



Trabajo Final de Graduación. PIA

**“LA ADOPCIÓN Y SU PROCESO:
UN CAMINO PERPETUO”**

Alumna: Elida Nazar

Carrera: Abogacía

2019

RESUMEN

En la actualidad son muchas las circunstancias que llevan a distintas personas a relegar sus responsabilidades como padres y así desvincularse de sus hijos. A decir verdad no se conocen los motivos por los cuales abandonan a sus hijos o los entregan a diversos institutos de guarda para que éstos les consigan un hogar para subsistir y comenzar una nueva vida. En efecto, los menores quedan bajo la guarda de diversas instituciones públicas o privadas por tiempo indeterminado, mientras se sustancian los diversos requerimientos y se culminan las distintas etapas que lleva el proceso de en que el niño o adolescente es entregado a una nueva familia mediante el proceso de adopción.

Por su parte, el ordenamiento jurídico argentino prevé y regula la situación de adoptabilidad pero si bien recientemente se han realizado ciertas modificaciones al mismo, aún se vislumbran ciertas falencias al momento de evitar la institucionalización de los menores y de mejorar los tiempos procesales en el período de guarda.

PALABRAS CLAVE: GUARDA – ADOPCIÓN – FAMILIA – INTERÉS SUPERIOR

ABSTRACT

Nowadays, there are many circumstances that lead different people to relegate their responsibilities as parents and thus dissociate from their children. To tell the truth, the reasons why they abandon their children or give them to different guardian institutes are not known so that they can get a home to subsist and start a new life. In effect, minors are kept by various public or private institutions for an indefinite period, while the various requirements are substantiated and the different stages of the process in which the child or adolescent is delivered to a new family through the adoption process.

For its part, the Argentine legal system foresees and regulates the situation of adoptability, but although certain modifications have recently been made to it, certain shortcomings are still discernible when preventing the institutionalization of minors and improving procedural times in the period of guard.

KEYWORDS: GUARD - ADOPTION – FAMILY – HIGHER INTEREST

INDICE

INTRODUCCIÓN	6
DESARROLLO	
Capítulo 1: El instituto de la Adopción y sus consideraciones generales	11
1.1. Concepto de familia. Clases.....	12
1.2. Alcances del concepto de adopción.....	13
1.3. Principios rectores de la adopción.....	15
1.4. Tipos adoptivos.....	21
1.5. El menor como sujeto de derechos.....	24
1.6. Registro Único de Aspirantes a la adopción.....	25
1.7. Conclusiones parciales.....	26
Capítulo 2: Reseña histórica y legislativa del instituto adopción en el derecho comparado y nacional	28
2.1. Antecedentes históricos.....	29
2.1.1. La adopción en las antiguas civilizaciones.....	29
2.1.2. La adopción en Francia y España.....	31
2.2. La adopción en América Latina.....	32
2.3. La adopción en el Derecho Argentino. Antecedentes legislativos.....	35
2.4. Conclusiones parciales.....	38
Capítulo 3: Análisis de las distintas problemáticas en torno al instituto adoptivo	39
3.1. Personas que pueden ser adoptadas.....	40
3.1.1. Pluralidad de adoptados.....	41
3.2. Personas que pueden adoptar.....	42

3.3. Declaración de la situación de adoptabilidad.....	46
3.4. La guarda con fines adoptivos.....	49
3.4.1. El proceso de guarda.....	51
3.5. Adopción internacional.....	52
3.5.1. La adopción internacional en el Derecho Comparado.....	53
3.6. Conclusiones parciales.....	54
CONCLUSIÓN	56
BIBLIGRAFÍA	59

INTRODUCCIÓN

El instituto adopción, fue, desde su reglamentación, un sistema que cosechó innumerables críticas, existiendo a lo largo de la vigencia de las diversas leyes que la reglamentaban, un sinnúmero de proyectos de modificación de las diversas cuestiones amparadas por la legislación adoptiva.

Esta constante sensación de necesidad de cambio, se debe en su gran mayoría al enfoque y pilar fundamental del instituto adoptivo que ha ido mutando a través del tiempo y que se encuentra íntimamente arraigado a la concepción sobre la finalidad de adopción. La que en un principio rondaba en la necesidad de brindar descendencia a una familia que no podía concebir hijos, a los fines de preservar el culto familiar y religioso, para luego comenzar a centrarse en el adoptado como un verdadero sujeto de derechos y en la necesidad de proveerle de un núcleo familiar en el que desarrollarse de manera plena.

Este cambio de paradigma se logró gracias a los diversos tratados internacionales que comenzaron a hacer eco en la legislación nacional y que plasmaban el derecho de todo niño, niña y adolescente a nacer y vivir en una familia, como un derecho fundamental de toda persona, así como también el derecho a conocer sus orígenes, a ser escuchado en los procesos en los que fueran parte, entre otras cuestiones que posicionan a los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derecho.

El Código Civil Argentino, regula la adopción en el segundo libro, título 6, incorporando considerables modificaciones con respecto al código derogado, que se regía por la Ley N° 24.779. Dichas modificaciones, aciertos y desaciertos serán analizados a lo largo del presente trabajo de investigación para dar luz a los avances que se han generado en materia adoptiva.

Así las cosas, la cuestión a desarrollar en el presente trabajo es el instituto adopción, analizando de manera sucinta el ordenamiento jurídico vigente y teniendo como eje principal el presente interrogante: ¿Cuáles son los motivos de la institucionalización de los menores en el proceso de adopción? y el **problema de investigación** gira en torno a analizar los cambios surgidos a partir de la reforma del Código Civil, sobre todo en materia procesal a los fines de comprender la razón por la cual el proceso adoptivo se torna tedioso y hasta casi perpetuo.

La relevancia fundamental de la temática elegida se evidencia en la necesidad de identificar las causales por las que muchos niños en estado de adopción con necesidades afectivas y materiales urgentes, se hallan en largas esperas de sentencias de adopción en instituciones, mientras que pasa el tiempo y una gran parte llegan a alcanzar la mayoría de edad sin haberlo logrado.

Por consiguiente, los menores ven vulnerados sus derechos mientras que no se buscan soluciones para que se comiencen a simplificar los procedimientos y a ubicar de manera más expedita al menor con nuevos núcleos familiares.

No obstante, surge la otra cara que es la de las familias adoptivas, las cuales por diversos motivos llegan a requerir procesos de adopción a los fines de convertirse en familias adoptivas, se registran en listas de espera, donde tampoco logran tener respuestas inmediatas, ni satisfacer sus sueños de crear una familia con un nuevo integrante.

Con la finalidad de llevar adelante la presente investigación, se plantean ciertos interrogantes, a saber: ¿Qué es el Instituto de la adopción, cuáles son sus distintos tipos, su naturaleza y características?, ¿En qué consiste el proceso de Adopción?, ¿Cuáles son los principios que rigen el Instituto de la Adopción?, ¿Cuál es el marco legal internacional,

nacional y provincial existente en torno al proceso de Adopción?, ¿Cuáles son las distintas posturas jurisprudenciales y doctrinarias?.

El proceso de adopción consta de un procedimiento con ciertas fases que se deben cumplir y requisitos que se deben satisfacer para poder ubicar a un menor dentro del núcleo de una nueva familia adoptiva. El mismo dispone de la Ley N° 26.061 de Protección Integral del niño y adolescente que recepta los principios de la Convención sobre los derechos del niño y la Ley N° 25.854 de Registro Único de aspirantes a guarda con fines de adopción (a través de la cual el Estado delega en un organismo administrativo, esto es, la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia uno de los procesos previos a la Adopción), como sus normas reguladoras. Con la entrada en vigencia a partir del 1 de Agosto de 2015 del Código Civil y Comercial de la Nación, se incorpora dicho instituto al nuevo ordenamiento argentino con ciertas reformas, teniendo como principal objeto la protección del Interés Superior del Niño y todos sus derechos fundamentales.

Siguiendo este orden de ideas, la Adopción permite que niñas, niños y adolescentes que no cuentan con una familia de origen, sea por fallecimiento de sus progenitores, no hallarse la familia de origen, rechazo por parte de ésta a hacerse cargo de su responsabilidad parental, o por vulneración de los derechos de los niños o adolescentes que impliquen riesgo a su integridad. A través del CCCN se le reconoce distintos tipos enumerados como Adopción simple, plena (irrevocable) y de integración (como el progenitor afín o conviviente de la madre/padre biológico). Es un instituto que consta de tres procesos, uno administrativo y dos sumarísimos de doble instancia. Si bien el CCCN establece tiempos máximos, estos procesos se extienden en el tiempo de manera indefinida, mientras los niños esperan por una familia.

Complementariamente cabe señalar que el artículo 609 del CCCN establece las normativas del procedimiento a seguir para llegar a la declaración judicial de la adoptabilidad. En pocas palabras el trámite contiene entrevistas del juez con los padres y el menor, un proceso de guarda (que constituye una instancia pre-adoptiva), la existencia de un registro al cual deben inscribirse las personas que quieran adoptar a un menor, ciertas exigencias a los postulantes, requisitos referidos al orden de prelación, proximidad geográfica y necesidades del menor, y por último los trámites para conseguir la efectiva adopción.

Para un adecuado ordenamiento de la información recabada, el presente trabajo se divide en tres capítulos.

En el capítulo 1, y con la finalidad de adentrar al lector en el tema elegido, se desarrollarán ciertos conceptos que intentan dar cuenta del instituto adoptivo, a saber: su conceptualización, naturaleza jurídica, caracteres, requisitos, principios que rigen el instituto, como también se analizarán los tipos de adopción existentes. Los mismos servirán de base para luego comprender de forma más acabada las formas que fue adoptando el instituto en cuestión a lo largo del tiempo y las razones de los cambios que fue sufriendo el mismo.

