 2015, p. 8).

Conclusiones:

A partir de lo expuesto en el art. 595 inc. f) la norma considera que “el consentimiento informado” es la forma de participación procesal de los niños entre diez y trece años, que con carácter de “parte” el ordenamiento prevé como medio para perfeccionar el acto de la adopción o su nulidad, pudiendo ser con patrocinio letrado, si el juez considera que tiene madurez suficiente y autoriza su participación.

4.1. Acuerdos y discrepancias doctrinales sobre el art. 595. Inc. f.

Si bien hay consenso en el ejercicio de los derechos del niño y el adolescente, las discrepancias surgen a partir de cómo y cuándo debería ser regulado este derecho, para poder compatibilizar el mismo con lo dispuesto por la Ley 26.061 y la asistencia técnica del abogado del niño como garantía del debido proceso.

La doctrina acuerda en considerar que la autonomía progresiva está íntimamente relacionada con el derecho del niño a ser oído en todos los procesos en que sus intereses estén involucrados, sean éstos administrativos o judiciales.

La determinación de la edad de 10 años receptada en el CCC para que preste obligatoriamente su consentimiento y cómo debe hacerlo, presenta diferencias en doctrina.

El legislador ha optado por usar criterios mixtos en el articulado del instituto, es decir, edad cronológica y grado de madurez suficiente o simplemente madurez suficiente.

Concordante con el art. 595 inc. f), el artículo 617 inc. a) determina que las partes son el pretense adoptante y el pretense adoptado, y este último puede comparecer con asistencia letrada, si tiene edad y madurez suficiente. Asimismo en el inc. d. del mismo artículo, indica la edad de 10 años para que brinde el consentimiento expreso (Burgués, 2014).

Este consentimiento obligatorio es más que un asentimiento, ya que supone que será parte en su proceso de adopción. A diferencia de lo propuesto en el art. 27 de la ley 26.061, podrá hacerlo con asistencia letrada de acuerdo al criterio del Juez, si es que considera que el niño comprende acabadamente el alcance y consecuencias del acto (Medina, 2012).

Para un sector de la doctrina, el consentimiento obligatorio del niño o niña para su adopción en calidad de parte obedece a una finalidad preventiva.

En palabras de González de Vicel:

...esta novedad legislativa es celebrada por gran parte de la doctrina, en especial por la finalidad preventiva respecto de las dificultades que pueden

surgir en las inserciones adoptivas, sobre todo en supuestos de niños que superan la primera infancia. Sin embargo, algunas disonancias se explicitaron en cuanto a la edad escogida (10 años), estimándola escasa. Lo cierto es que la edad prevista importa un promedio razonable de la exigida en el derecho comparado, y además fue tenido en consideración el antecedente marcado por la ley 19.134, que se refería a la posibilidad de que el adoptado fuese oído si contaba con más de 10 años, con la limitación de que era una facultad judicial y se refería solo a la posibilidad de ser escuchado (C. C. y C. comentado, 2015, p. 362-363).

Según estima Marisa Herrera, la intención es encontrar un criterio armonizador que respete la capacidad progresiva, la seguridad jurídica y la prevención de la discrecionalidad:

El modo para ello es establecer una edad determinada que podría ser los 10, 12 o 14 años de edad o a pedido de parte interesada, solicitar el consentimiento antes de esa edad, de conformidad con la madurez alcanzada y el principio rector del interés superior del niño (Herrera, 2006, p.8).

Conclusiones:

El CCC ha receptado un criterio que pretende compatibilizar en un ámbito de seguridad jurídica la participación del niño, niña o adolescente en su proceso de adopción con respeto a la evolución de su capacidad progresiva.

4.2. Discrepancias doctrinarias.

Otras voces doctrinarias no coinciden con el criterio adoptado por el CCC, ya que consideran que ser parte para que preste su consentimiento obligatorio, supone ubicar al niño de 10 años en una situación procesal de indefensión, si es que no cuenta con la asistencia técnica correspondiente.

En los lineamientos del sistema de adopción, la normativa del Código Civil y Comercial se aparta de lo previsto por el art. 27 de la Ley 26.061, según Basso:

Así, esta norma faculta a niños/as y adolescentes a participar o intervenir en los procesos judiciales o administrativos que los afecte o incluya, e introduce en nuestro ordenamiento jurídico interno la figura del “abogado del niño”.

A su vez, el decreto reglamentario 415³⁶ señala que el derecho del niño, niña, a la asistencia letrada incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en los referidos procesos, y sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar (Basso, 2015, p. 1).

En la misma línea de pensamiento, Graciela Medina expresa:

³⁶ Decreto Reglamentario 415/06, Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes de la república Argentina. Disposiciones transitorias. Bs As en BO 18/04/2006

La ley 26.061 estableció la asistencia letrada del niño y/o adolescente en todo proceso administrativo o judicial que lo afecta, como una garantía mínima de procedimiento que el Estado debe asegurar (Medina, 2012, p.16).

Haubenreich (2015) sostiene la necesidad de asistencia letrada durante todo el proceso a partir de los 10 años, desde el momento que el niño es considerado “parte”, como garantía del debido proceso según lo expresa la Ley 26.061.

Brunetti amplía la participación de la asistencia técnica letrada:

Las niñas, niños y adolescentes, considerados como sujetos plenos de derecho tienen derecho a ser asistidos en el proceso a través de un defensor, preferentemente especializado en niñez, sin requerir limitación ni franja etaria alguna conforme la Doctrina de la Protección Integral.

Garantizar el acceso a la justicia de los niños y adolescentes significa dotar de mayor amplitud al concepto de legitimación activa a través del ordenamiento jurídico sustancial y procesal (Brunetti, 2015, p.53).

