



*Los Plazos en la Adopción en términos de celeridad  
La mirada colocada en el Interés Superior del Niño*

UNIVERSIDAD SIGLO 21

ELEONORA GUEVARA

ABOGACIA  
2019

DEDICATORIA

*A quien sino a Dios Padre, que me manifiesta su amor a través de mi familia Atilio , Cristian y de los que me acompañan desde la eternidad, mi pequeño Jesús María, mi mami, mi Yaya y a todos los que han sido instrumentos de su amor para mí.*

*ELEONORA GUEVARA*

## Resumen

La adopción en la actualidad constituye un derecho subjetivo, el derecho del menor a crecer y desarrollarse en un medio familiar. La ausencia de familia o su grave deterioro, convierte al instituto de la adopción en el instrumento jurídico, que permite realizar el más sagrado de todos los derechos del niño; el derecho a la vida y a realizarse plenamente por medio de la vida familiar. La creciente cantidad de niños huérfanos, abandonados o en situación de vulnerabilidad, reclama de todos los países del mundo acciones directas constituyendo un deber del Estado contemporáneo garantizar el derecho a la adopción.

El instituto de la adopción ha sido siempre un tema controvertido, generando diversas posturas y debates doctrinarios respecto a su operatividad.

Nuestra legislación no había hecho grandes cambios en cuanto al proceso de adopción, hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, el cual ha tratado de reducir los plazos procesales de la adopción.

En tal sentido, en el presente trabajo de investigación analizaremos como impactan las reformas introducidas por el nuevo Código en materia de adopción. Ello, a los fines de dilucidar si el nuevo régimen normativo se adecua a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niños y demás tratados con Jerarquía constitucional, dando preeminencia al interés superior del menor, como principio rector en la materia.

**Palabras claves:** adopción- Código Civil y Comercial – Código Civil – Interés superior del Niño

## Abstract

The adoption at present constitutes a subjective right, the right of the minor to grow and develop in a family environment. The absence of a family or its serious deterioration makes the adoption institute the legal instrument that allows the most sacred of all the rights of the child to be realized; the right to life and to be fully realized through family life. The growing number of orphaned children, abandoned or in a situation of vulnerability, demands direct action from all the countries of the world, constituting a duty of the contemporary State to guarantee the right to adoption.

The adoption institute has always been a controversial issue, generating different doctrinal positions and debates regarding its operation.

Our legislation had not made major changes in the adoption process, until the enactment of the new Civil and Commercial Code, which has tried to reduce the procedural deadlines for adoption.

In this sense, in the present research work will analyze how the reforms introduced by the new Code in terms of adoption impact. This, in order to clarify whether the new regulatory regime is in line with the provisions of the Convention on the Rights of Children and other treaties with constitutional hierarchy, giving prominence to the best interests of the child as a guiding principle in the matter.

**Keywords:** adoption - Civil and Commercial Code - Civil Code - Higher Interest of the Child

## Índice

|  |    |
|--|----|
| <b>Introducción</b> .....  | 1  |
| <b>CAPÍTULO I: La adopción antes del Código Civil y Comercial de la Nación</b> .....   | 4  |
| <b>Introducción</b> .....  | 4  |
| <b>1.1. La Adopción. Concepto</b> .....  | 4  |
| <b>1.2. Antecedentes históricos-legislativos de la adopción</b> .....  | 6  |
| <b>1.2.1. La adopción en el Derecho Romano</b> .....   | 7  |
| <b>1.2.2. La adopción en el antiguo Derecho Español</b> .....  | 9  |
| <b>1.2.3. La adopción en el antiguo Derecho Francés</b> .....  | 9  |
| <b>1.2.4. La Adopción en el antiguo Derecho Germánico</b> .....  | 10 |
| <b>1.3. La adopción en el Derecho Argentino. Sus antecedentes</b> .....  | 10 |
| <b>1.3.1. Ley 13252</b> .....  | 12 |
| <b>1.3.2. La Ley 19134</b> .....   | 15 |
| <b>1.3.3. La Ley 19216</b> .....   | 18 |
| <b>1.3.4. La Ley 24779</b> .....   | 18 |
| <b>Conclusión Parcial</b> .....  | 20 |
| <b>CAPÍTULO II: La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación</b> .....  | 22 |
| <b>Introducción</b> .....  | 22 |
| <b>2.1. Concepto y estructura de adopción según el Código Civil y Comercial de la Nación</b> .....   | 22 |
| <b>2.1.1. Aspectos relevantes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de derecho de familia. La llamada Constitucionalización del Derecho Privado</b> ..... | 25 |
| <b>2.1.2. Modificaciones introducidas por el Código Unificado en el instituto de la adopción</b> .....   | 26 |
| <b>2.1.3. La Naturaleza jurídica de la adopción</b> .....  | 29 |
| <b>2.1.4. Adoptantes en el Código Civil y Comercial: Quiénes y cómo pueden adoptar</b> .....   | 32 |
| <b>2.2. Supresión de la guarda de hecho</b> .....  | 34 |
| <b>2.3. Diferentes tipos de adopción</b> .....   | 35 |
| <b>2.3.1. Adopción por integración</b> .....   | 36 |
| <b>2.3.2. Adopción Internacional</b> .....   | 38 |
| <b>Conclusión parcial</b> .....  | 39 |
| <b>CAPÍTULO III: Aspectos generales sobre el proceso de adopción</b> .....   | 42 |
| <b>Introducción</b> .....  | 42 |
| <b>3.1. La adopción en la ley argentina en términos de celeridad y la vulneración del interés Superior del Niño</b> .....  | 42 |
| <b>Conclusión parcial</b> .....  | 47 |
| <b>CAPÍTULO IV: El interés superior del niño y el procedimiento de adopción</b> .....  | 49 |
| <b>Introducción</b> .....  | 49 |

|   |    |
|---|----|
| <u>4.1. El interés superior del niño.....</u>   | 49 |
| <u>4.2. El Sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y el Instituto de la adopción.....</u> | 51 |
| <u>4.3. El Interés Superior del Niño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....</u>             | 54 |
| <u>4.4. Estándares de la Convención de los Derechos del Niño en materia de adopción.....</u>                                | 56 |
| <b><u>Conclusión parcial.....</u></b>   | 57 |
| <b><u>Conclusiones finales.....</u></b>   | 58 |
| <u>ANEXO I.....</u>   | 64 |
| <u>Bibliografía.....</u>  | 66 |

## INTRODUCCIÓN

Para la sociedad destinatario final del ordenamiento jurídico, la adopción es sin duda una de las instituciones más sensibles, sobre la cual se han tenido diferentes miradas o enfoques. Hoy la adopción es motivo de reflexión en diferentes ámbitos y preocupa de manera preponderante a la población en general por razones de la más diversa índole, exigiendo de la ley respuestas acordes con el tiempo histórico que se vive. Por lo que se han planteado diversos debates doctrinarios, sobre la operatividad de este instituto.

Un problema real en nuestro país en cuanto al instituto de la adopción, son los numerosos pasos y tramites que debe afrontar la familia que desea brindar amor a través de la adopción, lo cual implica demoras y lapsos de tiempo a veces innecesarios, que llevan al lamentable desistimiento de adoptar y lo que es peor a lesionar el derecho del niño a ser adoptado. Futuros padres que quizás han esperado más de 10 años con el objetivo de adoptar un niño y los trámites judiciales se han interpuesto quitándoles la esperanza de satisfacer la capacidad amorosa que tiene por esencia el ser humano. En este sentido (Borda, 2002, pág.287) nos dice que “la adopción es un vínculo creado por el amor y la convivencia a veces más fuerte que el que nace de la sangre”. Todo lo cual ha generado críticas acerca de la regulación o la operatividad que el Derecho Argentino tenía sobre la adopción.

Sin embargo, parece indiscutible que las reformas realizadas en materia de adopción por el Nuevo Código Civil y Comercial, parecerían traer nuevos aires a favor del niño, a su derecho de ser adoptado, y a favor de aquellos padres con deseo de adoptar.

Atento a lo expuesto, el presente trabajo buscara analizar el funcionamiento del instituto y las reformas introducidas por el Nuevo Código Civil y Comercial en la materia, las cuales dan la impresión de haber venido a solucionar muchos de estos problemas.

De este modo la pregunta de investigación apuntará a responder si el instituto de la adopción en la ley argentina en términos de celeridad y operatividad en su reglamentación se ajusta al interés superior del niño y a los estándares de la Convención de los Derechos del Niño.

La finalidad del presente trabajo será realizar un análisis de la adopción para comprender que se entiende por adopción, cuál es su razón de ser y su naturaleza jurídica.

El objetivo de la presente investigación consiste en brindar una información detallada del instituto de la Adopción, su funcionamiento y aplicación antes de la reforma del Nuevo

Código Civil y Comercial y con posterioridad a éste. Los aspectos relevantes del nuevo Código unificado en particular en la concreción, del llamado constitucionalismo del derecho privado, en virtud del cual se brinda tutela a la persona humana a través de los derechos contenidos en las Declaraciones y Tratados internacionales con jerarquía constitucional, conforme al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

El objetivo general del presente trabajo será analizar la regulación y aplicación del instituto de Adopción en nuestro país, antes y después de la reforma del nuevo Código Civil y Comercial.

Mientras que los objetivos específicos consistirán en investigar los antecedentes históricos-legislativos del instituto, como así también los antecedentes legislativos nacionales con anterioridad al Código Civil y Comercial de la Nación.

Analizar la estructura legislativa y el concepto de adopción en el nuevo cuerpo normativo, sus aspectos relevantes en materia de derecho de familia y la llamada constitucionalización del derecho privado, como también las reformas introducidas en el instituto de la adopción por el Nuevo Código.

Precisar la naturaleza jurídica de la adopción y su fundamento, en vinculación con el derecho que todo niño tiene a ser adoptado y a tener una familia.

Analizar los adoptantes en el C.C.C N. ¿quiénes y cómo pueden adoptar? y los diferentes tipos de adopción.

Interpretar los aspectos generales sobre el proceso de adopción.

Estudiar y precisar el concepto del interés superior del niño, el Sistema de Protección integral de niñas, niños y adolescentes en relación con la figura de la adopción, como así también el interés superior del niño en la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La hipótesis por confirmar, o descartar, es si algunos aspectos del nuevo proceso de adopción hicieron que este se vuelva algo más lento, haciendo de este modo que no se ajuste del todo al principio rector del interés superior del niño y a los estándares o principios que surgen de la Convención de los Derechos del Niño.

Respecto del tipo de investigación, en este trabajo se utilizará el descriptivo y exploratorio. Como estrategia metodológica se asumirá una cualitativa. Por lo tanto, se obtendrán datos e información sobre el tópico de estudio sobre diferentes perspectivas y puntos de vista con el



objetivo de entender la situación actual de la legislación y resguardo de garantías de los niños adoptados.

A su vez, la técnica será la observación de datos y de documentos para poder contrastar las diversas posiciones y los cambios que hubo en términos de la doctrina y legislación a estudiar.

En cuanto a las técnicas de análisis de datos, se utilizarán preferentemente las estrategias de análisis documental y de contenido, en cuanto a que las mismas nos permitirán interpretar la situación de la legislación a analizarse.

El Capítulo I: La adopción antes del Código Civil y Comercial de la Nación

Analizará el concepto de adopción, sus antecedentes histórico-legislativos y antecedentes nacionales, en particular las leyes sancionadas con anterioridad al Código Civil y Comercial de la Nación.

