

Magallanes María Belén

*Tutela de los intereses del menor, en
materia de adopción, a partir de la
nueva Legislación Civil y Comercial
Unificada*

Abogacía

Año: 2016

Resumen

La adopción es uno de los procedimientos más apropiados para los niños/as y adolescentes que sufrieron abandono por parte de sus progenitores, o no cuentan con una familia biológica o red social que los asista, resguarde y brinde el apoyo socioeconómico y afectivo que necesitan como todo ser humano y además, cumplir con los roles paternos y maternos correspondientes.

Si bien es y a sabidas cuentas, la primera Ley de Adopción surgió en el año 1.948, anteriormente a ello, la adopción se realizaba sólo como un arreglo entre las personas con las instituciones. Los cambios observados desde la Ley N° 13.252/48, se basaron principalmente en la disminución tanto de la edad de los adoptantes como así también en el plazo de los años de casados y en el de guarda de la adopción, aumentando el número de procesos judiciales como los procedimientos administrativos.

Con este trabajo persigo realizar un breve recorrido histórico del instituto bajo análisis hasta la actualidad, con el fin de profundizar no solo en el conocimiento, sino también en la manera de ver cómo han influido e influyen los cambios sociales en relación al concepto de familia y la protección del interés superior del niño, cómo se trata y considera en estos momentos, para, de esta manera, tener otras perspectivas de análisis de la actual Ley de adopción.

Abstract

Adoption is one of the institutional forms considered the most appropriate for children and adolescents who suffered abandonment by their parents, or do not have a biological family or social network to assist them, Safeguard and provide socio-economic support and affective need as a human being and also comply with the relevant and maternal roles.

While it is already known accounts already known that the Adoption law first arose in 1948, before the adoption was done as a compromise between people with institutions. The changes observed from N°. 13,252 / 48 law, were based mainly on the decrease in both the age of the adoptive parents as well as within the years of marriage and the adoption guard by increasing the number of prosecutions the administrative procedures.

With this work, I seek to make a brief history of the institute under analysis to the present, in order to deepen not only in knowledge but also on the way to see how they have influenced and influence social change in relation to the concept of family and the protection of the interests of the child, how it is treated and considered at the moment, for, in this way, have other perspectives of analysis of the current law of Adoption.

Palabras claves

Adopción- Evolución legislativa- Principios- Tutela del menor – Reforma

Índice

• Introducción	6
• Capítulo I: Antecedentes históricos de la institución.....	11
i. Breve análisis de los antecedentes nacionales.....	12
ii. Derecho comparado.....	16
• Capítulo II: Aspectos conceptuales y la regulación de la adopción previo a la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	19
i. Concepto del instituto jurídico de la adopción	20
ii. Requisitos del adoptante.....	21
iii. Requisitos del adoptado.....	22
iv. Guarda previa.....	23
v. Juicio de adopción.....	25
vi. Competencia.....	26
vii. Partes.....	27
viii. Procedimiento.....	28
ix. Efecto de la sentencia.....	30
x. Clases de adopción. Adopción plena, simple e integrativa.....	30
• Capítulo III: Aspectos doctrinarios. La adaptación de las normas al marco normativo internacional.....	39
i. Análisis doctrinario del concepto adopción, introducido por el Código Civil y Comercial de la Nación.....	40
ii. Análisis doctrinario de los principios generales por los cuales se rige el instituto jurídico de la adopción.....	43
iii. Análisis doctrinario de la figura jurídica de la adopción internacional.....	51

• Capítulo IV: La adopción en el nuevo Código Civil y Comercial.....	58
i. Finalidad de la reforma en materia de adopción.....	59
ii. Constitucionalización del Derecho Privado	62
iii. Nuevo régimen jurídico de la adopción. Modificaciones más relevantes y nuevas disposiciones normativas.....	63
• Conclusión final.....	82
• Litado bibliográfico.....	86

Introducción

En el presente trabajo desarrollaré el tema de la adopción haciendo en primer término un breve repaso histórico de las distintas Leyes que reglamentaron la misma.

Un hecho precedente que marcó un cambio trascendental en nuestra sociedad fue cuando a principios del año 2011, la Presidenta Cristina Fernández de Kirchner dictó el Decreto Presidencial N° 191/11, en el cual, de acuerdo a su Art. 1°, se establece la creación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. La misma estuvo integrada por los Ministros Dr. Ricardo Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dra. Elena Highton de Nolasco, Vicepresidente del mismo cuerpo y la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci, ex miembro de la Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza. Tal Comisión tuvo a su cargo el estudio de las reformas de ambos códigos Civil y Comercial y su unificación.

Dicho proyecto de reforma incluyó el tema de la adopción, el cual fue construido sobre la idea de que adoptar abre la posibilidad de restituirles derechos a aquellos niños que agotaron todas las opciones con su familia de origen.

En opinión de la Dra. Hilda Kogan, Ministra de la Corte Bonaerense, la adopción no fue creada para castigo de padres abandonicos ni para la realización personal de padres expectantes, sino para intentar garantizarle a todo niño su derecho a tener una familia.

¿Cómo será la adopción? Lo primero que se hace con un niño en adopción es intentar vincularlo con su familia biológica. En muchos casos reciben la visita una vez al año de una tía, un primo o una abuela. Son por lo general visitas esporádicas pero se utilizan como excusa para no darle la posibilidad a ese niño de ser adoptado por una familia que lo está esperando.

Por otro lado, en una entrevista realizada en Argentina el día viernes 12 de septiembre de 2014, el genetista Jorge Dotto impulsor de la Ley, expresó que la clave de la norma está en los plazos. Se fijan límites para que la Justicia tome una decisión rápida y responsable basada en el amor, en la necesidad de un hogar y de una familia. Estas son las leyes que le cambian la vida a la gente. Bajo la reglamentación derogada, a un niño se le iba la infancia esperando que lo adopten, hasta diez (10) años demoraba el trámite ya que no existían plazos para la Justicia. Con la nueva norma, los jueces deben

definir las causas en un tiempo no mayor de seis (6) meses. Si entre el niño y la familia adoptante las cosas están en orden, el juez tiene un plazo de ciento ochenta (180) días para autorizar el inicio del juicio de adopción. También los tiempos de la guardia provisoria se reducen notablemente.

Finalmente este Proyecto de Ley de Reforma, luego de varios años de discusiones y controversias, el Senado de la Nación Argentina votó el 1 de octubre del 2014 el entonces proyecto, hoy, nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que comenzó a regir el 1 de agosto del 2015.

¿Se puede decir que se experimentó una mejora en la tutela de los intereses del menor, en extensión y profundidad, con la legislación civil y comercial unificada que se encuentra vigente desde el 1 de Agosto del corriente año?

Totalmente, la modificación en el Código Civil de la República Argentina, establece un ordenamiento legal destinado a cumplir con el propósito de salvaguardar la tutela de los intereses jurídicos del niño, niña y adolescente. Esto es, constituirlo como un sujeto de derechos y derecho, considerarlo dentro de las políticas públicas, a los fines de incluirlo en la relación de niño/joven, familia y Estado, con una igualdad en la reciprocidad de derechos y deberes.

Lo que se procura con esta reforma, es proteger el interés superior del niño/adolescente, que la sociedad y el Estado pongan en consideración todos los instrumentos jurídicos - legales para regular las normativas tendientes a satisfacer este cambio. De esta forma se protege al niño/a y adolescente de convertirse en objeto de negociaciones muchas veces con fines lucrativos, evitar el tráfico de estos e impedir intermediaciones pocas claras.

Todo ello implica que la adopción se rija por el interés superior del niño, es decir, que se agoten las posibilidades de permanecer con su familia, preservar los vínculos fraternos y el derecho a conocer sus orígenes. Esto quiere decir que va a tener derecho a conocer su familia de origen.

Facilitar el camino a la adopción a los padres fue solo uno de los ejes de la reforma legal. La norma anterior N° 24.779 derogada por la presente N° 26.994, no se encuadraba dentro de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ni tampoco a la Convención de los Derechos del Niño.

Por eso, además de simplificar este régimen para los adoptantes, el proyecto aprobado en el Senado prioriza el interés del niño por sobre el de los adultos comprometidos, incorporando el derecho a ser oído, a que su opinión sea tenida en cuenta según la edad y el grado de madurez. El niño también tendría derecho, siempre que lo requiera, a conocer su verdadera identidad y a preservar el vínculo jurídico con su familia biológica.

Por otra parte, la reforma no realizó diferencias en relación al sexo de los adoptantes, con lo que le da la posibilidad de adoptar a solteros, solteras y parejas casadas o convivientes, tanto heterosexuales como homosexuales.

El proyecto también buscó eliminar la práctica extendida de las guardas extrajudiciales o guardas de hecho, cuando la familia biológica entrega al niño a sus futuros adoptantes sin la intervención judicial previa, intentando agilizar así el camino de la adopción. En aquellas guardas al margen del sistema oficial, los padres adoptantes se presentaban luego ante el juez para convalidar la misma, ignorando la opinión del niño, algo que se pretendió corregir. Además, según la reforma, la guarda debe ser discernida de manera inmediata por el juez que determina la situación de “adoptabilidad”.

Por ello, uno de los objetivos de este trabajo es realizar una revisión del pensamiento reinante, tanto de fuentes doctrinarias como jurisprudenciales de nuestro país en los últimos tiempos, como asimismo de las normativas a través de las cuales se intenta llegar a un modelo que alcance la tutela jurídica del interés superior del menor.

De esta forma, intentaré contribuir con elementos válidos que permitan visualizar el sistema jurídico de la adopción, para que la sociedad acceda a una información con conceptos, lo cual no solo servirá a nivel informativo, sino que también podrá incentivar el interés en las leyes existentes y presentes reformas en dicha institución jurídica, teniendo en cuenta el grado de idealización en torno a la adopción de niños, niñas y adolescentes.

Cuando una pareja o persona acepta un niño que no fue engendrado por ella, para muchos es un acto de solidaridad y de bondad que las eleva a un lugar especial de moral y caridad. Sin embargo, la adopción no nace de un acto solidario, sino del deseo verdadero y profundo de ser padres. No se trata de ayudar a otro, sino de conformar

juntos una familia y amarse mutuamente, sin pensar que se está haciendo un “bien”. Tampoco conviene hablar de “padres del corazón”, los adoptantes son padres con todo el cuerpo, con la cabeza, los pies, los brazos y también con el corazón, de igual manera que aquellos que tiene la posibilidad de gestar un niño de forma natural. Cuando se espera un hijo, a los padres adoptivos se les moviliza el alma, pero también se predisponen con todas sus posibilidades físicas, éticas y morales para la llegada de ese niño o adolescente.

Con esta breve presentación, puedo decir que con este trabajo pretendo ante todo analizar si las modificaciones como nuevas normas introducidas en materia de adopción con la reforma del Código Civil, tutelan aún más el interés superior del menor.

Precisiones metodológicas

En primer lugar, cabe decir que la metodología de la investigación es la ciencia que estudia el método. También se refiere a la serie de métodos y técnicas de rigor científico que se aplican sistemáticamente durante un proceso de investigación para alcanzar un resultado teóricamente válido. En este sentido, la metodología funciona como el soporte conceptual que rige la manera en que aplicamos los procedimientos en una investigación (Yuni y Urbano, 2006).

De acuerdo a la temática y problemática elegida corresponde una conjunción de dos tipos de investigación. En primer lugar el Tipo Descriptivo, ya que mi propósito en el presente trabajo es analizar el instituto jurídico de la adopción, procurando detallar cuáles son sus características principales, requisitos de procedencia como también los cambios que se han introducido con la Reforma del Código Civil y Comercial, brindando con ello una información lo más completa posible sobre el tema.

En segundo lugar, corresponde el Tipo Exploratorio, a partir del cual indagaré la problemática, para así determinar las ventajas y desventajas de la reforma y unificación del Código Civil y Comercial Argentino dentro de la temática elegida, como así también los posibles avances a futuro a través de la modernización de nuestros cuerpos legales.

Por otro lado, la estrategia metodológica a utilizar, dadas las características de la temática abordada, refiere a un método cualitativo. Procederé a obtener datos,

documentos y todo tipo de información sobre el tema elegido, con el fin de poder lograr un análisis metódico del mismo, adquiriendo con ello conocimientos válidos y certeros.

En cuanto a las fuentes que utilizaré, serán primarias, que son aquellas directas de información, originales, de primera mano; en este caso particular, se trata de todos los fallos, sentencias y legislación relativos a la temática elegida. Información sobre la cual se basa la investigación, y a su vez secundarias, son aquellas que comentan, sintetizan o analizan las fuentes primarias de información.

La recolección de datos procuro realizarla a través de la técnica de la investigación documental, pretendiendo analizar a través de fallos, doctrina, cómo han sido tratados desde un punto de vista amplio los casos sobre adoptabilidad y los distintos regímenes sobre adopción. Ello me permitirá identificar cómo la actualización normativa da evolución a las leyes y así lograr una mejor adecuación de las mismas a la realidad actual de Argentina.

Tomaré como punto de partida el año 1948, año en el cual se concreta la primera Ley N° 13.252 sobre el régimen de adopción luego de haberse presentado numerosas iniciativas y proyectos. No obstante ello, dicha Ley sufrió importantes modificaciones, siendo la última de ellas con la Ley N° 26.994, la cual establece un Código Civil y Comercial unificado que será Ley vigente a partir del 1 de agosto de 2015.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

DE LA INSTITUCIÓN

Capítulo I. Antecedentes históricos de la Institución

Introducción

En el presente capítulo realizaré un recorrido histórico de la legislación que ha regido en nuestro país, desde el año 1.948 con la primera Ley N° 13.252 sobre esta materia, hasta la reciente reforma de dicho cuerpo normativo, el que quedó unificado, como Código Civil y Comercial, cuya entrada en vigencia fue el 1 de agosto de 2015. Finalizando con un breve análisis del modo en cómo se rige el instituto bajo estudio, según las leyes de diversos países.

I. i. Breve análisis de los antecedentes nacionales

Al devenir de la historia, la antigua legislación española bajo la influencia del Derecho Romano, admitió la adopción bajo el nombre de prohijamiento. Pero, al igual que otros países, no entró en las costumbres particularmente en América.

Cuando Vélez Sarsfield redactó el Código, decidió suprimirla de nuestro derecho positivo, fundándose en que nadie se servía de ella sino en casos muy singulares, y en que no era conveniente introducir en la familia a quien por naturaleza no pertenecía a ella.

Estos argumentos no resistían el análisis, al considerar que la familia adoptiva no es menos valiosa que la biológica. La adopción es algo muy distinto a la beneficencia. La adopción es un vínculo creado por el amor y la convivencia, a veces más fuerte que el que nace de los lazos de sangre.

La necesidad de reimplementar la institución estaba fuera de toda discusión y dio lugar a numerosas iniciativas y proyectos, concretados finalmente en la Ley N° 13.252/48 (hasta entonces las prácticas sociales de colocación y tutela de niños estuvieron fuertemente reguladas y/o desarrolladas a través de la Sociedad de Damas de Beneficencia, dicha Sociedad de Beneficencia fue una institución creada por Bernardino Rivadavia en 1823; a través de este organismo, el entonces presidente argentino decidió que fuera el Estado quien se encargara de la atención a los pobres. Hasta ese momento, esas tareas estaban reservadas a la Iglesia Católica. Quedando la administración de esta entidad en manos de un grupo de mujeres, que también debían encargarse de la educación de niñas y niños) la cual expresaba en su Art. 1 que “La adopción crea un

vínculo legal de familia”. Por otra parte otorgaba la adopción a quienes tuvieran cuarenta (40) años u ocho (8) años de casados, preveía un periodo de guarda de dos (2) años y contemplaba un solo juicio para lograrla.

Al implementarse tardíamente en nuestro país el instituto de la adopción, se legitimó por una parte la ubicación de niños en familias no biológicas a los fines de criarlos, y por otra parte, intentó evitar actos de fraude, falsificación de actas públicas, alterar el estado civil y otros delitos que se cometían en perjuicio de menores, los cuales eran inscriptos como biológicos en determinadas familias aunque no tenían esa condición.

En el año 1971, la Ley N° 13.252 fue reemplazada por la Ley N° 19.134, modificando sustancialmente los efectos jurídicos de la adopción, disminuyendo tanto la edad para ser adoptante (de cuarenta 40 a treinta y cinco 35 años), como el plazo de casados (de ocho 8 a cinco 5 años), al mismo tiempo que disminuyó el plazo de guarda (de dos 2 años a un 1 año) y mantuvo la necesidad de un solo proceso para obtener la filiación adoptiva.

En el mismo año se sancionó la Ley Nacional N° 19.216, cuyo objetivo era amnistiar los trámites de adopción de inscriptos fraudulentamente, es decir, establecer la amnistía general por adopciones efectuadas mediante inscripción falsa de niños como hijos propios, siempre que en la ejecución de los hechos no se hubiere obrado con fin de lucro o con propósito de causar perjuicio.

Transcurrido más de un cuarto de siglo desde la sanción de la Ley N° 19.134, el legislador entendió conveniente incorporar dicho instituto al Código Civil, mediante la sanción de Ley N° 24.779 del año 1997 haciéndolo en el Título IV, en los Arts. 311 al 340 y avanzando en nuevas cuestiones, tales como el procedimiento para otorgar la guarda pre adoptiva, la intervención de los padres biológicos en el juicio de adopción, la reducción de la edad mínima como condición para adoptar, la prohibición de adoptar entre hermanos y medios hermanos, la imposibilidad de adoptar en forma unilateral estando casados (Borda, 2009).