Conclusiones:

De lo expuesto, se advierten diferencias doctrinarias respecto de cómo y cuándo debe proceder la asistencia técnica del niño. Un criterio amplio, que considera que es una garantía del debido proceso, de ser escuchado y que sus opiniones sean tomadas en su condición de sujeto de derechos y otra más restrictiva, fundada en un criterio cronológico y el grado de

madurez progresiva adoptado por el Código Civil y Comercial, quedando en disonancia con los preceptos establecidos en el art. 27 de la Ley especial 26.061.

4.3. Fallo “L.M.A. y otro s/ adopción-acciones vinculadas”.

El fallo “L.M.A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas” tuvo lugar en la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín, Sala I., de la Provincia de Buenos Aires, el 29/09/2015.

El caso, según lo expresa Basset (2016) en su nota a fallo, se refiere a un matrimonio que por sentencia de guarda pre-adoptiva estaba a cargo de dos niños de 3 y 8 años. Después de casi cinco años de su otorgamiento, al momento en que debía pronunciarse la adopción conjunta desisten de la misma. Los pretensos adoptantes reintegran los niños al Juzgado, alegando la demora excesiva para el pronunciamiento de la adopción y los malos tratos recibidos por el Servicio Local interviniente.

Los apelantes, según expresa el Juez Dr. Lami, en su voto, *“Atribuyen la frustración de la adopción a la totalidad de los integrantes que han participado en el trámite.”*³⁷

Dice Basset:

...La Juez de primera instancia decidió responsabilizar a los guardadores y pretensos adoptantes por la "devolución" de los niños, imponiéndoles el

³⁷ Fallo Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala I, Bs. As “L.M.A. y otros s/ Adopción- Acciones vinculadas”, 29/09/2015.

mantenimiento de la obra social y una cuota de alimentos equivalente al 30% del sueldo de los guardadores. La Cámara de Apelaciones debía decidir si confirmaba o no el decisorio de primera instancia (Basset, 2016, p.1).

Para ello debía encontrar un fundamento jurídico, ya que el desistimiento en la adopción no está previsto en la legislación vigente.

En palabras de Basset: “...Su desafío era grande: encontrar andamiaje jurídico para una decisión que no tiene fundamento normativo” (Basset. 2016, p.1).

Expresa Basset:

...la Cámara confirma el fallo de primera instancia e impone a los guardadores alimentos y obra social, pero para eso debe deslindar la obligación alimentaria, cuya causa fuente es regularmente el parentesco (en este caso, inexistente), de la responsabilidad civil por un accionar intempestivo y dañoso para los niños. La Cámara opta por la vía de los alimentos (Basset, 2016, pág. 1).

Teniendo en cuenta que para llegar a la guarda pre-adoptiva, los pretendidos adoptantes debieron pasar por varias instancias previas administrativas y judiciales, no es comprensible la base sobre la cual sustentaron el desistimiento, que no estaba relacionado a los niños, sino a los organismos intervinientes (Barabasqui, 2016).

Barabasqui señala:

El desistimiento de la adopción por parte del matrimonio luego de cinco años ininterrumpidos de guarda pre-adoptiva no puede más que generar un daño irreparable en los niños que tenían bajo su cuidado, habiéndoles generado la sensación de pertenencia a un grupo familiar, con un vínculo sano recíproco y estable, y con ello, una identidad como grupo familiar con aquellas personas que les proporcionaban contención y amparo afectivo y material... (Barabasqui, 2016, p. 3).

La situación que deben atravesar los niños, sufriendo una nueva institucionalización, constituye una re-victimización. Han perdido a sus progenitores, su lugar de origen y deben atravesar un nuevo duelo con la pérdida de la familia a la cual creían pertenecer (Barabasqui, 2016).

Lo que resulta incomprensible y a la vez preocupante es que la guarda se obtiene con la previa intervención de equipos técnicos y por sentencia judicial, entonces en palabras de Basset (2016):

¿Quién es el verdadero responsable, los agentes a quienes debe imputarse la falla del procedimiento adoptivo? ¿El juez que otorgó la guarda sin advertir la inidoneidad de los pretendientes adoptantes para sostener vínculos de la complejidad del caso o los mismos pretendientes adoptantes? ¿Qué responsabilidad cabe a los organismos administrativos, que durante el trámite del expediente no advirtieron...? ¿Qué, a los peritos que

dictaminaron favorablemente la guarda según el procedimiento de la Provincia de Buenos Aires? (Basset, 2016, p.5).

En el fallo “Fornerón e hija contra Argentina” (27/04/2012) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal recordó los criterios establecidos en su jurisprudencia y entre otras consideraciones, afirmó:

En vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades (Corte IDH).³⁸

La celeridad e idoneidad de los operadores que exige toda causa en donde existan niños o adolescentes, debe ser respetada por los Tribunales y por los órganos administrativos intervinientes.

Resulta también resaltar, que el art. 27 de la ley 26.061 propone la asistencia técnica durante todos los procesos tanto administrativos, como judiciales. Un abogado del niño que defendiera los derechos vulnerados, hubiera resultado útil y necesario para preservar los derechos que titularizan los niños en cuestión (Mynyerky, 2014).

³⁸ Corte IDH- Resumen oficial emitido por la Corte IDH de la sentencia del 27 de abril de 2012.

Según sostiene Minyerski:

...Si un adulto necesita asesoramiento técnico, con mayor razón éste será imprescindible cuando la persona es menor de edad y se encuentra en situación de vulnerabilidad (...) Por ende, es necesario asociar el derecho de participar en el procedimiento a la necesidad de ser informado y asesorado por un técnico en la materia, o sea un abogado (...) que le brinde y le provea todo lo que la ley prevé para la defensa de sus derechos” (Minyerski, 2014, p.95).