El Capítulo II: La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Tratará el instituto de la adopción en el nuevo Código unificado, su estructura legislativa y concepto en el nuevo plexo normativo, los aspectos relevantes del nuevo Código, la llamada constitucionalización del derecho privado, las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial, la naturaleza jurídica de la adopción. ¿Quiénes y cómo pueden adoptar?, supresión de la guarda de hecho y los diferentes tipos de adopción.

El Capítulo III: Aspectos generales sobre el proceso de adopción.

Abordará los aspectos generales del proceso de adopción. La adopción en la ley argentina en términos de celeridad, las posturas doctrinarias al respecto, plazos y demoras que importa el proceso y la vulneración del interés superior del niño.

El Capítulo IV: El Interés superior del niño y el procedimiento de adopción.

Comprenderá el interés superior del niño, su definición. El sistema de protección integral de niñas, niños y adolescentes y el Instituto de la adopción.

El interés superior del niño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Y seguidamente los estándares de la Convención de los derechos del niño en materia de adopción.

Finalmente, se expondrán las conclusiones finales

# CAPÍTULO I: LA ADOPCIÓN ANTES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

## INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene como objetivo precisar el concepto de adopción, realizar una revisión de sus antecedentes histórico-legislativos, como así también de sus antecedentes nacionales, es decir las leyes sancionadas con anterioridad al Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCyC”).

### 1.1. La Adopción. Concepto

Como punto de partida para el desarrollo del presente trabajo, consideramos necesario precisar el concepto de adopción para un correcto estudio y abordaje del instituto, para lo cual se citará tanto a la doctrina nacional como internacional al respecto.

La palabra adopción proviene del latín *adoptio, onem*, adoptar *adoptare, ad* y *optare*, desear, que significa acción de adoptar o prohijar. En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la primera definición de adoptar indica “es recibir como hijo con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente” (R.A.E., 2018).

Con respecto a la doctrina nacional Argentina, Borda enseña que “la adopción es una institución de Derecho Privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la decisión del juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima” (Borda, 2002, pág. 286).

Para otro catedrático de vasta trayectoria, la adopción es “la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación” (Belluscio, 1996, pág. 253).

López del Carril explica que “la adopción es una institución social y jurídica, que forma parte del Derecho de Familia y que puede funcionar independientemente o en concurrencia en el vínculo biológico” (López del Carril, 1984, pág. 551).

Florencia Burdeos (2008) establece que la adopción es “una institución de protección familiar y social. Es un instrumento necesario para la protección de los menores, institución esta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social”.

Siguiendo con las definiciones brindadas por la prestigiosa doctrina nacional especialista en el tema que nos ocupa, Catalina Arias de Ronchietto, nos dice:

La adopción consiste y se realiza entretejiendo una trama recíproca de afectos y de vida convivida, cuya intensidad genera un vínculo personal, al que podríamos llamar biológico, interpretado este término *bios*, en su dimensión de vida humana, abarcando aspectos espirituales, psicológicos y afectivos profundísimos: y propios por configurantes de la relación paterno-filial y familiar (Arias de Ronchietto, 1997, pág. 13).

Para Del Frade (2001) “La adopción es una de esas instituciones que, por constituir el medio por excelencia de solucionar, de manera integral, el problema del desamparo de los menores, gravita en vastos sectores de la sociedad” (pág. 1).

Por su parte dentro de la doctrina extranjera, para Edgar Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez R. (2011) “En términos generales puede plantearse la adopción como una ficción legal cuyo propósito es suplir los vínculos biológicos de la filiación, creando un parentesco cuya fuente es la norma jurídica” (pág. 248)

Otro doctrinario extranjero, se refiere a la adopción indicando que, “se puede definir diciendo que es aquella institución por virtud de la cual se establecen entre dos personas extrañas relaciones civiles de paternidad y filiación semejantes a las que tienen lugar en la filiación legítima” (Puig Peña, 1947, pág.170).

Para María de Montserrat Pérez Contreras (2010) la adopción

es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial. La adopción es el vínculo filial creado por el derecho (pág. 131).

Por su parte, otro reconocido catedrático de nacionalidad colombiana, nos precisa que la adopción es “principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza” (Gómez Piedrahita, 1992, pág. 288).

El Servicio Social Internacional (2015) define a la adopción como una medida social y legal de protección del niño, que solamente se debe contemplar y autorizar con esta única finalidad, siendo el Estado el responsable de velar por ello.

A la luz de los distintos conceptos vertidos por la doctrina anteriormente citada, podemos decir que la adopción es la institución jurídica de protecciones de niños, niñas y adolescentes

que crea una relación análoga a la filiación creando derechos y obligaciones.

## **1.2. Antecedentes históricos-legislativos de la adopción**

A lo largo del tiempo, el concepto de adopción estuvo circunscripto a la realidad histórica, social y política del momento. Por ello consideramos necesario hacer referencia a su evolución histórica, para poder comprender su concepto, a la luz del sistema jurídico vigente.

Siguiendo a Borda (2002) nos indica que los antecedentes históricos de la adopción se encuentran en la más remota antigüedad. Principalmente fueron motivos religiosos los que dieron origen y vigencia a la institución; las familias sin descendencia incorporaban al seno familiar a personas que pudieran continuar el culto doméstico. Algunos pasajes bíblicos demuestran su práctica entre judíos y egipcios (Génesis, XLVIII,5; Éxodo, II,10).

En el mismo sentido Bossert y Zannoni (2005) explican que, en la antigüedad, fueron decisivos de la institución el anhelo de los hombres de mantener después su muerte el culto de sus dioses domésticos, la estirpe, el nombre o la fortuna familiar, como también, asegurar para su alma prácticas religiosas que quedaban a cargo del adoptado incorporado a la familia. Entre las instituciones históricas vinculadas a la adopción, pueden citarse el levirato, regulado en el Libro IX de las leyes de Manú, en la India, también aparece en el derecho hebreo, en el Deuteronomio, así como en antiguo Irán como el YoyanZan y SatarZan.

Como podemos observar el concepto de adopción ha mutado en el devenir histórico, no siendo igual en cada tiempo y lugar determinado, como así también ha cambiado su finalidad y fundamentos, la institución que en la actualidad tiene su razón de ser en, brindar padres al menor de edad que carece de ellos o que, aún teniéndolos no le ofrecen el amparo, la protección o los cuidados que su situación de vulnerabilidad exige, según Bossert y Zannoni (2005), “nada tiene que ver con la adopción conocida en siglos anteriores, ni con las instituciones precedentes a la adopción y que de algún modo se le vinculan” (pág. 481).

Por otra parte, puede decirse que la historia de la adopción moderna, según exponen Bossert y Zannoni (2005), se inicia con la Primera Guerra Mundial y el impacto que ésta produjo en los países europeos, el aumento del número de niños en situación de abandono; con sus hogares destruidos y/o sin familia, por ello, “se buscó el paliativo a través de la adopción que se convierte, entonces, en un medio de protección a la infancia desprovista de hogar” (pág. 483).

### 1.2.1. La adopción en el Derecho Romano

Medina (2005) enseña que en el antiguo Derecho Romano existían dos tipos diferentes de adopción, la *adrogatio* y la *adoptio*; y que para comprender éstas diversas modalidades, es preciso recordar cómo era el sistema de parentesco en Roma.

Allí se distinguía el parentesco biológico emergente de la comunidad de sangre (*cognación*), del parentesco civil que unía a los que estaban sometidos a la potestad del ascendiente o del marido, o que lo estarían si el ascendiente viviera (parentesco de agnación). Por lo tanto existían los cognados que equivalen a los actuales parientes de sangre (hijos, padres, nietos biológicos, etc.) y los agnados que eran parientes en virtud de la ley civil; este parentesco surgía de la adopción, casamiento *cum manu*, emancipación, etcétera.

La familia civil fundada en la agnación solo se perpetuaba biológicamente por los hijos varones nacidos de justas nupcias; este parentesco era fundamental porque:

- a) La importancia política de la familia se transmitía de generación en generación por la agnación;
- b) a través de la agnación se transmitía el patrimonio y la continuidad jurídica de la persona;
- c) la familia por agnación continuaba el culto domestico de los antepasados a cargo de los descendientes.

Cuando en una familia romana no existían descendientes que pudieran continuar con la agnación, se trataba de adoptar para no perder la posición en la vida política, para transmitir el patrimonio y para proseguir el culto de los antepasados.

La adopción nace como instituto para dar hijos a quienes no los tenían por naturaleza con el objeto de cumplir con los objetivos de la familia romana.

De lo dicho se desprende que los fines de la adopción romana no eran la protección de la niñez abandonada, sino la protección del culto a los antepasados, la transmisión del patrimonio y la preservación del poder político (Medina 2005).

Con respecto a la adrogación, indican Bossert y Zannoni (2005) la adrogación, que fue la más antigua, esta

tenía lugar cuando el adoptado era un *sui iuris*, razón por la cual el Estado y la religión estaban interesados en el acto, ya que todo un grupo familiar, representado

por su *pater familias* iba a ser absorbido por otro, y como consecuencia de ello, entonces, se requería, además del consentimiento del adoptado, el de ciertas instituciones públicas (pág. 482).

Las instituciones públicas se trataban; para entonces, del colegio de pontífices y los comicios *curiados*, luego reemplazados por otras formas, los cuales garantizaban la intervención de los poderes públicos, mientras, la adopción propiamente dicha, tenía lugar cuando el adoptado era un *alieni iuris*, por lo cual se concretaba simplemente entre los particulares intervinientes.

En cuanto a la *adoptio* siguiendo a Medina (2005) recaía sobre un *alieni iuris*, es decir sobre quien está bajo la potestad de un tercero (ascendiente, adoptante u adrogante).

Como el *alieni iuris* no era cabeza de familia, su adopción no producía ni la extinción del culto doméstico, ni la transmisión del patrimonio; por lo tanto, el Estado no intervenía en la constitución del vínculo, ya que no estaba comprometido el orden público en el sentido romano.

La adopción extinguía la agnación del adoptado frente a su propia familia, de la cual salía, y lo introducía en la familia del adoptante del cual era considerado hijo legítimo. Pero por ser un *alieni iuris* no llevaba consigo bienes y dejaba a sus propios descendientes en su familia de origen.

En el derecho romano se legislo la *adoptio* en sus dos formas plena y menos plena. En la época de Justiniano, la adopción se llamaba plena si el hijo es adoptado por un ascendiente de sangre, en cuyo caso ocupaba el mismo lugar que el hijo de sangre. En la adopción menos plena el hijo es dado en adopción a un extraño y en este caso el vínculo existente entre el adoptado y su familia de sangre no sufre modificaciones, el adoptado queda bajo la potestad de su padre y el efecto de la adopción se limita a otorgarle vocación hereditaria en la sucesión del adoptante sin reciprocidad.

Prosiguiendo con Medina (2005), estableceremos lo siguiente:

si bien la adopción no es hoy entendida como un instituto destinado a transmitir el patrimonio, mantener el culto de los muertos y continuar con la influencia política de la familia, ha perdurado la esencia del instituto que es la creación de un vínculo paterno-filial de hecho de origen legal, independiente de la naturaleza (pág. 21).

### 1.2.2. La adopción en el antiguo Derecho Español

Al respecto Arias de Ronchietto (1997) explica que, durante la Edad Media la institución de la adopción fue perdiendo el prestigio y utilidad que supo tener. Desaparecidas los móviles religiosos de continuar el culto de los antepasados, motivos centrales para los hindúes, griegos y romanos y no tomándose en consideración la situación de la infancia en abandono, no había una necesidad social relevante que pudiera justificar al instituto de la adopción.