En el capítulo 2 se desarrollaran aquellos antecedentes, tanto históricos como jurisprudenciales, que llevaron a la evolución del instituto adoptivo. Comenzando con su acogimiento por parte de civilizaciones como la romana o griega, pasando por su regulación por escrito en legislaciones, dentro del ordenamiento jurídico argentino hasta llegar a la actualidad con la última reforma que tuvo la ley adoptiva, sin mencionar la actual normativa, que fuera la Ley N° 24.779, que como se verá más adelante, si bien para la época constituyó un gran avance en materia adoptiva, contaba con ciertas falencias

prácticas, las cuales en su gran mayoría fueron subsanadas por la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación.

Por último, en el capítulo 3, se enfocará, a través del análisis de los cambios que ha sufrido el instituto adopción con la última reforma, en identificar los motivos por los que en la actualidad gran parte de los menores en proceso de adopción esperan en diversos institutos a ser efectivamente concedidos a padres adoptivos, para ello se analizarán los procesos de guarda de menores en estado de adoptabilidad, sus objetivos y funciones; por su parte se examinará la relevancia del derecho del menor a conformar una familia, además se analizarán doctrinas, legislaciones y jurisprudencias a los fines de responder a la pregunta planteada al comenzar la investigación.

CAPÍTULO 1:
EL INSTITUTO DE LA ADOPCIÓN Y SUS
CONSIDERACIONES GENERALES

En el presente capítulo, y como se adelantara en la introducción del presente trabajo, se analizarán aquellos conceptos que lleven a comprender de forma más acabada el instituto adoptivo, así como también aquellos matices generales con los que cuenta hoy en día la adopción en la Argentina.

1.1. Concepto de familia. Clases

Al decir de Mazzinghi (2006), “el hombre es inconcebible sin relaciones familiares...no puede realizar una de las funciones propias de los seres vivos – multiplicarse -, sin la colaboración de una persona del sexo opuesto” (p.1). Si bien esta concepción no resulta del todo cierta en virtud de los avances tecnológicos que se han ido desarrollando a los fines de concebir un ser vivo, resulta interesante mencionarla con la finalidad de comprender la importancia de la contención de un núcleo familiar para el pleno y correcto desarrollo de toda persona.

Desde tiempos inmemoriales, el ser humano ha intentado sociabilizar, unirse a sus semejantes con la finalidad primitiva de sobrevivir, y luego ir creando pequeños núcleos familiares sobre los que transmitir el culto a los antepasados y la provisión de guerreros. Estas concepciones ancestrales de familia han ido mutando hasta llegar a la actualidad en donde no existe una sola concepción de familia, como si existía hace unas décadas, en donde la familia se conformaba de padre, madre e hijos. En la actualidad, los modelos familiares resultan de lo más diverso, encontrándose así familias ensambladas, homoparentales, uniparentales, entre otras.

Por ello es que debe entenderse que la concepción y conceptualización del vocablo “familia” no hace referencia a un modelo prefijado y que debe ser entendido como único. A

lo largo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, clarifica dicha situación entendiendo que

No se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni muchos menos se protege sólo un modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio¹

1.2. Alcances del concepto de adopción

Durante la vigencia de la Ley N° 24.779, la cual estuvo vigente hasta el año 2015, intentar definir el instituto adopción no resultaba ser una tarea fácil, y esto, debido a que en la mencionada ley, no existía ningún concepto claro sobre el instituto en cuestión, sino que sólo se limitaba a regular sus requisitos y efectos.

En este sentido, era necesario recurrir a aquellos tratados internacionales que adquirieron jerarquía constitucional con la reforma del año 1994. Así las cosas, la Convención sobre Derechos del Niño, Ley N° 23.849, establece en el Artículo 20 inciso 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 (...)”.

Por su parte, Stilerman y Sepiarsky (1999) entienden que la adopción “se trata de una institución que tiene características muy peculiares y que tiende a crear un vínculo que

¹ CIDH, “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia del 24/02/2012. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, compulsado el 08/02/2019; “Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia del 27/04/2012. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf, compulsado el 08/02/2019

no se apoya en el nexo biológico sino en la convicción de que el amor filial no se limita a aquel” (p. 25).

Posteriormente, con la reforma producida por la Ley N° 26.944, de forma acertada, se incluye un concepto del instituto adoptivo que brinda un marco conceptual sobre el que luego se desarrolla el resto del articulado. En este sentido, el artículo 594 del Código Civil expresa que:

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

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

Del concepto que emana del Código Civil se vislumbra que lo primordial es intentar mantener los vínculos filiales entre el menor y su familia de origen, y recién cuando se compruebe que aquella no puede satisfacer de manera acabada las necesidades afectivas o materiales, aparece la adopción como una posible solución al problema del abandono. Esta conceptualización lo que hace es poner al menor como eje principal a proteger y brindar lo necesario para su pleno desarrollo, no sólo cognitivo, sino también emocional.

En este sentido, la ley 26.061, dispone en su artículo 23 in fine que “la falta de recursos materiales de los padres de la familia de los representantes legales o responsables de los niños, niñas y adolescentes, sea circunstancia, transitorias o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”

Siguiendo con el análisis del concepto en cuestión y siguiendo lo vertido por Sambrizzi (2017), resulta innecesaria la enumeración que se realiza en el mencionado artículo sobre niños, niñas y adolescentes, que bien podría haber sido reducida al vocablo niños, siguiendo así lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en su artículo 1º dispone que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. Además de encontrarse excluidas de dicho concepto, tanto la adopción de mayores de edad, como la de integración.

1.3. Principios rectores de la adopción

El artículo 595 del Código Civil se limita a enumerar seis principios que tienen como fundamento servir de guía en los procesos adoptivos. Al decir de Belluscio (como se citó en Sambrizzi, 2017), dicha enumeración de principios no corresponde realizarla debido a que no es una función propia del legislador el establecer principios generales, además de que no es necesario que las leyes enuncien reglas morales, sino jurídicas.

Por el contrario, Medina y Domínguez Eres (2016), entienden que dichos principios “no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando exista una laguna del derecho positivo (p. 529). En este mismo orden de ideas, Herrera (2016) entiende que sirven para

Reforzar la obligada perspectiva constitucional-convencional, y también para destacar que ante cualquier silencio, vacío legislativo o laguna propia del derecho y más aún del Derecho de Familia que es tan cambiante y dinámico, debe siempre apelarse a estos principios generales que observan un valor especial tratándose de la adopción (p. 562).

Así las cosas, el artículo 595 del CCCN dispone que:

“La adopción se rige por los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño;
- b) el respeto por el derecho a la identidad;
- c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
- d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
- e) el derecho a conocer los orígenes;
- f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años”.

- ***Interés superior del niño:*** dicho principio se extrae directamente de lo plasmado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3º dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Entendiendo por tal la máxima satisfacción de todos los derechos y garantías que se encuentran reconocidos en dicha Convención.

Haciendo hincapié en este principio la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “A. M. S.”²² dispuso que cuando la Ley N° 26.061 refiere al interés superior del niño, hace referencia a la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley, debiéndose respetar, entre otras cuestiones, en centro de vida de los menores, lo cual debe prevalecer no solamente en las cuestiones de fondo, sino también en materia de competencia.

- Respeto por el derecho a la identidad: Dicho derecho comprende, no sólo el derecho a conocer sus orígenes y que es adoptado, sino también la facultad de interiorizarse de su propia historia cultural y genética, y la de sus ascendientes, es decir, del linaje biológico al cual pertenece.

En este sentido, la identidad es un derecho natural, que no se vincula solo con el derecho al nombre y a la inscripción del nacimiento, sino que se vincula con todos aquellos datos y rasgos que permiten a cada ser humano conocerse y diferenciarse de los demás para ser sí mismo y ello implica, necesariamente, vincularse con el propio origen, conocer las raíces y a los portadores de su impronta genética (Aiello de Almeida, 2012).

El doctrinario peruano Fernández Sessarego (citato por Kemelmajer de Carlucci, 2017) entiende por derecho a la identidad personal

El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de características de personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona,

²² CSJN, “A. M. S.”, 26/03/2008, Abeledo Perrot Online, N° 1/70046094-2

a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto específico ser humano (p. 50).

- *Agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada*: este principio tiene su eje en la creencia de que la familia resulta ser la principal responsable en la crianza, educación y desarrollo de los hijos, siendo el instrumento primordial de sociabilización primaria.

Este principio requiere de un esfuerzo de trabajo por parte del Estado y de las políticas públicas a través de diversos programas, asistencias y demás herramientas con la finalidad de lograr que la familia pueda asumir las responsabilidades que le son propias.

Sin embargo, y en consonancia con lo expresado por Sambrizzi (2017), el agotamiento de las posibilidades de permanencia con sus padres de sangre – lo que puede en ciertas situaciones llegar a ser contraproducente – no debe exagerarse hasta un punto tal que demore innecesariamente la institucionalización de los menores y la posterior y, en lo posible, inmediata entrega en guarda a una familia que se ocupe de sus necesidades afectivas y materiales, además de las espirituales, todas las cuales son fundamentales en el desarrollo de la persona” (p.52)

En cuanto al momento en el cual se reconoce que se han agotado todos los medios necesario para posibilitar la continuación del niño en la familia de origen o ampliada, se entiende que ello ocurre cuando se han realizado todas las acciones posibles destinadas a fortalecer a la familia y ello no ha tenido resultados positivos, y comienza a ser perjudicial para el niño su permanencia en dicho núcleo familiar.

En virtud de un fallo del año 2013³, se rechazó el pedido del padre biológico de una menor para que fuera restituida a su hogar por entender que “la restitución de los niños a su hogar biológico debe ceder si el interés superior de aquéllos así lo exige, pues son sus necesidades las que definen ese interés en cada momento de la historia y de la vida (voto de los Dres. Genoud y Lazzari). Por su parte, el Dr. Pettigiani, muy acertadamente, entiende que “las paternidades no pueden constituir una omnipotestad biológica que confiera impunidad a su titular para incursionar en experiencias abandonicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos (...)”.