En el año 2004, se dictó la Ley N° 25.854 que creó el Registro Único de adoptantes, la cual fue reglamentada por el Decreto: N° 383/05, el cual no sólo aprobó la reglamentación de la Ley N° 25.854 sino que a su vez estableció la designación, con carácter transitorio del Director Nacional de la Dirección Nacional del Registro Único

de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos; decretó cuales son las funciones de la Autoridad de Aplicación, Integración del Consejo Consultivo, el objeto del Registro Único, nóminas llevadas por el Registro Único, el acceso a las constancias del Registro, la ratificación y caducidad de inscripciones, el otorgamiento de la guarda, señalando finalmente la adhesión de las Provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En un Decreto posterior del mismo año, el N° 1022/05 se procedió a introducir modificaciones al Decreto N° 383/05 en relación a: los propósitos del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y la comunicación de los jueces al Registro respecto de resoluciones que efectivicen guardas con fines de adopción o adopciones.

Mientras que en el Decreto N° 1328/08, se establece que pese a dichas modificaciones, se advierten dificultades de funcionamiento en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos en particular la escasa articulación con los Registros Provinciales de naturaleza judicial, dado que no se ha logrado, pese al tiempo transcurrido, la adhesión del grueso de las Provincias Argentinas al régimen instaurado por el Decreto N° 383/05, disponiendo que sea objetivo del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos propiciar la creación de registros locales en aquellas jurisdicciones donde aún no existan, y brindar todo el apoyo técnico necesario para el funcionamiento de los nuevos registros y de los ya existentes. Además de todo ello, resolvió que la validez de la inscripción en una jurisdicción respecto de las restantes, es una garantía contenida en el Art. 7 de la Constitución Nacional, en la medida en que se trate de actos públicos y sujetos tan solo a las reglamentaciones competentes.

En el mismo año que se crea el Registro Único de adoptantes, la Provincia de Buenos Aires sancionó la Ley N° 13.298 de “Promoción y protección integral de los derechos de los niños”, la misma tiene por objeto la promoción y protección integral de los derechos de los niños, garantizando el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento legal vigente, y demás leyes que en su consecuencia se dicten. A su vez dispone la aplicación prioritaria de aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a todos los niños. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, laborales o de vivienda, las medidas de protección

son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.

Un año más tarde se sanciona la Ley Nacional N° 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las niñas, niñas y Adolescentes.” La ley establece que cuando las estrategias de revinculación familiar, ya sea con la familia de origen o la familia ampliada, resultan poco satisfactorias o inexistentes, la autoridad local de aplicación debe solicitar a la instancia judicial competente en materia de familia otorgue la guarda con fines adoptivos de los niños en el marco de la normativa vigente en materia de adopción.

Más cercano en el tiempo, en la provincia de Córdoba el 4 de mayo del 2011 se sanciona la Ley N° 9.944 referida a la “Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la provincia de Córdoba”; estableciendo que las disposiciones contenidas en la presente Ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles, intransigibles y tienen por objeto la “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba”, mediante la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de sus derechos. Los derechos y garantías de la misma deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico provincial, nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. A su vez dispone que:

Para la aplicación e interpretación de la presente Ley, de las normas y medidas que se adopten en las que intervengan organismos públicos o privados, órganos legislativos, judiciales o administrativos, la familia y la sociedad civil en general, se considerará en forma primordial el interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Las normativas que regulan y/o repercuten en el acceso y/o ejercicio de derechos reconocidos a las niñas, niños y adolescentes deberán adecuarse al principio rector de niño sujeto activo de derechos. La Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional N° 26.061, su Decreto Reglamentario N° 415/06 y esta Ley son de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas comprendidas en la presente norma.

Los órganos administrativos locales de los municipios y comunas deben revisar y adecuar la normativa a los postulados referidos en la presente Ley.

Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos en todos los ámbitos, cualquiera sea la forma en que se manifiesten.¹

En el marco de la reciente reforma, tras años de arduos y profundos debates acerca del nuevo cuerpo normativo Civil y Comercial, el Congreso logró sancionarlo el día 1 de octubre del 2014, entrando en vigencia el 1 de agosto del 2015.

I. ii. Derecho comparado

Un repaso por las principales legislaciones latinoamericanas pone de manifiesto que los procesos de adopción no son neta y puramente judiciales; por el contrario, en su gran mayoría registran la participación de órganos administrativos específicos.

La Ley de adopción en Paraguay N° 1136/97, dispone en su primer artículo: “La adopción es la institución jurídica de protección del niño y adolescentes en el ámbito familiar y social por la que, bajo vigilancia del Estado, el adoptado entra a formar parte de la familia o crea una familia con el adoptante, en calidad de hijo y deja de pertenecer a su familia consanguínea, salvo en el caso de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente”, y agrega en el Art. 2 que, “La adopción se otorga como medida de carácter excepcional de protección al niño y se establece en función de su interés superior”. En el mismo sentido la Ley de adopción chilena N° 19.620, dispone en su Art. 1: “La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece” (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2015, p. 10).

Según el Art. 136 del Código de Niñez y Adolescencia de Uruguay, “No se dará lugar al trámite de adopción si los interesados no han dado cumplimiento en tiempo y forma a las obligaciones y procedimientos previstos en los artículos precedentes. El único órgano competente para la selección y asignación de familias adoptivas es el Instituto del niño y Adolescentes del Uruguay a través de equipos especializados en la materia y del Registro general de Adopciones.”

¹ Art. 4 de la Ley N° 9944 B.O 03/06/2011

Por su parte en Costa Rica se dispone por medio de la Ley de Adopciones N° 7.538 que la autoridad administrativa reviste carácter fundamental en el dictado de la declaración en situación de adoptabilidad. Dice en su Art. 113: “Cuando se trate de niños al cuidado y atención del PANI o de otras organizaciones privadas, dedicadas a atender a la niñez, una vez aprobados los estudios psicosociales correspondientes y tras haberse constatado que la adopción conviene al interés de la persona menor de edad, la autoridad administrativa competente la declara adoptable. El expediente se trasladará de inmediato al juez, para quien será prueba fundamental a la hora de declarar en abandono”.

Por su parte, en su Art. 117 establece que “Podrán solicitar la declaratoria de abandono de una persona menor de edad, el Patronato Nacional de la Infancia, o cualquier persona interesada en el depósito o la adopción de la persona menor de edad.”

La Ley de Colombia dispone en su Art. 62 que “La autoridad central en materia de adopción es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Solamente podrán desarrollar programas de adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones debidamente autorizadas por éste.”

Según el Art. 13 de la Ley 19.620 de Adopción de Chile: “El procedimiento que tenga por objeto declarar que un menor es susceptible de ser adoptado, se iniciará de oficio por el juez, a solicitud del Servicio Nacional de Menores o a instancia de las personas naturales o jurídicas que lo tengan a su cargo”. Una vez dictada la sentencia de adoptabilidad, deberá ser puesta en conocimiento del Servicio Nacional de Menores a los fines dispuestos por el Art. 5 que dispone: “El Servicio Nacional de Menores deberá llevar dos registros: uno, de personas interesadas en la adopción de un menor de edad, en el cual se distinguirá entre aquellas que tengan residencia en el país y las que residan en el extranjero; u otro, de personas que pueden ser adoptadas. La sola circunstancia de que un menor de edad que puede ser adoptado y un interesado en adoptar no figuren en esos registros no obstará a la adopción. Si se cumplen todos los procedimientos y requisitos legales.

Reflexiones finales

Desgranando la historia de nuestra Patria y desde un paneo general, puedo apreciar que la adopción no estaba colocada bajo un perfil de valoración a tener en cuenta en los

temas de Estado que se trataban, como por ejemplo en el momento en que Vélez Sarsfield redacta el Código la suprime exponiendo por qué según el punto de vista de esa época.

A posteriori, la mentalidad de la sociedad fue cambiando paulatinamente introduciéndose mediante la Ley N° 13.252/48 en su Art. 1 un pensamiento que consideró el origen, la raíz del nacimiento de la adopción, el cual enmarca que la misma crea un vínculo legal de familia.

Con lo expuesto ut supra, destaco la importancia que se le ha atribuido en las últimas décadas a la temática de la adopción, ya que ha sido en materia jurídica, quien mayores reformas y nuevas normativas ha tenido, como asimismo, que el nuevo sistema argentino es en su mayoría de aspectos, coincidente con la legislación de los países con los que se ha comparado.

CAPITULO II

ASPECTOS CONCEPTUALES Y

LA REGULACIÓN DE LA

ADOPCIÓN ANTES DEL NUEVO

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

DE LA NACION

Capítulo II. Aspectos conceptuales y la regulación de la adopción antes del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Introducción

Continuando con la temática del capítulo I, en el presente, expondré los conceptos fundamentales de la adopción como acto jurídico vinculante de parentesco entre dos personas con relación análoga a la paternidad. Además, las consideraciones de autores desde Borda (2009) pasando por Zannoni (1998) hasta Belluscio (2009) siendo coincidentes en varios aspectos, como por ejemplo los fines que se alcanzan con la adopción, además del lazo que se crea al formarse una nueva familia, el que beneficia a mas partes, adoptado como adoptante, pues colma vacíos en cuanto se refiere a carencias afectivas, aflorando además sentimientos de seguridad y protección.

Otro punto de importancia plasmado en este capítulo, trata la problemática que planteaba el Código Civil ya reformado por Ley, sobre la adopción de niños con sus diferentes normas legales a cumplir, aquellos individuos con anhelos a ser padres, como así también para los adoptados y demás condiciones que hacen a una adopción legítima.

II. i. Concepto del instituto jurídico de la adopción

La adopción es un acto jurídico que establece un vínculo de parentesco entre dos personas con una relación análoga a la paternidad. La legislación en Argentina desde la primera Ley reguladora de esta materia, fijó diversas condiciones para quienes desean adoptar un hijo, como ser una edad mínima y/o máxima y la necesidad de contar con plena capacidad para el ejercicio de los derechos civiles.

Borda (2009) consideraba que es frecuente que las personas sin hijos vuelquen el ansia de su paternidad frustrada en un hijo ajeno, al que tratan y educan como propio. Esta conducta merece toda la simpatía y la protección legal. Benítez citado por Borda (2009) sostenía que la adopción, por una parte, brindaba protección al menor; por otra, daba hijos a quien no los tiene de sangre. Contemplaba ambos aspectos, colmaba dos vacíos, salvaba dos obstáculos sociales: el de una niñez desviada o en trance de desviarse, y el de una paternidad frustrada o inalcanzable.

De acuerdo a la idea de Zannoni (1998) se observa que la filiación, como categoría jurídica descansa en el presupuesto biológico de la procreación. No obstante ello, la

carencia de dicho presupuesto no dificultaba que pueda establecerse entre dos personas un vínculo análogo al que la procreación determina entre padre e hijo. Tal es el fin que cumple la filiación adoptiva o adopción.

Por su parte, Belluscio (2009) consideraba que la adopción es la institución en virtud de la cual se establece entre dos personas un vínculo semejante al que deriva de la filiación. Sus alcances varían, sin embargo, según los diferentes ordenamientos jurídicos positivos, reconocen distintos tipos de adopción, así como institutos que extienden o reducen sus efectos, tales como la apelación plana y simple en una familia adoptiva.

II. ii. Requisitos del adoptante

El adoptante debía llenar las siguientes condiciones:

- a) Debía tener treinta (30) años cumplidos, salvo los cónyuges que tengan más de tres (3) años de casados o que, aun no habiendo transcurrido este lapso, acreditaran la imposibilidad de tener hijos (Art. 315).
- b) Debían ser por lo menos dieciocho (18) años mayor que el adoptado, salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto (Art. 312).
- c) Debía acreditar de manera fehaciente e indubitable su residencia en el país por un periodo mínimo de cinco (5) años anterior a la petición de guarda (Art.315).

No podían adoptar:

- a) Las personas casadas salvo que lo hicieran en forma conjunta. Sin embargo dicho consentimiento no era necesario: 1) cuando medie sentencia de separación personal; 2) cuando el cónyuge ha sido declarado insano, en cuyo caso debía oírse al curador y al Ministerio Público de Menores; 3) cuando se declarare la ausencia simple o la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge (Art. 320).
- b) Los ascendientes a sus descendientes (Art. 315, inc. a)
- c) Un hermano a sus hermanos o medios hermanos (Art. 315, inc. b).
- d) El tutor a su pupilo. Pero podrá iniciar el juicio de guarda y adopción una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela (Art.319)

Ahora bien, ¿podía adoptar el que vivía en concubinato? La cámara Civil de la Capital, reunida en Tribunal Plenario, decidió primeramente que no corresponde la adopción del hijo matrimonial de una persona por otra, cuando el adoptante convive con uno de los progenitores del adoptado o están casados en el extranjero en fraude a la ley argentina.

No obstante ello, en el año 1987, el mismo Tribunal decidió que la mera existencia del concubinato no impide la adopción, si bien el Tribunal puede tomarlo en cuenta para denegarla si existen otros elementos de juicio confluyentes que indican la inconveniencia en otorgarla (Borda, 2009).

Numero de adoptantes:

Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva, adopción sobre el mismo menor.

El adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto.²

II. iii. Requisitos del adoptado

El requisito básico de la persona que iba a ser adoptada era el que se tratara de un menor de edad, y que no estuviese emancipado. El Art. 311, primera parte, disponía en tal sentido: “La adopción de menores no emancipados se otorgara por sentencia judicial a instancia del adoptante”.

La segunda parte del citado artículo introducía dos excepciones, por las cuales “la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado puede otorgarse, previo consentimiento de éstos: a) cuando se trate del hijo del cónyuge del adoptante; b) cuando exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial”.

Número de adoptados:

Se podrá adoptar a varios menores de uno y otro sexo simultánea o sucesivamente.

² Art. 12 del Código Civil derogado por la Ley N° 26994

Si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo. La adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple.³

II. iv. Guarda previa

La Ley N° 24.779 fue la que introdujo esta novedad; en la cual la adopción debía estar precedida por una guarda del menor otorgada judicialmente.

Su procedimiento judicial se dividía en dos etapas:

- 1) Para el otorgamiento de la guarda
- 2) Para conceder la adopción.

Según el Art. 316 del viejo Código Civil:

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

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

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

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

Los dos primeros párrafos son los que definían la exigencia de la guarda previa otorgada judicialmente como requisito para poder promover el juicio de adopción. El tercer párrafo fijaba la competencia judicial para el otorgamiento de la guarda, imputándosela al tribunal del domicilio del menor, que es el de sus representantes, o al del lugar donde se hubiese comprobado su abandono (Belluscio, 2009).

El cuarto responde a la lógica, pues cuando se intenta adoptar al hijo del cónyuge se supone que estará bajo la guarda conjunta del progenitor y del que pretende adoptarlo. Sin embargo, en ese caso queda el vacío de la necesidad de trato paterno-filial previo, con lo que la adopción podría ser promovida sin necesidad de este trato al día siguiente del matrimonio, o después de la disolución de éste aunque no haya mediado tal trato durante la unión (Belluscio, 2009, p.586).

³ Art. 13 del Código Civil derogado por la Ley N° 26994

El Art. 318 del precedente Código añadía que “Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo”

Por su parte dicho Código Civil, hoy derogado, establecía a su vez en su Art. 317 los requisitos necesarios para otorgar la guarda pre adoptiva:

a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación. No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad o cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

b) Tomar conocimiento personal del adoptado.

c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin.

d) Iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica. El juez deberá observar las reglas de los incisos a), b) y c) bajo pena de nulidad.

La Ley no preveía el caso de negación del consentimiento. Por deducción lógica, se debía interpretar que era atribución judicial otorgar la guarda y, luego, la adopción, a pesar de la negación de ese consentimiento.

En el fallo V., J. E. s/ Inscripción de nacimiento y guarda con fines de adopción la Suprema Corte de Justicia, La Plata, Buenos Aires sentó lo siguiente:

(n)no debe prosperar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado por la Asesora de Incapaces contra la decisión de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata que, al revocar lo decidido por el Tribunal de Menores de la referida ciudad, hizo lugar al pedido de guarda con fines de adopción de un menor a un matrimonio no inscripto en el listado de postulantes,

pues la correcta solución del caso exige centrar la mirada en la verdadera regla de oro que por mandato constitucional impone atender al interés superior del menor, sin que la falta de inscripción en el Registro de Aspirantes a Guardas con fines de Adopción pueda erigirse en un impedimento absoluto y rechazar, en base a esa sola circunstancia, el otorgamiento de la guarda si no se evidencia comprometido el interés del menor ni que ha mediado alguna maniobra fraudulenta, ardid o engaño.⁴

II. v. Juicio de adopción

De acuerdo a la Fundación Adoptar, en Argentina los trámites son gratuitos, personales y judiciales, razón por la cual, ni conocidos, ni profesionales, ni organizaciones de ninguna naturaleza, pueden prometer, ni definir ningún tipo de ayuda en ningún momento del proceso de adopción.

En todos los casos, los trámites se inician en los tribunales más cercanos a su domicilio, donde debe consultar, el lugar de la oficina de Registro de Aspirantes a adoptar, el cual le deberá facilitar todos de los requisitos, formularios y todo lo atinente a su inscripción.