No obstante, en el antiguo derecho español, la adopción estuvo reglada en el Fuero Real, promulgado por Alfonso X el Sabio, entre 1.252 y 1.255, que estableció que sólo podría adoptar el varón que no tuviera hijos o nietos legítimos. Por su parte Las Partidas consagraron la adopción, y reprodujeron prácticamente el Derecho de Justiniano sobre adopción y adrogación a las cuales llamaron prohijamiento. Distinguieron dos formas de prohijamiento: la arrogación para personas no sometidas a patria potestad y la adopción, *datio in adoptionem*, para los sujetos a patria potestad, subdividida en plena o perfecta y menos plena o imperfecta. Resulta interesante destacar que el adoptante debía ser varón libre no sujeto a patria potestad, mayor en no menos de dieciocho años que el adoptado y apto para tener hijos naturalmente. Sólo se permitía a la mujer adoptar de modo excepcional cuando hubiese perdido a un hijo en batalla al servicio del rey, pero no adquiría la patria potestad. La edad mínima para el adoptado se fijó en siete años.

### 1.2.3. La adopción en el antiguo Derecho Francés

Prosiguiendo sobre este punto con Medina (2005), nos ilustra que antes de la revolución de 1.789 la adopción no fue practicada en Francia; es recién a partir de esa fecha cuando aparece el instituto. En 1792 Rougier de la Vengerie solicitó a la Asamblea Nacional que reglamentara la adopción y si bien se comenzaron los trabajos la ley no llegó a ser dictada.

La Comisión redactora del Código Civil francés se encontraba dividida, en cuanto a la recepción de la adopción: mientras que Berlier y Portalis eran partidarios de ella, Maleville y Tronchet estaban en contra; esta comisión debatió mucho el tema y finalmente la aceptaron, se cree que tal vez fue por influencia de Bonaparte, quien no había tenido descendencia legítima en su matrimonio con Josefina Beauharnais.

El Código Civil francés de 1.804 admitió la adopción pero con criterios muy estrictos, ya que sólo la recepto como medio de transmitir el apellido y la fortuna. La adopción estaba permitida sólo para mayores de edad y tenía objetivos fiscales y sucesorios.

El modo en que la adopción fue legislada, hizo que su número fuera muy escaso, fundamentalmente porque sus formas eran muy complejas y costosas, ello sumado a la imposibilidad de adoptar a los menores. Desde 1.896 a 1.900 hubo en Francia sólo setenta y nueve adopciones y desde 1.901 a 1.905 se registraron noventa y un casos de adopción.

Además de la adopción común, el Código Civil francés legisló la adopción remuneratoria y la tutela oficiosa. En la primera se requería que el adoptado hubiere salvado la vida al adoptante y la segunda exigía que el adoptante hubiera sido constituido en tutor oficioso y que hubiera aceptado el cargo.

Por su parte, Bossert y Zannoni (2005), enseñan que al tiempo de redactarse el *Code*, se reguló la adopción para mayores de edad y de ese modo fue reglada también por los restantes países europeos en el siglo XIX, para entonces la adopción constituía un contrato en virtud “del cual se unían familias de viejo abolengo y perdida fortuna con familias plebeyas de riqueza reciente y no un medio de protección a la infancia” (pág. 483).

#### **1.2.4. La Adopción en el antiguo Derecho Germánico**

Continuando con Arias de Ronchietto (1997), nos dice respecto a la adopción en el derecho germánico, que ésta no fue absolutamente desconocida entre los germanos y reseña algunos institutos similares a ella, así la *affatomia* era un acto entre vivos con intervención del rey o de la *Sippe*, círculo total de los parientes de sangre de un determinado sujeto, que servía para instituir a los propios hijos ilegítimos como una forma de legitimación. La *adoptio in fratrem*, practicada por las comunidades nórdicas, consistía en la creación de un vínculo entre dos personas para la asistencia mutua. La *affratatio*, verdadera adopción entre hermanos, tenía sentido a partir de la comprensión de la comunidad de defensa y protección recíprocas que constituía la *Sippe*.

#### **1.3. La adopción en el Derecho Argentino. Sus antecedentes**

Según Arias de Ronchietto (1997) en nuestro país, la legislación española sobre la adopción que estaba regulada en las Partidas, es la que rigió hasta la sanción de nuestro Código Civil. Nuestro codificador, Dalmacio Vélez Sarsfield, expuso las razones que lo motivaron a suprimirla, en la Nota enviada al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública en 1865, en los siguientes términos:

He dejado (también) el título de la adopción. Cuando de esta materia se ocuparon los juristas franceses, al formar el Código de Napoleón, reconocieron como se ve



en sus discursos, que trataban de hacer renacer una institución olvidada en Europa y que recién había hecho reaparecer el código de Federico II. Cuando ella había existido en Roma, era porque las costumbres, la religión y las leyes la hacían casi indispensable, pues el heredero era de toda necesidad aun para el entierro y funerales del difunto. Pero el código romano era perfectamente lógico en sus leyes. Estas por la adopción hacían nacer una verdadera paternidad y una verdadera filiación. Sucedió una mutación completa en la familia (Vélez Sarsfield, 1865)

En concordancia con los lineamientos propuestos por Vélez Sarsfield, el artículo 4.050 establecía “Las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no haya adopciones por las nuevas leyes, son regladas por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos”

Desde el año 1.932 en adelante, se presentaron en el Congreso nacional diversos proyectos, destinados a cubrir el silencio legislativo que en nuestro país existía en materia de adopción.

En el año 1.948 se sanciona la ley 13.252, esta ley es sumamente importante ya que concreto el mérito de incorporar por primera vez el instituto de la adopción a nuestro derecho positivo.

Explican Bossert y Zannoni (2005) que la ley se sancionó bajo la influencia del terremoto de San Juan el cual hizo ostensible de una forma repentina y dolorosa la tragedia de la infancia desvalida.

Posteriormente, Yungano (2001), indica que la ley 13.252 de 1.948, fue sustituida por la ley 19.134 de 1.971, la cual incorporó al derecho positivo argentino a la adopción plena, la cual se admitió respecto de menores abandonados, sin filiación acreditada, huérfanos o cuyos padres hubiesen perdido la patria potestad. Sin perjuicio de insertar a la adopción plena, se mantuvo a la adopción simple respecto de los menores que no se hallaren en alguna de estas situaciones.

Así la ley 19.134, según Bossert y Zannoni (2005), indican que no ha de substituir a la filiación de sangre para negarla sino, más bien, para asumir su emplazamiento en plenitud, a través de quienes aceptan ser padres con los derechos y obligaciones que ello implica.

Finalmente, la ley 24.779 fue publicada en el Boletín Oficial el 1 de abril del 1.997 y al no designar de manera expresa la fecha de su entrada en vigencia, fue obligatoria a partir del 9 de abril de 1.997, de acuerdo a lo establecido por el art. 2 Código Civil. Esta ley introduce por primera vez la regulación del instituto de la adopción al Código Civil, como Título IV de

la Sección Segunda del Libro Primero, ya que con anterioridad las leyes 13.252 y 19.134 normaban la adopción de manera complementaria al Código Civil de Vélez.

A continuación, en los puntos subsiguientes entendemos necesario hacer un tratamiento en particular de nuestros antecedentes legislativos, para lograr una acabada comprensión de nuestra evolución legislativa en materia de adopción.

### **1.3.1. Ley 13.252**

Según Celerier (2001), la república Argentina tuvo su primera ley de adopción en 1.948, ésta fue la ley 13.252 que legisló como adopción lo que hoy se conoce como adopción simple, y su relevancia histórica consiste en la introducción en el país de la figura bajo tratamiento, toda vez que el Código Civil de Vélez no la contempló por considerarla extraña a las costumbres argentinas.

En la mencionada norma, no se hacían diferencias entre lo que hoy se conoce como adopción simple y plena, sino que tan sólo prescribía un único modo de adopción, en el cual no se eliminaban los vínculos con la familia de origen, sino que solamente se hacía un traspaso de la patria potestad a la figura del adoptante.

Entre los requisitos que se establecían para que procediera la adopción eran los siguientes:

1. El adoptado debía ser menor de 18 años de edad.
2. La diferencia de edad entre adoptado y adoptante debía ser de por lo menos 18 años.
3. No se permitía la adopción por más de dos personas, salvo que se trate de cónyuges.
4. En caso de adopción por parte de quien fuera tutor del menor, se debían haber saldado las deudas respectivas.<sup>1</sup>

Por otro lado, se establecía la prohibición de adoptar más de un niño de cada sexo, salvo cuando se tratara de adopciones simultáneas, o fuese hermano de uno ya adoptado o hijo ilegítimo del adoptante<sup>2</sup>. Esta disposición, por lo tanto, permitía una suerte de “regularización” de los hijos que eran considerados como ilegítimos, a la luz del Código Civil entonces vigente.

A su vez, se establecían ciertas restricciones:

---

<sup>1</sup>Ley Nro. 13252, 1948.

<sup>2</sup>Ley Nro. 13252, 1948.

no podrán adoptar: Quien tenga descendientes legítimos concebidos o nacidos, salvo que estos últimos se encontraran ausentes con presunción de fallecimiento; Quien tenga hijos naturales reconocidos, salvo que estuviesen ausentes con presunción de fallecimiento; Quien no haya cumplido cuarenta años, salvo los cónyuges que tengan más de ocho años de casados; Un hermano a otro.<sup>3</sup>

Asimismo la norma en análisis, preveía un plazo mínimo de guarda de dos años, es decir que durante ese plazo se debe cuidar del niño como si fuese su padre, salvo cuando se trate de la adopción del hijo del cónyuge o su propio hijo ilegítimo, supuesto en el cual no se exige plazo alguno.

El proceso de adopción en la ley de 1.948 se regía por las siguientes normas:

La demanda debe interponerse ante el juez del domicilio del adoptante; Son parte en el juicio: el adoptante, el padre o madre del menor (...) el Ministerio de Menores; representante legal del menor. El juez oírá (...) al adoptado si fuera mayor de diez años y podrá oír a otras personas interesadas en la adopción (...) El juez apreciará si la adopción es conveniente para el menor.<sup>4</sup>

Consideramos interesante resaltar que, desde ese momento se vislumbran una serie de principios que regirán las relaciones filiales en la actualidad: la posibilidad de oír al menor en el proceso en que se ve en juego su interés, y la conveniencia para el menor (lo cual se trataría de una suerte de interés superior del niño).

Los principales efectos que implicaba la adopción en los términos de la ley 13.252, los cuales comenzaban a correr a partir de la sentencia, son los que se detallan a continuación:

1. El vínculo es creado solamente entre adoptante y adoptado. El adoptado no será heredero por representación en la sucesión de los parientes del adoptante.
2. Por otro lado, el adoptante no hereda del adoptado en la sucesión ab intestato.
3. El adoptado utilizará el apellido del adoptante, el cual puede ser agregado al de su familia de origen.
4. Los derechos y deberes con la familia de origen no se extinguen.
5. Con respecto a los bienes del adoptado, el adoptante tan sólo los administra. No puede usufructuarlos.
6. Se prohíbe el matrimonio entre el adoptante y el adoptado o sus descendientes; el adoptado con el cónyuge del adoptante; el adoptante con el cónyuge del

---

<sup>3</sup>Ley Nro. 13252, 1948.