- preservación de los vínculos fraternos: en este sentido se prioriza la adopción de hermanos en la misma familia adoptiva, o, en su defecto, se intenta mantener los vínculos jurídicos entre los hermanos.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1º (conf. Sambrizzi) decretó la inconveniencia de adoptar a un hermano con exclusión de otro, “pues si se trata de varios hermanos huérfanos o abandonados, y son adoptados por personas diferentes, a la desgracia de su desamparo se suma otra más, la de dejar de ser hermanos, por lo cual debe intentarse que todos los hermanos sean adoptados por un mismo adoptante” (p. 58).

De más está decir que esta exigencia, no debe constituirse en un obstáculo a los fines de lograr la adopción de los niños, es decir, que si bien debe tenderse a realizar los esfuerzos necesarios para que los hermanos permanezcan en una misma familia, ello no debe obstar a que puedan ser adoptados por separados, con el compromiso asumido de los

³ Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires. 10/07/2013, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, Nº 11, diciembre de 2013, p. 80.

adoptantes de que, en la medida de sus posibilidades, mantendrán el contacto entre hermanos.

- *derecho a conocer los orígenes*: en principio, el artículo 596 del Código Civil explica que para que un niño goce de este derecho, debe contar con edad y grado de madurez suficiente, y en tal supuesto, tendrá pleno acceso al expediente administrativo y judicial donde se llevó adelante la adopción. La ley derogada disponía que dicho derecho quedaba reservado para aquellos adoptados que lo requirieran pero que tuvieran más de 18 años.

En dicho sentido, se entiende que el juez será quien resuelva la conveniencia o no de permitir la vista del expediente por parte de quien lo solicite, que puede ser ayudado por el equipo técnico del tribunal o hasta inclusive de peritos que dictaminen al respecto. Es un tema muy delicado debido a que en muchos expedientes de adopción se ponen sobre la mesa ciertas cuestiones muy oscuras como violaciones, abandonos, violencia, situaciones que tal vez el niño vivió en carne propia y que sería absolutamente contraproducente volver a vivirlas a través del relato encarnizado que se realiza de dichos hechos en un expediente judicial.

En contraposición a todo lo expresado, es dable remarcar que dentro de este principio existe un precepto implícito que es la obligación de los adoptantes de hacer conocer su origen al adoptado, el cual se encuentra plasmado de manera explícita en el artículo 596 del Código Civil, siendo ésta una obligación meramente jurídica que no conlleva ningún tipo de sanción ni pena ante su incumplimiento.

- ***Derecho a ser oído:*** este principio tiene absoluta génesis en la Convención sobre los Derechos del niño, y no se agota en el derecho de escuchar al menor, sino que también impone un deber jurídico de que dicha opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo necesario su consentimiento para la adopción a partir de los diez años.

Y este resulta ser una de las consecuencias más visibles del cambio de paradigma en materia adoptiva, donde no sólo dejó de ser la necesidad de brindarle un hijo a aquellas personas que no pudieran tenerlo de forma natural, pasando a ser la necesidad de brindarle una familia a un niño en situación de abandono; sino que también comenzó a considerarse al adoptado como un verdadero sujeto de derecho capaz de decidir su propio curso de vida, en virtud de su edad y grado de madurez.

Al decir de Grosman (2007), sería más adecuado hablar de “derecho a ser escuchado” en virtud de que el escuchar hace referencia a “poner atención para oír”. Es decir que requiere de “una actividad voluntaria que implica intencionalidad por parte del sujeto, a diferencia de oír, que es percibir por el oído un sonido (p. 127)

1.4. Tipos adoptivos

En este acápite nos encontramos con que hasta la reforma realizada por la Ley N° 24.779, existían solo dos tipos adoptivos, expresamente acogidos por la legislación argentina, a saber, adopción simple y plena. Actualmente, y en un acertado movimiento legislativo, se incorpora la adopción por integración, a los fines de brindar un marco teórico a una situación que se producía en la vida cotidiana, y se regula de manera autónoma, a diferencia de la derogada ley donde se encontraba subsumida dentro de la adopción simple, debiendo ser siempre otorgada con dicho alcance.

Uno de los avances de la nueva norma, con respecto a los tipos adoptivos, fue el acierto de eliminar la preferencia legal por la adopción plena, quedando el juez, en todos los casos, facultado para decidir, fundadamente, según cuál cree que sea el tipo adoptivo que satisface de la mejor manera posible los intereses del adoptado.

En primer lugar, la adopción plena crea un vínculo entre adoptante y adoptado que resulta ser mucho más intenso que el de la adopción simple, al punto tal que confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, dejando de pertenecer a su familia biológica y pasando a tener con la familia consanguínea del adoptante, exactamente los mismos vínculos que hubiesen resultado de la filiación biológica, con sus respectivos derechos y deberes.

En contraposición, la adopción simple solo crea un vínculo de hijo biológico del adoptado con relación al adoptante, no así con la familia de sangre de este último; y por consiguiente, el adoptado continúa manteniendo lazos con su familia biológica, sobre todo en cuanto a los lazos afectivos.

Es importante destacar que el otorgamiento de uno u otro tipo adoptivo depende de las circunstancias de cada caso concreto, habiéndose pronunciado al respecto la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, Sala L en que “el doble sistema de adopción...no implica una gradación por la cual una es más perfecta que la otra, sino responder al interés del menor en cada circunstancia.”⁴

Tanto la normativa derogada, como la vigente, parecen dar prioridad al tipo pleno de adopción que, como sostiene Zannoni (2006) “es axiológicamente valiosa porque permite dar al niño una identidad filiatoria, existencial, de la cual él carece” (p. 619).

⁴ C.N.Civ., Sala L, La Ley, 1997-D-853. 39.708-S. Extraído de Sambrizzi, E. op. Cit.

Como característica del tipo pleno de adopción se puede destacar que resulta irrevocable y que como se expresara *ut-supra*, se emplaza al adoptado en un verdadero estado de familia que sustituye al consanguíneo originario, en caso de que lo haya habido con anterioridad. Es importante manifestar que a pesar de que puede ser revocable, subsisten los impedimentos matrimoniales y la importancia que se le otorga al derecho del adoptado a conocer su identidad.

En lo que se refiere al apellido de los hijos adoptivos si bien se mantiene el principio de que el adoptado lleve el apellido del o de los adoptantes, excepcionalmente, y teniendo como fundamento el derecho a la identidad del adoptado se puede agregar o anteponer el apellido de origen al adoptivo.

En cuanto a lo que refiere a la adopción de tipo simple, como se dijo anteriormente, si bien confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en el Código. En este sentido, la familia de origen tiene derecho a comunicarse con el adoptado y el adoptado conserva el derecho de reclamar alimentos a su familia de origen, cuando su familia adoptiva no pudiese proveérselos.

Este tipo adoptivo es de carácter revocable, la que puede ser solicitada, tanto por el adoptado como por el adoptante. En este sentido, el artículo 629 del Código Civil enumera como causales de revocabilidad: a) haber incurrido adoptado o adoptante en causales de indignidad; b) por petición justificada del adoptado mayor de edad; c) por acuerdo entre adoptado y adoptante mayor de edad manifestado judicialmente.

Zannoni (2006) entiende que la adopción simple posee un carácter supletorio debido a que corresponde otorgarla en aquellos casos en los que la adopción plena surta efectos no deseados, como sería el de apartar al niño de su familia de sangre (Sambrizzi, 2017).

Por último, la adopción de integración fue incorporada de manera autónoma al ordenamiento jurídico argentino con la reciente reforma sufrida por el Código Civil y Comercial de la Nación. Así, dicho plexo normativo, la regula en su artículo 620 y tiene como principal característica el tener en miras el afianzamiento y ampliación de vínculos ya existentes, brindando a ciertas relaciones un reconocimiento jurídico. A diferencia del Código Civil derogado, la norma actual, no sólo permite adoptar al hijo del cónyuge, sino también del conviviente.

Este tipo adoptivo, al igual que la adopción simple, es revocable, ya sea que haya sido otorgada con carácter de plena o simple. Este tipo adoptivo tiene como características el de que el adoptado puede ser mayor de edad, no es necesaria la diferencia de edad si se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, no es necesario el plazo de guarda preadoptiva, no es necesario que el adoptante se encuentre inscripto en el Registro único de aspirantes a la adopción.

1.5. El menor como sujeto de derechos

En primer lugar, y siguiendo a D'Antonio (1997), se puede decir que el derecho de menores refiere a “todo lo referido a la protección o tutela de los derechos subjetivos minoriales, los cuales evidencian la presencia de un interés individual del menor de edad” (p. 134).

En virtud de la reforma constitucional de 1994, en donde un sinnúmero de tratados internacionales adquieren jerarquía constitucional, comienza a jugar un papel fundamental en lo que a protección de menores se refiere, la Ley N° 23.849 referida a la Convención sobre los Derechos del Niño, que entiende que el interés superior del niño merece una consideración primordial y lo sitúa como un pilar fundamental del ordenamiento, como un

axioma sobre el que deben reposar todas las regulaciones sobre la materia. La noción de interés superior del niño se encuentra claramente definida por el Artículo 3 de la Ley N° 26.061 que dispone lo siguiente: “(...) 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.”

La consideración del niño como sujeto de derechos remite a la obligación que tiene el Estado de implementar políticas que permitan el goce de aquellos derechos de los cuales son titulares. Esta idea de niño/sujeto, implica el concepto de titularidad y se completa con la noción de igualdad jurídica, con lo que debemos definir al niño como un sujeto dotado de capacidad jurídica. Capacidad que sólo encuentra límites en aquellas acciones que en razón de su edad le están vedadas.

El interés superior del niño refiere además, al respeto al niño de su condición de sujeto de derecho, al pleno desarrollo en su medio familiar, social y cultural, al derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, y a su centro de vida, entendiéndose por tal a aquel lugar en donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

1.6. Registro Único de Aspirantes a la adopción

La Ley N° 24.779 instituía la necesidad de que a los fines de cumplir con los objetivos de la mencionada ley, las autoridades deberían organizar, tanto en el orden nacional como provincial, un Registro Único de Aspirantes a la Adopción. En dicho registro deberán inscribirse aquellas personas que, cumpliendo los requisitos exigidos por la ley, tengan como objetivo el adoptar a un niño.