Las inscripciones en Registros de Aspirantes de otras provincias, no son aconsejables por dicha Organización, por los siguientes motivos:

- a) Será casi imposible administrar un expediente de adopción a cientos de kilómetros de su domicilio.
- b) Se verá obligada/o a contratar un abogado que Ud. no conoce para que le efectúe la procuración del expediente.
- c) En las provincias que componen el Nordeste de la Argentina y Santiago del Estero, están ubicadas las dos fábricas más importantes de tráfico de bebés para importación nacional e internacional y destinos fatales y aberrantes de nuestros niños. Las zonas mencionadas están infectadas de inescrupulosos, pertenecientes a numerosas bandas de tráfico humano.⁵

⁴ Suprema Corte de Justicia. La Plata, Buenos Aires. “V.,J.E. s/ Inscripción de nacimiento y guarda con fines de adopción”. Recuperado el 12/11/2015 de <http://www.infojus.gob.ar/suprema-corte-justicia-local-buenos-aires-je-inscripcion-nacimiento-guarda-fines-adopcion-fa03010650-2003-04-02/123456789-056-0103-0ots-eupmoccollaf> (Sentencia de fecha: 02/04/2003)

⁵ Fuente: página web Adoptar. Recuperado el 12/10/2015 de: <http://www.adoptar.org.ar/2009/11/como-se-adopta-un-nino-en-la-argentina/>

De acuerdo al régimen de la Ley N° 24.779, la adopción se realizaba únicamente por decisión judicial, a instancia de quien desea adoptar. Por ende, estaba desechado todo tipo de adopción, como la contractual o la testamentaria.

El Art. 321 del Código Civil ya derogado, en su inc. d., le imponía al juez o tribunal valorar “si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes, así como la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado” siguiendo en su inc. i., por decir que “(e)l juez o Tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor”.

Este interés superior del menor también se encuentra amparado por el Art. 3 inc. 1 de la CDN, el mismo establece: “ En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Esto quiere decir, que en materia de adopción las decisiones deben ser tomadas teniendo en cuenta que el interés del menor es superior al de cualquier otra persona involucrada en las relaciones jurídicas de las que es parte; las decisiones deben tomarse teniendo en cuenta que el interés del menor prevalece por sobre el de los padres biológicos y el de los que pretenden adoptarlo (Belluscio, 2009).

II. vi. Competencia

Siguiendo lo estipulado por el Art. 321 inc. a del anterior Código Civil: “La acción debe interponerse ante el juez o Tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda”.

Es que la adopción no dependía exclusivamente de la voluntad del adoptante, sino de que el juez, reputara conveniente la adopción teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor.

La guarda con vistas a la adopción era normalmente hecha por el juez o tribunal del domicilio del futuro adoptante, con lo que los dos términos del dilema que presentaba el inciso coincidirían. Si no coincidían, por haber cambiado el domicilio durante la guarda previa quien requiere la adopción, se entendía que éste podría optar, sin embargo en un régimen como el que regía previo al reforma del Código Civil, que impone la guarda

judicial previa, sería lo más lógico que guarda y adopción tramitasen ante un mismo tribunal (Belluscio, 2009).

II. vii. Partes

Los padres biológicos

La norma prescribía que intervenían en el juicio, los adoptantes y el Ministerio Público. Los padres biológicos no son parte, en el juicio de adopción y, en su caso el tutor tampoco lo será.

La exclusión de los padres justificaba con lo antes expuesto por el Art. 317 inc. a, es decir cuando han prestado expreso consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción cuando han sido privados de la patria potestad, en este caso han dejado de representar legalmente al menor.

Distinto sería el caso en el que los padres no hubiesen sido oídos ni para la entrega de la guarda ni para la adopción, podría estar violada la garantía constitucional de la defensa en juicio dispuesta en el Art. 18 de la Carta Magna, ya que la adopción implica para ellos graves consecuencias; en el caso de que sea adopción simple, la transferencia de la patria potestad de los padres a los adoptantes; si es plena, la extinción del vínculo paterno-filial (Belluscio, 2009).

Por su parte Mazzinghi, citado por Borda (2009) expresaba que excluir a los padres de ser citados por haber estos manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción, constituye una verdadera aberración, por cuanto implica admitir una renuncia a los derechos y deberes de la patria potestad o lo que es lo mismo, una renuncia al estado civil del padre; y una de las características del estado de familia es su irrenunciabilidad.

En cuanto a la citación judicial que realiza la ley a los padres del menor para el otorgamiento de la guarda, únicamente sobre este presupuesto se podía tramitar el juicio de adopción sin ellos.

Intervención del asesor de menores

Dicha intervención se encontraba prevista en los Arts. 59, 493 y 494 del Código derogado el que establecía el primero de ellos:

A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.

Por su parte el Art. 493 disponía:

El Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto o pleito sobre la tutela o curatela, o sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores o curadores. Debe también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores e incapaces, y en las enajenaciones o contratos que conviniese hacer. Puede deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores, cuando éstos no lo hiciesen. Puede pedir la remoción de los tutores o curadores por su mala administración, y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores e incapaces.

Rezando finalmente el Art. 494 del CC: “Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores”.

En cuanto al Ministerio de Menores, su calidad de parte debía ser excluida en los casos excepcionales en que se acepta la adopción de mayores de edad.

Intervención del menor

Si bien el Art. 321 no reparaba que el menor revistiera la condición procesal de parte en el juicio, la misma norma establecía que se debía valorar en todos los casos el interés superior del menor y que, de acuerdo a su edad y condición, el juez o tribunal debían ser oídos si lo juzgaban conveniente.

En tal sentido, no se podía ignorar que el menor sería el destinatario final de la sentencia por lo que oírlo contribuiría a considerar mejor la conveniencia de la adopción solicitada (Medina, 2009).

II. viii. Procedimiento

El juicio de adopción se podía iniciar una vez que se ha cumplido el plazo de los seis (6) meses o el año (1) depende el caso, del comienzo de la guarda, y debía ser promovido ante el juez del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda; y la sentencia tendría efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda.

El juez tenía la obligación de verificar si se ha tenido al menor bajo la guarda mínima de seis (6) meses o (1) año, no debiendo superar ese plazo.

Las audiencias eran privadas y el expediente reservado y secreto (al igual que en la nueva normativa). Sólo podían ser inspeccionadas por las partes, sus apoderados, letrados y los peritos que intervengan. El juez en cuanto a los autos sólo podía expedir testimonios de sus constancias bajo requerimiento fundado de otro juez- pero no podría entregarlos o remitirlos- quien estaría obligado a respetar la reserva a fin de proteger el interés del adoptado (Borda, 2009).

De acuerdo a lo que estipulaba el Art 321 inc. c “El juez o Tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, sí lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor”.

El juez o tribunal podía ordenar y el Ministerio Público de Menores requerir todas las medidas de prueba o informaciones que consideren convenientes y necesarias para poder valorar si la adopción es conveniente o no para el menor, teniendo para ello en cuenta los medios de vida, como cualidades morales y personales del o de los adoptantes y la diferencia de edad entre adoptante y adoptado (Borda, 2009).

Por último tanto el juez o tribunal debían valorar para así poder otorgar la adopción, por un lado el interés superior el menor y por el otro controlar que el adoptante se haya comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad bilógica (Borda, 2009).

Esta información debía ser dada al menor de manera paulatina, gradual, para evitar así situaciones destructivas que no genera beneficio alguno para el núcleo familiar (Borda, 2009).

Pero cabe preguntarse ¿Qué sucedía si durante el juicio de adopción falleciere el adoptante o el adoptado? De acuerdo a la idea de Borda (2009) en principio, carecería

de todo sentido continuar un proceso cuyo fin es establecer una relación paterno-filial que la muerte ha hecho ya imposible. Pero se daban ciertos casos excepcionales que lo justificaban, uno de ellos estaba expuesto en el Art. 324 del Código Civil, el cual disponía: “Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completará después de la muerte de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio”.

En este caso no era necesario que se iniciara el juicio en vida de ambos esposos, bastaba que haya comenzado la guarda en vida de ambos. Es necesario aclarar que este artículo correspondía aplicarlo a ambos casos de adopción, tan plena como simple (Borda, 2009).

II. ix. Efectos de la sentencia

Conforme a lo dispuesto por el Art. 322 del Código Civil abrogado, la sentencia de adopción tiene efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda.

La misma norma establecía que cuando se trate del hijo del cónyuge, el efecto se remonta a la fecha de promoción de la demanda.

La ley no especificaba qué ocurría en el caso la adopción de mayores o de menores no emancipados en los que no exista una guarda previa judicialmente otorgada, se cree que era de aplicación análoga el párrafo anterior y que la sentencia en tales situaciones tenía efecto retroactivo a la fecha de promoción de la acción.

Esta sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, como lo prescribía el Art, 338 del Código Civil abolido: “La adopción, su revocación o nulidad deberán inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

Queda en blanco la retroactividad en caso de adopción de mayores de edad o menores emancipados con posesión de estado filial anterior a la emancipación, en la cual la guarda judicial carecería de sentido. En tal supuesto debería aplicarse por analogía el segundo párrafo del artículo, con lo que la adopción produciría efecto retroactivo al día de promoción de la acción (Belluscio, 2009, p.591).

II. x. Clases de adopción. Adopción plena, simple e integrativa.

Adopción plena

De acuerdo al principio general reinante, previo a la reforma, podían ser adoptantes con adopción plena cualquier persona casada, viuda, divorciada o soltera que reuniera los requisitos establecidos por las disposiciones de la ley y que no se encontrare comprendida en sus impedimentos.

Al afirmarse que la adopción plena adjudicaba al adoptado una filiación que suple a la de origen, se colige la naturaleza emplazatoria - desplazatoria que, respecto del estado de familia, asumía la sentencia que acuerda la adopción.

La adopción plena, implicaba indirectamente el desplazamiento del estado determinado por la filiación consanguínea del adoptado. Se disociaba, en otras palabras, el presupuesto biológico de ella para conferir el vínculo jurídico a él referido antes, al emplazamiento creado por la adopción (Zannoni, 2009).

Ahora bien, hay que tener en claro que no todo menor podía ser adoptado por el régimen de la adopción plena, esto se debía a los efectos que tal tipo de adopción producía, exigiéndose para su otorgamiento que el menor se encontrare en una situación de hecho de desamparo respecto de su familia biológica.

Por ello es que debían darse una serie de requisitos en el adoptado para que se diera la adopción plena. El Art. 325 del Código Civil derogado, era el encargado de fijar los mismos estableciendo:

- a) Huérfanos de padre y madre; como tal debe entenderse a los menores cuyos progenitores han fallecido, quedando sujetos a tutela o guarda por parte de familiares, extraños o instituciones públicas o privadas.
- b) Que no tengan filiación acreditada
- c) Cuando se encuentren en un establecimiento asistencial y los padres se hubiesen desentendido totalmente del mismo durante un año cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial.
- d) Cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad; la situación debe ser distinguida, discernida de los casos de interrupción del ejercicio de la patria potestad que prevé el Art. 309, aunque tanto en un caso como en otro, los

menores quedan “bajo el patronato del Estado nacional o provincial” (Art. 310), salvo que proceda ponerlos bajo tutela.

e) Cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción. En cuanto al abandono, se exige que sea comprobado por autoridad judicial. He aquí algunos problemas que merecen una especial consideración:

a) La comprobación del abandono no supone, necesariamente, previa privación de la patria potestad. Es decir, el juez puede comprobar el abandono, sin que esa comprobación sea presupuesto de un proceso autónomo y previo por privación de la patria potestad. En sentido contrario, se ha dicho que “no basta la exigencia del hecho susceptible de provocar la pérdida de la patria potestad, sino la sentencia que así lo declare, puesto que esta sanción no se produce de pleno derecho. Debería interpretarse que el concepto de abandono no lo constituye únicamente el desamparo en que pueda dejarse a los hijos, sino, principalmente, la abdicación de los deberes y obligaciones que con respecto a ellos impone el ejercicio de la patria potestad. Dada la gravedad que asume la privación de la patria potestad, “hay que aplicarla con criterio restrictivo y ante pruebas que acrediten plenamente alguno de los supuestos que menciona el art. 307 del Cód. Civil”

b) Sin embargo, procediendo a la lectura de nuestra ley, advertimos que no es necesaria la previa sentencia que prive a los padres de la patria potestad cuando, habiéndolos éstos confiado a un establecimiento público o privado de beneficencia o de protección, se comprueba que se han desentendido totalmente de sus hijos, del mismo modo que se interpretó durante la vigencia de la ley 19.134, ni tampoco, estrictamente, cuando el desamparo material o moral del menor resultare evidente, manifiesto y continuo, o cuando el menor hubiese sido abandonado en la vía pública o sitios similares. Sólo se exige que el juez compruebe estas circunstancias como recaudo sustantivo que hace procedente la adopción plena.

c) De todas formas, si no se exige un juicio previo por privación de la patria potestad al de adopción, forzoso sería reconocer que ésta constituye “una nueva causal legal en cuya virtud se acaba la patria potestad”, en los términos del art. 306 del Cód. Civil. Es decir que la adopción, como que no es, estrictamente, una sanción a los progenitores del adoptado, ni el juicio de adopción debe convertirse en el examen y juzgamiento de su conducta, sino pura y simplemente en la evaluación de los elementos objetivos establecidos para la procedencia de la

adopción y, por supuesto, su conveniencia para el menor no constituye una causal de privación de la patria potestad ni de suspensión de su ejercicio. Es, eso sí, una forma más de terminar o, literalmente, acabar con ella a la par de las situaciones previstas en el citado art. 306. Y esa conclusión importa por cuanto si el vínculo de la adopción concluyese antes de que el adoptado llegase a la mayoría de edad - v.gr., por revocación o nulidad- los padres consanguíneos estarían en condiciones de solicitar la rehabilitación.

Este criterio ha recibido consagración normativa por la ley 23.264, que añadió al art. 306 del Cód. Civil, como inc. 5o, el supuesto de adopción de los hijos como uno de los casos en que la patria potestad se acaba, “sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación o nulidad de la adopción” (Zannoni, 2012, p. 398).

En cuanto a los efectos producidos de la adopción bajo análisis, confería al adoptado los mismos derechos y obligaciones del hijo matrimonial; no solamente respecto del adoptante, sino en relación a toda su familia.

El hijo adoptivo dejaba de pertenecer a la familia biológica y se extinguía el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de los impedimentos matrimoniales.

Adopción simple

La adopción simple tenía lugar cuando no resultaba conveniente destruir la relación de parentesco entre el adoptado y su familia de origen.

De esta manera el juez o tribunal podían otorgar dicha adopción cuando fuese más conveniente al interés del menor o a pedido de parte por motivos fundados.

De allí que según Borda (2009) la regla es la adopción plena y la excepción es la adopción simple.

La adopción simple también confería al adoptado la posición del hijo biológico; pero al contrario de la adopción plena, no creaba vínculo de parentesco entre aquel y la familia biológica del adoptante. Es decir, a modo explicativo, que el "adoptado simple" no es nieto de los padres del adoptante, no es hermano de los hijos biológicos del adoptante, no es sobrino de los hermanos del adoptante y no es primo de los hijos de los hermanos del adoptante.

Así como tampoco se extinguía el vínculo existente entre el adoptado y su familia biológica. Tal es así que podía utilizar además del apellido de su adoptante, el suyo propio, cuando adquiriera la mayoría de edad. Este tipo de adopción sí era revocable por las causales expresamente previstas en el Código Civil. Por último era admisible que el adoptado fuese reconocido por sus padres biológicos e incluso no pierde la acción de filiación. (Belluscio, 2009).

Por esta razón es que el hijo de sangre del adoptante no heredaba al adoptado, ni recíprocamente, tampoco regía entre ellos la obligación alimentaria. Ahora bien los hijos adoptivos de los mismos adoptantes si eran considerados hermanos entre sí.

Respecto a la familia de sangre, por un lado subsistían ciertos derechos, como el de la vocación hereditaria recíproca, la obligación de alimentos, pero por otro lado se extinguía la patria potestad del padre o la madre de sangre, y el derecho a la administración y usufructo de los bienes del menor que pasaban al adoptante, salvo en el caso que se adoptare al hijo del cónyuge, en dicha situación la madre de sangre continuaba en el ejercicio de la patria potestad, la que sería ejercida conjuntamente por ambos cónyuges.

En cuanto a los derechos sucesorios, el adoptante heredaba ab intestato al adoptado y era heredero forzoso en las mismas condiciones de los padres. Pero hay que tener bien en claro que los bienes que hubiesen sido donados a título gratuito por la familia de sangre, volvían a dicha familia, lo mismo sucedía con los bienes donados a título gratuito por la familia del adoptante, ahora bien respecto a los bienes que el propio adoptado hubiese obtenido del producido de su trabajo profesión, etc. los heredaba el adoptante.

En lo relativo a los impedimentos matrimoniales, se consagraban expresamente en carácter de dirimentes los que la adopción originaba entre el adoptante con el adoptado o con sus descendientes o el cónyuge, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, o entre los hijos adoptivos entre sí.

Adopción integrativa

Se trata de una modalidad legal que reconoce la existencia de las denominadas “familias ensambladas” como un nuevo modelo familiar y que, por ello, requiere de una regulación específica.