<sup>4</sup>Ley Nro. 13252, 1948.

adoptado; los hijos adoptivos entre sí y el adoptado con los hijos del adoptante.<sup>5</sup>

Por otro lado, se permitía la revocación de la adopción acordada judicialmente en los siguientes casos:

Por haber incurrido el adoptante o el adoptado en indignidad en alguno de los supuestos del código civil para impedir la sucesión; y también por haberse negado alimentos por causa injustificada; Por acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad. En virtud de impugnación justificada deducida por el adoptado dentro de un año siguiente a su mayoría.<sup>6</sup>

La principal virtud de la ley 13.252 radica en que eliminó antiguas prácticas no legisladas acerca de las familias de crianza y la anotación fraudulenta de los niños, a la vez que no permitía la transferencia de niños en familias “de prestigio” para que realizaran tareas domésticas.

La ley que nos ocupa ha recibido críticas de prestigiosos especialistas en la materia, en este sentido siguiendo a Arias de Ronchietto (1997), nos dice que la ley 13.252 al brindarnos sólo la figura escasa y confusa de la adopción simple, desnaturalizó el papel docente de la ley y el tiempo necesario para el arraigo del instituto en nuestra sociedad. Por ello, a pesar de tener el mérito de ser la primera ley argentina que instauró a la adopción en nuestro derecho, la ley 13.252, no ofreció, o no pudo ofrecer en 1.948 un instituto acorde a su misión. Por el contrario, para nuestra sociedad esta ley pareció haber sido principalmente dictada para permitir la legitimación de los hijos extramatrimoniales; conforme al art. 4º, inciso b, que disponía: “No podrá adoptarse más de un menor de cada sexo por persona o por matrimonio. Se exceptúan: a)..., b) Si el nuevo adoptado es hermano de alguno de los menores ya adoptados, o hijo ilegítimo del adoptante nacido posteriormente a la primera adopción”<sup>7</sup> y al artículo 6º que, por su parte, prescribía la exención del periodo de guarda, en el caso en el que se adoptase “al hijo propio o al hijo del cónyuge”<sup>8</sup>. Todo ello, infelizmente provocó que la adopción tomara la apariencia de la figura de la legitimación por adopción de los hijos extramatrimoniales, en desmedro del arraigo social de su finalidad esencial, la cual consiste en el amparo a la infancia desvalida. La autora también nos indica que la adopción simple no fue respuesta suficiente, porque al consistir solamente en la transmisión de la patria potestad al adoptante, y exigir respecto al menor el sostenimiento de la situación compartida con la familia de sangre, generó una relación personal cualitativamente distinta; similar a una protección de apoyo familiar valiosa, paliativa, pero de menor entidad humana y jurídica que la adopción plena (Arias de Ronchietto, 1997).

---

<sup>5</sup>Ley Nro. 13252, 1948.

<sup>6</sup>Ley Nro. 13252, 1948.

<sup>7</sup>Ley Nro. 13252, 1948.

<sup>8</sup>Ley Nro. 13252, 1948.

### 1.3.2. La Ley 19.134

La primera ley de adopción 13.252, fue derogada en el año 1.971 tras la sanción de la ley 19.134, en la cual se introdujeron una serie de cambios, siendo el más relevante el de la diferenciación entre adopción simple y plena. Asimismo, instaura un apartado referido a la adopción en el extranjero, situación no contemplada en la ley 13.252 (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, & Lloveras, 2015).

La ley bajo análisis no sólo regulaba la adopción de menores de edad, sino que además permitía que se adopte al hijo de cónyuge, aún mayor de edad. Al igual que la ley anterior, se establecía una diferencia de edad de 18 años entre adoptante y adoptado, a la vez que prohibía la adopción por más de una persona, salvo cuando se tratase de cónyuges.

También la ley 19.134 eliminó ciertas restricciones del régimen anterior, como por ejemplo las limitaciones en cuanto a la cantidad de menores a adoptar; la edad del adoptante (que a partir de esta ley debía ser mayor de 35 años de edad) y el plazo de guarda (que pasa de dos años a un año), entre otras (Kemelmajer et al, 2015).

En cuanto a la existencia de hijos legítimos o no del adoptante, la ley determinaba que

La existencia de descendientes, (...) del adoptante no impide la adopción, pero en tal caso aquellos podrán ser oídos por el juez (...) y fuesen mayores de ocho años. (...) cuando existiere más de un hijo legítimo, o más de un hijo adoptivo, solo podrá acordarse la (...) estableciéndose en la sentencia (...) que beneficia al menor adoptado y no crea perjuicios al núcleo familiar...<sup>9</sup>

Se trata pues, de una innovación que trajo aparejada la normativa en cuestión ya que se establece la posibilidad de oír a los descendientes del adoptante, cuando éstos fueran mayores de 8 años de edad, a la vez que consideraba que en estos casos la adopción se concedía en forma excepcional.

Tal como lo mencionáramos en los párrafos precedentes, la mayor modificación que realizó la ley 19.134 radica en la inclusión de una nueva forma de adopción, la cual elimina cualquier vínculo con la familia de origen: se trata de la adopción plena. La misma solamente procedía cuando se tratase de menores huérfanos de padre y madre sin filiación acreditada o cuando los padres hubieran perdido la patria potestad. En efecto, se definió a la adopción plena como aquella que:

---

<sup>9</sup>Decreto Ley 19134/71, 1971

confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo.<sup>10</sup>

En tal sentido, se explica que los efectos de la adopción plena consistían, en que la misma no podía ser revocada y que ni los padres biológicos del menor ni éste podían intentar las acciones de filiación determinadas por ley, salvo cuando éstas tengan por fin determinar la existencia de impedimentos matrimoniales. Asimismo, se permitía la conversión de una adopción simple otorgada bajo la vigencia del régimen anterior, en una adopción plena a pedido del adoptante y con el consentimiento del adoptado si éste fuese mayor de edad.

Como podemos observar la adopción plena continúa vigente aún después de la derogación de la ley 19.134, por lo que podemos afirmar con respecto a ella que "...implica directamente el desplazamiento del estado determinado por la filiación consanguínea del adoptado. Se disocia en otras palabras el presupuesto biológico de ella para atribuir el vínculo jurídico antes a él referido, al emplazamiento creado por la adopción" (Bossert & Zannoni, 2005, pág. 483).

Por otro lado, al igual que en la normativa anterior se determinaron las reglas que se aplicaban durante el juicio de adopción y algunas de ellas son, que la acción debe ser introducida por ante el tribunal del domicilio de la persona que adopta, o del sitio donde se concedió la guarda. El operador de justicia podrá oír al adoptado mayor de diez años siempre que lo considere obligatorio, así como también a cualquier sujeto que se considere útil en merced del niño o adolescente; en consideración de los medios de vida, características morales y particulares, el tribunal decidirá si es procedente la adopción. Es posible la interposición de la acción antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 6° (Kemelmajer et al, 2015).

Sin embargo, el decisorio solo producirá consecuencias jurídicas luego de su culminación entre otros.

Finalmente la ley 19.134 mantuvo la figura de la adopción, a partir de ese momento denominada "adopción simple" la cual conserva los vínculos con la familia de origen y podía ser otorgada cuando de acuerdo al criterio del juzgado actuante, fuera más beneficiosa para el

---

<sup>10</sup>Decreto Ley 19134/71, 1971

menor. A su vez, se establecieron los efectos de ésta clase de adopción al momento de ejercer los derechos hereditarios:

el adoptante hereda ab-intestato al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres legítimos; pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de sangre, ni esta hereda los bienes que el adoptado hubiere recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de sangre.<sup>11</sup>

A diferencia de la adopción plena, se establecía que la adopción simple podía ser revocada cuando el adoptado o el adoptante incurriesen en alguna de las causales de indignidad para suceder que establecía el Código Civil, cuando se negasen alimentos sin causa comprobable, o por acuerdo de partes cuando el adoptado llegue a la mayoría de edad.<sup>12</sup>

A su vez, la adopción simple no impedía el inicio de las acciones tendientes a determinar la filiación biológica del adoptado; pero, sin embargo, en ningún caso se podía ejercer la patria potestad sobre el hijo, ya que la misma continuaba en cabeza del adoptante.<sup>13</sup>

En otro orden de consideraciones, y tal como lo hemos expresado al inicio de este apartado, la ley 19.134 estableció un capítulo referente a las adopciones otorgadas en el extranjero, situación que la anterior ley de adopción no había regulado. En efecto, la norma en cuestión establecía que tanto la situación jurídica, como los deberes y derechos del adoptado y adoptante se regían por la ley del domicilio del adoptado al momento de la adopción. Asimismo, se establecía que:

la adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley de domicilio del adoptado, podrá transformarse en el régimen de la adopción plena establecida en la presente ley, acreditándose dicho vínculo y prestando su consentimiento los adoptantes y los adoptados, quienes deberán ser mayores de edad.<sup>14</sup>

Consideramos necesario precisar que la ley 19.134, resultó alcanzada por reformas al derecho de familia que se sucedieron durante su vigencia, de este modo fue modificada por las leyes 23.264 y 23.515 las cuales, según Yungano (2001), introdujeron reformas en concordancia con el sistema no discriminatorio de filiaciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales y la incorporación del divorcio vincular. De este modo desapareció la adopción del propio hijo extramatrimonial.

---

<sup>11</sup>Decreto Ley 19134/71, 1971

<sup>12</sup>Decreto Ley 19134/71, 1971

<sup>13</sup>Decreto Ley 19134/71, 1971

<sup>14</sup>Decreto Ley 19134/71, 1971

### 1.3.3. La Ley 19.216

Consideramos importante incluir en el tratamiento de nuestros antecedentes legislativos nacionales a la ley 19.216 de 1.971 por su relevancia en la materia, la misma trata sobre “Adopción- Amnistía general por delitos cometidos mediante la falsa inscripción como propios de hijos ajenos”. Esta norma concedía una amnistía a aquellas personas que habían inscripto en forma falsa como hijos propios a los hijos adoptivos, siempre y cuando la misma no tuviese un fin de lucro o causar un perjuicio (Kemelmajer et al, 2015).

Por lo tanto, se le permitía a los que habían realizado la inscripción solicitar la adopción en los términos que establecía la ley 1.9134.<sup>15</sup>

### 1.3.4. La Ley 24.779

El sistema de la ley 19.134 continuó vigente hasta el año 1.997 cuando se sancionó la ley 24.779, que persiguió una adecuación del texto legal a las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país mediante la ley 23.849 sancionada el 27 de setiembre de 1.990 y que con la reforma constitucional del año 1.994 adquirió jerarquía constitucional.

Dicha ley fue incorporada al articulado del entonces vigente Código Civil de Vélez, en el Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero. Al igual que el régimen antes vigente, la ley 24.779 distingue entre las cuestiones generales, la adopción plena, la adopción simple, la nulidad y el supuesto de la adopción otorgada en el extranjero.

En este último supuesto, la Argentina efectuó reparos a determinados artículos de la Convención de los Derechos del Niño por cuanto se manifestó en contra del tráfico de niños para adopción. Sin embargo, se mantuvieron los artículos referidos a la determinación del régimen jurídico aplicable (la ley del domicilio del adoptado al momento de la adopción) y la posibilidad de convertir a la adopción otorgada en el extranjero en una adopción plena, conforme a la legislación nacional.<sup>16</sup>

Una de las mayores innovaciones que estableció la ley 24.779 fue la del requisito de la guarda otorgada judicialmente. Los regímenes anteriores (leyes 13.252 y 19.134) establecían la necesidad de una guarda de hecho, por un plazo determinado de tiempo (dos años en el caso de la ley 13.252 y un año en el supuesto de la ley 19.134). La modificación tuvo como fundamento la subsanación de las deficiencias que presentaba el régimen anterior:

---

<sup>15</sup>Ley Nro. 19216, 1971.