Conclusiones:

El fallo en análisis, expone que el niño como Sujeto de Derechos implica más que un cambio legislativo, requiere de una nueva mirada de los operadores jurídicos respecto de la niñez y adolescencia, un empoderamiento de ese nuevo estatus jurídico de los niños para poder ejercer sus derechos sin sufrir discriminaciones. En forma especial para este Instituto, donde los protagonistas son muy vulnerables, la figura del abogado del niño podría ser una respuesta a situaciones donde la inequidad resulta manifiesta y el daño a los niños cierto y determinable.

Capítulo 5. La adopción en el Mercosur.

El 20 de noviembre de 1989 se aprobó en Nueva York la CDN. En 1990 todos los países integrantes del MERCOSUR la ratificaron.

Según explica Fanzolato, los países mercosureños que ratificaron la CDN lo hicieron de la siguiente forma:

Sin reservas Brasil, Uruguay y Paraguay. La Argentina lo hizo, con dos reservas: a) una referida a lo que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad (porque el texto de la Convención no se refiere al momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad; b) también hizo reserva de las normas sobre adopción internacional (Fanzolato, p.44, 2008).

Los países debieron adecuar su legislación interna al nuevo paradigma del niño como Sujeto de derecho siguiendo su orden familiar internacional, surgiendo así nuevas normativas para el tratamiento de la infancia, ya sea a través de Leyes Especiales o Códigos de Infancia (Beloff, 2004).

Los cambios necesarios para el abandono de la doctrina tutelar en las legislaciones internas se dieron de manera disarmónica en los países del Mercosur. Los primeros países en realizarlos fueron Brasil y Paraguay (Beloff, 2004).

Las modificaciones normativas respecto del Instituto de la adopción en los distintos países que conforman el Mercosur, fueron:

En Brasil, la adopción está regida en los arts. 1618 a 1638 del Novo CC Brasileiro³⁹ y por las Normas de los arts. 39 a 52 comprendidas en el Estatuto del Niño y del Adolescente,⁴⁰ “...que dispone la protección integral de los niños hasta los 12 años - y del adolescente - persona entre 12 y 18 años de edad, admitiendo sólo la adopción plena, a la que se le atribuye carácter irrevocable” (Uriondo de Martinoli, p.84, 2008).

Paraguay en 1997 dictó la Ley N° 1136⁴¹ de adopción, que se complementa con las Normas del Código de la Niñez y la Adolescencia.⁴²

Uruguay en 2004 sanciona El nuevo Código de la Niñez y de la Adolescencia. En cuanto a la adopción de un mayor de edad, se regula por el CC⁴³ especialmente en los arts. 243 a 251.

En Argentina hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial el instituto se regía por las normas introducidas por la Ley 24.779⁴⁴ al Código de Vélez.

Con la entrada en vigencia del CCC, el instituto está receptado en los arts. 594-637.

Siguiendo a Fanzolato (2008) los principios básicos y sustanciales que caracterizan la normativa respecto del instituto de la adopción en el MERCOSUR son: La adopción de

³⁹ Ley N° 10.406. Congresso Nacional do Brazil. 10/01/2002.

⁴⁰ Ley N° 8969. Congresso Nacional do Brazil. 13/07/1990.

⁴¹ Ley N° 1136. Congreso de la Nación Paraguaya 1997

⁴² Ley N° 1680. Congreso de la Nación Paraguaya. 2001.

⁴³ Código Civil de Uruguay

⁴⁴ Ley 24.779 (B.O.1/4/97)

menores no emancipados, el interés del menor, prioridad de la familia biológica, derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta.

Conclusiones:

La ratificación de la CDN determinó que los países tuvieran que modificar sus legislaciones, sustentadas en la doctrina de la situación irregular por una normativa de infancia y adolescencia que respetara el nuevo estatus jurídico, ubicando la figura del niño y del adolescente en el centro de la temática de la adopción.

5.1. Adopción de menores no emancipados.

La finalidad del instituto es el derecho del niño/ adolescente a crecer y desarrollarse en un contexto familiar, cuando su propia familia nuclear o ampliada no pueda realizarlo.

Adopción de menores de edad no emancipados sin distinción de sexos. Las leyes de los países del mercosureños se enrojan decididamente en el principio moderno que rige la adopción en los países pertenecientes a la familia de derechos romano -germánica: adopción de menores de edad no emancipados sin distinción de sexos, porque la finalidad de la institución es proteger a la minoridad desvalida y suplir las carencias de un individuo en el período más trascendente en la formación integral de su personalidad. Excepcionalmente, Argentina y Uruguay admiten la adopción de mayores,

con efectos parentales limitados, en la adopción simple (Fanzolato, 2008, p.45).

5.2. El interés del menor.

“Es el eje en torno del cual gira toda la adopción de menores (...) El principio está recogido en todas las legislaciones locales” (Fanzolato, 2008, p. 46).

Según Fanzolato:

El art. 1625 del Novo CCB, dispone que solo será admitida cuando genere un efectivo beneficio para el adoptado. La moderna Ley de adopción paraguaya dispone que se otorga como medida de protección del niño y se establece en función de su interés superior (art. 2), y el Código de la Niñez y Adolescencia (Ley 1680/01) establece que este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías (art. 3) (Fanzolato, p. 46, 2008).

La República Oriental del Uruguay, en el art 6 del Código de Niñez y Adolescencia⁴⁵reza:

“...para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y del adolescente que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona

⁴⁵ Ley N°17.823. Código de la Niñez y la Adolescencia. Asamblea General de la República Oriental del Uruguay. 14/09/2004

humana...” (art. 6). A su vez el art.147 refiriéndose a la legitimación adoptiva prescribe que “...sólo se otorgará por justos motivos y existiendo conveniencia para el niño o adolescente...” (Fanzolato, 2008, p.46).

El CCC en nuestro país recepta este principio en el art. 595 inc. a) “*el interés superior del niño*”, siendo uno de los principios taxativamente expuesto para el Instituto.