El Código Civil y Comercial de la Nación consagra la misma como un tipo autónomo de este instituto, estableciendo: “La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la sección 4ª de este capítulo”⁶

Si bien la referida adopción, antes de la reforma del Código Civil no se encontraba expresamente incluida dentro del cuerpo normativo, el mismo la había tenido en cuenta más no como un supuesto autónomo sino como una subespecie de la adopción simple y sólo referida al hijo del cónyuge. En el año 2007, la Suprema Corte Bonaerense revocó una sentencia ⁷que había negado una adopción integrativa. Lo había fundado en que el adoptante, que era la pareja de la madre biológica de la chica, no alcanzaba el mínimo de edad que exige la Ley. Sin embargo, los jueces entendieron que ese requisito es solo aplicable al caso de adopción de un niño abandonado por ambos padres, por lo que hicieron lugar al pedido de legalizar el vínculo paterno, sosteniendo que el requisito de que el adoptante tenga como mínimo treinta (30) años de edad, no es aplicable para el caso de una adopción integrativa en la que se pretende legalizar un vínculo paterno que ya existe.

La Cámara había señalado que

en la adopción integrativa, el menor mantiene un vínculo jurídico preexistente con el adoptante y lo que hace la sentencia es convalidar tal situación fáctica, es decir que el menor ya tiene una relación paterno filial con el adoptante que se mantendrá viva y real, aunque se deniegue la adopción⁸

Ante esto, los jueces de Corte sostuvieron que se desconoce la diferente situación jurídica en la que la adopción coloca al adoptado. Conceder o denegar la adopción cambia la relación paterna filial con el pretense adoptante. Al no permitirse el emplazamiento familiar, el perjuicio se constata porque el menor no podrá llevar el apellido del adoptante, con todo lo que ello implica en su entorno familiar, en el círculo

⁶ Art 619 del Código Civil y Comercial Argentino modificado por la Ley 26.994. Sancionada el 01/10/2014. Promulgada 07/10/2014

⁷ TSJ Bs. As. Sala Civil. "D., M. M. Adopción, acciones vinculadas". Recuperado el 11/07/2015 de: <http://ar.vlex.com/tags/adopcion-integrativa-32323> (Sentencia de fecha: 04/07/2007)

⁸ TSJ Bs. As. Sala Civil. "D., M. M. Adopción, acciones vinculadas". Recuperado el 11/07/2015 de: <http://ar.vlex.com/tags/adopcion-integrativa-32323> (Sentencia de fecha: 04/07/2007)

de sus amistades y compañeros de colegio. No podrá ejercer derechos alimentarios, ni sucesorios.

Hoy con la referida reforma del Código Civil, dicha tipología vuelca un nuevo matiz en el tema de la adopción, pues presta atención a otro tipo de necesidades del adoptado quien es hijo de uno de los miembros de la pareja y ha recibido el trato de hijo por parte del cónyuge o conviviente de su progenitor o progenitora.

En agosto del año 2015 en el fallo S., G. A. S/Adopción⁹, en la provincia de Corrientes, ante el pedido de la adopción simple, solicitada bajo la vigencia del anterior Código Civil, se otorgó la adopción integrativa simple de la adolescente en los términos del CCyC de la Nación.

El actor se presenta solicitando la adopción simple de la menor, hija de su cónyuge, con quien en el año 2.004 había iniciado una unión convivencial, contrayendo matrimonio en el año 2009 y además tuvieron un hijo en común.

La adolescente cuya adopción simple se pretendía, había sido reconocida por su padre biológico de quien la madre se encontraba divorciada. Alegando el actor que dicho progenitor jamás demostró interés en tener una relación paterno - filial con su hija. Al tiempo de plantearse la acción, la adolescente se encontraba plenamente integrada al grupo familiar conformado por su madre, el esposo de su madre y el hermano, hijo del matrimonio, manifestando la joven su voluntad de llevar el apellido de su progenitor afín.

Citado el padre biológico de la adolescente, se presenta y niega todos los hechos invocados por el padrastro de ésta (actor). Declarando que se separó de la madre de su hija cuando ésta era una niña y que durante los dos primeros años de vida entabló una relación con la menor mediante regímenes de visitas, pero posteriormente la madre de la niña emprendió una actitud hostil impidiéndole el contacto con la misma y ante ello él se resguardó de interponer algún tipo de acción judicial o tomar alguna conducta que le permitiera recuperar el vínculo con su hija.

⁹ Juzgado de Familia de Corrientes. “S. G. A. s/ adopción simple”. Recuperado el 9/12/2015 de: <http://aldiaargentina.microjuris.com/2015/09/21/ante-la-adopcion-simple-solicitada-bajo-la-vigencia-del-anterior-codigo-civil-se-otorga-la-adopcion-integrativa-simple-de-la-adolescente-en-los-terminos-del-civcom-de-la-nacion/> (Sentencia: de fecha: 12/08/2015)

Ante lo expuesto, la titular del Juzgado de Familia N° 2 de Corrientes, emite su sentencia haciendo lugar al pedido de la adopción integrativa simple respecto de la adolescente y dispuso que se lleve a cabo la inscripción en el Registro Civil con el apellido del adoptante y su progenitora.

Además estableció que la menor debe mantener subsistente el vínculo jurídico con su progenitor biológico y la familia de éste. Indicando finalmente la realización de un tratamiento psicológico con respecto a la adoptada.

La adopción de integración no está destinada a excluir, extinguir o restringir vínculos, sino a ampliarlos mediante la integración de una persona a un grupo familiar ya existente, al que un niño o adolescente conforma con su progenitor.

La menor pretende llevar el apellido de su adoptante y se reconoce, identifica con el mismo, por lo que teniendo en cuenta la relevancia de la identidad en su faz dinámica, no existe impedimento para que la adolescente sea identificada del modo que lo solicita.

El CCyC. se aplica ipso facto: a) a las relaciones y situaciones que se constituyan en el futuro; b) a las existentes, en cuánto no tengan sentencia definitiva y c) a las consecuencias que no hayan operado todavía. O sea, la ley toma a la relación ya constituida (por ej. una obligación) o a la situación (por ej. el matrimonio) en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos.

En conclusión, la parte sustancial del pronunciamiento judicial contempla, en primer lugar, como fundamento para la decisión el derecho de la adolescente a ser oída.

En segundo lugar, el Tribunal para fallar de dicho modo, se basó en la calidad del vínculo de la menor con su padre biológico. Citado este último al proceso se negó a aceptar la adopción simple solicitada. Sin embargo, de las pruebas surgió que la relación con su hija era nula y que tampoco se había impulsado trato alguno con la familia de éste. En tal eventualidad, en la que la adolescente no había desarrollado ninguna relación con sus familiares paternos, no había lugar para otorgar la adopción integrativa, aunque sí, para propiciar una revinculación de la adoptada con su padre biológico.

Añadiendo la decisión el cambio de apellido que, a partir de la sentencia, será el del adoptante. Ello en virtud del derecho a la construcción de la identidad de la adolescente.

Reflexiones finales

Al considerar el abandono moral y material en el que están inmersos tantos niños en la actualidad, se puede apreciar en este capítulo, que la institución familiar estuvo pensada desde antaño para satisfacer la necesidad de los mismos de ser adoptados, de vivir en un hogar con todo lo que abarca la expresión, el lugar donde una persona vive, en donde encuentra seguridad y calma. Es esto último (la sensación de seguridad y calma), lo que marca una diferencia con respecto al concepto de casa, que sencillamente refiere al lugar físico que se está ocupando.

Además se pretendió visualizar la calidad de legislación que se manejaba previo a la reforma en lo que se refiere a tiempo y forma de los trámites o pasos que se exigen, los procesos que se presentan como obstáculos o, en caso contrario puentes que permitían lograr una rápida y feliz adopción.

Con ella se posibilita la solución paulatina pero eficaz del problema acarreado a causa de la explosión demográfica, teniendo en cuenta que con esto proliferó el abandono de menores de edad, quienes quedaron sumergidos en la discriminación social, el hambre, la ausencia de educación, hogar y por ende autoestima.

Por ello, cabe destacar la importancia que tienen la integración de los niños y adolescentes a la sociedad, cómo permitirles desarrollar sus capacidades, lo cual se encuentra fundamentado en nuestra Constitución Nacional.

Este otorgarle la posibilidad de ser objetos y sujetos de derechos y derecho, conforma el proceso de la adopción como un acto jurídico, por obra de la Ley. Por lo tanto, debemos mencionar que como tal, puede dejar de producir sus efectos por ser susceptible de una sanción legal.

CAPITULO III

ASPECTOS DOCTRINARIOS.

LA ADAPTACIÓN DE LAS

NORMAS AL MARCO

NORMATIVO INTERNACIONAL

Capítulo III. Aspectos doctrinarios. La adaptación de las normas al marco normativo internacional

Introducción

En el referido capítulo proyectaré distintos aspectos doctrinarios que detentan la adecuación de la adopción a partir del nuevo cuerpo normativo con el marco internacional, en cuanto a los Tratados Internacionales, mencionados en el Art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional.

Logrando decir, que si bien los Tratados Internacionales ya revestían jerarquía constitucional a partir del año 1994, actualmente se encuentran explícitamente reconocidos en el CCyC de la Nación, adhiriéndose el plexo nacional al internacional en cuanto a los términos.

III. i. Análisis doctrinario del concepto de adopción, introducido por la actual reforma del Código Civil y Comercial.

Dentro de los distintos pensamientos doctrinarios se encuentra el del Dr. Atilio Álvarez, Defensor de menores e incapaces de Capital Federal¹⁰, quien se refiere a que una definición no implica ser una norma jurídica, ni sirve de regla de solución de conflictos. Esto es, asociado a la definición de adopción establecida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la cual parece a primera lectura inobjetable, pero en sí no responde a todo el abanico de elementos que abarca tal interpretación, pues no es aplicable a todas las posibles situaciones de adopción, no estando de acuerdo íntegramente por ello al concepto del Art. 594, ya que entiende que el mismo tiene más en cuenta el derecho que al niño en sí mismo, cuando en su opinión debería ser el opuesto si se quiere estar en conformidad con lo establecido por el Art. 19 del Pacto de San José de Costa Rica, el que determina un ámbito de protección especial a los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes como sujetos en sí mismos, responsabilizando por su cumplimiento a la familia, sociedad y Estado. Esto pasa a ser una cuestión ética y de profundidad tal, que integra el núcleo constitutivo de las sociedades.

¹⁰ Fuente: página web Ser familia por Adopción. Recuperado el 27/06/2016 de: http://www.serfamiliaporadopcion.org/compartiendo/lecturas/articulos/5857-la-adopcion-atilio-alvarez#.V7Mw_ZjhDIU

Otra parte de la doctrina, entre ellos los autores Herrera, Caramelo y Picasso (2015) sostienen que la finalidad de la norma es el eje del instituto, ya que permite solucionar las situaciones inherentes a la adopción de niños, niñas y adolescentes y específicamente las dificultades suscitadas de la familia de origen.

En el nuevo sistema adoptivo, en concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, la Ley N° 26.061 y la OC 17 de la Corte IDH, se determina el estatus preferente de protección del que gozan los niños, niñas y adolescentes, abandonando el lugar de una simple figura legal para transformarse en un proceso regulado íntegramente que tiene en cuenta los derechos de todos los involucrados, apareciendo el niño como sujeto de derechos vulnerados deviniendo un ordenamiento procesal en lo que se refiere a la celeridad en la toma de decisiones y simplificándose las reglas relativas a la posibilidad de permanencia en la familia biológica (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

Con respecto al mantenimiento del vínculo familiar, esta posición doctrinaria entiende que la actual reforma está en un todo de acuerdo y aunada al Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, el cual convalida el derecho del ser humano a vivir en y con una familia, como vínculo primario de socialización, reconociéndose esto también por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Esta norma legal, distingue al igual que los demás Tratados Internacionales mencionados precedentemente, que los cuidados primarios destinados a los niños deberán ser procurados en primera instancia por el grupo familiar de origen buscando mantener este vínculo, pero en el caso de que no sean llenados estos contenidos de derecho correspondientes a los menores, es una exigencia que los otorguen miembros de la familia extensa u otro grupo familiar como así también los representantes legales en conformidad al Art. 18.2 de la Convención de los Derechos del Niño, el que establece: “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”, reforzado en el Art 7 de la Ley N° 26.061, el que determina:

La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

Asimismo, se articulan todos los Tratados Internacionales con la Reforma referida en lo que respecta al derecho que tiene el niño de conocer a su familia de origen y ser criado por ellos según lo establecido en los Arts. 7, 8 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño:

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades

competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Todo lo descrito se encuentra garantizado en el Art. 16 de la Constitución Nacional, el que visualiza la exigibilidad dirigida al magistrado para realizar un trabajo proactivo conminado a la toma de medidas de acción positiva en búsqueda de la igualdad efectiva de oportunidades, la cual en materia de adopción estará dada por la actividad de un poder Judicial (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

III. ii. Análisis doctrinario de los principios generales por los cuales se rige el instituto jurídico de la adopción.

El establecimiento de principios contribuye a que, en supuestos en que las circunstancias planteadas no se encuentren previstas en la letra de la ley o se trate de un caso donde dos derechos igualmente reconocidos se contraponen, la función creadora de

la solución jurídica se aleje de la voluntad personal y se acerque a los valores que informan el ordenamiento jurídico (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

En opinión a la Dra. Medina Graciela, Legisladora de Taquí Viejo Provincia de Tucumán¹¹, dichos principios aparecen interrelacionados con todo el ordenamiento jurídico, teniendo entre todos ellos un punto de conexión en común, en razón de que se encuentran diagramados desde el niño hacia el entorno adulto en función del 1º inciso del Art. 595 “Interés superior del niño” que es la base del sistema jurídico que regula los derechos de la infancia, un principio general de derecho que implica priorizar los derechos titularizados por los niños, niñas y adolescentes ante cualquier confrontación con los adultos que pueda perjudicarlos.

Estando el nuevo sistema jurídico de adopción regido por los siguientes principios:

- a) El interés superior del niño: de conformidad con lo expresado por la Convención sobre los Derechos del niño, el principio del “interés superior de niño” es el eje rector o columna vertebral del entrecruzamiento entre derechos humanos y derechos del niño que se conoce como el modelo o paradigma de la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes; es así que en su Art. 3 dispone que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” Ahora bien, ¿qué implica este interés superior del niño?, la Ley 26.061 en su Art. 3 pretende darle cierto contenido a este principio disponiendo que consiste en lograr “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, para lo cual debe respetarse: a) su distinción de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) la igualdad entre los derechos y garantías de las

¹¹ Fuente: página web capacitacion.jusmisiones. Recuperado el 10/05/2016 de: http://capitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/baset/Baset_JA_2014_La_Adopcin_en_el_Nuevo_Cdigo_Civil_y_Comercial.pdf

niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida (Kemelmajer, 2014).

Por su parte los autores Herrera, Caramelo y Picasso (2015) exponen que al pronunciarse sobre el interés superior del niño, niña y adolescente debe tenerse en cuenta lo sostenido por nuestro Máximo Tribunal Nacional en cuanto a que “no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (...)”.

b) El derecho a la identidad:

El Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) indica que “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Por su parte, el artículo 8 manifiesta que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (...)”. El Art. 30, ahonda en el derecho de identidad al señalar que “en los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.¹²

En Argentina, la inscripción al momento del nacimiento en el Registro Civil, está garantizada en forma gratuita para todos los niños y niñas. Si bien no hay propiamente datos oficiales específicos al respecto, tomando en cuenta los nacimientos registrados y su anotación posterior en el registro civil, se puede estimar que el 90.7 % de los niños y niñas recién nacidos son registrados, hecho que implica el paso previo para obtener un documento de identidad. De vital importancia es la reglamentación de la Ley de Protección Integral a los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que reconoció la obligatoriedad y gratuidad del primer documento nacional de identidad para todos los niños, niñas y adolescentes.

La inscripción si bien es amplia, aún no llega a ser universal, especialmente en algunas provincias que coinciden con áreas con indicadores sociales más

¹² Fuente: página web Unicef. Recuperado el 10/10/2015 de: http://www.unicef.org/argentina/spanish/children_11139.htm

desfavorables. En estas zonas se considera que pueden existir muchos niños y niñas aún indocumentados. En este sentido, el desarrollo de los sistemas locales de protección de derechos, junto con las acciones de reforma legislativa que están siendo impulsadas por el Ministerio del Interior y Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, plantean nuevas oportunidades para lograr la efectiva universalidad del registro oportuno y gratuito para todos los niños y niñas.¹³

Tanto la Ley 26.061 como la Convención sobre los Derechos del Niño aluden de manera expresa a la preservación de la identidad, por lo cual se admite que el derecho a la identidad debe ser preservado como un valor en sí mismo a través de diferentes medidas de acción positivas en consonancia con el componente del derecho a la identidad de que se trate.