<sup>16</sup>Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.



Como (...) era una mera situación de hecho susceptible de comprobación judicial ulterior (...). También era frecuente que fuese el órgano estatal (...) el que (...) disponía la entrega del menor a un matrimonio previamente seleccionado (...) sin el conocimiento del juez que debería haber dispuesto tal medida en actuaciones relativas a la protección de la persona del menor. (Bossert & Zannoni, 2005, pág. 484).

Es en virtud de ello es que al momento de sancionarse la ley 24.779 se estableció la procedencia de una guarda judicial previa a la adopción, llamada “guarda pre-adoptiva”. Por lo tanto, se eliminó por completo del sistema de adopción argentino a la guarda extrajudicial, administrativa o por escritura pública. De acuerdo a éste nuevo texto legal, existían dos procesos judiciales: uno tendiente a obtener la guarda pre-adoptiva y por otro lado, el proceso propiamente dicho de adopción.

En este sentido, la ley estableció que:

el adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año (...) El juicio de adopción solo podrá iniciarse transcurridos seis meses (...) La guarda deberá ser otorgada por el juez (...) del domicilio del niño o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono. Estas condiciones no se requieren cuando se adopte a hijos del cónyuge.<sup>17</sup>

De éste modo se estableció un procedimiento especial para eliminar los vicios que contenía el régimen anterior, a la vez que se evita el tráfico de niños y las guardas otorgadas en condiciones de clandestinidad. Ahora bien, con respecto a las guardas de hecho iniciadas con anterioridad a la vigencia de la ley 24.779, esta norma determinó entre sus disposiciones transitorias, que el juez pertinente podrá computar el plazo de la misma en los términos del artículo 316 del Código Civil, es decir, se permite su convalidación.

En cuanto al procedimiento judicial que concede la guarda pre-adoptiva, el mismo tenía por objeto comprobar los vínculos biológicos del menor y la conveniencia o no de que éste sea entregado a los guardadores. Este procedimiento se caracterizaba por los siguientes requisitos:

- a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda (...)
- b) Tomar conocimiento personal del adoptando;
- c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes (...) de los adoptantes (...)
- d) en consideración las necesidades y los intereses del menor (...)

---

<sup>17</sup>Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Iguals condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica.<sup>18</sup>

Por otra parte, se estableció que la ausencia de los requisitos de citación de los progenitores del menor, el conocimiento personal del niño y de las condiciones de los adoptantes, producirá la nulidad de todo lo actuado y de la resolución que se dictare omitiendo tales recaudos. En consecuencia, señala la doctrina que esta nulidad en el procedimiento de la guarda también traería aparejada la nulidad del futuro proceso de adopción del menor en cuestión (Bossert & Zannoni, 2005).

Por otro lado en cuanto algunos de los desaciertos de la ley, según Del Frade (2001) la ley 24.799 muestra la carencia de una definición del instituto de la adopción y de la exposición de sus finalidades y propósitos, lo cual provoca dificultades interpretativas y una desviación de los objetivos que se deben alcanzar con la regulación normativa. La norma legal no hace visibles los rasgos del instituto que permitan comprender sus propósitos y sus alcances.

También nos dice el autor citado que la ley 24.779<sup>19</sup>, repite al pie de la letra los errores de la ley que reemplaza e incluye nuevos aspectos que padecen de falta de claridad, que claman por una interpretación correctora. “Más allá de las buenas intenciones del legislador la ley 24.779 se exhibe como una prueba cabal de lo que no pudo, no quiso o no supo hacer el Congreso de la Nación” (Del Frade, 2001, pág. 1).

## **Conclusión Parcial**

En función del análisis del capítulo desarrollado ut supra y considerando a la doctrina citada en la materia, emitimos las siguientes conclusiones. En primer lugar arribamos a la definición de adopción diciendo que es la institución jurídica de protección de niños, niñas y adolescentes que crea una relación análoga a la filiación por naturaleza creando derechos y obligaciones. En cuanto a los antecedentes legislativos Nacionales, estos se encuentran básicamente en las leyes 13.252, 19.134 y 24.779.

La ley 13.252 de 1.948 incorporó a nuestro derecho positivo a la adopción simple, conservando la relevancia histórica de ser la primera normativa en la materia ante el silencio del Código Civil al respecto, atento a que Vélez Sarsfield no incluyó a la institución de la adopción por considerarla ajena a nuestras costumbres. Le sigue en el devenir histórico la Ley 19.134 del año 1.971 la cual deroga a su antecesora, mantiene a la adopción simple e

---

<sup>18</sup>Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

<sup>19</sup>Ley 24779,1997.

incorpora la figura de la adopción plena, con más de veinticinco años de vigencia, es derogada por su sucesora la Ley 24.779 de 1.997 la cual mantiene los lineamientos de la derogada ley 19.134, en cuanto admite la adopción plena y la adopción simple y tuvo el mérito de incorporar el instituto de la adopción al entonces vigente Código Civil de Vélez, en el Título IV, de la Sección Segunda Libro Primero. En dicha ley el proceso de adopción quedó estructurado en dos etapas, primero el otorgamiento de la guarda del menor con fines de adopción y la segunda parte se refiere a la adopción propiamente dicha. Todos estos antecedentes legislativos nacionales tuvieron la finalidad de orientar la institución de la adopción y han contribuido a mejorar el proceso y establecer el bien común del menor para otorgar la adopción.

## **CAPÍTULO II: LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

### **INTRODUCCIÓN**

El capítulo que nos ocupa tiene como cometido analizar la estructura legislativa de la adopción y su concepto en el nuevo código unificado. Tratará también los aspectos más significativos del Código Civil y Comercial de la Nación, la llamada constitucionalización del Derecho privado. Incluye también el tratamiento de las modificaciones introducidas en el instituto de la adopción por el Código unificado. Le continúa la naturaleza jurídica de la adopción, como así también trataremos lo referente a quiénes y cómo pueden adoptar, abordando las condiciones y requisitos dispuestos por el ordenamiento jurídico con el propósito de examinar quiénes tienen la capacidad y la idoneidad para acudir a un proceso de adopción; incluimos además en este capítulo el tratamiento de la supresión de la guarda de hecho, los diferentes tipos de adopción, la adopción de integración y la adopción internacional.

#### **2.1. Concepto y estructura de la adopción según el Código Civil y Comercial de la Nación**

Para dar inicio al tratamiento del presente capítulo consideramos necesario precisar cómo se encuentra estructurada, es decir abordada la institución que nos ocupa en Código Civil y Comercial de la Nación, para a continuación analizar el concepto que nos brinda el mismo cuerpo normativo.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina es el cuerpo legal que concentra, las bases del ordenamiento jurídico en materia civil y comercial en nuestro país.

Su texto fue aprobado mediante la ley 26.994, promulgada el 7 de octubre de 2.014 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de octubre del mismo año. Nuestro nuevo Código entró en vigencia el 1 de agosto de 2.015 (inicialmente lo haría el 1 de enero de 2.016) lo que fue modificado por la ley 27.077, publicada el 19 de diciembre de 2.014, reemplazando de esta manera al Código Civil de 1.869 redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y al Código de Comercio de 1.862, redactado por Eduardo Acevedo y Vélez Sarsfield.

El mismo trata la adopción en el Libro Segundo” Relaciones de Familia” Título IV – Adopción; a su vez este se encuentra dividido en seis capítulos: Capítulo 1- Disposiciones

generales. Capítulo 2- Declaración judicial de la situación de adoptabilidad. Capítulo 3- Guarda con fines de adopción. Capítulo 4- Juicio de Adopción; Capítulo 5- Tipos de Adopción comprendiendo cuatro secciones, Sección 1º- Disposiciones Generales, Sección 2º- Adopción Plena, Sección 3º- Adopción simple, Sección 4º- Adopción de integración y por último el Capítulo 6- Nulidad e inscripción.

En cuanto al abordaje estructural de la figura, Kemelmajer et al (2015) indican que desde el punto de vista estructural, se conserva la regulación de la adopción dentro del Código Civil, postura seguida por la ley 24.779 de 1.997 que introduce la regulación del instituto de la adopción en este cuerpo normativo. De este modo, se continúa la estructura legislativa planteada en el año 1.997, la cual no ha merecido reparos por parte de los estudiosos del derecho sino por el contrario se consideró adecuado. Continuando con el desarrollo de presente capítulo, estimamos pertinente hacer referencia al concepto que sobre la institución en estudio nos brinda el nuevo Código.

Es así que el CCyC inicia el Capítulo I con una definición de la adopción, en su Art. 594, donde versa el concepto:

La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos 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 <sup>20</sup>

Respecto al concepto que nos brinda el CCyC, se suele afirmar que las definiciones no son propias de un Código de fondo, sin embargo (Herrera 2015) explica que en temas tan sensibles como lo es la adopción, es precisamente el concepto el que ubica y emplaza en un determinado lugar a una institución sobre la cual siempre se han tenido distintos enfoques o puntos de vista por parte de los más diversos sectores sociales, siendo ésta la postura legislativa que prevalece en la legislación comparada y en varios de los proyectos de ley presentados en los últimos años, tendientes a reformar la figura de la adopción.

A modo de ejemplo en el derecho comparado, podemos mencionar a la Ley de Adopción Chilena 19.620 la cual en su artículo 1º establece:

---

<sup>20</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

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.<sup>21</sup>

El Código de los Niños y Adolescentes de Perú, que en su artículo 115 establece:

La adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.<sup>22</sup>

Así de éste modo, ya sea en una ley especial sobre adopción o en otro cuerpo normativo de regulación de esta figura, lo real es que la tendencia legislativa es a favor de su conceptualización, constituyendo una excepción al principio de que no es propio de una norma de fondo el brindar definiciones (Kemelmajer et al, 2015).

Respecto del concepto de adopción que nos brinda el CCyC, y continuando con la autora antes citada nos dice que

en la definición se pueden observar los principales elementos y razón de ser de la adopción al exponerse que: 1) se trata de una institución jurídica, es decir, que es una ficción estrictamente legal por la cual a través de ella se genera un vínculo filial entre dos personas: adoptante y adoptado, pudiendo ser hasta dos los adoptantes en un mismo momento de conformidad, con otro principio general en materia filial, como lo es que la persona puede tener como máximo hasta dos vínculos filiales, con total independencia de la orientación sexual de estas personas (madre/padre, madre/comadre, padre/copadre); 2) el objeto principal de la adopción reside en el derecho del niño a vivir en una familia, que se desarrolle y sea cuidado en un ámbito familiar que satisfaga necesidades afectivas y materiales, mencionándose en primer lugar las afectivas y seguida de ellas las materiales; 3) sólo cuando tales necesidades no le pueden ser proporcionadas por su familia de origen en sentido amplio, tanto el núcleo familiar primario (padres) como el extenso, y 4) la adopción es un institución cuyo acto constitutivo se deriva de la sentencia judicial (que debe ser debidamente inscrita en el registro civil respectivo), siendo el proceso judicial que culmina con una sentencia de emplazamiento, la que hace generar el estado de hijo. Si bien se prioriza o se

---

<sup>21</sup> Ley19620- Honorable Congreso Nacional de Chile, 26 de julio de 1999.