Como antecedente interesante del registro de pretensos adoptantes en Latinoamérica se encuentra el Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil, Ley N° 8.069 del 13 de julio de 1990, en cuyo Artículo 50 dictamina que “La autoridad judicial mantendrá, en cada distrito judicial o tribunal regional, un registro de niños y adolescentes en condiciones de ser adoptados y otro de personas interesadas en la adopción.” Por su parte, el Código de Menores de Ecuador, del 16 de julio de 1992, confiere al Departamento Técnico de Adopciones la facultad de calificar la idoneidad moral, legal, social y psicológica de aquellas personas inscriptas que solicitan adoptar con el fin de asegurar el bienestar del niño en caso de ser adoptado.

En cuanto a la inscripción al registro, la admisión de aspirantes mantiene su vigencia durante el término de un año calendario, al final del cual los postulantes deberán ratificar de modo fehaciente su interés por mantenerse inscriptos en dicho registro. Así las cosas, al momento de selección de legajos de pretensos adoptantes, por parte del juez, son solicitados los legajos al registro local y si no llegara a existir el perfil de adoptantes que se requiere según el caso concreto recurrirá al registro nacional.

Las principales modificaciones de esta ley pueden enumerarse en: 1) edad mínima del adoptante de 30 años de edad o 3 años de matrimonio; 2) se prohíbe la entrega de menores a través de escritura pública; 3) se exterioriza el derecho del niño a conocer sus orígenes.

1.7. Conclusiones parciales

Como corolario de este primer capítulo, puede decirse que se intentó el desarrollo de características y notas distintivas relevantes del sistema adoptivo argentino con la finalidad de introducir al lector en la temática elegida y brindar un marco teórico que

permita en lo sucesivo analizar con mayor entendimiento el problema de la presente investigación.

También se vislumbran algunos cambios que sufrieron ciertas concepciones a lo largo del tiempo y que han ido modificando a su vez, la manera de entender ciertas relaciones y ciertos vínculos que luego se plasmaron en reformas al instituto adopción, tal y como se encuentra desarrollado y plasmado en el ordenamiento jurídico vigente.

Capítulo 2:

Reseña histórica y legislativa del instituto adopción en el derecho comparado y nacional

El presente capítulo intenta realizar un recorrido a través de la evolución del derecho adoptivo, no sólo a nivel nacional, sino también internacional, abarcando países de Europa y de Latinoamérica, a los fines de comprender como los distintos cambios en legislaciones foráneas, han servido de semillero para las modificaciones producidas a lo largo del tiempo en el ordenamiento jurídico argentino. Al final del capítulo, se realiza un recorrido por las diversas legislaciones que marcaron el derecho de familia con respecto a la adopción, hasta llegar a la última reforma sufrida por el Código Civil Argentino, que data del año 2015.

2.1. Antecedentes históricos

Como se adelanto en la introducción del presente trabajo, la adopción en la antigüedad tenía una finalidad puramente religiosa, procurando conseguir descendencia que continuara con el culto a los antepasados de cierta familia. En este sentido, De Coulanges (1995) afirma que “la Adopción de un hijo aseguraba la continuidad de la religión domestica ya que el adoptado se encargaba de las ceremonias y ofrendas sagradas, asimismo, se aseguraba la salvación del hogar” (p.59).

La adopción en la antigüedad, al decir de Fanzolato (1998), tenía como principal objetivo procurar un hijo a quien no tiene ni espera tener descendiente o suministrar mano de obra para tareas agrícolas a falta de esclavos.

2.1.1. La adopción en las antiguas civilizaciones

En virtud de lo anteriormente dicho, cabe destacar que es en Roma, donde el instituto adoptivo comienza a teñirse de otros matices, no sin tener algunas características particulares como ser la necesidad de consentimiento del adrogado, la posibilidad de

adoptar sólo a aquellos que estuviesen en condiciones de engendrar hijos, la adopción debía ser de carácter permanente, el adoptante debía ser mayor al adoptado.

En el Derecho Romano se reconocían dos tipos adoptivos. Por un lado la adrogación, cuando recaía sobre un *sui iuris*; y por otro lado la adopción propiamente dicha, cuando se realizaba sobre un *alieni iuris*. El *sui iuris* era aquel que gozaba de capacidad jurídica plena es decir, de libertad, ciudadanía y familia, teniendo una capacidad de derecho total. Por el contrario, el *alieni iuris* era aquel que se encontraba sometido a la autoridad de otro, quedando fuera de esta concepción los esclavos, que si bien se encontraban bajo la autoridad de otra persona, no eran considerados personas, sino una cosa.

Por su parte, en el año 530 d.C Justiniano distingue entre la *adoptio plena* y *minus plena*, ya sea que se dejara de pertenecer a la familia natural o biológica o se mantuvieran los vínculos con la misma.

Por otro lado, en el derecho griego el fundamento de la adopción se encontraba íntimamente ligado a la necesidad de transmisión hereditaria. Al decir de Bonet Ramon (como se citó en D'Antonio, 1997),

Entre los hebreos, la adopción tenía una finalidad netamente religiosa; esto es, perpetuar el nombre de la persona que fallecía sin dejar descendencia masculina. En estos casos la Ley del Levirato, regulada primeramente en el Libro IX de las Leyes de Manú, en la India, y acogida luego en el Deuteronomio, 25; 5, establecía que “cuando dos hermanos habitan uno junto a otro y uno de los dos muere sin dejar hijos, la mujer del muerto no se casará con un extraño; su cuñado irá con ella y la tomará por mujer, y el primogénito que ella tenga llevará el nombre del hermano muerto, para que su nombre no desaparezca de Israel.

2.1.2. La adopción en Francia y España

El primer atisbo de regulación del instituto adoptivo se encuentra plasmado en el *code* de Napoleón, en donde se asemejaba a la adopción con la filiación por naturaleza. A tal punto, que la adopción era concebida como un contrato en el cual el consentimiento del adoptado era obligatorio y cuya finalidad principal era unir a familias reconocidas que habían perdido su fortunas, con familias plebeyas, recientemente enriquecidas.

Una de las características principales del Code era que solo los mayores de edad podían ser adoptados. Debido a que el adoptado seguía perteneciendo a su familia de origen, la adopción se limitó a ser un medio de transmitir el apellido y la fortuna antes que un modo de filiación.

Esta finalidad revela que lejos estaba Napoleón de considerar a la adopción como un medio de protección a la infancia, sino sólo como un camino para brindarle hijos a aquellas personas que por distintas razones no podían concebir uno de manera natural.

Sin embargo, con el drama económico, cultural, social que generó la Primera Guerra Mundial, y el sinnúmero de menores que quedaban sin hogares, ni familia, absolutamente desprotegidos, es cuando se comienza a vislumbrar el cambio de paradigma, centrado en la necesidad de brindar contención afectiva y material a aquellos niños desvalidos víctimas de la guerra.

Al decir de Bossert y Zannoni (2005), en los países europeos con el espectáculo de la infancia desvalida; perdidos los hogares de millones de niños, se buscó el paliativo a través de la adopción que se convierte, entonces, en un medio de protección a la infancia desprovista de hogar” (p. 483).

En este sentido, Francia sanciona en 1923 su Ley de Adopción para favorecer y beneficiar a todos aquellos niños víctimas de las consecuencias de los conflictos bélicos.

Por su parte, el derecho español intentó seguir los lineamientos de aquellas cuestiones legisladas en el derecho romano. El Fuero Real permitía que aquellos hombres que no tuviese descendientes legítimos, tomará por hijo a otro varón o mujer, quienes adquirirían el derecho a heredarlo, vislumbrándose aquí nuevamente el objetivo hereditario de la adopción, en desmedro de lo que realmente resultaba importante que era el bienestar de aquellos niños abandonados y desamparados

También en el derecho español, se conoció un instituto denominado “crianza” que hacía referencia a llevar adelante la alimentación y educación de aquel a quien se llamaba criado. El mismo sentó las bases para lo que hoy en día se conoce con el nombre de acogimiento, que consiste en el ingreso de un menor de edad a una familia que no es la de origen, con el objetivo de recibir de ella alimentos, vestidos y educación, ya sea mediante una retribución o no, y conservando el Estado la tutela del niño.

Hasta que en 1978 se sanciona la Constitución de dicho país y se comienza a legislar de manera más acabada el instituto adoptivo hasta llegar a la actualidad, donde el sistema español reconoce solamente la adopción plena, de carácter irrevocable, salvo que los padres del adoptado no hubieran intervenido en el expediente y que, por tal motivo, se les otorga el derecho de solicitar la revocación de la misma.

2.2. La adopción en América Latina

Sin pretender agotar la presente temática, se presenta a continuación el marco legislativo de algunos países de América Latina para dar cuenta de la realidad del instituto de la adopción y su evolución. Como principio general y semejanza de los ordenamientos en materia adoptiva en América Latina se puede decir que existe una similitud de conceptos y contenidos que facilitan la indagación en las diferentes normativas.

- **Brasil:** Este país tiene en sus anales jurídicos una de las leyes que es considerada pionera en la temática referente a los derechos de los niños, cual es la Ley N° 8069, promulgada el 16 de julio de 1990. Dicha legislación establece como edad máxima para ser adoptado la de 18 años, prohibiendo así la adopción de mayores de edad, y establece que la edad del adoptante no debe ser menor a 21 años. el Estatuto del Brasil otorga al adoptado la condición de hijo, lo que implica que el mismo tiene semejantes derechos y deberes a los hijos biológicos, inclusive en lo que respecta a derechos sucesorios.

D'Antonio (1997) señala, citando a la ley brasileña, que “la adopción depende del consentimiento de los padres o representantes legales del adoptado. Igualmente, fija la edad de 12 años en el adoptando para establecer la necesidad de que el mismo exprese su conformidad con la adopción, tal como acontece en la Ley salvadoreña, más le otorga a dicha conformidad el carácter de consentimiento” (p. 35).