5.3. Prioridad de la familia de origen o subsidiariedad de la adopción.

De acuerdo a lo normado por la CDN en el art. 9, los Estados deben asegurar que el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, salvo que el interés superior del niño aconseje una solución contraria y determine una separación temporal o definitiva respecto de la familia nuclear (Fanzolato, 2008).

Brasil en El Estatuto del Niño y del Adolescente, Capítulo III, art. 19 establece: *“Todo niño o adolescente tiene derecho a ser criado y educado en el seno de su familia y excepcionalmente, en familia sustituta, asegurándole, la convivencia familiar y comunitaria...”*.

Paraguay en el Código de la Niñez y Adolescencia (ley 1680/01), según el art. 8 *“consagra como prioridad el derecho a desarrollarse en la familia biológica, y si ésta no tuviera los recursos suficientes, tienen el derecho a que el Estado los provea...”*.⁴⁶

⁴⁶ Código de Niñez y Adolescencia- Ley 1680/01

La Ley de adopciones del Paraguay⁴⁷, determina su carácter subsidiario, ya que prevé un período obligatorio para lograr mantener el vínculo con la familia nuclear o ampliada. El art. 9 de dicha ley dispone que si dos o más hermanos son declarados en estado de adopción, no se podrán separar, salvo razones justificadas.

El Código del Niño y Adolescente de Uruguay “*señala como principios básicos de toda política social de promoción y protección de la niñez “el fortalecimiento de la integración y permanencia de los niños y adolescentes en los ámbitos primarios de sociabilización: la familia y las instituciones educativas...” (art.19)”* (Fanzolato, 2008, p. 49).

El art. 144 inc. 3° del mismo cuerpo normativo, prescribe que en caso de existir hermanos en estado de abandono, se propenderá a su integración conjunta en una familia adoptiva.

La Argentina recepta este principio en el art. 595⁴⁸ inc. c) del CCC, que reza: “*El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada”*. El mismo es reconocido en la ley 26.061⁴⁹ en su art 11 in fine donde estipula: que los hijos “*tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y crecer y desarrollarse en su familia de origen (...) y en forma excepcional a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”*.

⁴⁷ Ley 1136. Ley de Adopciones. Honorable Congreso de la Nación Paraguaya. 1997.

⁴⁸ Código Civil y Comercial. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁴⁹ Ley 26.061- .Honorable Congreso de la Nación Argentina. 2005. B.O 26/10/2005.

5.4. Derecho a la propia identidad.

“El derecho a la identidad es uno de los más discutidos frente a esta institución....”

(Fanzolato, 2008, p.51).

En palabras de Fanzolato:

En Brasil el Estatuto del niño y el adolescente, prescribe que la sentencia judicial de adopción será inscripta en el registro civil mediante mandato del cual no se proveerá certificación. El mandato judicial, que será archivado, cancelará el registro original del adoptado. Ninguna referencia sobre el origen del acto podrá constar en las certificaciones del registro. Únicamente a criterio de la autoridad judicial podrá expedirse certificación para salvaguardia de derechos (Art. 47) (Fanzolato, 2008, p. 57).

La Ley paraguaya determina:

...todos los documentos y actuaciones administrativas o judiciales propios del proceso de adopción serán reservados. Sólo se podrá expedir testimonio o copia por solicitud de los adoptantes y del adoptado que hubiese llegado a la mayoría de edad. El adoptado, no obstante podrá acudir ante el juez competente, mediante apoderado o asistido por el defensor del niño, para solicitar el levantamiento de la reserva y tener acceso a la información (art. 55, ley 1136/97) (Fanzolato, 2008, p.57).

Uruguay en el art. 142 del Código de Niñez y Adolescencia prescribe que será deber de los padres adoptivos informarle al adoptado sobre sus orígenes biológicos, siempre que no le cause perjuicio, en función de la edad y características del niño. Es decir, comporta un deber moral para los adoptantes, que ante su incumplimiento carece de sanción.

El Código de Niñez y Adolescencia, en el art. 18, reconoce al menor el derecho a *“promover ante la justicia las investigaciones que sobre su origen se estimen necesarias.”*

En caso de legitimación adoptiva, *“... si bien la tramitación será reservada en cuanto a terceros, se reconoce al menor o adolescente el derecho de acceder al expediente y a todos los antecedentes a partir de los 18 años (art.146,3° CNA)”* (Fanzolato, 2008, p.58).

Argentina, en el nuevo CCC reconoce este derecho en el art. 595 inc. b) *“el respeto por el derecho a la identidad”*, y en el inc. e) *“derecho a conocer sus orígenes.”*

Reconoce para el adoptado que tenga edad y grado de madurez suficiente el derecho a conocer los datos respecto a su origen y faculta al adolescente de 13 años para iniciar una acción autónoma con patrocinio letrado, receptada en el art. 596 del mismo cuerpo legal.

5.5. Judicialidad de la adopción.

La judicialidad de la adopción implica que la filiación adoptiva solo es decretada por jueces y por lo tanto el estado filial de hijo adoptivo se constituye por sentencia judicial que así lo declare (Fanzolato, 2008).

Argentina, Brasil y Paraguay se adscriben a la judicialidad, en tanto que en Uruguay, el trámite difiere según sea legitimación adoptiva o una adopción siendo para la última optativo: judicial o por escritura pública (Fanzolato, 2008).

5.6. Criterios legislativos adoptados para el Instituto.

Los distintos países fueron modificando sus legislaciones, ya sea a través de leyes o Códigos de niñez. En el contexto del MERCOSUR fueron precursores del cambio Brasil y Paraguay, e incluso fueron realizando modificaciones sustanciales a su orden jurídico interno (Beloff, 2004).

Nuestro país, fue renuente a los cambios y llevó mucho tiempo que el tema de la infancia y adolescencia en situación de vulnerabilidad fuese tomada en consideración.

Siguiendo las ideas de Uriondo de Martinoli (2008) se enuncian a continuación algunos de los criterios legislativos que tomaron las legislaciones de Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina.