De esta manera, ciertos autores como Herrera, Caramelo y Picasso (2015) interpretan que el principio bajo análisis se encuentra compuesto por dos tramos:

- 1) el estático, conformado por algunos datos permanentes como las huellas dactilares y los signos que integran la personalidad: nombre, datos de nacimiento, edad, imagen, estado civil;
 - 2) el dinámico, conformado a partir de los valores de la cultura, el ambiente y el despliegue de la condición humana.
- c) La permanencia en la familia de origen o ampliada:

La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.¹⁴

¹³ Fuente: página web Unicef. Recuperado el 10/10/2015 de: http://www.unicef.org/argentina/spanish/children_11139.htm

¹⁴ Art. 7 de la Ley 26.061. Sancionada 09/28/2005. Promulgada 10/21/2005

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su Art. 4 “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.” Asimismo, “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.”¹⁵

Es así que

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el

¹⁵ Art 5 de la Convención sobre los derechos del niño. Entrada en vigor 02/09/1990

Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.¹⁶

El Dr. Ricardo Lorenzetti (2015) Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estima que el CCyC coloca a la adopción en su justo y equilibrado lugar, centrándola en los niños y siendo respetuosa de la familia de origen o ampliada si es que ellos pueden hacerse cargo de sus hijos, como así de la familia adoptiva, de la inserción de estos niños cuando realmente sea necesario, de manera estable y permanente.

- d) La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas. De acuerdo a la idea de Kemelmajer,

(e)s cierto que los hermanos forman parte de la familia de origen, sin embargo este vínculo de parentesco muestra una especial atención en el campo de la filiación adoptiva por varias y diversas razones, en especial cuando se trata de la adopción plena que, como es sabido, extingue todo vínculo jurídico con la familia de origen, concepto que involucra también a los hermanos. ¿Es posible la ruptura de un lazo jurídico sin la participación de los propios involucrados? Todo proceso de adopción en sentido amplio compromete la participación directa de los padres, no así de los hermanos, siendo que precisamente este proceso puede culminar con la extinción de un vínculo jurídico a espaldas de quienes también tienen un interés especial en este tipo de conflictivas. ¿Acaso no debe preservarse también el vínculo entre los hermanos, como integrantes directos del núcleo familiar de origen? He aquí una primera tensión que se debe tener en cuenta y es, precisamente por ello, que el nuevo Código recepta, de manera novedosa, la posibilidad de que se otorgue la adopción plena pero manteniendo determinados vínculos jurídicos con algún miembro de la familia de origen. (...) esta previsión implica además la prioridad de que los hermanos integren la misma familia adoptiva y si ello no fuese posible por diversas circunstancias, se mantenga el vínculo jurídico entre ellos, salvo que se esgriman razones fundadas. ¿Cuál podría ser una razón fundada? Por ejemplo, se

¹⁶ Art. 9 de la Convención sobre los derechos del niño. Entrada en vigor 02/09/1990

decide la adopción plena cuando una madre era muy joven y varios años más tarde vuelve a tener otro hijo que no lo da en adopción (2014, p. 80).

Dicha regla se encuadra dentro del concepto de identidad, en su doble vertiente pues contiene el deber de respeto por los vínculos construidos a partir de una realidad biológica determinada (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

Cabe resaltar que el mencionado principio consagra el mantenimiento del vínculo jurídico y relacional a partir de que deberá procurarse la adopción conjunta de todos los hermanos por los mismos adoptantes, o una segunda opción consistente en preservar el lazo jurídico y comunicacional, teniéndose en cuenta los efectos que acarrea la adopción plena, como asimismo cuando se trata de grupos de hermanos, con distintas edades, diferentes deseos o intereses que derivan en que no siempre pueden ser adoptados por las mismas personas, o que algunos sean adoptados y otros permanezcan con la familia de origen. Para estos casos resulta ser conveniente que se tenga en consideración el derecho a ser oído y que la opinión del adoptado sea tenida en cuenta, por lo cual el juzgador deberá analizar, examinar acerca del deseo de mantener determinados vínculos o del régimen comunicacional, y disponer en función del mejor interés del niño, niña y adolescente esta fuente de emplazamiento filial (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

e) El derecho a conocer los orígenes:

El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

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

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

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

Además del derecho a acceder a los expedientes, 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.¹⁷

El mismo se encuentra asentado en el Derecho Constitucional Internacional a partir de lo establecido en los Arts. 7º, 8º y 9º CDN plasmándose en la disposición legal que imponía a los adoptantes hacer conocer a los hijos adoptivos la realidad biológica y la posibilidad de acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho (18) años, para ahora ser reconocido con mayor amplitud en una norma específica en el Art. 596 CCyC (Herrera, Caramelo, Picasso, 2015).

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 (10) años:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de 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.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.¹⁸

Grosman citado por Kemelmajer (2014) entiende que en cuanto al derecho a ser oído sería más adecuado que se lo denomine “derecho a ser escuchado”, pues se trata de una acción que denota ‘poner atención para oír’.

La propia Convención sobre los Derechos del Niño, considera que el mero reconocimiento de los niños como sujetos titulares de derechos humanos no lo es todo, sino que además es necesario crear un ámbito adecuado para que puedan ejercer los derechos que titularizan en función de su grado de madurez y desarrollo psíquico y emocional, sin sujetarse de manera inflexible a una edad cronológica determinada. Es

¹⁷ Art 596 del Código Civil y Comercial Argentino modificado por la Ley 26.994. Sancionada el 01/10/2014. Promulgada 07/10/2014

¹⁸ Art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño. Entrada en vigor 02/09/1990

por ello que resulta necesario que se les permita intervenir, participar, en todas las cuestiones que los involucre o afecte (Kemelmajer, 2014).

En este principio se puede observar que se ha concretado la regla contenida en el Art. 12 CDN, contemplado a su vez en el Art. 3 de la Ley 26.061, los que determinan:

Art. 12 CDN

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de 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.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Art. 3 (1° apartado) Ley 26.061

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

Este derecho a ser oído es una instrucción que no se resume a una entrevista entre el niño, niña y adolescente y un juez, sino que abarca todas las audiencias necesarias durante la etapa previa de declaración de adoptabilidad, las que se fijen para que se instruya sobre su adopción, la construcción de la identidad a partir de la elección del apellido y el mantenimiento o generación de vínculos, y también la posibilidad de requerir el conocimiento del origen, y acceder a la historia biográfica que concluyó en la adopción aún sin contar con la plena capacidad civil (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

III. iii. Análisis doctrinario de la figura jurídica de la adopción internacional

Al abordar la temática de la adopción internacional, la Dra. Graciela Medina Legisladora de Tafi Viejo Provincia de Tucumán¹⁹, plantea que la nueva legislación del CCyC en nuestra República, transita por igual criterio que las disposiciones de Derecho Internacional Privado (Libro VI- Título IV, sección 6°), al dejar establecido en su Art. 2636 que: “Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho de domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción”, poniendo también de manifiesto que “La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado.” Asimismo, la disposición del Art. 2637 establece que la adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de otorgamiento.

En relevancia a este punto, los autores Herrera, Caramelo y Picasso (2015) ponen de manifiesto la exclusiva competencia de los jueces argentinos para la declaración en situación de adoptabilidad, decisión de guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción. En cuanto a la revocación o anulación de una adopción, son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado.

“La solución acerca del Derecho aplicable se asienta en la práctica de los Estados de América Latina proclive a abrir la jurisdicción por el domicilio del adoptado y a aplicar la *lex fori*” (Kemelmajer, Herrera y Lloveras, 2014, p.539).

El punto de conexión ‘domicilio del adoptado’ cumple una función preventiva, ya que la residencia habitual se presta con mayor facilidad a la manipulación por los interesados con el objetivo de colocarse bajo el amparo de un sistema jurídico diferente de aquel que corresponde, en definitiva elegir un derecho aplicable diferente del querido por el legislador. Debiéndose tener especialmente en cuenta lo dispuesto por el Art. 2614 en relación con el domicilio de las personas menores de edad.

La Dra. Najurieta M. Susana citada por Kemelmajer (2014) entiende -en razón al Art. 2637- que no se trata de un simple reconocimiento en el país de sentencias extranjeras de adopción sino de una pauta que amplía las posibilidades que ofrecía el Código Civil. Se produjo una coordinación de nuestro sistema jurídico con los sistemas

¹⁹ Fuente: página web jusmisiones.gov.ar. recuperado el 12/06/2016 de: http://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/baset/Baset_JA_2014_La_Adopcin_en_el_Nuevo_Cdigo_Civil_y_Comercial.pdf

extranjeros ya que se tomó como ordenamiento de referencia el del domicilio del adoptado al tiempo del otorgamiento de la adopción, abarcando los emplazamientos constituidos en ese Estado como también toda solución aceptada y con eficacia en ese Estado.

Dicho artículo se encuentra perfectamente alineado con lo dispuesto por el Art. 11.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y por el Art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ambos tratados plasmados en la CN. Resulta evidente que se persigue la estabilidad de los vínculos creados por la adopción conferida en el extranjero aunque sujeto a ciertos controles que, en el fondo, persiguen la protección del adoptado al sujetarla a un control jurisdiccional (control de competencia del otorgante) y sustancial (conformidad con el orden público internacional argentino).

Siguiendo las opiniones de la doctrina y en referencia al 2º párrafo del Art. 2635 del cuerpo reformado, la Dra. Medina Graciela mencionada ut supra no está de acuerdo con que se haya suprimido el mencionado párrafo del Código Civil, que determinaba la cooperación por parte de autoridades argentinas a las personas con domicilio o residencia habitual en Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero. Motivo de dicha disconformidad radica -de acuerdo a su concepción- en que la cuestión venía a solucionar la problemática de un matrimonio que al no tener la posibilidad de adoptar en el país, pudieran hacerlo efectivo en el extranjero pero con la acreditación de autoridades argentinas administrativas o judiciales, con la dificultad de que éstas no tuvieran la disposición de hacerlo, viendo trunca esta opción.

La Dra. Najurieta M. Susana, Juez de Cámara citada por Kemelmajer (2014), comprende que el Código Civil sustituido carecía verdaderamente de normas de jurisdicción internacional relativas a la adopción, lo que se ha justificado en la coherencia con la reserva formulada al Art. 21, incs. b), c), d) y e) de la Convención sobre los Derechos del Niño y, por tanto, en la consecuente falta de interés en regular la competencia de los jueces argentinos para otorgar adopciones internacionales.

Favorablemente la jurisprudencia ha dado una solución al asunto en cuestión; la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y la Cámara Civil de la Capital, otorgó la competencia a los tribunales provinciales para la entrega del certificado de aptitud a los adoptantes como para efectivizar el seguimiento de las adopciones, lo cual fue la solución tan esperada.

Siguiendo el punto de vista de los autores Herrera, Caramelo y Picasso (2015) en continuidad a lo expuesto, sostengo que la incorporación de la nueva legislación, sus normas y disposiciones, se adecuan con los Tratados Internacionales, especialmente con la Convención de los Derechos del Niño, con referencia a sus Arts. 3, 7, 20 y 21 inc a, como la reserva efectuada en el Art. 21 incs. b, c, d y e y Art. 2 de la Ley N° 23.849.

Art. 3 CDN

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Art. 20 CDN

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Art. 21 inc. a CDN

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario

A su vez, los referidos autores sostienen la carencia de disposiciones en materia jurídica internacional para la incorporación de adopciones otorgadas en el extranjero en Argentina. Por cuanto hacen referencia a que buscando una solución, se recurrió a las reglas brindadas por los Tratados de Montevideo (1889 y 1940) en el Art. 56 de ambos, entendiéndose que la determinación del derecho aplicable que efectuaba el Art. 339 del Código Civil (la ley del domicilio del adoptado) evitaría adopciones claudicantes.

Estos autores, consideran claramente que se aprovecharon los recursos propuestos por el derecho internacional, estando de acuerdo en su opinión, con la actual posición dejando asentado que las únicas adopciones que no están permitidas son las de los menores argentinos para ser adoptados por personas que no residan en el país ni detenten nacionalidad argentina, tomando como fuente los Arts. 15 y 16 de la Convención sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores.

Artículo 15

Serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a la que se refiere esta Convención las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado.

Artículo 16

Serán competentes para decidir sobre anulación o revocación de la adopción los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción.

Serán competentes para decidir la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines, cuando ello sea posible, alternativamente y a elección del actor, las autoridades del Estado de la residencia

habitual del adoptado al momento de la adopción o las del Estado donde tenga domicilio el adoptante (o adoptantes), o las del Estado donde tenga domicilio el adoptado cuando tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión.

Al valorar la institución que se intentaba regular, se dificultaba su ámbito de aplicación, pues se hacían más severas las exigencias de la ley para otorgarle a la adopción validez internacional. Estas dificultades vislumbraron cambios positivos que se manifiestan en la nueva reforma, mediante la incorporación casi universal de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

Otro cambio que favoreció este sistema de adopción referida a la 2ª parte del Art. 2637, se convalida en el contexto del Convenio de la Haya relativo a la protección del Niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1994 -de gran ratificación mundial-, que favorece la coordinación de nuestro sistema con el del domicilio del adoptado, reafirmando y posicionando el interés superior del niño. Es decir, que se coloca en primer término, la inserción de adopciones constituidas en el extranjero en la República Argentina, favoreciendo la coordinación de nuestro sistema jurídico con los sistemas extranjeros, tomando como referencia el domicilio del adoptado al tiempo del otorgamiento de la adopción. Esta determinación del domicilio deberá efectuarse en conformidad con el Art. 2614 del CCyC el que expresa: “El domicilio de las personas menores de edad se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual”.

Reflexiones finales

Todo lo expuesto, pone de manifiesto las diversas doctrinas y sus respectivos criterios, tomando como fuente de donde brotan los elementos jurisprudenciales, el concepto de adopción. Corre bajo una misma línea entre los autores, la valorización y defensa del derecho superior del niño/a y adolescentes, primando el ser mismo, su esencia como persona ante todo y dando relevancia a la suprema necesidad de acceder a un hogar que como tal brinde las posibilidades anteriormente negadas en su existencia.

En este capítulo, afirmo que la normativa vinculada a la adopción se asienta sobre principios jurídicos generales orientados a resguardar el fin primordial que persigue e

informa el instituto: preservar el interés superior del menor como centro fundamental para la protección de sus derechos durante la etapa más importante de su desarrollo, lo que producirá fruto en la necesaria madurez personal como social, permitiéndole de esta manera reconocer su identidad, valor esencial en el ser humano.

Finalmente y respecto a la adopción internacional, autores como Medina Graciela²⁰, Herrera, Caramelo y Picasso (2015), Atilio Álvarez²¹, Kemelmajer Aida (2014) en la diversidad de sus valoraciones, conjugan en la relevancia que tuvieron los Tratados Internacionales en la nueva norma, demostrando que basados en ellos el Código Civil y Comercial incorporó disposiciones relativas a la jurisdicción, el derecho aplicable, reconocimiento de adopciones otorgadas en el extranjero y su conversión, el reconocimiento de nuestra República de la adopción constituida en el extranjero, cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento, como también las adopciones conferidas en el país del adoptante cuando ésta sea susceptible de ser reconocida en el país del adoptado.

²⁰ Fuente: página web capacitacion.jusmisiones. Recuperado el 10/05/2016 de: http://capitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/baset/Baset_JA_2014_La_Adopcin_en_el_Nuevo_Cdigo_Civil_y_Comercial.pdf

²¹ Fuente: página web Ser familia por Adopción. Recuperado el 27/06/2016 de: http://www.serfamiliarporadopcion.org/compartiendo/lecturas/articulos/5857-la-adopcion-atilio-alvarez#.V7Mw_ZjhDIU

Capítulo IV

La adopción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

IV. La adopción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Introducción

Con el transcurrir del tiempo, se hizo notoria la necesidad de modificar esta Ley de fondo (adopción) no sólo a nivel jurídico sino también a los fines de mejorar la calidad en cuanto se refiere a las relaciones interpersonales de los ciudadanos.

Ante los cambios planteados en esta reforma, oriento la atención hacia lo que modificó el sistema de adopción en nuestro país, lo cual buscó alcanzar mayor eficacia en tiempo y forma a nivel administrativo-judicial, eliminar las guardas directas o de hecho, reconocer bajo el amparo de la Constitución Nacional los derechos del niño, niña y adolescente como asimismo, aunar principios jurisprudenciales y doctrinarios.

IV. i. Finalidad de la reforma en materia de adopción

Se debe tener en cuenta que los factores sociales muestran una realidad con una combinación de situaciones complejas que se han profundizado a lo largo de los últimos años, afectando entre tantas cosas la regulación de las relaciones familiares.

Por esta razón y apuntando a la temática de referencia -la adopción- la cual se define como una institución que tiene por objeto «proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia», dejando de lado el tan reiterado concepto de la adopción como institución que otorga hijos a quienes no pueden tenerlos, la Reforma del Código Civil y Comercial, establece una posibilidad para reflexionar y realizar una valoración de las instituciones jurídicas con respecto al referido tema. En consecuencia, esta reforma prioriza los derechos del niño, otorgándoles mayor protección en las distintas etapas del procedimiento (derecho a la identidad, permanecer con su familia de origen u ampliada, preservar los vínculos fraternos, a que su opinión sea escuchada, entre otros).

Asimismo, incorpora la declaración de “estado de adoptabilidad” del niño como paso ineludible al otorgamiento de la guarda, determinando que los adoptantes solo pueden acceder a ésta mediante la inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda. De esta manera, se elimina el acceso a la adopción a través de guardas de hecho o entregas directas. Otro punto a saber, es que se acortan o fijan plazos donde no los había, creando un tercer tipo de adopción “por integración”, permitiendo esta adoptar al hijo del

cónyuge. Además, incorpora como postulantes a las parejas en estado de “unión convivencial”, reduciendo la edad de admisión -de treinta (30) a veinticinco (25) años- y la diferencia de años exigida entre el aspirante a la guarda y el menor en estado de adoptabilidad -de dieciocho (18) a dieciséis (16) años.