Uruguay: la primera ley de este país en legislar de manera expresa el instituto adopción fue la Ley N° 10.674, que data del año 1945. La misma admitía solo la adopción respecto de aquellos niños que se encontraran abandonados, huérfanos o pupilos en algún centro asistencial y cuyos padres fueran desconocidos.

Actualmente, la adopción debe ser hecha por medio de escritura pública y tiene que ser aceptada por el adoptado o por sus representantes legales (dependiendo si el adoptado es o no mayor de edad). Asimismo, los únicos efectos que produce la adopción son: 1) obligación del adoptador de respetar y honrar al adoptante, 2) obligación recíproca de prestarse alimentos, 3) derecho a heredarse sin testamento (Sambrizzi, 2017)

- **Chile:** la primer ley de adopción de Chile fue la Ley N° 5343, del año 1934. Actualmente, se rige por la Ley N° 19.620, del 5 de agosto de 1999, cuya real entrada en vigencia data del 27 de octubre de 2017.

En esta Ley la forma de constitución de la adopción es a través de sentencia judicial. En consonancia con el espíritu de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sobre la misma, en su Artículo 1º establece que “la Adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y a 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 pueda ser proporcionado por su familia de origen.”

De acuerdo a dicha ley existe un solo tipo adoptivo, de carácter pleno y que sólo es aceptable para menores de edad. Asimismo, se resguarda el derecho de menor de ser escuchado en el proceso que dispone su adopción, en función de su grado de madurez y su edad. La misma es irrevocable, al igual que en Argentina, pero puede ser anulada de haber sido obtenida por medios fraudulentos o ilícitos, acción que prescribe a los cuatro años desde la fecha en la que el adoptado, alcanzada la plena capacidad, entiéndase la mayoría de edad, tomó conocimiento del vicio.

- **Costa Rica:** Aunque poco legislada, la adopción aparece por primera vez de manera escrita en el Código General, en el año 1841. Este cuerpo normativo admitía solamente la adopción de mayores de 14 años, el adoptante podía adoptar una sola vez, ser mayor de 50 años y haber prestado socorro y prodigado cuidado no interrumpido durante 6 meses al adoptado. Actualmente, la Ley N° 7538 regula un solo tipo adoptivo, el cual es irrevocable, creando entre adoptante y adoptado el mismo vínculo que hay entre padres e hijos, desvinculándose el adoptado de su familia de origen, excepto en relación a los impedimentos matrimoniales.

2.3. La adopción en el Derecho Argentino. Antecedentes legislativos

La historia de la adopción en la Argentina puede situarse con la creación del Virreinato del Río de la Plata y con la apertura de su puerto con la finalidad de realizar expediciones militares. Esto creó una gran afluencia de gente, en su gran mayoría hombres, que se encontraban de paso en las ciudades, lo cual trajo como consecuencia el aumento de embarazos no deseados y el consiguiente abandono de los recién nacidos.

Tal era la situación de los niños abandonados que en 1779, y por orden del Virrey Vertiz se funda la denominada “Casa de niños expósitos”, pero en 1838, el bloqueo anglo-francés puso al gobierno de Buenos Aires en una grave crisis financiera, lo que llevó al gobernador Rosas a dejar sin presupuesto público a todas aquellas instituciones abocadas a la educación y a la salud, ordenando también que el establecimiento en cuestión no admitiera nuevos expósitos y distribuyera a los existentes entre aquellas personas que tuvieran la caridad de recibirlos.

En 1852, con la caída de Rosas, se restablece la Sociedad de Beneficencia la cual rehabilitó la Casa de Niños Expósitos que continuaría hasta la actualidad con la denominación de Casa Cuna y actual Hospital General de Niños Doctor Pedro de Elizalde.

En este sentido, y en virtud del creciente número de niños que se encontraban viviendo en establecimientos como el mencionado y que ya para esa época se encontraban por todo lo largo y ancho del país comenzó a pensarse en alguna forma de reglamentar dicha situación.

La primer solución estuvo dada por Las Partidas españolas, quedando sin efecto las mismas al ver la luz el Código de Vélez Sarsfield. La peculiaridad de este código era que no admitía a la adopción en su código por entender que no estaba en las costumbres ni lo exigía ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy

singulares. (Laspiur, 1920). Además, en esa época el instituto que se utilizaba era la crianza. Es decir se recibía a los menores en casas de familia para alimentarlos y criarlos, y a cambio, estos colaboraban con las tareas del hogar, pero nunca pasaban a ser parte de la familia, ni recibían el apellido de quienes los criaban, ni estos ejercían la patria potestad sobre el niño.

En el año 1948, y mediante la sanción de la Ley N° 13.252, se admítela adopción de carácter simple, limitando el parentesco al adoptado y el adoptante, sin existir ningún tipo de vínculo de parentesco entre aquél y la familia de este último. Las características principales de esta legislación fueron:

- a) Sólo podían ser adoptados los menores de dieciocho años.
- b) El adoptante debía ser dieciocho años mayor que el adoptado, excepto que el cónyuge sobreviviente adoptase al hijo adoptivo del otro cónyuge;
- c) La edad mínima del adoptante debía ser de cuarenta años, salvo los cónyuges con más de ocho años de casados;
- d) Se prohibía que adoptaran aquellas personas que tuvieran hijos legítimos, salvo que los mismos estuviesen ausentes con presunción de fallecimiento;
- e) Se admitía la revocación por mutuo consentimiento luego que el adoptante hubiere cumplido los dieciocho años.
- f) La duración de la guarda preadoptiva era de dos años. En cuanto a éste último inciso, y en comparación con la legislación vigente, parece ser un plazo excesivamente largo y desalentador.

Además, el Artículo 4 restringía la cantidad de menores que podían adoptarse fijándola en uno de cada sexo por persona o por matrimonio, excepto que: “(...) las adopciones se efectuaran todas en el mismo acto” y “(...) si el nuevo adoptado es

hermano de alguno de los menores ya adoptados o hijo ilegítimo del adoptante nacido posteriormente a la primera adopción.”

Posteriormente, los tipos adoptivos pleno y simple, vienen a formalizarse a través de la sanción de la Ley N° 19.134, del año 1971, donde también se reduce la edad del adoptante a 35 años y de 8 pasan a ser 5 los años requeridos para los matrimonios que pretendan adoptar. Otras de las diferencias con el régimen anterior residían en que la guarda previa se reducía de 2 a 1 año, permitiendo además la entrega de los menores por acto administrativo o instrumento público.

Pasaron más de 25 años, hasta que logró sancionarse una modificación a la Ley adoptiva y que constituyó la ley marco que estuvo vigente hasta el año 2015. En el mes de febrero de 1997 se sanciona la Ley N° 24.779, que si bien en su momento logró subsanar ciertos desaciertos de sus predecesoras, al poco tiempo comenzó a notarse la realidad de una ley obsoleta y poco acorde a las realidades sociales del momento y a los cambios de paradigmas como ser el matrimonio homosexual o el creciente número de personas convivientes que no optaban por el matrimonio como forma de unión.

Esta norma mantuvo el doble régimen adoptivo, simple y pleno, prohibió la guarda por escritura pública o acto administrativo, y reguló el derecho del adoptado a conocer su realidad biológica. También tuvo influencia en dicha ley, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada tiempo antes mediante Ley N° 23.849, lo que llevó a la necesidad de resguardar el derecho del niño de conocer su identidad (Sambrizzi, 2017).

Luego de casi 20 años de vigencia de esta ley, se sanciona la modificación al Código Civil y Comercial de la Nación en donde intentaron acortarse, al menos en la teoría, ciertos plazos referidos al proceso de adopción así como incluir ciertos preceptos de otras

leyes, como ser el matrimonio igualitario, cuestiones todas que se analizarán en el capítulo siguiente.

2.4. Conclusiones parciales

Como corolario del presente capítulo, pudo evidenciarse que a pesar de que la evolución en materia adoptiva fue puliendo ciertos conceptos y paradigmas intentando adaptarse de la mejor manera a lo cambiante que resulta la sociedad, algunas legislaciones, aún quedan obsoletas frente a ciertas cuestiones como ser la institucionalización de los menores y la falta de explicación ante la realidad de la cantidad de niños que se encuentran a la espera de un hogar y, por el otro lado, la cantidad de pretendientes adoptantes que están años esperando inscriptos en una lista y ven pasar el tiempo sin que llegue su oportunidad.

Capítulo 3: Análisis de las distintas problemáticas en torno al instituto adoptivo

A continuación, se plasmarán las principales reformas al régimen adoptivo, que sufrió el mismo con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial. Sin la intención de agotar todo el análisis que se merecerían las modificaciones al respecto, se intenta a continuación dar explicaciones, críticas y ventajas de un sistema que si bien ha evolucionado, todavía resulta lento y poco eficaz.

3.1. Personas que pueden ser adoptadas

Las personas que pueden ser adoptadas, se encuentran establecidas en el artículo 597 del Código Civil y Comercial. En este sentido, lo principal, es destacar que el articulado del Código ya no habla de adopción de menores, como sí lo hacía la derogada Ley N° 24.779; sino que se refiere a los menores de 18 años como “personas menores de edad”, demostrando así, el especial interés en considerar a este colectivo de personas como verdaderos sujetos de derecho y no como objetos del instituto adoptivo.

Al decir de Kemelmajer de Carlucci (2017), es importante destacar, en consonancia, con lo expresado *ut-supra*, la modificación sufrida en cuanto a la técnica legislativa utilizada, en donde puede verse que en el régimen derogado no se instituía a las personas que podían ser adoptadas, de manera independiente en un articulado del código, sino que se encontraban inmersos en un artículo en donde el eje principal giraba en torno a la necesidad de la existencia de una sentencia judicial a los fines de dar por otorgada una adopción.

Así las cosas, el artículo 597 del Código dispone que podrán ser adoptadas las personas menores de edad que no estén emancipadas y que se hallen declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres hayan sido privados de la responsabilidad parental. Podrán ser adoptados los mayores de edad, excepcionalmente, cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar, o cuando hubo posesión

de estado de hijo mientras el adoptado era menor de edad, lo cual debe ser fehacientemente comprobado.