5.6.1. Tribunal competente.

Brasil determina que será competente para conocer de los pedidos de adopción y sus incidentes el Juez de Infancia y de la Juventud, “...*cuya competencia será determinada por el domicilio de los padres o responsables del niño o del adolescente; y a falta de éstos, por el del lugar donde el menor se encontrare* (art. 147 y 148).” (Uriondo de Martinoli, 2008, p.85).

En Paraguay, es competente el Juzgado Tutelar del domicilio del menor o adolescente “... *en los que actuarán como partes: el niño, su defensor, el o los adoptantes, el fiscal del menor y los padres biológicos, en caso de adopción por su cónyuge o compañero de hecho (arts. 38 y 39)*” (Uriondo de Martinoli, 2008, p.93).

En la República Oriental del Uruguay, es competente para ambos tipos de adopción - legitimación adoptiva y adopción simple - el Juzgado Letrado de Familia del domicilio del adoptante. (146 y 139 del CNA⁵⁰).

La adopción simple puede hacerse por escritura pública (Uriondo de Martinoli, 2008).

En nuestro país el CCC en su art. 612 determina que será competente para discernir de manera inmediata la guarda con fines de adopción, el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad.

En el juicio de adopción, será Juez competente el que otorgó la guarda, o a elección de los pretendidos adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida, si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión (art.615)⁵¹.

5.6.2. Tipos de adopción.

Brasil recepta solo la adopción plena y con carácter irrevocable (art. 48 ECA), Paraguay en el art. 3 de la Ley 1136/97 determina que la adopción es plena, indivisible e irrevocable.

⁵⁰ Código del Niño y del Adolescente.

⁵¹ Código Civil y Comercial. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Uruguay reconoce dos tipos de adopción, la simple (pudiendo ser el hijo del cónyuge) y la legitimación adoptiva (o plena) de carácter irrevocable (Fanzolato, 2008).

Nuestro país, en el CCC reconoce expresamente en el art. 619, tres tipos de adopción: la simple, la plena con carácter irrevocable y la de integración, que no necesariamente tiene que ser simple. Cada una con alcances y efectos diferentes. La característica es que se han flexibilizado, teniendo en cuenta el interés superior del niño o adolescente.

5.6.3. Requisitos para ser adoptantes.

Brasil establece que el adoptante debe ser mayor de 18 años. Se admite la adopción por concubinos, divorciados y separados judicialmente, si la guarda previa hubiese comenzado durante la convivencia (Uriondo de Martinoli, 2008).

El adoptante debe ser dieciséis años mayor que el adoptado. No puede ser ascendiente o hermano del candidato a la adopción (Uriondo de Martinoli, 2008).

Paraguay establece que puede ser adoptante una persona de cualquier sexo, sin considerar su estado civil, aunque tienen preferencia los matrimonios.

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo los cónyuges con 3 años de matrimonio y los que acrediten una convivencia de tipo heterosexual de 4 años o más (arts. 8 y 10). El adoptante debe tener un mínimo de veinticinco años y un máximo de cincuenta, salvo convivencia previa. No hay restricción respecto de la adopción por ascendientes o hermanos (Uriondo de Martinoli, 2008).

Uruguay en el Art.145 del Código del Niño y del Adolescente, establece que el adoptante debe ser mayor de 25 años, y la diferencia entre el adoptante y el adoptado debe ser como mínimo de 15 años. Si adoptan cónyuges o concubinos deben computar cuatro años de vida en común (Uriondo de Martinoli, 2008).

El CCC argentino, determina en el art. 599⁵², que: *“El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona...”*. El adoptante debe ser por lo menor dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente. El art. 601 inc. a, indica que el adoptante deberá tener como mínimo 25 años de edad, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con este requisito. Se prohíbe la adopción de descendientes por ascendientes, hermanos o medios hermanos, receptado como una causal de nulidad en el art. 634 incs. e. y f.⁵³ (concordante art.601 incs. b. y c.)

5.6.4. Derecho del menor de ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta.

Brasil en el art. 45 inc. 2 del Estatuto del Niño y del Adolescente, reza: *“Tratándose de un candidato a adopción mayor de doce años de edad, será también necesario su consentimiento.”*⁵⁴

⁵² Código Civil y Comercial. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁵³ Código Civil y Comercial. Honorable Congreso de la Nación Argentina

⁵⁴Ley 8069 - Estatuto del Niño y del adolescente- Brasil.

La Ley del Paraguay establece al Juez la obligación de escuchar al niño y tener en cuenta su opinión, la cual deberá ser valorada de acuerdo a su desarrollo y madurez, cuando fuese menor de doce años (Uriondo de Martinoli, 2008).

En el Capítulo III, de la ley De adopciones en su art. 17 conceptualiza el consentimiento: “*El consentimiento es el acto formal por el cual las personas otorgan su conformidad para la adopción ante el juez competente.*”⁵⁵

Y en el art. 19 expresa:

A partir de los doce años el adolescente deberá prestar su consentimiento para la adopción, previo período de convivencia con los adoptantes. En todos los casos el juez tendrá en cuenta la opinión del niño respecto de la adopción. En caso de menores de doce años, el juez valorará la opinión del niño sobre la base de su desarrollo y madurez.⁵⁶

Uriondo de Martinoli (2008) expresa: “*Son varias las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay que garantizan el derecho del menor a ser oído, teniendo en cuenta su opinión, la cual se recabará en el ámbito adecuado (arts. 35, 39, 133, 136.1, 139, 146.2)*” (Martinoli, 2008, p.107)

El CCC argentino lo recepta en la enunciación de los principios generales del Instituto, en el art. 595 inc. f) “*el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea*

⁵⁵ Ley 1136 de Adopciones. Congreso de la Nación Paraguaya. 1997

⁵⁶ Ley 1136 de Adopciones. Congreso de la Nación Paraguaya. 1997

tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.”