El estado de adoptabilidad considera que el niño se encuentra en situación de ser adoptado y esto se produce por resolución de un juez.

El CCyC, establece los tiempos máximos para que se dicte la situación de adoptabilidad una vez que se agotaron todas las opciones con la familia de origen, permitiendo de esta manera alcanzar una solución estable, tratando además de evitar estados de larga y angustiosa espera para los menores. Es decir, que entre estas reformas, se procuró agilizar los tiempos y brindar transparencia al proceso, para que de esta manera los menores en situación de adoptabilidad, tengan acceso a un ambiente familiar, de afecto y contención.

La adopción se rige por principios que deben tenerse en consideración: el interés superior del niño, el respeto por el derecho a la identidad, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, la preservación de los vínculos fraternos, derecho a conocer sus orígenes y a ser oídos, a que su opinión sea tenida en cuenta, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez (10) años de edad.

Los asesores de menores e incapaces, Dres. Silvina Besoin y Roberto Fallico señalaron en una entrevista realizada por María Cecilia Gotta lo siguiente²²: la adopción es una excepción, primero se deben extenuar las vinculaciones parentales y familiares. Se trabaja en el nexo familiar, “si no hay familia ni posibilidad de reinsertar, se trabaja para la desvinculación y la posibilidad de guarda con fines de adopción”.

²² Fuente: página web ecosdiariosweb. Recuperado el 10/01/2016 de: <http://www.ecosdiariosweb.com.ar/mirada-urbana/2015/9/20/nuevo-codigo-civil-materia-adopcion-39394.html>

En todo este proceso, hay ciento ochenta (180) días para trabajar, a los fines de lograr una medida de abrigo, donde el niño pueda reinsertarse a su grupo familiar de origen²³. Esto establece que en el transcurso de este tiempo, se recolectan pruebas y datos, además de evaluarse las capacidades y aptitudes de la familia, determinando de esta forma, si la misma posee o no aptitud para ejercer la patria potestad o responsabilidad parental.

Únicamente a través de una sentencia judicial se otorga la adopción, debiendo los postulantes en primer lugar, inscribirse en el Registro Único de Aspirantes a Guarda para poder dar continuidad al trámite pertinente. Posteriormente se deberá iniciar un proceso administrativo en sede judicial, para lo cual se debe adjuntar D.N.I., foto actualizada, Título de Propiedad de la vivienda, Certificado de Haberes y Antecedentes, Certificado médico legal de infertilidad en el caso que exista, todo ello a los fines de dar cumplimiento a los requisitos establecidos.²⁴

Una vez efectuado este primer paso en el proceso administrativo, se realiza un examen psicológico y se analizarán las perspectivas y el deseo de adopción de los adoptantes, prestando conformidad con antelación la edad del niño que será adoptado. Habiendo cumplimentado todos los requisitos mencionados, se puede dar inicio al juicio de adopción.²⁵

La finalidad de la Reforma del Código Civil y Comercial, fue la de dotar de coherencia y unidad a la legislación civil vigente, permitir al común de las personas acceder con facilidad al conocimiento del derecho y además, que los jueces tuvieran en un libro único las normas que regulan la vida civil. Esta Reforma integral surge, como ut supra se menciona, debido a las transformaciones sociológicas, culturales y tecnológicas, que hicieron necesario actualizar la legislación en beneficio de la

²³ Fuente: página web ecosdiariosweb. Recuperado el 10/01/2016 de: <http://www.ecosdiariosweb.com.ar/mirada-urbana/2015/9/20/nuevo-codigo-civil-materia-adopcion-39394.html>

²⁴ Fuente: página web ecosdiariosweb. Recuperado el 10/01/2016 de: <http://www.ecosdiariosweb.com.ar/mirada-urbana/2015/9/20/nuevo-codigo-civil-materia-adopcion-39394.html>

²⁵ Fuente: página web ecosdiariosweb. Recuperado el 10/01/2016 de: <http://www.ecosdiariosweb.com.ar/mirada-urbana/2015/9/20/nuevo-codigo-civil-materia-adopcion-39394.html>

sociedad, adaptándola a esos cambios y garantizando un avance en el otorgamiento de derechos.

El texto enviado por el Poder Ejecutivo contuvo 2.671 artículos los que intentaron reemplazar a los más de 4.000 del Código Civil y los 506 del Comercial derogado, incluyendo reformas integrales en temas de familia, reproducción, adopción, divorcio, maternidad subrogada y fertilización asistida, Tratados y Convenciones ratificadas por nuestro país con rango constitucional desde la reforma de 1.994.

Esta reforma brinda un mayor acceso para un presente y futuro de niños con derechos a ser valorados y respetados, en familias ensambladas, con relaciones saludables que posibiliten generar lazos afectivos perdurables, asegurando la estabilidad emocional de sus integrantes, lo que a determinado plazo, redundará en una sociedad más justa, sana, fuerte y productiva.

IV. ii. Constitucionalización del Derecho Privado

En nuestro anteproyecto se tomó muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En ese aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por gran parte de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve en la mayoría de los campos: los derechos de incidencia colectiva, de los consumidores, la tutela del niño, de la mujer, entre otros.

Evidentemente, se consideró necesario que las leyes tomaran un nuevo rumbo, fueran modificadas o ampliadas, participando en conjunto con todos los avances y compromisos del Estado en relación a los derechos humanos de cada uno de nosotros, en especial de los niños, niñas y adolescentes.

Según la jurista Aida Kelmemajer, coautora del Código Civil y Comercial de la Nación²⁶, la llamada constitucionalización del derecho civil y la incorporación de los tratados de Derechos Humanos en el bloque constitucional, han tenido fuerte impacto en

²⁶ Fuente: página web [derecho.uba.ar](http://www.derecho.uba.ar). Recuperado el 27/06/2016 de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-impacto-del-proyecto-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-en-instituciones-del-derecho-de-familia.pdf>

el Derecho de familia. Quedando el sistema jurídico impregnado de toda la metodología utilizada por la Constitución, de modo que ciertas decisiones han de tener siempre como finalidad la plenitud de esos derechos y si no se respetan, la decisión no tendrá reconocimiento jurídico.

Consecuentemente el Dr. Ricardo Lorenzetti, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁷ sostiene que es bueno que haya un modelo de familia, pero no cree que el derecho pueda imponerlo. Ello sería legislar contra las olas del mar. Lo que hace el nuevo cuerpo normativo, es ofrecer un marco de posibilidades de equivalente valor para la elección individual.

Según él declara, estamos en presencia de “un código de principios y no de reglas determinadas”. Dicha constitucionalización “abre un nuevo campo de posibilidades, tanto de intervención a través del control de constitucionalidad como del uso de pautas interpretativas abiertas, propias del método constitucional y ajeno, en principio, a las técnicas del derecho privado”.

IV. iii. Nuevo régimen jurídico de la adopción. Modificaciones más relevantes y nuevas disposiciones normativas.

El Código Civil y Comercial de la Nación propone múltiples cambios en materia de adopción entre los cuales a modo de ejemplo los más relevantes han sido los siguientes:

- Se incorporó una parte general en materia de adopción con principios generales
- Definición limitada de uno de los cuatro tipos de adopción que acepta el código
- Regulación de cuatro tipos diferentes de adopción: de menores, de mayores, de integración y en el extranjero
- Consolidación del derecho a conocer sus orígenes

²⁷ Fuente: página web saij.gob.ar. Recuperado el 15/06/2015/01/2016 de: <http://www.saij.gob.ar/carlos-emilio-depetris-hacia-cambio-practica-juridica-notas-sobre-capitulo-1-titulo-preliminar-codigo-civil-comercial-dacfl50652-2015-06-01/123456789-0abc-defg2560-51fcanirtcod>

- La fundación de cuatro procesos para llegar a la adopción. Uno administrativo y tres judiciales
- Regulación de la declaración de adoptabilidad
- Los convivientes pueden adoptar conjuntamente
- Se permite la adopción conjunta por divorciados
- Se disminuye la edad para adoptar
- Se suprime la condición de duración de tres (3) años en el matrimonio
- Se suprime la esterilidad matrimonial para legitimar la adopción, sin la edad legal
- Se disminuye la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de dieciocho (18) a dieciséis (16) años
- El mayor de diez (10) años debe dar su consentimiento para ser adoptado
- Se regula la adopción de integración
- Regulación de las relaciones con la familia biológica
- Disminución del plazo de guarda con fines de adopción
- La adopción plena se relativiza, es decir, se le da de alguna manera menor importancia y se mantienen los lazos con la familia de origen

Como punto de partida, el instituto de la adopción se encuentra regulado en el Título VI, Capítulo I del nuevo cuerpo normativo (el que se trató con profundidad en el Capítulo III). El mismo comienza asignando en su Art. 594 una conceptualización de que se debe entender por adopción, expresando que la misma de trata de:

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

Esta primera norma mantiene la postura legislativa por la cual la adopción hace nacer el vínculo a partir de una sentencia judicial, con la salvedad que indica conforme las disposiciones de este Código.

En este aspecto se observa que la tutela del menor sigue experimentando las mismas características que el derogado Código Civil, en cuanto al momento que nace el vínculo jurídico de la adopción con relación a la sentencia judicial.

De la nueva normativa se destaca la absoluta coherencia de la legislación nacional con lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

Entonces la definición de adopción en la reforma, tiende a conceptualizar sólo la de menores de edad otorgada en nuestro país, que no sea una adopción integrativa.

En ella, se puntualiza el derecho de los niños a vivir en una familia con todos los cuidados que implica, cuando le es imposible lograrlo con su familia de origen o ampliada.

Ahora bien, es dable destacar que con la nueva legislación se pretende que dicho instituto garantice y reafirme no sólo los derechos humanos, familiares de los niños, sino la totalidad del ser en un todo como persona, valorizándolo para conformar el núcleo familiar soñado.

Otra de las nuevas temáticas introducidas por el nuevo régimen, ha sido la cuestión acerca de los principios generales en dicha materia, los cuales ya fueron tratados en el Capítulo III del presente trabajo.

Al respecto, se comprueba una mayor protección efectiva de los intereses del menor, por cuanto el establecimiento de principios contribuye a que la función creadora de la solución jurídica se aleje de la voluntad personal del juez y se acerque a los valores que informan el ordenamiento jurídico.

En concordancia con los autores Herrera, Caramelo y Picasso (2015) puedo discernir que dichos principios no son excluyentes entre sí; su aplicación siempre será concurrente y dirigida a alear la decisión judicial, y de ningún modo el recurrir a alguno de ellos anulará a los restantes, pues su aplicación se vincula con la ponderación que alguno pueda tener respecto de otro.

Una variante que se da en la legislación actual es que se consolida el derecho a conocer los orígenes del hijo, su “realidad biológica”, es decir, una remesa biográfica e histórica que conforman su existencia, su proyecto de vida.

El conocimiento del origen biológico de la personas es de suma importancia en la Reforma del CCyC, pues destaca que el dato biológico es la identidad estática del individuo y ésta se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social, es por ello que la identidad es una unidad compleja que debe preservarse en el derecho, ostentando una mejora palmaria al interés superior del menor, donde se acunan y nutren los valores sociales más generales que configuran no sólo la identidad personal del individuo, sino la identidad cultural del país y la personalidad colectiva. Esta realidad se conjuga perfectamente con el Art. 8 de la CDN, dejando establecido el derecho del menor a preservar su identidad, nacionalidad, el nombre y relaciones familiares, como también que si son privados de alguno de éstos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección destinadas a restablecer rápidamente su identidad.

Siguiendo la temática, los organismos intervinientes a los fines de satisfacer el derecho a conocer los orígenes a partir de la reforma, no sólo deben permitir el acceso al conocimiento de su raíz, sino que además deben procurar por el cómo o la forma en que este acceso es revelado.

Por lo tanto el rol que tiene la familia de origen en el mencionado derecho, es el de hacer saber al hijo que es adoptado, como también darle la posibilidad de acceder a su familia de origen.

En lo que respecta a las personas que pueden ser adoptadas, el nuevo Código Civil y Comercial mantiene igualdad de criterio en sus aspectos, salvo la diferencia puntual que marca la modificación la que establece que las personas mayores de edad pueden ser adoptadas no sólo cuando se trate del hijo del cónyuge, sino también el hijo del conviviente de la persona que pretende adoptar. De esta manera, se amplían las posibilidades de los niños en situación de desamparo familiar.

Siguiendo la línea de pensamiento de los autores Herrera, Caramelo y Picasso (2015) la norma referida deja puntualmente marcada por la ley la diferencia entre las personas que tienen plena capacidad civil y quienes no, independientemente de su mayoría de edad o emancipación, como además prima la importancia sobre el significado y derecho

de ser personas, a fin de evitar que recaiga sobre los menores alguna discriminación por ser como tales, es decir, por su edad. En razón de esto, se deja expuesto y de manera clara, que se suplanta el término “menores” en el antiguo tinte paternalista y de inferioridad, por uno más técnico y cercano en términos de derecho, unificado, acorde a la definición de niño que se aprecia en el Art. 1 de la CDN “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho (18) años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Cabe entender y en connotación a lo antes expuesto, que la situación de adoptabilidad según la nueva normativa, se trata de un proceso tendiente a indagar y resolver si un niño es pasible de ingresar o no a una familia a través de la figura de la adopción. Esto se da legalmente una vez que se llevaron a cabo todas las medidas posibles para garantizar su permanencia en la familia de origen, basándose en el orden constitucional, ya que se apoya en las premisas que tiene la familia de origen para la crianza y desarrollo de los niños nacidos en su seno - Arts. 7, 8, 9 y 20 de la CDN y 75 inc. 22 de la CN- (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

Entre tales situaciones que pueden provocar la declaración de adoptabilidad son:

- a) filiación no establecida
- b) orfandad y ausencia de familia extensa
- c) desprendimiento por consentimiento informado de los progenitores
- d) ineficacia y agotamiento de las medidas de protección de derechos excepcionales implementadas
- e) ausencia de miembros de la familia extensa en condiciones de asumir la crianza mediante la figura de la guarda o de la tutela

Se debe agregar que en cuanto a las excepciones planteadas, la realidad demuestra que existen vínculos preexistentes que necesitan de reconocimiento a partir de un emplazamiento adoptivo, aunque no se configure el recaudo de atender a las necesidades, se trata de dos supuestos claros:

- a) adopción de integración: la que reconoce una conformación familiar ya desarrollada en la realidad
- b) la posesión de estado: la apariencia de la titularidad de un estado civil, fundada en el ejercicio público y continuado de las facultades correspondientes al mismo

Todo este procedimiento concluye con la resolución del juez sobre la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, -que tendrá un plazo máximo de noventa (90) días, pudiendo excepcionalmente prorrogarse por otro periodo igual por única vez- requiriéndose de acuerdo al Art. 608 de la intervención de:

- a) con carácter de parte, niño, niña y adolescente. Si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;
- b) con carácter de partes, los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescente;
- c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;
- d) del Ministerio Público;

El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.

Por su parte, el organismo interviniente contará con un plazo de veinticuatro (24) horas para expedirse, naciendo éste el día que vence el plazo fijado por el juez, de noventa (90) o ciento ochenta (180) días en caso de que se prorrogue.

En el caso que exista la pluralidad de adoptado y de acuerdo al Art. 598 del nuevo texto legal, en su parte final, se observa que se funda una innovación en este sentido, puesto que el sistema anterior contemplaba el parentesco filial sólo entre hijos adoptivos por adopción simple (Art. 329 CC), no posibilitaba la intervención de vínculo entre los adoptivos y los descendientes biológicos, debido a los limitados alcances de la adopción simple (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015). En la actualidad, el nuevo texto admite que un hijo adoptado en forma plena por uno de los adultos que luego constituye una familia ensamblada, puede ser adoptado por el cónyuge o conviviente, creándose de esta manera vínculos filiales con los descendientes biológicos o adoptivos del adoptante. La nueva norma redactada, presenta indudablemente modificaciones que dejan de lado todo concepto prejuicioso acerca de cuál forma familiar se acerca en mayor o menor medida a ser la más adecuada, puesto que lo relevante y prevalente es el derecho del niño a vivir

en una familia que le provea los cuidados y cumpla con las necesidades que la familia en la que nació no pudo, siendo ello acorde a lo establecido en el Art. 18 inc. 1 de la CDN.

Las personas pasibles de adopción, pueden ser adoptadas en virtud del Art. 599 del CCyC, por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. Y en caso de que se produzca la muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona del menor.