Ahora bien, ante el interrogante de en qué momento se debe ser menor de edad, Sambrizzi (2017) entiende que dicho requisito de la edad debe existir a la fecha del otorgamiento de la guarda con fines adoptivos, si bien el juez debe mantener un criterio amplio al respecto, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Con respecto a las excepciones, puede decirse que el mencionado artículo, corrige la omisión en la que incurre el derogado artículo 311, inciso B, que no aclaraba que la posesión de estado de hijo debía producirse durante la menor edad del adoptado, o al menos, durante una parte prolongada de la misma.

3.1.1. Pluralidad de adoptados

Bajo este acápite, la actual legislación innova en el sentido de permitir que todas las adopciones practicadas por los mismos adoptantes puedan ser de distinto tipo, a diferencia del derogado artículo 313, donde explícitamente disponía que “si se adoptase a varios menores, todas las adopciones serán del mismo tipo”. Una restricción que a todas luces resultaba arbitraria y su único objetivo era limitar el número de adopciones en virtud de que alguien que ya había adoptado bajo el manto de la adopción simple, por ejemplo al hijo del cónyuge, luego no podían adoptar a un menor por adopción plena. En disidencia, Goyena Copello (como se citó en Sambrizzi, 2017), entendía que la norma derogada tenía como finalidad evitar distingos entre los hermanos y por tal motivo estaba de acuerdo con dicha prohibición.

Otra cuestión manifestada en el artículo 598 refiere a la obligación que tiene el juez de oír a los hijos del adoptante, si los hubiere, valorando su opinión conforme su edad y

grado de madurez. Puede observarse aquí, que lo que en el derogado artículo resultaba ser una opción del juez, quien “podía” escuchar a los hijos del adoptado, hoy se ha convertido en una obligación. En este orden de ideas, De la Torre (2014) señala que:

Sólo oyendo a los otros hijos del adoptante podrá el juez establecer un mapa global de la situación a evaluar, debiendo prestar atención no sólo a la relación entre adoptante y adoptado, sino también a la de este último con aquellas personas con las que vivirá y que serán hermanos (p. 154).

Por último, el artículo en cuestión trae una última modificación con respecto al derogado articulado, y hace referencia a que todos los hijos del adoptante son considerados hermanos entre sí. En el antiguo régimen se establecía que sólo los hijos adoptivos de un mismo adoptante eran considerados hermanos entre sí, sin crear ningún tipo de vínculo de parentesco entre adoptado y la familia biológica del adoptante.

La modificación realizada en este sentido, si bien se sigue manteniendo que en la adopción simple no se crean ningún tipo de vínculo de parentesco entre adoptado y familia del adoptante, se encuentra la salvedad que establece la excepción con aquello que se encuentre regulado en el código, en este sentido, sería con los hijos biológicos del adoptante, con quien si se crea un vínculo de hermandad.

3.2. Personas que pueden adoptar

Con relación a los legitimados para adoptar, el Código establece ciertos requisitos a lo largo del articulado, que va desde el artículo 599 al 606, en este sentido los requisitos para adoptar son:

1) pueden adoptar matrimonios, ambos miembros de una unión convivencial o una única persona.

2) el adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, a excepción del cónyuge o conviviente que adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente, donde no se requiere tal diferencia de edad.

3) El adoptante debe residir permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de guarda con fines adoptivos; no exigiéndose dicho plazo con respecto a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.

4) deben encontrarse inscriptos en el registro de adoptantes.

5) el adoptante debe haber cumplido 25 años de edad, excepto que el cónyuge o el conviviente que adopta conjuntamente cumpla con este requisito.

6) no podrá adoptar el ascendiente a su descendiente.

7) no podrá adoptare un hermano a su hermano o hermano unilateral.

8) las personas casadas o en unión convivencial sólo pueden hacerlo conjuntamente.

9) el tutor solo puede adoptar a su pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela.

En este sentido, se vislumbran ciertas modificaciones con respecto al régimen derogado y que comenzarán a ser analizadas críticamente a continuación.

- ***Edad mínima para adoptar:*** aquí nuevamente el legislador vuelve a disminuir la edad mínima para poder adoptar, pasando de 30 a 25 años. Así fue sucediendo a lo largo de los años con las diversas legislaciones en materia adoptiva en Argentina, en donde la Ley N° 13.252 lo establecía a los 40 años, la Ley N° 19.134 a los 35 años, y la Ley N° 24.779 a los 30 años. La excepción a este requisito etario se encuentra en la posibilidad de que sólo uno de los cónyuges o convivientes cumpla con tal requisito. Anteriormente se requería que para hacer valer esta excepción los esposos debían contar con un tiempo mínimo de casados

o q se encontrasen en la imposibilidad de procrear, requisito este que resulta vil al pensar que a todo el dolor que causa la imposibilidad de tener hijos, para una pareja que desea procrear, se suma la necesidad jurídica de demostrar dicha situación, con el vejamiento y constante manoseo que ello conlleva, como requisito para poder acceder a la adopción.

En cuanto a estas excepciones Sambrizzi (2017) entiende que debió mantenerse la edad mínima de 30 años en el o los adoptantes, contrariamente a lo que señala Medina (como se citó Sambrizzi, 2017) quien sostiene que no debería establecerse una edad mínima sino que debería ser el juez quien, en cada caso en particular, valorar la conveniencia o no de la adopción ya que “nada garantiza el éxito de la relación paterno-filial que se constituirá, el hecho de que la persona tenga más de veinticinco años” (p. 110).

- *Diferencia de edad entre adoptante y adoptado:* aquí también se realiza una baja en la diferencia de edad que debe existir, pasando de 18 a 16 años., pero manteniendo la sanción de nulidad absoluta a toda adopción obtenida en violación de esta diferencia de edad. Una de las principales críticas a la edad establecida en la legislación anterior fue la Dra. Lloveras (1997) al sostener que

Entendemos que se hubiera facilitado el acceso al sistema de guarda y adopción disminuyendo en dos años la diferencia de edad exigida entre adoptante y adoptado (dieciséis años), en tanto la realidad actual demuestra, por una parte, que la maternidad y la paternidad biológicas se presentan con bastante anterioridad, y, por otra, que una diferencia algo menor de edad no obstruye los fines de la adopción (p. 109).

- **Requisito para uniones convivenciales:** el artículo 510 del Código Civil, exige que para que una unión convivencial sea jurídicamente reconocida, quienes la integran no deben tener ningún tipo de impedimento de ligamen o estén unidos por vínculos de parentesco o de afinidad en línea recta, así como también se exige que la convivencia haya sido mantenida por un período no inferior a los 2 años.

- **Requisito de residencia en el país:** en este sentido, el actual artículo elimina el requisito de residencia mínima de 5 años en el país para aquellas personas que tengan nacionalidad argentina o que sea naturalizadas en el país. Lo que se intenta evitar con este requisito es que aquellas personas que residan en el exterior vengan al país a adoptar a un menor para llevárselo al suyo, intentado así eliminar los ilícitos derivados del tráfico de niños, además de intentar no sumar otro cambio drástico, en cuanto a cultura y sociedad, para aquellas personas que son adoptadas y que demasiado tienen que digerir en cuanto a cambios en su vida.

Es importante destacar que si bien no se exigen un período mínimo de residencia para las personas de nacionalidad argentina o naturalizados, si exige que residan en el país. Además, la ley nada dice con respecto a la situación de que dos personas quieran adoptar y que sólo una de ellas tenga la nacionalidad o residencia requeridas. En tal caso Sambrizzi (2017) entiende que “no se debe otorgar la adopción, por la posibilidad del traslado definitivo del menor fuera del país, que es lo que, entre otros aspectos, se requiere de alguna manera tratar de evitar (p. 146).

Claro está que son requisitos que obstaculizan las adopciones ya que así sea un matrimonio que cumple con todos los requisitos para poder adoptar y que además tienen nacionalidad y residencia en el país, nada impide que luego de otorgada la adopción se

trasladen por razones que no vienen al caso a vivir al exterior. Hay cuestiones que si bien el juez debe obrar prudentemente, por el devenir mismo de la vida, no se pueden prever ni controlar.

- *Restricción de adopción del ascendiente a su descendiente:* si bien esta disposición ya se encontraba plasmada en el derogado Código Civil, es importante destacar la razón por la cual se implementa esta prohibición. En este sentido, varios son los autores que brindan fundamentos a la decisión del legislador, así por ejemplo Sambrizzi (2017) entiende que “el abuelo es eso mismo, o sea, abuelo, y ningún sentido tiene que pudiera convertirse en padre de su nieto por medio de la adopción (p. 161); también Arias de Ronchietto (1997) dice que

la adopción debe seguir el orden natural de la relación de las generaciones familiares entre sí, con todo lo que ello implica. El abuelo es el abuelo y no es el padre del menos, sus tíos no son sus hermanos y, en especial, en este supuesto, el vacío dejado por los padres, miembros de la familia, no desea ser cubierta a partir de una sustitución del vínculo parental, sino que surge de la voluntad de protección del menor de edad quien, además, tampoco se encuentra en desamparo familiar, presupuesto indispensable para la constitución del vínculo parental por adopción (p. 168).

3.3. Declaración de la situación de adoptabilidad

Es importante resaltar que la adopción presupone un fracaso en aquellas gestiones desplegadas por el Estado en pos de lograr el mantenimiento del niño dentro de su familia de origen. Ante dicho fracaso, las medidas correspondientes tienden a separar al niño de su núcleo familiar, de forma definitiva e instrumentar formas alternativas de cuidado, teniendo

en cuenta que la adopción viene a jugar aquí el papel de alternativa de carácter subsidiario, dirigida a garantizar el derecho del niño a vivir en familia.