5.6.5. La autonomía progresiva.

Los Estados signatarios del Mercosur hacen mención al interés superior del niño y a la autonomía o capacidad progresiva, pero no se advierten cambios sustanciales respecto de la participación de los mismos en los procesos judiciales u administrativos en que estén involucrados.

Es evidente la dificultad de los legisladores para separarse del criterio de capacidad e incapacidad, característico del sistema tutelar (Minyersky, 2006).

Según Nelly Minyersky (2006):

... resulta indudable que el principio de la capacidad progresiva al que deben ajustarse los países signatarios de la CDN, no se encuentra regulado en la mayoría de los ordenamientos civiles de los estados integrantes del Mercosur, ni en muchos de los códigos de la niñez que tienen como objeto afianzar la protección integral de la infancia. Aún persisten los regímenes tradicionales de capacidad e incapacidad, el instituto de la “patria potestad”, resabio de la antigua consideración de los niños como objetos de protección y tutela de sus padres y del estado (Minyersky, 2006, p 5).

Conclusiones:

Los países integrantes del Mercosur siguiendo los preceptos de la CDN han realizado cambios en sus legislaciones, teniendo distintos criterios en relación al instituto de la adopción. Todos han receptado el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta. Respecto a la autonomía progresiva, también ha sido incluida, aunque no se advierte aún de manera clara y concreta su implementación. En la mayoría de los ordenamientos aún sigue coexistiendo con otros institutos característicos del sistema tutelar.

En el aspecto operativo es evidente que a estos países les resulta difícil apartarse de los viejos conceptos y llevar a la práctica los preceptos consagrados en el paradigma que tiene al niño, niña y adolescente como Sujeto de Derechos y centro en el Instituto de la Adopción.

CONCLUSIONES FINALES

Se ha analizado el Instituto de la Adopción desde el paradigma del niño en situación irregular. Doctrina imperante en nuestro país y en toda América Latina que consideraba al niño o adolescente pobre o abandonado, como un peligro para la sociedad que debía ser “objeto” de tutela del Estado.

La Ley del Patronato de la Infancia ha sido un ícono de esta doctrina y estuvo vigente hasta el año 2005.

El Instituto fue legislado tardíamente en 1948 por la Ley 13.252, como norma especial y complementaria del Código Civil, que receptaba sólo la adopción simple.

A posteriori es modificada por la Ley 19.548, reconociéndose la adopción plena, que emplazaba al niño en el estado filial de hijo, perdiendo todo contacto con la familia de origen.

Las normativas preveían el derecho del niño a ser escuchado, pero esto no se realizaba porque el juez no tenía contacto con el niño.

El eje de la adopción eran los adultos y la necesidad de prohijamiento.

La paulatina internacionalización del derecho civil y como máximo exponente la CDN en cuestión de infancia y adolescencia, implicó reconocer un nuevo estatus jurídico al niño y al adolescente.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país en 1990 y por casi todos los países del mundo, significó un punto de inflexión en el paradigma de la infancia,

que obligó a los países ratificantes a modificar sus legislaciones, desde un nuevo paradigma considerando al niño y al adolescente: “Sujetos de Derechos.”

Nuestro país en la Reforma de 1994, incorpora la CDN junto a otros tratados internacionales de Derechos Humanos, en el art. 75 inc. 22 CN.

En 2005 se sanciona la Ley 26.061 que recepcionó los lineamientos de la CDN, considerando al niño Sujeto de Derechos.

No obstante estos avances legislativos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación seguía utilizando lo normado por el Código de fondo, respecto de la capacidad e incapacidad de los menores.

La falta de concordancia entre la Ley Especial 26.061 y las normas emanadas del Código Civil, hicieron necesario un cambio respecto de la recepción de la autonomía progresiva, en la cuestión de infancia y adolescencia.

El Código Civil y Comercial, vigente desde 2015, realizó cambios significativos respecto del Instituto de la Adopción, considerando la capacidad desde un sistema mixto, edad y grado de madurez para la participación del niño en su proceso de adopción.

El art.595 inc. f) determina que el niño de 10 años debe dar su consentimiento expreso, en concordancia con los arts. 617 inc. d) y el art. 634 inc. i) en cuanto, la falta del mismo es causal de nulidad absoluta.

El CCC considera que el niño a partir de los 10 años debe ser parte y expresar obligatoriamente su consentimiento en el proceso de adopción.

El “consentimiento informado” implica que el niño tenga la comprensión del contenido y sentido del acto y la decisión acerca de su aceptación o rechazo en el proceso.

Las discrepancias en doctrina, surgen del criterio utilizado por los legisladores, en la limitación de edad y grado de madurez suficiente para contar con asistencia letrada en el proceso administrativo y judicial, que no es concordante con lo previsto en el art. 27 de la Ley 26.061.

El CCC otorga al juez la prerrogativa de aceptar o no la asistencia letrada, según considere que el niño tiene o no la edad y madurez suficiente.

El Fallo analizado en este trabajo, “L.M.A. y otro s/ adopción-acciones vinculadas” (Cámara Civil y Comercial de San Martín, Sala I, Buenos Aires, 29/09/2015) pone de manifiesto que la figura del abogado del niño, hubiera dado lugar a una situación procesal más equitativa.

La falta de asesoramiento técnico, que debería haber existido desde el inicio del proceso administrativo, según lo prevé la Ley 26.061, hubiese evitado tal vez esta dilación en el tiempo que causó gravamen a los niños y su re-victimización al perder nuevamente la posibilidad de vivir y desarrollarse en una familia.

La adopción es un Instituto que determina la vida de un *Sujeto de derecho*, de un niño, niña o adolescente que ha pasado por circunstancias traumáticas como el abandono o la institucionalización. Si bien se hace necesario que participe en su proceso de adopción, resulta imperativo contar siempre con la asistencia técnica de un abogado, que represente y defienda sus intereses y derechos.