Con esta norma, se deja en claro que son las condiciones personales de los pretendientes adoptantes las que deben tomarse en cuenta según el interés concreto de un niño, niña o adolescente determinado, quedando fuera de tal consideración la elección sexual de la persona (Art. 16 CN). En continuidad a lo expuesto, esta normativa establece que para que proceda la inscripción como pretendientes adoptantes, no se requiere comprobación determinada de la cantidad de años de matrimonio, como tampoco imposibilidad para procrear, ni unión legítima, otorgando validez a una relación afectiva, estable, permanente, pública y notoria que demuestre un proyecto de vida en común y por un periodo mayor a dos (2) años. Este tiempo exigido de convivencia, respecto a la adopción conjunta, hacen a la probabilidad de que el derecho reconozca efectos jurídicos a relaciones constituidas en los hechos - coincidente con la legislación española, la cual valora para dicho caso una convivencia mínima de dos (2) años²⁸, siempre que se trate de una relación estable y positiva- sin perjuicio de los requisitos generales;

1) Edad mínima, pasando la misma de los treinta (30) a veinticinco (25) años de edad (al menos uno de los integrantes de la pareja), brindando con ello un mayor marco de acceso a la adopción, disminuyéndose de esta manera el margen de niños estancados en instituciones, familias solidarias o en abandono social, siendo esto un saldo positivo en defensa de los derechos superiores del niño, niña y adolescente. En connotación con

²⁸ Art. 175 inc. 5 del Código Civil Español, vigente desde el 01/05/1889, con revisión vigente desde el 15/10/2015 hasta el 30/06/2017

la Dra. Medina Graciela, Legisladora de Tafí Viejo, Provincia de Tucumán²⁹, la ley no debe establecer edades mínimas para adoptar, correspondiendo al juez apreciar en cada caso concreto, ya que nada asegura el éxito de la relación paterno-filial, al igual que en la norma impuesta por el Estado Español³⁰ y a diferencia de la legislación brasileña que permite ser adoptante a partir de los veintiún (21) años de edad.

2) Diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, el CCyC disminuye dos (2) años, por ende deberá existir en él o los pretendientes adoptantes y el menor una diferencia de dieciséis (16) años. No exigiendo tal diferencia de edad en la adopción de integración, fundamento de ello radica en que al legislador le interesa el reconocimiento y la protección de los lazos preexistentes que hacen al aspecto dinámico de la persona. En España en cambio, se exige como diferencia de edad entre adoptado y adoptante la de dieciséis (16) años y no superior a cuarenta y cinco (45) años, salvo en el caso de que fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando³¹.

3) No tener parentesco inhabilitante.

4) Residencia efectiva en el país por un periodo mínimo de cinco (5) años anterior a la petición de la guarda con fines adoptivos, esta exigencia se encontraba establecida en el Art 315 CC. La variación reside en que ahora se excepciona de su cumplimiento a los argentinos nacidos o naturalizados; la razón de esta limitación para los pretendientes adoptantes de origen extranjero debe indagarse en las dificultades que plantean los pretendientes adoptantes nacionales de acceder a este instituto.

5) Inscripción en el Registro de Pretendientes Adoptantes con exclusión en esta última formalidad de las adopciones de integración y la del tutor a su pupilo, quienes deberán contar para la adopción de una persona menor de edad, la aceptación como pretendiente adoptante previa inscripción realizada ante el Registro Local.

²⁹ Fuente: página web capacitacion.jusmisiones.gov.ar. Recuperado el 20/06/2016 de: http://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/baset/Baset_JA_2014_La_Adopcin_en_el_Nuevo_Codigo_Civil_y_Comercial.pdf

³⁰ Art. 175 inc. 1 del Código Civil Español, vigente desde el 01/05/1889, con revisión vigente desde el 15/10/2015 hasta el 30/06/2017

³¹ Art. 175 inc. 1 del Código Civil Español, vigente desde el 01/05/1889, con revisión vigente desde el 15/10/2015 hasta el 30/06/2017

Dejando en claro que lo que se mantiene desde la primera ley reguladora del instituto de la adopción en nuestra legislación, es la posibilidad de que una sola persona sea emplazada jurídicamente como madre o padre adoptivo.

En cambio, en Perú sólo pueden adoptar en el país los ciudadanos peruanos, los ciudadanos extranjeros que residen en Perú y los ciudadanos extranjeros cuyo país de residencia hayan suscripto Convenio al respecto con el Perú o con la Secretaría Nacional de Adopciones, debiendo los adoptantes ser con preferencia personas casadas, aceptándose en casos excepcionales personas solteras, divorciadas, exigiendo como requisitos para que se lleve adelante el proceso: “1. Que el adoptante goce de solvencia moral. 2. Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar. 3. Que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge. 4. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez (10) años. 5. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela. 6. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz”³².

A su vez, es requisito exigido por el Código Civil peruano que la pareja tenga como mínimo dos (2) años de convivencia, aceptándose que la misma ya tenga un hijo adoptado o biológico, en caso de que tuviera más, tendrá que adoptar un niño mayor de cinco (5) años.

Toda la línea de análisis de la adopción muestra las variantes y posibilidades, requisitos y restricciones establecidos para llegar desde la raíz al objetivo final de este tan ansiado proyecto de reforma, el que según la mayor parte de la sociedad, está dejando frutos positivos desde su derogación. Ante tal espectro de posibles situaciones y en continuidad a las uniones convivenciales y personas casadas, el nuevo Código establece en su Art 602, que sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, a lo cual, el Art. 603 del mencionado Código propone una excepción, en el supuesto de que el cónyuge o conviviente que ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida o separación de hecho, en cuyos casos se flexibiliza la directiva y la adopción unipersonal es posible aun estando vigente el matrimonio (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

³² Art. 378 del Código Civil peruano. Promulgado el 24-07-84. Vigencia 14-11-84

A diferencia del Art. 320 del Código Civil, el Art. 603 de la nueva legislación, contempla dos excepciones, eliminando de este modo los supuestos de ausencia simple, ausencia con presunción de fallecimiento o desaparición forzada del otro cónyuge. Esto resulta concordante, con la modificación del régimen anterior que disponía que el fallecimiento presunto produjera la disolución matrimonial sólo cuando el cónyuge presente contraía nuevas nupcias por un sistema más simple, según el cual la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento produce la disolución del matrimonio, contraiga o no el presente nuevo matrimonio.

En continuidad a lo referido, es preciso y necesario acentuar cuales son aquellos casos en los que se restringe la posibilidad de adoptar: “No pueden adoptar: a) quien no haya cumplido veinticinco (25) años de edad, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con este requisito; b) el ascendiente a su descendiente; c) un hermano a su hermano o hermano unilateral”³³

Como se contempla, el parentesco como impedimento en la nueva legislación sigue manteniendo la regla ya establecida en el Art. 315 del cuerpo ya derogado en cuanto a los inc. a y b.

Fundamento de los dos últimos requisitos es la existencia de otras figuras legales protectorias, como la tutela, aplicada para el supuesto de estos parientes que, de ser el caso, aparecerán como miembros de la familia de origen con derechos prioritarios respecto de pretensos adoptantes. En el caso de los hermanos, además de que la relación filial es horizontal, sería dificultoso que se cumplan los requisitos de edad mínima o diferencia de edad, desvirtuándose la pretendida madurez para el ejercicio de los roles parentales (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

En contrapartida de la adopción unipersonal para personas casadas o en unión convivencial, el Art. 604 regula el tema de la adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial, ya que posibilita el resultado inverso: la adopción conjunta de quienes desarticularon el proyecto de pareja a partir del divorcio o el cese de la unión convivencial, el mismo establece: “Las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de

³³ Art 601 del Código Civil y Comercial Argentino modificado por la Ley 26.994. Sancionada el 01/10/2014. Promulgada 07/10/2014

edad, pueden adoptarla conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión. El juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño.”

Aquí destaco, la importancia que se le confiere a la relación vincular entre las personas adoptantes y el hijo adoptivo, relegando la relación de la pareja que pudo no resultar como tal, sin impactar negativamente en el proceso de emplazamiento filial.

Con esto, el interés superior del niño se verá preservado aun cuando los adoptantes ya no cumplan con la regla de estar casados o unidos convivencialmente, ya que puede ocurrir que mantengan intactas sus aptitudes parentales respecto de las personas menores de edad.

Desde este punto de vista, se entiende a la adopción conjunta en función de determinar que el interés superior del niño se verá resguardado aun cuando los adoptantes ya no cumplan con la regla de estar casados o unidos convivencialmente, pues puede suceder que mantengan indemne sus aptitudes parentales respecto de la persona menor de edad.

Ahora bien, para decretar la adopción conjunta de personas divorciadas o cuya convivencia hubiere cesado, la norma exige que se confirmen tres condiciones: 1) la posesión de estado; 2) el interés superior del niño y 3) de qué forma incide la ruptura de la unión de los pretendos.

A lo expuesto añado que, la sanción de nulidad absoluta de la adopción simultánea conferida a personas no estando casadas o en unión convivencial, no resulta aplicable para el supuesto analizado. Ello se debe a que la sentencia de adopción tiene efectos retroactivos a la fecha de la resolución judicial que dispone la guarda o la de la interposición de la demanda en el caso de una adopción de integración, momento en el que los adoptantes estaban casados o en unión convivencial.

Ahora bien, si en el transcurso del proceso se produce el fallecimiento de alguno de los guardadores-pretensos adoptantes que pretendían la adopción conjunta, se originará no sólo la disolución del vínculo matrimonial, sino que ello también podrá ser motivo del cese de la unión convivencial de modo que producido ese hecho, en principio, afectaría a la adopción pretendida originariamente pues solo cabría la posibilidad de que el cónyuge supérstite o el conviviente adopten individualmente.

En el Art. 326 del Código derogado, se preveía la posibilidad de que si la adoptante fuese viuda y su marido no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido de aquélla, salvo que existiesen causas justificadas para imponerle al adoptado el apellido de casada. La norma en análisis, mejora notablemente la redacción de este supuesto especial de fallecimiento de uno de los guardadores durante el proceso.

La nueva normativa, le otorga al adoptado vínculo jurídico con el fallecido, en consecuencia éste lo heredará a pesar de que el lazo jurídico se concreta con posterioridad a la muerte. Asimismo prevé, de manera expresa, fundándose en el derecho a la identidad, que en este caso se puede petitionar agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido, en consonancia con la mayor flexibilidad del régimen del apellido en la adopción que se recibe en la reforma.

Relacionado a la temática que se viene tratando, una innovación de suma importancia que marca la diferencia con la regulación anterior, es que la tutela dejó de ser un cargo, para poder ser titularizada y ejercida en una modalidad compartida (Art. 115 CCyC), con el sólo recaudo que se encuentran extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela (Art. 606 CCyC).

Asimismo el actual reglamento establece nuevas reglas procedimentales en lo que respecta al juicio de adopción, como por ejemplo, cabe destacar que los padres biológicos no son partes intervinientes en el juicio de declaración de adoptabilidad, ni en el de la guarda con fines de adopción, esto se entiende porque ya tomaron parte en el proceso administrativo, por lo tanto, solamente intervienen en calidad de parte los pretendientes adoptantes, el pretense adoptado que cuente con edad y grado de madurez suficiente, el Ministerio Público y la autoridad administrativa actuante desde un principio, quedando expreso que el adoptado debe contar con asistencia letrada (Ley 26.061). Distinguiendo esta nueva modalidad del anterior cuerpo normativo, en lo que se tenía sólo como partes al adoptante y al Ministerio Público de Menores.

Otra regla procedimental del juicio de adopción, exige que el juez deba oír personalmente al pretense adoptado, tener en cuenta su opinión según edad y grado de madurez y en el caso de que el pretense adoptado sea mayor de diez (10) años, debe prestar su consentimiento expreso, siendo ello un derecho de raigambre constitucional-convencional (Art. 12 CDN). Este consentimiento, es mucho más que oír al menor, ya que si este no consiente, el juez puede ignorar su opinión. De este modo y acorde a la

CDN, se les reconoce a los niños no sólo el derecho a ejercer su defensa técnica, sino además el ser oído, como también expresar su opinión libremente a todos los asuntos que los afecten como personas.

El Estado ha conferido potestad a los jueces, mediante la nueva legislación, para promover de oficio el juicio de adopción con el propósito de evitar que se extiendan indefinidamente las guardas con fines de adopción, favoreciendo con ello al niño, niña y adolescente, puesto que la espera en estas situaciones, genera en ellos una mayor angustia y sufrimiento al que ya están inmersos, prestando conformidad a lo pretendido y manifestado en los Tratados Internacionales y Convenciones, cuyo fin primario y último es alcanzar el bien superior del niño para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (Art. 27 CDN).

El cuerpo unificado, regula una de las más complejas y debatidas cuestiones del instituto adoptivo, que es la vinculada con la posibilidad de consentir - para alcanzar la posterior guarda con fines de adopción – la petición judicial de una guarda de hecho, nacida como resultado de la entrega directa de un niño por parte de sus progenitores en favor de un tercero, ello en razón a la prohibición impuesta en el Art. 611 del CCyC que prohíbe expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la otorgada por cualquiera de los progenitores u otros titulares del niño.

La Dra. Medina en su ponencia presentada en una de las tantas audiencias públicas convocadas por la bicameral, expresó que es absolutamente coherente con el sistema del Código Civil y Comercial el respeto de la voluntad de los progenitores de entregar su hijo en adopción a una persona y no a otra cuando esta reúna los requisitos para ser adoptante, ya que el nuevo Código prioriza la autonomía de la voluntad personal y respeta las conductas autorreferentes cuando no sean violatorias de la moral y las buenas costumbres.

Es en los futuros adoptantes donde debe estar puesta la mira y el celo de los magistrados porque ellos son los que educarán al niño y no en la mujer que entrega a su hijo.

La potestad que el Estado ha dado a los jueces de familia les ha sido entregada para que preserven a los niños del abandono o de la violencia de sus progenitores. Pero

cuando los niños no se encuentran bajo ninguna forma de desprotección, ni de peligro, el Estado no está legitimado para actuar en aras del interés del menor, cuando éste no se encuentra comprometido.

Se debe agregar que la guarda deberá ser entendida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad.³⁴ A su vez, el juez es quien selecciona a los pretendientes adoptantes de la nómina remitida por el Registro de Adoptantes debiéndose tomar en cuenta las condiciones personales, edades, actitudes del o de los pretendientes adoptantes, su idoneidad para cumplir con las funciones del cuidado, educación y el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña y adolescente (Art. 8 CDN). Cumplido con esto el juez está en condiciones de dictar sentencia de guarda.

El plazo de guarda, de acuerdo a la Legisladora Medina, está previsto para revelar - en un periodo de tiempo limitado, el que no puede exceder el de los seis (6) meses- la capacidad que tienen los guardadores y a su vez demostrar la relación entre pretendientes adoptantes y niños desamparados. En este lapso de tiempo, se hace el seguimiento de la nueva familia para que -antes de emplazarlos jurídicamente en una nueva filiación- se verifique si los adoptantes tienen las cualidades, condiciones necesarias para ejercer la responsabilidad parental sobre ese niño determinado.

Se considera que ese plazo de seis (6) meses de periodo de guarda preadoptiva es suficiente para determinar las facultades de los guardadores, quienes por estar inscriptos en el Registro de Adopción ya tienen ejecutados todos los tratamientos necesarios que permitan la adopción y que el periodo de la guarda preadoptiva probará en concreto su aptitud.

“Una vez cumplido el periodo de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción”³⁵

El juez competente para ello en virtud del Art. 615 CCyC, es “el que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretendientes adoptantes, el del lugar en el

³⁴ Art 612 del Código Civil y Comercial Argentino modificado por la Ley 26.994. Sancionada el 01/10/2014. Promulgada 07/10/2014

³⁵ Art 616 del Código Civil y Comercial Argentino modificado por la Ley 26.994. Sancionada el 01/10/2014. Promulgada 07/10/2014

que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión”.

De esta manera, se agiliza el procedimiento y se reducen los tiempos, ya que se supone que el juez que intervino y otorgó la guarda con fines de adopción es quien conoce la historia de vida del sujeto de cuyos derechos se trata, evitándose la reiteración de actos ya cumplidos (Kemelmajer, 2014) asimismo se reducen los costos procesales, se facilita el acceso a la justicia del menor pues no es lo mismo para el niño declarar para ser oído ante un magistrado que conoce, que frente a uno que jamás vio.

Dado que la guarda debe ser judicialmente conferida a quienes la solicitan, precisamente con el fin de adoptar al menor, el Art. 618 del CCyC establece que la sentencia retrotraerá sus efectos al día en que el juez otorgó dicha guarda, que es la fecha desde la cual en los hechos se establece, aunque lo sea sólo en expectativa, el vínculo paterno-filial.

Distinto es el caso de la adopción del hijo del cónyuge en que no se exige la declaración judicial de adoptabilidad. Para dicha hipótesis, entonces, se conserva la solución de la Ley N° 19.134, esto es, que la sentencia de adopción producirá efecto retroactivo a la fecha de promoción de la acción, lo cual guarda coherencia con el resto de la normativa.

En el reglamento español, las familias que desean adoptar a nivel nacional deben presentar su correspondiente solicitud a los Servicios de Protección de Menores de sus respectivas Comunidades Autónomas, pasando posteriormente a una lista de espera para su valoración. El proceso de valoración se lleva a cabo mediante una serie de entrevistas, visitas domiciliarias y presentación de documentación. Las autoridades estudian los citados informes hasta que decidan conceder o rechazar la idoneidad de los solicitantes. Una vez valorados y reconocidos como idóneos para la adopción, pasarán a una lista de selección, a los efectos de proponer la asignación de un menor, formalizándose el Acogimiento Familiar Preadoptivo. El procedimiento de acoplamiento del menor se inicia en el domicilio familiar y posteriormente se presenta la propuesta de adopción por la entidad pública. El juez previa valoración de la

documentación e informe del fiscal, dictará auto de adopción y finalmente se realizará la inscripción en el Registro Civil a los efectos de modificar los apellidos³⁶.

Siendo el tiempo de duración del proceso, en España de nueve (9) años, países del este de ocho (8) a veinte (20) meses, Hispanoamérica de ocho (8) a treinta (30) meses y Asia de ocho (8) a quince (15) meses³⁷.