Al decir de Herrera (2015) la declaración judicial del estado de adoptabilidad Se trata de un proceso judicial cuyo objetivo consiste en definir si un niño se encuentra, efectivamente, en condiciones de ser dado en adopción, o que la satisfacción del derecho de vivir en familia se verá efectivizado si el niño se inserta en otro grupo familiar que el de origen. (...) es el proceso que a modo de puente, permite correr el eje de intervención centrado en la familia de origen o ampliada por imperativo del derecho a que el niño permanecerá con ellos, a la familia adoptiva (p. 85).

En dicho sentido, la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta en los siguientes supuestos:

a) si un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen en un plazo de 30 días, prorrogable por un plazo igual por razones fundadas: En opinión de Sambrizzi (2017) si bien es acertada la posibilidad de prorrogar el plazo de 30 días, considera que el mismo debió haberse dejado a la discreción de la autoridad administrativa. Sin embargo esta solución tiene como riesgo el de que el plazo se extienda indefinidamente dado la cantidad de casos a resolver por dicha autoridad.

b) si los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Siendo sólo válida dicha manifestación si se produce después de los 45 días de producido el nacimiento: en este sentido intenta respetarse el plazo denominado “puerperio”. Esto se debe a que en el tiempo del puerperio (considerado entre las 6 y 8 semanas posteriores al parto) tiene lugar la mayor parte de los cambios anatómicos y fisiológicos que retornan a la mujer a su condición pregestacional, iniciándose un

proceso de adaptación psico-emocional entre la madre y su hijo. Durante este período pueden ocurrir importantes cambios psíquicos, lo que hace que el estado puerperal no sea una situación de libre determinación por lo que la mujer puede tener desequilibrios o estar inducida a error.

c) si las medidas tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de 180 días.

Es importante destacar que el juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de 90 días.

Este trámite no existía en las legislaciones anteriores, por lo que si adición como etapa autónoma del ya largo y extenuante proceso de adopción, logra demorar aún más un proceso que de por sí es agobiantemente extenso, en absoluto detrimento del interés superior del niño, como así también de los adoptantes.

Así las cosas, en la actualidad, se vislumbran 3 procesos independientes y definidos por ley, a saber: 1) el primero para decretar la situación de adoptabilidad; 2) luego el referido al otorgamiento de la guarda y, 3) por último, aquel que decreta la adopción.

Sin embargo, Herrera (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, 2017) entiende que existen solo dos procesos, que serían la declaración de adoptabilidad y el juicio de adopción ya que entiende que “la guarda para adopción no es un proceso judicial sino una figura transitoria para que cumpla con la finalidad de evaluar el lazo afectivo o empatía entre el niño y los pretendientes adoptantes durante un plazo determinado” (p. 229).

3.4. La guarda con fines adoptivos

Según afirma Posse Saguier (como se cito en Sambrizzi, 2017), “la guarda constituye una típica medida cautelar consistente en la entrega de un menor a quien no es su representante legal, a fin de que se le brinde la necesaria asistencia material y espiritual” (p. 207).

En la práctica, la guarda sirve como prueba a los fines de comprobar que la integración que se produce entre los guardadores y el menor, resulta beneficiosa para ambos, pero principalmente para el menor.

Lo que resulta importante destacar aquí es que, si bien la guarda sirve como un período de prueba respecto de quienes desean adoptar, así como también de la adaptación del pretense adoptado, ello no significa que el juez pueda tomarse la facultad de ir probando de adoptante en adoptante hasta encontrar a aquel que cumpla con todos los requisitos, ya que ello generaría un desorden psíquico y emocional en el adoptado.

Por esta razón, es que el juez, antes de otorgar la guarda debe servirse de diversos estudios socio-económicos, psicológicos, entre otros, a los fines de adquirir la mayor certeza posible acerca de que los adoptantes que elija para otorgar la guarda sean aquellos que realmente estén dispuestos y preparados para acoger a un menor en adopción.

Es de importancia destacar que el Código Civil prohíbe la entrega directa de niños en guarda realizada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño, así como también aquella realizada mediante escritura pública o acto administrativo. La segunda parte ya se encontraba dispuesta en el Código derogado,

pero como no se disponía nada respecto de la entrega de hecho de la guarda, es que el actual régimen agrega la primera cuestión.

Sin embargo, Solari (2015) no está de acuerdo con la prohibición de la entrega directa por parte del progenitor, impidiendo así que los mismos puedan elegir la familia adoptante, sosteniendo que “me parece desatinado. Tal posibilidad debiera ser permitida como principio general. Todo ello, sin perjuicio de que oportunamente el control jurisdiccional evalúe la situación a los fines de poder alcanzar la respectiva adopción, cumpliendo con los requisitos y condiciones exigidas para ello” (p. 474).

En igual sentido Graciela Medina (como se citó en Sambrizzi, 2017) entiende que “la madre tiene el derecho de proteger a su hijo y es en esta regla de derecho natural que encuentra fundamento su derecho a entregarlo e guarda, y a quien quiera y por los motivos que ella quiera, mientras sean lícitos y no hagan peligrar al niño” (p. 215).

Entiende también que la prohibición del artículo 611 lejos está de respetar el interés superior del niño, toda vez que parte de la premisa de mala fe de los progenitores de querer vender al niño, y, como bien es sabido, la mala fe no se presume.

Como dice Marisa Herrera (2016), “la realidad supera las leyes y hay casos en los cuales a pesar de la prohibición, el vínculo afectivo del niño con los guardadores de hecho es tan profundo que es difícil hacer lugar a la separación que indica el artículo 611 (p. 592).

A pesar de lo anteriormente planteado y de las opiniones vertidas por los doctrinarios, lo que los jueces intentan evitar son las entregas en guarda que resultan a todas luces irregulares como aquella situación en la que un niño es entregado por sus

progenitores a terceros con los que no se conocían, por lo que es dable presumir que dicha entrega se realizó en contraprestación de alguna suma de dinero o de prestaciones en especie como puede ser acceso a un trabajo, alimentos o vivienda.

3.4.1. El proceso de guarda

El artículo 609, inciso c) del Código Civil y Comercial dispone que la sentencia por la que se dispone la situación de adoptabilidad del niño, debe dispones que se remita al juez interviniente, en un plazo no mayor a diez días, el o los legajos que fueran seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo, a los fines de que se dé inicio de manera inmediata al proceso de guarda con fines adoptivos.

Es de suma importancia destacar que tanto en esta instancia, como en el juicio de adopción, los padres del pretense adoptado no intervienen, aunque sí deben intervenir en la declaración de la situación de adoptabilidad.

Luego de que los pretensos adoptantes resulten seleccionados, corresponde al juez dictar la resolución que disponga la guarda no debiendo esta exceder de los seis meses, plazo que fuera reducido en relación a lo previsto por la normativa derogada donde se establecía en el artículo 316 que el adoptante debía tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor a un año.

Ahora bien, no está de más decir que el artículo refiere a que la guarda no puede extenderse por más de seis meses, ahora bien, si en la práctica la misma se prolonga por mayor tiempo y ni el juez ni el adoptante instan la adopción, nada ocurre.

Sin embargo, el artículo 616 del Código intenta evitar que dicho plazo de guarda se prolongue indefinidamente disponiendo que una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, ya sea de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, deberá dar inicio al proceso de adopción.

3.5. Adopción internacional

En principio, cabe conceptualizar a la adopción internacional, y siguiendo a Sambrizzi (2017) como aquella que “se concreta a favor de adoptantes que tienen su domicilio en un Estado determinado, de niños por lo general de distinta nacionalidad, que tiene su domicilio en un Estado distintos al primero” (p. 373).

La razón principal del surgimiento de la adopción internacional se relaciona con la falta de niños desamparados en aquellos países desarrollados, a diferencia del gran número de niños abandonados en aquellos países denominados “del tercer mundo”.

Es importante tener en cuenta que en estos tipos de adopciones, los lazos culturales, sociales que puede haber creado un niño durante el corto o largo período de vida, son arrancados de raíz al ser trasladados a otro sitio, con otra idiosincrasia y cultura. En este sentido, el artículo 4° del Convenio de la Haya de 1993 dispone que las adopciones internacionales solo pueden tener lugar cuando las autoridades encargadas del tema en el Estado de origen hayan constatado, luego de haber intentado por todos los medios la colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés superior del niño.

De igual manera, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 21, inc. b) obliga a los Estados a admitir la adopción internacional solo en aquellos casos en que la misma no pueda ser otorgada a una familia residente en el país de origen del menor.

La República Argentina mira con desconfianza la adopción internacional y así lo ha demostrado cuando con la sanción de la Ley N° 25.779 y con el actual régimen proponen un requisito de residencia mínima en el país para poder constituirse como pretensos adoptantes.

Con la misma finalidad, al dictarse la Ley N° 23.849 donde se aprobaba la Convención sobre los Derechos del Niño, Argentina realizó ciertas reservas en cuanto adopción internacional, manifestando que el articulado referente a ese tema no regirá en el país por entender que antes de poder aplicar dicho tipo adoptivo, se debería contar con un mecanismo eficiente y riguroso de protección legal del niño con la finalidad de evitar por todos los medios posibles su tráfico y venta.

Ahora bien, es importante realizar la presente diferencia, ya que si bien en Argentina se prohíbe la adopción de niños por parte de personas extranjeras, sí admite, en cambio, que personas argentinas o extranjeras domiciliadas en Argentina, adopten a niños que se domicilian fuera del país.

3.5.1. La adopción internacional en el Derecho Comparado

Ahora bien, el panorama internacional con respecto a este tipo de adopciones a tomado diversas formas, las cuales, siguiendo lo expuesto por Sambrizzi (2017), se expondrán a continuación, sin pretender ser exhaustivos al respecto.

China: se exige que quienes vayan a adoptar en el extranjero deben ser matrimonio que tengan al menos dos años de casados y deben estar compuestos por un hombre y una mujer. Además, los adoptantes deben tener entre treinta y cincuenta años, con al menos estudios secundarios completos, no tener antecedentes penales o de consumo de drogas y

no tener más de cinco hijos, y el mayor ser no mayor de dieciocho años. Por último, deben tener un sueldo mínimo y un patrimonio no menor a los ochenta mil dólares.