La participación en el proceso propuesta en el CCC, solo toma en consideración que el niño comprenda el acto, y es dable esperar que por su corta experiencia de vida no pueda conocer acabadamente todos los derechos que le asisten y que sólo podrían materializarse con la adecuada asistencia técnica.

Es esencial para un verdadero cambio en la situación de infancia y adolescencia, la capacitación de todos los operadores administrativos y judiciales. Es necesario implementar una operatoria que garantice que los plazos procesales sean cumplidos en los tiempos previstos en las normativas. La mora o falta de celeridad en dichos plazos es determinante y directamente lesivo de los derechos de niños y adolescentes.

En el ámbito del MERCOSUR la situación es similar, ya que los cambios normativos no alcanzan para poder cambiar la situación de los niños en situación de vulnerabilidad.

Los países en análisis utilizan criterios similares, receptando la autonomía progresiva, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez o solo la madurez, aunque en muchos casos no se determina como se efectivizarán estos derechos.

Las leyes por si solas no pueden establecer un cambio en la situación de la infancia y adolescencia en situación de abandono, destinados a vivir en institutos que cuentan con bajo presupuesto y cuyas condiciones son deficientes.

Es necesario desarrollar e implementar Políticas Públicas de Estado que asuman un compromiso real frente a la infancia y la adolescencia vulnerable, para que niños y adolescentes puedan materializar efectivamente los derechos que les asisten, y contar con

todas las prerrogativas que implica la circunstancia de ser reconocidos como “Sujetos de Derecho”.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ABASOLO, M. (2015, octubre). Nuevo régimen de capacidad de la persona humana. *Reglas para la menor de edad*. Ponencia presentada en las XXV Jornadas nacionales de Derecho Privado. Bahía Blanca. Buenos Aires, Argentina.

ABBIATI, L., ALMIRALL, R., COLOMBATO, L., CAJIGAL CÁNEPA, I. (2015, octubre). *Condición jurídica básica de la persona menor de edad con grado de madurez suficiente*. Ponencia presentada en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Privado. Bahía Blanca. Buenos Aires, Argentina.

BARABASKI, P., MURGANTI, A. “Tutela judicial efectiva: el resarcimiento en el marco de los procesos de adopción.” [*Versión electrónica*]. *Revista de Derecho de Familia y Personas*, (febrero) L.L. AR/DOC/93/2016

BASSET, Ú. (2014). “La adopción en el nuevo Código Civil y Comercial” L.L.

2014-JA; 2014 IV.

BASSET, Ú. (2016). “Cese intempestivo de la guarda preadoptiva: ¿responsabilidad civil o alimentos? [*Versión electrónica*]. *Revista de Derecho de Familia y Personas*, (febrero) L.L.

04/02/2016, 51

AR/DOC/4525/2015.

BASSO, S., (2015). La participación directa de niños, niñas y adolescentes en los procesos con patrocinio letrado en el Código Civil y Comercial. [Versión electrónica]. *Revista Derecho de Familia y Personas*, L.L. (8)31 AR/DOC/2709/20

BELOFF, M., (1999). Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar. [Versión electrónica]. *Justicia y Derechos del Niño (1)-UNICEF*. Recuperado de: https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf.

BELOFF, M., (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires: Editores del Puerto

BLANCHARD, V., (2015). Procedencia del abogado del niño ¿en qué casos? [Versión electrónica]. *Revista Derecho de Familia y de las Personas*. (Noviembre) 04/11/2015,57,L.L. AR/DOC/3449/2015

BOSSERT, G., ZANNONI, E. (2000). *Manual de Derecho de Familia*, (5°Ed. Actualizada) Buenos Aires: Astrea.

BRUNETTI, M. (2014, Noviembre). *La garantía del acceso a la Justicia de niñas, niños y adolescentes: Humanización del Proceso*. Ponencia presentada en el VI Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia 2014, de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia. ALAMFP y ONAF. Natal, Rio Grande del Norte, Brasil.

Recuperado de:

https://www.academia.edu/7374371/Derecho_procesal_garantista_y_constitucional._Proceso_garant%C3%ADa_y_libertad

CILLERO BRUÑOL, M. (1999). Infancia, Autonomía y Derechos: una Cuestión de Principios. [*Versión electrónica*].*Revista Pensamiento Penal* (5)2011, Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina28723.pdf>

CILLERO BRUÑOL, M. (2001). Los Derechos del Niño: De la proclamación a la protección efectiva. [*Versión electrónica*].*Justicia y Derechos del Niño (3)-UNICEF*, Recuperado de: https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos3.pdf

CORREIA, V. (2016).La adopción en el Nuevo Código Civil y Comercial. [*Versión electrónica*]. Utsupra, Protocolo A00393358961. Recuperado de: server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00393358961

CURTI, P., GONZALEZ, M. (2014). Autonomía Progresiva y Derechos [*Versión electrónica*]. *Revista Pensamiento civil*, Recuperado de: www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2104.pdf.

FANZOLATO, E. (2008). *La Adopción en el MERCOSUR*. Principios comunes que regulan la adopción en los países del Mercosur. (pp.43-68). Centro de Estudios Comparados en el MERCOSUR. Santa Fe, Argentina: Rubinzal- Culzoni.

FLORES, M. (2009). *Infancias judicializadas. Estudio histórico sobre la colocación de menores en la ciudad de Córdoba: 1948-1972*. Ponencia en las Segundas Jornadas

Nacionales de Historia Social, 13,14 y 15 de mayo de 2009.La Falda, Córdoba, Argentina.
Recuperado de
cehsegreti.org.ar/historia-social-2/.../Ponencia%20Maria%20Elena%20Flores.pdf.