<sup>22</sup> Código de los Niños y Adolescentes de Perú, Ley 27337, 02 de agosto de 2000.

menciona el estado de hijo, de conformidad con el objetivo prioritario de ser una institución destinada a los menores de edad, lo cierto es que ese estado es de tipo “reflejo”, por lo tanto, la sentencia de emplazamiento, no sólo implica reconocer el estado de hijo, sino también el estado de padres. (Kemelmajer et al, 2015, pág. 13).

### **2.1.1. Aspectos relevantes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de derecho de familia. La llamada Constitucionalización del Derecho Privado**

En materia de derecho familia en particular, el nuevo código brinda tutela a la persona a través de los derechos contenidos en las Declaraciones y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, logrando así lo que denomina la constitucionalización del derecho privado.

En el mismo sentido, Marisa Herrera (2015) nos dice “El nuevo Código Civil y Comercial viene a subvertir la lógica que tenía el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield, quien le dio la espalda al instrumento fundante de la Nación, como denunció en su momento el padre de la Constitución, Juan B. Alberdi”.

Muy por el contrario, el nuevo plexo normativo que se incorporó a nuestra realidad social y familiar argentina el 1 de agosto de 2015, no solamente guarda una total armonía y consonancia con la llamada "constitucionalización del derecho privado"; sino que también en sus dos primeros artículos, hace referencia de manera expresa a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos en los que la Argentina es parte, funcionando éstos como fuente, aplicación e interpretación del nuevo derecho privado argentino. Lo cual constituye una técnica de política legislativa innovadora y de avanzada, que importa el revisarse así mismo de manera continua y nutrirse del progreso de la doctrina internacional de los Derechos Humanos, la cual se haya empapada de conceptos de dinamismo y transformación; los cuales son también dos caracteres típicos del derecho de familia (Herrera, 2015).

Como podemos observar una de las modificaciones más significativas del nuevo código unificado, es la coherencia y adecuación de las normas civiles, especialmente en el ámbito del derecho de familia con las condiciones impuestas por los estándares internacionales de las distintas convenciones de rango constitucional sobre Derechos Humanos, especialmente la Convención Internacional de los Derechos del Niño en materia de adopción.

### 2.1.2. Modificaciones introducidas por el Código Unificado en el instituto de la adopción

La promulgación del código unificado promovió un cambio de paradigma en torno a las disciplinas jurídico-familiares, lo cual sin lugar a dudas repercute en los institutos más sensibles del derecho de familia, como la es la adopción.

Como un claro ejemplo de ello, Ciolli (2015) pone énfasis en lo que ha sido el agregado de una nueva fuente filiatoria. Al respecto nos indica que mientras la regulación contenida en el código de Vélez Sarsfield contemplaba solamente las dos fuentes clásicas de filiación estas son, la filiación por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial) y la filiación legal (adopción); el código unificado reconoce -además- las denominadas “técnicas de reproducción humana asistida”.

A todas luces, podemos advertir que la intención del legislador ha sido la incorporación de todo un andamiaje de institutos jurídicos de connotación familiar, que se correspondieren con las transformaciones llevadas a cabo por las sociedades modernas, en las cuales se vuelve a precisar la dimensión del concepto y la esencia de la procreación familiar y del desarrollo de su núcleo, con una perspectiva no prevista por la desfasada regulación de la ley N° 340.

Lo explicado precedentemente, nos ilustra de manera genérica, lo que ha sido la reforma integral materializada a través del código civil y comercial. De seguida, corresponde valorar el conjunto de cambios que se llevaron a cabo, concretamente, en lo atinente al instituto de la adopción. Así, bajo el imperio del derogado código civil, la adopción, que como ha sido mencionado precedentemente, configura una fuente legal de filiación, era regulada en los artículos del 311 al 340 de dicho cuerpo legal<sup>23</sup>, teniendo un marco regulatorio que era el resultado de una serie de reformas que se suscitaron a lo largo del tiempo, y que tuvo como la más relevante, la implementada a través de la ley N° 24.779 promulgada en el año 1.997<sup>24</sup>.

En el desarrollo de este apartado, consideramos oportuno hacer referencia a las críticas sectoriales más importantes que sobrevinieron en relación al régimen de adopción previsto por el derogado código civil. Al respecto Ruíz (2015), nos indica que existieron tres sectores que justificaron la necesidad de reformar dicho sistema: el sector de los adoptantes; el sector académico, y el sector social. De tal forma dicho autor, expone que:

---

<sup>23</sup>Ley 340, 1869.

<sup>24</sup>Ley 24779, 1997.



Por una parte desde el punto de vista de las personas interesadas en adoptar, el reclamo común está dado por los largos períodos de espera; la extensión de los procesos; la contrastante realidad de una gran cantidad de niños que se encuentran en instituciones, en situación de calle o sometidos a mecanismos preventivos (...) Desde el sector académico por una parte se ha cuestionado que el articulado del Código Civil no respeta a rajatabla los principios de la Convención de los Derechos del Niño (...) lo que se evidenciaría, por ej., en la intervención limitada de niños/adolescentes en el proceso con miras a la adopción, con lo cual no se reconoce íntegramente su carácter de sujeto de derecho (...) Asimismo, desde sectores sociales o dirigenciales, quizás con un mayor tinte ideológico se tiende a "desconfiar" de la adopción, rotulándola con un sesgo clasista como un mecanismo que perjudica a la familia biológica la que fundamentalmente por razones materiales no puede hacerse cargo de sus hijos (....) (p. 1).

Como podemos apreciar, éstas son tres perspectivas que indicaron y valoraron negativamente gran parte de los preceptos que estaban contenidos en el código de Vélez Sarsfield. Algunos (los adoptantes), enfocaron su apreciación en función de los rigurosos y excesivamente trabados escenarios que se suscitaban en torno al proceso de adopción. Otros (los académicos), indicaron de manera enfática el desconocimiento sobre la integridad de los principios y fundamentos, algunos -inclusive- con asidero jurídico-internacional, que estaban establecidos para regular el instituto de la adopción; y también otros sectores (los sociales), aseguraron que se trataba de una regulación no sólo infructuosa, sino también perjudicial respecto del especial rol que ocupa la institución de la adopción, concebida como un mecanismo para recomponer núcleos familiares (familia adoptiva) con niños o adolescentes desguarnecidos y separados de su familia de origen. Esta última posición postulaba que se trataba de un sistema de burocracia institucional estatal, que conculcaba la efectiva materialización del interés superior del niño (aspecto sobre el cual se profundizará más adelante), perjudicando en última instancia su estabilidad tanto afectiva como personal.

Ante el cúmulo de descontentos que los sectores mencionados manifestaron, respecto del antiguo paradigma contenido en el derogado código civil en torno a la adopción, se precisó la necesidad de concebir una reforma que no sólo se encargara de llevar a cabo cambios puntuales en el articulado preexistente, sino que -además-, promoviera una integral reconstrucción del sistema legal de la adopción en la Argentina.

Estos cambios no se llevaron a cabo al azar y de una forma aislada. En este sentido, y apropiadamente, Videtta (2015) expuso que dicha situación respondió a diversas razones

(además de las consideradas ut supra), que guardaron inexorable relación con la admisión de innovadoras corrientes pro derechos humanos que dieron cumplimiento a toda la materia internacional acaecida en torno a la adopción.

En éste orden de ideas, la referida autora realiza un cotejo en el cual se manifiestan los principales cambios concretos llevados a cabo sobre la adopción (en el plano dogmático), a raíz de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación. El primer aspecto que destaca, es la presencia de un mayor número de normas de carácter formal. Ello, puesto que: “el Código Civil derogado contiene principalmente normas de fondo en materia de adopción, además es necesario que contenga normas de forma que guíen el proceso de adopción desde el comienzo hasta el final” (Videtta, 2015, pág. 5)

Además de las normas de naturaleza adjetivas que han sido incorporadas para regular la adopción, consideramos que es dable destacar el argumento brindado por Bigliardi (2014), quien sostiene que una de las modificaciones trascendentales, yace en la reformulación del concepto de adopción, instaurándose un concepto más finalista, como así también los principios que fundamentan dicho instituto. Efectivamente, el concepto de adopción fue un aspecto reformado, resultando que en el artículo 594 del código unificado, se dispusiere 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.<sup>25</sup>

De conformidad con lo expresado en líneas anteriores, se evidencia el carácter finalista de la recientemente referida definición, de la cual surge que el norte perseguido por el instituto de la adopción, consiste en la necesidad de resguardar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a formar parte de un núcleo familiar que pueda brindarle las atenciones afectivas y económicas que necesita, siempre que no le sean proporcionadas por su familia de origen.

Además de ello, en el artículo 595 ejusdem, se enuncian los principios y derechos, por medio de los cuales se regirá la relación jurídico-adoptiva, dentro de los nuevos términos legales previstos por el mismo código civil y comercial. Se ha determinado en tal sentido que: a) debe procurarse ante todo, el respeto al derecho de la identidad que tiene cada niño, niña y adolescente, derecho que guarda indiscutida relación, con la información sobre su familia de

---

<sup>25</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

origen; b) asimismo y precisamente en atención a este último elemento mencionado, la preservación de los vínculos entre el menor y su familia originaria (o ampliada), constituyen un valor enfáticamente tutelado por el legislador, teniéndose -en esa dirección- el proceso de adopción como una solución de ultima ratio empleada para asegurar su integridad psíquica, física y moral; c) se regula expresamente la conservación de los vínculos fraternos, teniéndose como consecuencia que se procure “la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos”<sup>26</sup> ; d) como sujeto de derecho, el niño sometido a la adopción tiene la facultad, según el literal “e” de la comentada norma y en conjugación del contenido inherente al artículo 596 ejusdem, de “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”<sup>27</sup> , esto es, la materialización de su derecho a conocer sus orígenes; e) además de ello, se consagra el derecho de todo niño o adolescente sometido a un régimen de adopción de expresar libremente su opinión o posición sobre el desenvolvimiento de esa nueva relación jurídico-familiar y como principio más importante y expresamente regulado, f) se estatuye la sujeción de toda institución encargada de velar por el efectivo cumplimiento de los extremos legales y reglamentarios en el proceso adoptivo, así como de la propia familia adoptiva, al “interés superior del niño”, como garantía de su desarrollo integral.

Finalizamos el punto que no ocupa, sosteniendo que el mencionado interés superior del niño incorporado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, es el que regirá el instituto de la adopción en el derecho de familia argentino, siendo siempre el principio primero y orientador en la materia.

### **2.1.3. La Naturaleza jurídica de la adopción**

Luego de que precisamos en el capítulo 1 del presente trabajo el concepto de la adopción, tomando para ello como referentes a prestigiosos juristas en la materia.

Consideramos oportuno y necesario analizar en el presente capítulo la naturaleza jurídica de la figura de la adopción, ya que su importancia y trascendencia radica en que determinar la naturaleza jurídica de la adopción, es encontrar su razón de ser y los principios que la integran.

Medina (1997) (pág.11) comienza el desarrollo del punto que nos ocupa, indicando que

---

<sup>26</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

<sup>27</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

Es importante destacar que en la larga evolución que ha tenido la adopción, uno de sus caracteres se ha mantenido estable durante el correr de los siglos; éste es el carácter legal de crear un vínculo de filiación entre dos personas que no se encuentran unidas biológicamente.