Etiopía: sólo pueden adoptar matrimonios heterosexuales y mujeres solteras que tengan más de veinticinco años. Además, se requiere una diferencia de edad entre adoptante y adoptado de al menos cuarenta años. Pueden ser adoptados desde los tres meses de edad y hasta los 18 años, pero si tienen más de quince años, se requiere su consentimiento.

Chile: la Ley N° 19.620 admite la adopción internacional, considerándose tal aquella otorgada a personas que no residan en dicho país, sean o no de nacionalidad chilena. Los adoptantes deben estar unidos en matrimonio. Además, la adopción internacional únicamente procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor y que cumplan los requisitos legales.

Uruguay, Brasil y Paraguay: todos ellos admiten la adopción internacional, aunque se da preeminencia a las personas con residencia permanente en el país o familias nacionales. En estos casos, la adopción tiene los mismos efectos que la legitimación adoptiva, pudiendo acceder a ella, en el caso de Uruguay, cónyuges cuya unión matrimonial no sea inferior a cuatro años.

3.6. Conclusiones parciales

Para concluir el presente capítulo se puede decir que a lo largo del mismo se pretendió realizar un análisis sobre algunas de las modificaciones sufridas en materia adoptiva con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, haciendo especial hincapié en aquellas cuestiones relacionadas al proceso en sí y a la situación de

adoptabilidad que no se encontraba regulada autónomamente en la derogada Ley N° 24.779.

En este sentido, se logra vislumbrar que hubo ciertas cuestiones de plazos y requisitos que fueron eliminadas de la actual normativa, pero que sin embargo resulta en la práctica sumamente difícil poder acortar esos plazos que tanta falta hace a los fines de resguardar el interés superior del niño, y evitar su institucionalización y su crecimiento y desarrollo sin ningún tipo de contención psicológica y emocional, como lo sería el crecer dentro del ámbito de una verdadera familia.

CONCLUSIÓN

Como corolario del presente trabajo de investigación, en donde se partió desde una pregunta que versaba en analizar el proceso adoptivo a los fines de comprender el porqué de la institucionalización de los menores, se puede concluir que, la concepción de la adopción ha ido mutando a lo largo del tiempo, en virtud de la finalidad social que ha tenido en las diversas civilizaciones.

Si bien siempre estuvo signada por la necesidad de cubrir una falta, fue pasando de ser un instituto cuyo principal finalidad era religiosa o de brindar herederos a quien no los tenía, asegurando así la continuidad del culto familiar, para pasar a ser considerada como una institución cuya finalidad era la de brindar una solución a aquellas personas que no tenían o no podían tener hijos de manera natural, y por último, a entenderse como un instituto marcado por la finalidad primordial de proteger el derecho de todo niño a vivir y desarrollarse en una familia que le pueda brindar los elementos necesarios, no sólo económicos, sino también afectivos, a los fines de poder crecer y tener una vida plena.

Para poder comprender toda esta evolución en torno al instituto adopción, además de un recorrido histórico por las distintas civilizaciones como las romanas o griegas, así como el tratamiento del instituto en países europeos o latinoamericanos, también se expuso la evolución legislativa que sufrió la adopción en la República Argentina, desde su fundación como Virreinato del Río de la Plata, pasando por la Ley N° 13.252, que es la primera en plasmar por escrito y regular la adopción, y siguiendo con leyes como la Ley N° 19.134 y N° 24.779, hasta llegar a la actual legislación, sancionada en agosto de 2015 y que trajo aparejados múltiples cambios en materia de requisitos, plazos, y procesos.

Asimismo, al principio del presente trabajo se intentó poner de resalto ciertos conceptos o cuestiones básicas referidas a la adopción, con la finalidad de brindar al lector

un panorama general de las características principales del actual régimen y con el objetivo de que sirva de pilar para poder luego analizar de manera crítica el capítulo final referido ya a cuestiones de forma cómo ser los procedimientos de declaración judicial de adoptabilidad y el proceso de guarda con fines adoptivos.

En este sentido, se explicaron los principios que rigen las adopciones y que sirven como base para los jueces encargados de decidir sobre las adopciones. Dentro de tales principios se encuentra uno que es de suma importancia, como ser el derecho de los pretensos adoptados a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, conforme su edad y grado de madurez, cuestión que pone de resalto la importancia del menor en el proceso y cómo la Argentina ha ido asimilando los tratados internacionales, que a partir de la reforma constitucional de 1994 adquirieron rango constitucional, como ser la Declaración Universal de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los mismos, fijan ciertos parámetros a los que atenerse como ser la concepción del menor como verdadero sujeto de derechos capaz de decidir y opinar acerca del procedimiento adoptivo que lo tiene como principal protagonista.

De igual manera, se expusieron aquellas modificaciones en cuanto a requisitos por ejemplo el de guarda que pasó de un año a seis meses, disminución del requisito de edad para ser adoptante, de 30 a 25 años, la reducción en la diferencia de edad que debe existir entre adoptante y adoptado, de 18 a 16 años.

Por su parte se intentó brindar un análisis crítico de las modificaciones sufridas por la reforma del Código, no sólo en cuanto a requisito, como se mencionara *ut-supra*, sino también en cuanto a procedimiento. Ejemplo de ello es la adición de la posibilidad de adoptar a personas unidas por uniones convivenciales, siempre que la misma tenga una antigüedad mayor a dos años, a los fines de brindar cierta seguridad.

También se analizó el requisito impuesto por la reforma referido a la necesidad de un proceso donde el menor sea declarado en estado de adoptabilidad, contando con cierto requisitos para que ello ocurra, así como también las partes que son sujetos en dicho proceso, como ser los padres biológicos o familiares del menor. Dicho proceso constituye un primer paso procesal a los fines de que luego el menor pueda ser entregado en guarda, proceso que también es estudiado en el presente trabajo de investigación, haciendo alusión a la denominada guarda de hecho y a las distintas opiniones doctrinarias que existen al respecto.

En conclusión, puede advertirse que todas las modificaciones que se presentan y se analizan a lo largo del presente trabajo de investigación, resultan ser, en su gran mayoría, un avance en cuanto a lograr que el proceso adoptivo sea cada vez más corto, eficiente y ágil, intentando evitar y disminuir la cantidad de niños que se encuentran institucionalizados. Pero que, sin embargo, en la práctica, aún es tarea de jueces y magistrados el hacer cumplir los plazos que propone la ley y el intentar prestar especial atención a los procesos adoptivos con la finalidad de cooperar para que la tarea de adoptar no sea una odisea, sino que se transforme en un camino ágil y simple con la única y sumamente importante finalidad de conseguir un entorno adecuado para el crecimiento de niños en situación de adoptabilidad o abandonados.

Es visible, que aún queda mucho camino por recorrer en este sentido, pero con la plena convicción de que desde que se instituyó el régimen adoptivo en Argentina, la legislación no ha parado de evolucionar y de cambiar para mejorar y avanzar hacia una adopción segura, ágil, y transparente.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- AIELLO DE ALMEIDA, M. A., (2012), “*Filiación por técnicas de reproducción humana asistida*”, Buenos Aires, Argentina: Microjuris;

- ARIAS DE RONCHIETTO, C. E., (1997) “*La adopción*”, Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo Perrot;

- AZPIRI, J. O. (2015) “*Incidencias del Código Civil y Comercial*”. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi;

- BOSSERT, G. A.; ZANNONI, E. A. (2005), “*Manual de Derecho de Familia*”, Buenos Aires: Editorial Astrea;

- D’ANTONIO, D., H., (1997), “*Régimen Legal de la adopción. Ley 24.779*”. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni;

- DE COULANGES, F. (1995), “*La Ciudad Antigua*”, Santafé de Bogotá, Bogotá: Ediciones Panamericanas;

- DE LA TORRE, N. (2014), “*Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*”, Santa Fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni;

- FANZOLATO, E. I. (1998) “*La filiación adoptiva*”, Córdoba, Argentina: Editorial Advocatus;

- GROSMAN, C. (2007), “*El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de familia*”, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc;

- HERRERA, M. (2015), “*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*”, dir. Por Lorenzetti, R., Santa fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni;

- HERRERA, M. (2016), “*Manual de Derecho de las Familias*”, Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot;

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; Y LLOVERAS, N., (2017) “*Tratado de Derecho de Familia Tomo III*”. Santa Fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni;

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; Y LLOVERAS, N., (2017) “*Tratado de Derecho de Familia Tomo V-B*”. Santa Fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni;

- LLOVERAS, N. (1997), “*Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779*”. Buenos Aires, Argentina: Editorial De Palma;

- MAZZINGHI, J. A., (2006), “*Tratado de derecho de familia*”. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley;

- MEDINA G. Y DOMINGUEZ ERES, G. (2016) “*Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, A.A.V.V., dirigido por Bueres, A. J., Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi;

- SOLARI, N. E., (2015), “*Derecho de las familias*”, Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley;

- STILERMAN, M., N., Y SEPLIARSKY, S., E., (1999), “*Adopción. Integración Familiar*”, Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad;

- ZANNONI, E., A., (2006), *“Derecho Civil. Derecho de Familia”*, 5º edición, Tomo 2. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Legislación

- Ley N° 19.134: Adopción de menores. Régimen. Promulgada el 21 de Julio de 1971;
- Ley N° 23.849: Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York el 20/11/89. Promulgada el 16 de Octubre de 1990;
- Ley N° 24.779: Adopción. Promulgada el 26 de Marzo de 1997;
- Ley N° 26.061: Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Promulgada el 21 de Octubre de 2005;
- Ley N° 8.069: Estatuto del Niño. Brasil. Julio de 1990;
- Ley N° 19.620. Adopción. Chile. 05 de Agosto de 1999.

Jurisprudencia

-CIDH, “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf;

-CIDH “Fornerón e hija vs. Argentina”, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf;

-CSJN, 26/03/2008, “A. M. S.”, Abeledo Perrot Online, N° 1/70046094-2;

-Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires. 10/07/2013, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, N° 11, diciembre de 2013.

-C.N.Civ., Sala L, La Ley, 1997-D-853. 39.708-S.