GARCIA MÉNDEZ, E. (1999). Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la Protección Integral. Recuperado de:
www.iin.oea.org/La_convencion_internacional.pdf

GONZÁLEZ DE VICEL, M. (2015). “El Régimen Jurídico de la adopción: cuestiones de fondo”. L.L. AR/DOC/1298/2015.

HAUBENREICH, M. (2015). “La niña, el niño y los adolescentes en el Código Civil y Comercial de la Nación”. DJuris220. Recuperado de: <http://www.editorialjuris.com>

HERNÁNDEZ SAMPIERI, R., FERNANDEZ COLLADO, C., BAPTISTA LUCIO, P., (2006) *Metodología de la Investigación*, (4ª Edición) Iztapalapa, México: Mc Graw Hill Interamericana.

HERRERA, M. (2006, septiembre). Luces y sombras sobre la voz del niño en su adopción. [*Versión electrónica*]. Documento preparado en el marco de las IV Jornadas Regionales y I Nacionales Interdisciplinarias de adopción. Mendoza. Argentina. Recuperado de: http://www2.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro_adopcion/index.htm

HERRERA, M., CARAMELO, G. PICASSO, S. (2015). *Código civil y Comercial de la Nación Comentado*. Infojus [*Versión electrónica*]. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf.

HERRERA, M. (2015). Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de la autonomía progresiva en el derecho argentino. [*Versión electrónica*]. *Justicia y Derechos del Niño, UNICEF*, (11)107-144. Recuperado de: https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derechos_11_web.pdf

KEMELMAJER DE CARULCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., FERNÁNDEZ, S., (2015). “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación.”. [*Versión electrónica*]. Infojus. Recuperado de: www.infojus.gov.ar , DACF150461, (18/8/2015).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., MOLINA DE JUAN, M. (2015). “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial. L.L.

AR/DOC/3850/2015.

MEDINA, G., (2012). “La adopción en el Código Civil y Comercial”. Recuperado de www.gracielamedina.com/la.adopcion-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-naci-n/

MEDINA, G. (2015). “El proceso de familia en el Código Unificado”. INFOJUS. Recuperado de:

[http:// www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar).

MYNYERSKY, N. (2006). Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes. El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo. Segundo Encuentro

Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR .Recuperado de:
<http://studylib.es/doc/427416/capacidad-mercosur.-capacidad-progresiva-de-los-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as> (24/06/2016).

MINYERSKY, N. (2014). Derecho a la defensa de niños, niñas y adolescentes víctimas. (INFOJUS), (1º Edición) *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*. (pp. 81-117).Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

SOLARI, N. (2013). El Patrocinio letrado en la Ley de Procedimiento de Adopción (Provincia de Buenos Aires). [*Versión electrónica*]. *Revista de Derecho de familia y de las personas*. Septiembre (9) ,27.

URIONDO DE MARTINOLI, A. (2008). *La adopción en el MERCOSUR*, Visión comparativa del marco regulatorio de la adopción en el ámbito del MERCOSUR. (pp.69-116).Centro de Estudios Comparado en el Mercosur. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

VIDETTA, C. (2015). “El proceso de la adopción y su interacción con el Sistema Integral de Derechos de Niños, niñas y adolescentes”. L.L. 2015-1302

VILLALTA, C. (2003) “Entre la ilegitimidad y el abandono: la primera ley de adopción de niños”. [*Versión electrónica*]. *Revista Cuadernos del Sur*. Recuperado de. www.conicet.gov.ar/new_scp/detalle.php?keywords=&id=20880&articulos

VIOLA, S. (2012). Autonomía Progresiva de niños, niñas y adolescentes: una deuda pendiente. [*Versión electrónica*]. *Cuestión de Derechos* 3 (2), 82-98.

LEGISLACIÓN

Nacional

Ley 13.252. Adopción de menores. Septiembre de 1948

Decreto/Ley Nacional 19.134/71- Adopción de Menores.

Ley 23.849, Honorable Congreso de la Nación, septiembre de 1990- Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley 24.779. Adopción. Honorable Congreso de la Nación, Marzo de 1997.

Ley 26.061. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Sancionada: Septiembre 28 de 2005 y Promulgada: Octubre 21 de 2005

Decreto nacional 415/ 2006- Protección Integral de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

Código Civil (Vélez Sarsfield).

Código Civil y Comercial -Ley 26.994-

Extranjera

Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC.17/02 de 28 de Agosto de 2002.

Ley N° 8069. Estatuto da Criança e do Adolescente- Congresso Nacional do Brazil.
13/07/1990.

Ley N° 10.406. Congresso Nacional do Brazil. 10/01/2002.

Ley N° 1136. Ley de Adopciones. Congreso de la Nación Paraguaya 1997

Ley N° 1680. Código de la Niñez y Adolescencia Congreso de la Nación Paraguaya. 2001.

Ley N°17.823. Código de la Niñez y la Adolescencia. Asamblea General de la República Oriental del Uruguay. 14/09/2004

Código Civil República Oriental del Uruguay.

JURISPRUDENCIA

CSJN., M., G. c/ P., C. A.” (M. 394. XLIV – 26/06/2012) Recuperado de

<http://old.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf> (26/06/2016)

Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC.17/02. 28 de Agosto de 2002.

Corte I.D.H., “FORNERON e HIJA vs. ARGENTINA”. 27/04/2012

Recuperado de: **www.csjn.gov.ar/data/ci_for.pdf**

C.N.Civil, Sala B., “K., M. y otro c/K., M. D. s/AUTORIZACION”, Infojus FA0902016 (2009) Recuperado de www.infojus.gov.ar

S.C.J.B.A., “F., D.G. Adopción. Acciones Vinculadas”, Causa C.115.747.

Recuperado de: www.scba.gov.ar

C. Civ. y Cm. De Apelaciones San Martín, Sala I. Buenos Aires “Fallo “L.M.A. Y otros/ adopción-acciones vinculadas”. 29/09/2015.

Recuperado de: www.rubinzalonline.com.ar/fallo/13629/