Continuando con Medina (1997) explica que en el devenir histórico, la adopción siempre creó un vínculo jurídico filiatorio de diferente intensidad y con diversos efectos entre personas que no eran padres e hijos por naturaleza, ello nos demuestra que es connatural a la adopción, tanto su carácter legal como su origen jurídico, por contraposición al origen natural de la filiación biológica. La mencionada autora indica la importancia de esta distinción, sosteniendo que en la filiación biológica el Estado se circunscribe a reconocer la patria potestad de los padres -que es anterior al Estado mismo y frente a la cual éste tiene una posición subsidiaria, surgiendo la adopción como una construcción jurídica cuyos fundamentos no son universales e inmutables, sino que varían con el correr de los siglos, ajustándose a las necesidades de la sociedad y al desarrollo de las culturas.

Éste carácter jurídico-legal de la adopción, le va a permitir que sea susceptible de revocación y anulación –actos y sanciones que son totalmente impensables en la filiación biológica- mientras que sus fundamentos, sus fines sociales y culturales van a determinar su permanencia y recepción legislativa, la que variará según los valores predominantes en cada sociedad en un momento histórico dado.

Prosiguiendo con Medina (1997) la autora menciona lo siguiente:

Entendemos que jurídicamente la palabra “adopción” puede utilizarse en tres sentidos diferentes. En un primer sentido, adopción es el acto jurídico, que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que surgen relaciones similares a las que se originan con la paternidad y filiación biológica; en un segundo sentido, es el estado de filiación adoptiva, que para las partes deriva de ese acto; finalmente puede entenderse a la adopción como un proceso. Por lo que es importante tener en claro el triple significado jurídico de la adopción, para poder determinar con posterioridad su naturaleza jurídica. Así concluye diciendo que la naturaleza jurídica de la adopción difiere, según nos refiramos a la adopción como acto, a la adopción como estado o a la adopción como proceso. La adopción como acto, es el acto voluntario lícito, familiar-procesal que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de filiación adoptiva. En cuanto a la adopción como estado, es un régimen legal al cual los padres adoptantes y los hijos adoptados, se someten como consecuencia del acto jurídico de guarda. En

cuanto a la adopción como proceso, es el conjunto de actos procesales, que tienen por fin el dictado de una sentencia de adopción. (pág. 11)

Por su parte Alonso se ha pronunciado estableciendo que la adopción es:

Una institución de derecho de familia mediante la cual una persona se integra plenamente en la vida de familia de otra persona/s, con los mismos efectos que produce la filiación biológica, extinguiéndose los vínculos jurídicos que el/la menor tenía con la familia anterior. (Alonso, 2010, pág. 25).

Benítez, (como se citó en Borda, 2002) expresa:

La adopción, por una parte, brinda protección al menor; por otra, da hijos a quien no los tiene de su sangre. Atiende a ambos aspectos, colma dos vacíos, salva dos obstáculos sociales: el de una niñez desviada o en trance de desviarse, y el de una paternidad frustrada o imposible (pág. 285).

En los países en los cuales la respectiva legislación, exige para la adopción no sólo la voluntad del adoptante, sino también el consentimiento del adoptado, se ha propagado la teoría de que es un contrato. Pero este punto de vista, criticado por una vasta doctrina nacional, no resiste el análisis. No se encuentran en ella las notas típicas de los contratos, como lo son la especulación y los cálculos de beneficio; como así tampoco adoptante y adoptado se encuentran en una relación de igualdad, todo lo cual es característico de los contratos. Por el contrario, entre ambos existe un *consortium*, es decir que sus intereses son coincidentes y no opuestos; existe entre ellos una comunión, no una concurrencia; lejos de desenvolverse sus relaciones en un plano de igualdad, estas relaciones están basadas en la jerarquía y la disciplina; sus derechos y obligaciones no están fijados por la voluntad de las partes sino que surgen de la ley. Diciendo finalmente el jurista citado, que en nuestro derecho positivo la concepción de la adopción como contrato, no tiene asidero posible y que la adopción es pues, una institución del derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la sentencia del juez, en virtud de la cual, se establece entre dos personas una relación análoga, a la que surge de la filiación matrimonial (Borda, 2002).

Por último, concluimos siguiendo a Alonso que la adopción es “Una institución de derecho de familia mediante la cual, una persona se integra plenamente en la vida de familia de otra persona/s, con los mismos efectos que produce la filiación biológica, extinguiéndose los vínculos jurídicos que el/la menor tenía con la familia anterior. (Alonso, 2010, pág. 25).”

#### 2.1.4. Adoptantes en el Código Civil y Comercial: Quiénes y cómo pueden adoptar

La cualidad y posibilidad del adoptante, en relación al nuevo sistema concebido legalmente para regular la adopción, subyace en los artículos del 599 al 606 del código civil y comercial. En función de lo dicho la regla general de enunciación sobre los requisitos e idoneidad del adoptante, se encuentra prevista por el artículo 599 ejusdem, que dispone:

El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona (...) Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente (...) En caso de muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad.<sup>28</sup>

El primer aspecto que entendemos merece ser destacado, es la determinación realizada por el legislador unificador en relación a las dos (02) formas bajo las cuales se puede llevar a cabo una adopción, siendo estas: a) la adopción conjunta familiar (por una pareja de cónyuges o de convivientes); y b) la adopción unipersonal.

La adopción llevada a cabo por parejas unidas en matrimonio ha sido el supuesto clásicamente apreciado a lo largo de la evolución del instituto in comento. Sin embargo, el factor novedoso radica en la posibilidad de que las uniones convivenciales instruyan y prosigan procesos de adopción. Posibilidad que se desprende del reconocimiento que el propio texto legal, ha realizado en la consagración de tal figura. Al respecto, Ruíz (2015) ha complementado, agregando que:

La unión convivencial es un nuevo instituto que se encuentra regulado en el título III del Libro Segundo ("Relaciones de familia"). En virtud de esta regulación, para constatar la existencia de esta unión se exige un plazo mínimo de 2 años de convivencia, con la facultad de celebrar por escrito un "pacto de convivencia" y la opción de inscripción de la unión convivencial en el Registro de Estado Civil a los fines probatorios. Asimismo, esta unión convivencial generará un derecho de asistencia y la posibilidad de atribución de un hogar "conyugal", además del reconocimiento del derecho de habitación del cónyuge supérstite. La unión convivencial en lo que se refiere a la adopción queda equiparada al matrimonio. (pág. 2)

---

<sup>28</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

Claramente observamos que la intención del legislador ha sido mantener la coherencia en su pretensión de solidificar los medios de conformación familiar previstos en el código; pues, ante el reconocimiento de las uniones convivenciales como una fuente de constitución familiar, lo jurídicamente consecuente, sería regular la posibilidad de que tales uniones intervengan legalmente en procesos de adopción, dando paso a su derecho de prolongación y expansión familiar. Todo ello como lo ha sostenido el autor precitado, dentro de los márgenes formales previstos en tal supuesto.

Para ambos casos, bien se esté en presencia de una adopción llevada a cabo por una pareja, o por una sola persona (en cumplimiento de los requisitos determinados por la ley), se dispone como una formalidad esencial, el requisito de la permanencia territorial (cinco -05- años de permanencia en la nación antes de la solicitud y sin discriminación de nacionalidad)”, y -además- la inscripción en el denominado “registro de adoptantes” (artículo 600 ejusdem<sup>29</sup>). Y en el mismo sentido se fijan criterios de idoneidad adoptiva, basados en referencias biológicas y cronológicas (la edad). Así, se considera que para poder adoptar: a) se debe ser, al menos, dieciséis años mayor que el adoptado, con excepción del supuesto denominado por la doctrina como la “adopción integrativa” (Ruíz, 2015); y b) quien no hubiere cumplido los veinticinco (25) años de edad, teniéndose como excepción, el mismo supuesto previsto en el caso analizado recientemente (artículo 601, literal “a” ejusdem<sup>30</sup>).

Unipersonalmente la adopción puede llevarse a cabo por un cónyuge o conviviente, si el otro está impedido de prestar su pleno consentimiento, a causa de una sentencia declarativa que lo considere como una “persona incapaz o de capacidad restringida”; o en el caso de que ambos se encuentren separados “de hecho” (artículo 603 ejusdem<sup>31</sup>). También se materializa una adopción unipersonal si uno de los cónyuges o convivientes fallece durante el lapso legal previsto para la concesión de la guarda del menor, caso en el cual se generan plenos vínculos filiatorios respecto de ambos integrantes (fallecido y sobreviviente), con sus correspondientes consecuencias registrales (artículo 605 ejusdem<sup>32</sup>). Quedan expresamente prohibidas las adopciones entre el ascendiente y el descendiente, así como entre hermanos y se dispone además como un caso de suspensión condicional de la capacidad de adoptar, el supuesto del tutor adoptante, quien sólo podrá acudir a tales instancias una vez que haya cumplido o se hayan extinguido naturalmente las obligaciones emergentes derivadas de la tutela.

---

<sup>29</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

<sup>30</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

<sup>31</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

<sup>32</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Todo ello en relación a las previsiones que el código unificado y en complemento de las consideraciones doctrinales, ha asentado respecto de las formalidades previstas para acudir a un determinado proceso de adopción. Sin embargo existe una situación o circunstancia sumamente puntual, que representa una trascendente modificación en el régimen que antecedió legalmente en materia de adopción. Se hace referencia, pues, a la prohibición legal destinada a suprimir la incidencia de la “guarda de hecho”.

## 2.2. Supresión de la guarda de hecho

El artículo 611 del referido código unificado, determina expresamente la prohibición de la guarda de hecho, con un singular énfasis en el marco de un procedimiento de adopción. Se establece, de tal modo que:

Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño (...) La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño (...) Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.<sup>33</sup>

De manera coincidente la doctrina en general, estima que es inexacta la redacción del artículo antes mencionado, habida cuenta de que el legislador, ha subsumido dos supuestos dentro de la conocida guarda de hecho, por lo que debe diferenciarse en: guarda delegada en escritura pública o acto administrativo; y la guarda de hecho propiamente dicha. La diferencia esencial, radica en el medio empleado por los progenitores (o, en definitiva, las personas que conceden la guarda), para hacer la entrega del niño, niña o adolescente. En el primer caso media la presencia de un acto de aparente legitimidad jurídica que con la entrada en vigencia del código unificado, es desprovisto de toda efectividad jurídico-familiar; y en el segundo caso la entrega se hace a través de mecanismos meramente fácticos.

Como consecuencia, se determina que puede el juez con competencia en materia de minoridad, retrotraer los efectos materiales de la entrega separando “transitoria o definitivamente” al niño de las personas que han recibido la guarda, teniéndose como única

---

<sup>33</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.



excepción, la suscitación de un procedimiento jurisdiccional en donde se compruebe la presencia de un vínculo de parentesco entre estos últimos y el menor.

No obstante, que resulta innegable la prohibición que el legislador ha realizado respecto de ambas situaciones, existen posturas doctrinales que sostienen la existencia de una posibilidad jurídica que convalide la entrega realizada bajo guarda de hecho. Así, pues, Bigliardi y Vallejos, (2016), sostienen que:

Si hacemos una interpretación estricta del cuerpo normativo, se infiere que de la redacción del legislador no existe una prohibición expresa en la admisibilidad de la guarda de hecho nacida al amparo de una entrega directa, es decir, nada obsta al Juez a convalidar dicha situación teniendo como premisa el mejor interés para el niño y conservando su centro de vida. (pág. 2)

Dicha posición, es una muestra más de la trascendencia del principio del interés superior del niño, niña o adolescente. Sin embargo, tomando en cuenta lo que ha sido dispuesto en el primer apartado del artículo 611 ejusdem, debemos considerar tal afirmación como osada, o por lo menos debatible, puesto que, al atribuir expresamente el legislador unas consecuencias “en caso de transgresión”, provoca efectos negativos que sólo pueden ser asumidos como la respuesta ante la presencia material y tangible de un precepto que no debe ser desconocido.