Por otra lado, en Brasil el organismo encargado del inicio del proceso de adopción es la Comisión Estatal de Adopción (CEJA) que a su vez fomenta la adopción internacional de niños brasileños por parte de familias de cualquier lugar del mundo, en este caso se tiene que pedir un visado brasileño especial de adopción y permanecer en el país todo el tiempo que el juez encargado de la adopción considere necesario.³⁸

Entrando a la temática de los tipos de adopción, el nuevo Código ha relativizado las adopciones plena y simple, manteniéndose lazos con la familia de origen en la primera y creándose lazos con la familia del adoptante en la segunda.

De esta manera, el nuevo Código ha optado por no crear sistemas rígidos de adopción y privilegiar el mantenimiento de las relaciones con la familia biológica aun en el supuesto de la adopción plena.

Conforme al nuevo cuerpo normativo, la adopción plena emplaza creando el nuevo estado de hijo y extingue los vínculos jurídicos anteriores, con excepción de que por un motivo especial se mantengan respetándose así la identidad personal en toda su magnitud.

Deviene de esto que el hijo adoptado bajo esta figura, adquiere parentesco en igualdad de condiciones que un hijo nacido en forma natural o por técnica de reproducción humana (Art 535 CCyC).

En cambio, la adopción simple otorga al adoptado el estado de hijo pero no genera por ello vínculos jurídicos con la familia del adoptante, manteniéndose los vínculos entre el adoptado y su familia de origen.

³⁶ Art. 176 y 176 bis del Código Civil Español, vigente desde el 01/05/1889, con revisión vigente desde el 15/10/2015 hasta el 30/06/2017

³⁷ Código Civil Español, vigente desde el 01/05/1889, con revisión vigente desde el 15/10/2015 hasta el 30/06/2017

³⁸ Ley N° 10.406 -Código Civil brasileño- Promulgado 07/12/2002. Entrada en vigor 11/01/2003

En cuanto a dichas adopciones, se ha dado en el año 2015 el primer caso en el cual se ha aplicado el Art. 622 del nuevo cuerpo normativo, el cual permite la conversión de la adopción simple en plena.

El 29 de abril del 2015 la Justicia de Salta resolvió convertir la adopción simple en plena de una joven con retraso madurativo, solicitada dicha conversión por la madre adoptiva. Considerando que la misma debe admitirse aun cuando consintió la sentencia en la causa originaria si se acreditó que la familia de aquella representa para el adoptado el lugar donde logra la plena satisfacción de sus necesidades espirituales y económicas, pues, si bien la legislación actual no contempla esa figura, todo lo que no está prohibido está permitido -Art. 19, Constitución Nacional- y la solución es acorde al marco de los Tratados de Derechos Humanos y al Código Civil y Comercial próximo a entrar en vigencia, que contempla esa posibilidad en su Art. 622.³⁹

Además de los tipos clásicos de adopciones (plena y simple), el Código Unificado incorpora una nueva figura que es la adopción de integración.

De acuerdo a la Dra. Medina Graciela, Legisladora de Tafi Viejo, Provincia de Tucumán⁴⁰, el propósito de esta nueva figura es posibilitar el ingreso de un niño, niña o adolescente a una familia compuesta por su madre o padre junto con su cónyuge o conviviente (Art. 5 CDN) haciendo posible que el hijo de uno de ellos sea considerado hijo en común.

Dicha figura se reglamenta con las siguientes particularidades:

- a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas;
- b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes;
- c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho;
- d) no se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad;
- e) no se exige previa guarda con fines de adopción;

³⁹ Juzgado Civil de personas y familia Nro. 6. Salta. “R., M. S. s/ Adopción”. Recuperado el 11/07/2015 de: <http://www.estudiojuridicodrbarreiro.com/apps/blog/la-justicia-de-salta-resolvi%C3%B3-convertir-la> (Sentencia de fecha: 29/04/2015)

⁴⁰ Fuente: página web capacitacion.jusmisiones.gov.ar. Recuperado el 20/06/2016 de: http://capitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/baset/Baset_JA_2014_La_Adopcin_en_el_Nuevo_Cdigo_Civil_y_Comercial.pdf

f) no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen de conformidad con lo previsto en el artículo 594.⁴¹

En concordancia con Herrera, Caramelo y Picasso (2015) este tipo de clasificación tripartita se debe a la necesidad de reconocer las características que tiene cada una de las clases de adopción en cuanto a su aplicación y efectos.

Se fundamenta y en conformidad a la Convención de los Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño, en el respeto por la identidad del principal sujeto de la adopción, el niño, niña y adolescente- tomando como base el sentido de que no son ni serán similares las historias, actitudes, sentimientos y resultados humanos a posteriori, de un niño recién nacido cuyo progenitores abdicaron de su crianza, que los de otro niño de diez (10) años que carece de los cuidados necesarios y estables por ley (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015), o sea, que la nueva legislación dirige su interés no sólo en los derechos sino además en los sentimientos y salud psicofísica de los menores en estado de abandono.

Reflexiones finales

El logro de condiciones de mayor transparencia en el proceso de adopción y una protección clara de los derechos infantiles y adolescentes, fueron las coincidencias básicas que alcanzaron especialistas y representantes de organismos nacionales e internacionales en torno al contenido establecido en la materia por el flamante Código Civil y Comercial argentino.

Esta nueva forma en el tratamiento del tema, brinda otra variedad de herramientas que permiten manejar correctamente este instituto, siempre orientándose hacia el objetivo principal que es el interés superior del niño, niña y adolescente.

Florencia Bauer especialista en políticas sociales, derechos de la infancia y la adolescencia, hoy representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en Argentina, sostiene⁴² que “La adopción es un gran avance, pero sigue

⁴¹ Art. 632 del Código Civil y Comercial Argentino modificado por la Ley 26.994. Sancionada el 01/10/2014. Promulgada 07/10/2014

⁴² Fuente: página web diariovox. Recuperado el 20/06/2016 de: <http://diariovox.com.ar/la-unicef-califico-de-innovador-y-avanzado-al-nuevo-codigo-civil/>

siendo la familia biológica la primer opción a apoyar; luego, si esa posibilidad no existe, hay que lograr que el niño esté en una familia y evitar que se quede en una institución, porque esto tiene consecuencias negativas sobre su desarrollo”.

Los cambios que implementa el nuevo Código están basados en fallos que han marcado precedentes en algún punto del país y que incluso en algunos casos ya han sido aplicados. Todos fueron pensados a favor del niño, para evitar que generen lazos afectivos con guardas provisionales con las que no puedan mantener el vínculo a futuro y con el objetivo de garantizarles una estabilidad emocional acorde a sus necesidades.

Todo este esfuerzo dirigido hacia la regulación de la adopción, buscó indudablemente lograr mayor celeridad, eficacia y transparencia en los procedimientos jurídico- administrativos, reiterando una vez más y por la importancia que amerita, que se realizó cuidando, protegiendo y defendiendo el interés superior de los menores en calidad de abandono y/o desamparo familiar y social.

Conclusión final

Históricamente, las leyes de nuestro país dejaron en épocas de Vélez Sarsfield un poco al costado del camino la valoración al instituto de la adopción. El centro del interés social priorizaba otros temas, pero en tanto que iba modificándose la tecnología, moda, artes, entre otros, así también la manera de pensar de la sociedad, la que puede observarse cuando se introduce la Ley N° 13.258/48, que marcó un cambio, un hito, al tomar en cuenta el instituto jurídico de la adopción. Desde allí hasta antes de la reforma actual, transcurrieron décadas en las que se trabajó intensamente a nivel jurisprudencial, doctrinario y social en esta temática, logrando un gran avance en la misma, tomando como apoyo el ordenamiento legal internacional.

La modificación legislativa propone una diferencia de la anterior, marcada en los tiempos, procesos y trámites administrativos de rigor, agilizándolos, disponiendo más oportunidades para los pretensos adoptados, disminuyendo los requisitos de edad, el periodo de la guarda, la limitación en el plazo para el dictamen del juez de la situación de adoptabilidad, entre otros, puntos que considero óptimos y dirigidos en todo momento al interés superior del niño, niña y adolescente y para ello, afirmándolo en la referencia internacional que hacen los Tratados Internacionales (Art. 75 inc. 22). Siendo este último, el pilar fundamental de los principios reconocidos en el Art. 595 del CCyC inc. a. Dichos principios constituyen el cimiento imprescindible a la hora de la interpretación y de llenar las lagunas del ordenamiento positivo, fijando un límite al arbitrio del juez, es decir, garantizando que su decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Pero subrayo que los principios generales de adopción por su alto grado de idealización, no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez cuando exista una laguna del derecho positivo.

La norma derogada estaba muy alejada a las normativas dispuestas por los Tratados Internacionales -reconocidos constitucionalmente en el Art. 75 inc. 22 de la CN-, estaba siendo contradictoria con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecer por ejemplo, que había dos tipos de adopción, la plena y la simple. La primera extinguiendo todos los vínculos con la familia de sangre, como si no hubieran existido, lo que es contrario al derecho a la identidad. Además, si un juzgado considera que un niño está en estado de preadoptabilidad, de ese juicio sólo eran parte el

estado y los adoptantes, pero quedaba afuera la familia biológica y el propio niño. Esto estaba violando las garantías del debido proceso.

Cuando ahondo en esta base legal internacional, me dirijo al compilado de autores que explican su análisis y consideraciones, quienes observo son coincidentes en referencia a la incorporación que se hizo al Código Civil y Comercial de la Nación de diversas disposiciones establecidas internacionalmente, como son las relativas a la jurisdicción, derecho aplicable, el reconocimiento de adopciones otorgadas en el extranjero y su conversión, el reconocimiento del interés superior del niño como principio fundamental para la protección del mismo en todos los aspectos de la vida, entre otros, siendo que su redacción y sistematización se encuentran perfectamente alineadas con las disposiciones tuitivas de estas legislaciones internacionales, estableciendo una común unión de principios entre la Constitución Nacional Argentina, el Derecho Público y el Derecho Privado.

Estas son herramientas nuevas que colocó la legislación vigente en las manos de los jueces, a quienes se les exige una mayor responsabilidad también en sus disposiciones, para manejar con mayor transparencia, celeridad y eficacia este instituto, primando siempre el derecho reconocido internacionalmente, que es el Interés Superior del niño, niña y adolescente.

Ahora bien, durante el proceso de análisis de esta reforma, he llegado a considerar que tales modificaciones estudiadas ut supra favorecen en un todo al instituto de la adopción en tiempo, forma y dirigido al ser del niño en su totalidad y en su derecho como ser, es decir, se consolidaron los valores que lo ratifican como individuo.

Con el nuevo Código Civil y Comercial, existe realmente un cambio de paradigma, delineándose un nuevo rumbo, elaborando una trama de disposiciones, proyectando con ellas un nuevo sistema institucional que protege plenamente al niño, niña y adolescente, colocándolos en el centro de la escena, dejando expreso en forma jurídico-legal, que debe por sobre toda circunstancia, hacerse valer el derecho de los mismos a tener una familia, respecto del derecho de las personas de tener un hijo, a reconocer y otorgarle valor a la opinión y voluntad de ellos, siempre considerando su edad y grado de madurez. Aunque infiero al igual que el Dr. Atilio Álvarez en que podría reverse el concepto de adopción dispuesto por el nuevo cuerpo normativo, ya que no responde a todos los tipos de adopción que incluye el instituto como tal, específicamente integraría

al concepto con mayor valor jurídico la adopción de integración y el supuesto del emplazamiento como hijos de mayores de edad, siendo que las mismas están reguladas por el mismo Código Civil y Comercial Unificado.

Otra de las cuestiones con las que no estoy del todo de acuerdo y sería propuesta de modificación, es la decisión de retornar a los niños a su familia biológica en débiles situaciones probatorias de que es lo conveniente para el menor, lo que muchas veces provoca que el niño termine naufragando, es decir, quedando a la deriva, sin pertenencia en un lugar o entorno que sea contenedor, además de brindarle lo que socio económicamente necesita, puesto que es punto importante de consideración una realidad que presentan muchas familias que tienen voluntad o deseo, pero toda una situación social, psicológica, económica, no les permiten alcanzar el objetivo.

Es en estos casos más específicamente cuando debe resolverse la situación en forma ágil y concreta para que los menores no pasen su infancia en una institución. Pero hay una tendencia a preservar el vínculo con la familia de origen. Es políticamente correcto pensar de esa manera, pero eso llega a un punto que lo que aparentemente es mejor para la biológica, es peor para la sociabilidad de ese niño. Es descabellada la idea de insistir en que es mejor para el niño volver con la familia biológica sin importar cuanto tiempo se pierda, ya que en muchos casos termina causando un perjuicio, en la cual el niño acaba en un instituto.

Un aspecto que considero relevante, de suma importancia en todo el contexto que he exployado acerca del tema, es la realidad que se le presenta al niño, niña y adolescente para que comience a internalizar lo fundamental que es su persona en el circuito de la vida, en la sociedad pero sobre todo en él mismo.

Es histórico, sociológico, psicológico, jurídico emplear el término persona colocando cada ciencia en ello, su concepción, pero dejando en claro que la única esencia, el valor que tenemos cada humano es el del ser únicos e irrepetibles, con derechos, deberes y posibilidades de igualdad para todos. Ser partes de una familia, tener identidad, ser partícipes, incluidos en educación, salud, amor, es el que se ha pretendido entre tantos objetivos, el primordial en este nuevo modelo. Fundamentos que aprecio destacar en este trabajo, a los fines de utilizarlos como necesarios en la temática de la adopción, puesto que conllevan múltiples facetas que hacen de ella no solo un instrumento de naturaleza jurídico y legal que permite llevar a cabo cierto propósito, sino también a

nivel espiritual, concede a las personas de distintas edades el poder de expresarse con libertad y ser escuchadas, alcanzar metas afectivas que van más allá de un dictamen judicial, vivir una realidad diferente a la habitual, de soledad y abandono, de discriminación y en muchos casos de opresión y olvido, ser libres pero sujetos a obligaciones, con derechos que les eran desconocidos o inaccesibles hasta ese momento, como por ejemplo el derecho a la educación, salud, respeto hacia ellos mismos y a los demás, a tener vínculos afectivos, a una vida más plena que llene los vacíos psicofísicos, económicos y sociales.

Con esta Reforma, en el tema de la adopción, se modificaron y ampliaron las posibilidades para que individuos que anhelan ser padres y menores de edad sin los beneficios de un hogar, puedan concretar el derecho genuino e íntegro de adoptantes y adoptados. Además y como criterio personal, esta nueva legislación fue más allá del sistema jurídico, ya que humanizó la institución, revalorizó al ser humano, al niño, niña y adolescente íntegra e integralmente, restableciendo su libertad, voluntad y autonomía.

Sin embargo, me pregunto ¿Los cambios efectuados en la reforma, cubren en su totalidad las demandas, necesidades y expectativas que la sociedad, pretensos adoptados y adoptantes tienen en la actualidad?

En resumen, mi intención dista mucho de alcanzar una sociedad o un sistema jurídico ideal, pero sí pretendo destacar que mediante los alcances de la reforma tratada en este trabajo, se abre un abanico de oportunidades para personas con necesidades y derechos como el ser padres adoptantes e hijos adoptados, entregando talentos indestructibles como el amor, tiempo compartido, dedicación a menores de edad que los requieren, niños, niñas y adolescentes que nos conceden a su vez, la esperanza de una generación presente y futura proyectada y conformada por ciudadanos a nivel social, material, humano y espiritual más productivos, sensibles y justos.

Listado Bibliográfico

- Arena Celia. (16 /07/2012) Código Civil: cambios que nos incluyen a todos. *Lacapital.com*. Recuperado el 10/05/2015 de: <http://www.lacapital.com.ar/opinion/Codigo-Civil-cambios-que-nos-incluyen-a-todos-20120716-0016.html>
- Azpiri, J. O. (2000). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi
- Belluscio, C. A. (2009). *Manual de derecho de familia*. (9ª Edición). Buenos Aires: Abeledo Perrot
- Borda, G. A. (2009). *Manual de Derecho Civil: Familia*. Buenos Aires: La Ley.
- Bueres, A. J. (2015) *Código civil y comercial de la nación analizado, comparado, concordado*. (4ª reimpresión). Buenos Aires: Hammburabi
- Drago, A. (2003). *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Producciones Mawis
- Fernandez Arroyo, D. P (2003). *Derecho internación privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Zavalía.
- Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lloveras. N. (2015). *Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y comercial del 2015*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.
- Lorenzetti, R. L. (2015). *Código civil y comercial de la nación*. Bueno Aires: Erreius
- Mazzingli, J. A. (1999). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Ábacode
- Medina, G. (1998). *La adopción*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.
- Orchansky, B. K. (1997). *Nuevo manual de derecho internacional privado* (5ª Edición). Buenos Aires: plus ultra.
- Yuni, J. A. y Urbano, C. A. (2006). *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. Córdoba. Editorial Brujas.
- Zannoni, E. A. (1998). *Derecho civil. Derecho de familia*. (3ª Edición). Buenos Aires: Editorial Astrea

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Magallanes María Belén
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	34.877.069
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	<i>Tutela de los intereses del menor, en materia de adopción, a partir de la nueva Legislación Civil y Comercial Unificada.</i>
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	bel.magallanes@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Empresarial Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____ San Luis, 12 de septiembre del 2016 _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