Al fin y al cabo se trata de la superación de una situación que ha aquejado a la comunidad científico-jurídica dentro de lo que ha sido la vigencia del derogado código civil, cuyos integrantes no encontraban una uniformidad de criterio bajo el cual operar en los supuestos en que se evidenciara una entrega fáctica o institucional de niños o adolescentes en guarda. Ello, en sí mismo es considerado un avance en la técnica legislativa y un progreso en el derecho de familias y de la niñez y adolescencia.

### **2.3. Diferentes tipos de adopción**

Cuando hablamos de la adopción debemos hacer hincapié en que la misma es el género de la institución, es decir, que existe una diversidad de formas en las que se representa la institución y que cada una de ellas tiene sus particularidades y diversos efectos. Sin embargo en todos los tipos de adopción debemos atender como uno de los elementos a tener en consideración, lo que se refiere al interés superior del niño, pues como lo hemos venido mencionando, es el principio rector en todo tipo de procedimiento donde pudieran verse vulnerados o tutelados los derechos del niño.

Al hablar de la adopción resulta pertinente indicar que existen entre los tipos de adopción, la denominada adopción simple, plena, de integración e internacional, cada una con una serie de requisitos y particularidades que deberán cumplirse al momento de ser solicitadas. En este sentido, ha manifestado Petrillo (2016), que a diferencia de lo que se ha venido estableciendo existen cuatro tipos de adopción, que vienen a considerarse como las de niños, la adopción de un mayor, la de integración y las adopciones internacionales.

Atendiendo a los efectos, resulta de mayor importancia el estudio de la adopción por integración y de la adopción internacional, siendo que la primera es uno de los avances más novedosos en el Código Civil y Comercial de la nación, el cual contempla esta posibilidad no asumida en las normas anteriores y la adopción internacional siendo que siempre ha tenido sus puntos controversiales, surge entonces la necesidad de estudiarla a la luz del principio directriz del interés superior del niño.

### **2.3.1. Adopción por integración**

En la ocasión en que hablamos del tipo de adopción denominada por integración, resulta sustancial indicar, que la misma es la que se produce cuando uno de los cónyuges desea por algún motivo dar su apellido al hijo del otro, es decir, pretende hacer una especie de reconocimiento, en virtud de la vida en común que viene teniendo con el cónyuge con el cual ha mantenido una relación sentimental y en razón del afecto que ha desarrollado a favor del pretense adoptado.

En este aspecto, resulta pertinente, traer a colación lo expuesto por Méndez (2016), quien ha manifestado que:

...la adopción de integración es la que se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente (art. 620 tercer párrafo). Una de las características de este tipo de adopción es que siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante (art. 630).

La particularidad de la adopción de integración es que puede ser concedida con los efectos propios de la adopción plena o simple, dependiente de cada caso en particular. (pág. 8)

Atendiendo a lo supra mencionado, consideramos relevante destacar que la adopción de integración goza de varios elementos cómo lo son, a saber:

- Cónyuges o convivientes, al hablar de los cónyuges o convivientes, nos referimos a la existencia de un matrimonio o unión convivencial, en donde uno de ellos tenga plena patria potestad sobre el pretense adoptado y que pueda prestar su consentimiento para que se ejecute un hipotético procedimiento de adopción a favor del menor.
- Voluntad del cónyuge o conviviente solicitante. Tal como lo hemos indicado, uno de los elementos primordiales, por no decir el más importante para que tenga nacimiento el procedimiento de adopción de integración, es la voluntad o el interés del cónyuge o conviviente no padre, por cuanto, si este no tiene en sí ese deseo de adoptar al menor, mal puede proceder un procedimiento de adopción de esta naturaleza.
- Mantenimiento de los vínculos filiatorios. Cuando se hace referencia a la manutención de los vínculos filiatorios, se habla en primer lugar de los vínculos respecto al cónyuge con el que convive y en segundo lugar con la posibilidad legalmente establecida que el niño mantenga la relación de unión con su familia de origen y en consecuencia se continúen los lazos filiatorios.
- Puede tener los efectos de la adopción plena o la simple. Considerando el vínculo filiatorio que una al niño con sus progenitores, siendo que este sea doble o sea único, corresponderá al tribunal determinar de conformidad al principio del interés superior del niño que es lo más conveniente, siempre que el vínculo filiatorio sea doble, y en razón de cumplirse estas circunstancias decidir sobre los efectos de la adopción.

Ahora bien, de igual modo, ha reiterado Méndez (2016), que la norma guarda la previsión que cuando el adoptado únicamente detente un solo vínculo de filiación, es decir, cuando sólo tenga vínculo con el progenitor que ha adquirido nuevas nupcias, se producen los efectos de la adopción plena. Sin embargo, cuando el adoptado tenga una doble relación de filiación, los efectos que surtirá la adopción de integración son distintos y se entenderá que son los efectos de la adopción simple o plena conforme el órgano jurisdiccional lo determine, siempre atendiendo como norma rectora al principio del interés superior del niño.

Atento a lo que hemos venido estudiando respecto de la institución jurídica de la adopción como mecanismo legal para suplir la ausencia de progenitores y otorgar el acceso a una familia a un niño, resulta adecuado señalar que es la adopción de integración una figura novedosa. Ello, por cuanto permite que el cónyuge que contrae nupcias, pueda adoptar al hijo del otro cónyuge como si fuera nacido de una relación entre ellos, siendo muy valioso resaltar, que el elemento más llamativo o más destacado, es la capacidad que tienen los niños

de intervenir en el procedimiento, manifestando su opinión y teniendo que considerarse ésta antes de cualquier acción. De igual modo, se da preponderancia al interés superior del niño, cuando se le exige al órgano decisorio considerar que es lo que más conviene para determinar los efectos que se le van a otorgar a la adopción.

Respecto a los efectos de la adopción de integración, pensamos que es importante citar lo expuesto por Herrera (2015) que establece:

Tratándose de la adopción de integración, que ahora tiene su regulación específica y será motivo de análisis en el art. 631 CCyC, es dable recordar que se deja de lado la disposición que establecía que siempre debía ser conferida con carácter simple, pudiendo serlo plenamente si eso hace al mejor interés del hijo adoptivo. Nuevamente se muestra aquí que la multiplicidad de adopciones no condiciona los efectos con que se conceden las ulteriores, sino que lo relevante será la determinación de vínculo jurídico entre todos los hijos de los padres adoptivos, con los alcances que correspondan según las circunstancias de cada uno (p.381).

En consideración a lo expresado por los autores anteriormente referidos, estimamos importante resaltar, que la institución de la adopción de integración viene a ser uno de los mecanismos surgidos de la institución jurídica de la adopción, que le dan mayor cantidad de beneficios al niño. Ello por cuanto se le reconocen los derechos obtenidos de sus progenitores de origen y se le otorgan los nuevos derechos y deberes provenientes del adoptante, en este caso, estos derechos quedan supeditados a causa de la decisión que deberá dictar el organismo correspondiente.

### **2.3.2. Adopción Internacional**

En lo que respecta a la adopción internacional muy poco se habla en la norma jurídica vigente, siendo que en gran medida existe un alto grado de regulación del instituto jurídico de la adopción, sucediendo que en la mayoría de los casos por no decir que en la totalidad de los supuestos en los que se acude a ésta institución, es para poder brindar tutela a los derechos del niño, niña o adolescente, buscando la plena satisfacción de su interés superior y a la par poder tener un control sobre los postulantes para la obtención de tal derecho. La norma jurídica vigente contenida en el Código Civil y Comercial de la nación ha contemplado que para poder adoptar las personas extranjeras, deben tener una residencia prolongada en el territorio nacional, en virtud de lo cual puede evidenciarse que difícilmente el criterio del Estado Argentino es el de permitir las adopciones internacionales. Sin embargo, al ser esta institución parte de los acuerdos suscriptos por el Estado, podemos decir que se conoce su

existencia, más su aplicación en la práctica es muy restringida al menos en el territorio argentino.

Atento a las restricciones para adoptar, respecto de los extranjeros, ha establecido Herrera (2015), lo siguiente:

Los fundamentos de esta restricción para los adoptantes de origen extranjero deben buscarse en las dificultades que plantean los pretendientes adoptantes nacionales de acceder a este instituto —tema que no se reduce a que no existen niños en situación de ser adoptados, sino más bien a que los que se encuentran en condiciones, son generalmente de más edad que las aceptadas por los adultos inscriptos, o con historias de vida sumamente difíciles— sumado a la postura que sostuvo que los ciudadanos argentinos no estaban incluidos en la prohibición de las adopciones internacionales no admitidas por nuestro país, conforme la reserva efectuada al art. 21, incs. b, c y d CDN (según art. 2° de la ley 23.849) (p. 386).

Tal como surge del desarrollo que antecede, podemos corroborar que respecto a los extranjeros y aquellas personas que no se encuentren residiendo actualmente en el territorio argentino, existe una limitación para asumir el procedimiento de adopción legalmente establecido, ello a los fines de precaver que el procedimiento de adopción iniciado sea con finalidades fraudulentas o perjudiciales para los niños, en razón de lo cual como hemos venido expresando se considera con preeminencia el interés superior del niño sobre el de los adoptantes internacionales y el procedimiento de adopción internacional sobre nacionales, tal como se evidencia ut supra.

### **Conclusión parcial**

En virtud del desarrollo y análisis del presente capítulo y en concordancia con la prestigiosa doctrina a la que hicieramos referencia, expresamos las conclusiones a las que arribamos. En cuanto a la estructura legislativa de la adopción, el nuevo código sigue la postura de la ley 24.779 de 1.997 que introduce la regulación de esta figura en el nuevo plexo normativo, lo que consideramos al igual que la doctrina citada como una técnica legislativa apropiada y conveniente, la cual no ha sido objeto de críticas por la doctrina en general. Por otro lado en cuanto a la definición de adopción que nos brinda el C.C.C.N. coincidimos con la postura legislativa, la que es seguida también en la legislación comparada.

Respecto a los aspectos relevantes del Nuevo Código Civil y Comercial en materia de derecho de familia, concluimos sin dudas que se trata de la llamada constitucionalización

del derecho privado, la cual consiste en una decisión de política legislativa peculiar y de avanzada que brinda tutela a la persona humana a través de los derechos contenidos en las Declaraciones y Tratados internacionales con jerarquía constitucional, conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

En cuanto a las modificaciones realizadas en el derecho de familia por medio del Código Civil y Comercial de la Nación, las consideramos absolutamente trascendentes, fundamentalmente las reformas suscitadas en torno al instituto de la adopción las que han redimensionado su naturaleza y finalidad.

En este sentido, el interés superior del niño constituye el principio de interpretación por excelencia en cualquier decisión que se tome respecto de un niño, niña o adolescente. El mismo es considerado como eslabón fundamental en todas las cuestiones referentes a la niñez. Este principio fundamental se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales, como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, a los cuales la República Argentina les ha concedido jerarquía constitucional mediante el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna, por lo tanto se hace de obligatorio cumplimiento en el orden interno argentino. En consecuencia, acatando el mandato constitucional los legisladores se avocaron en la creación de nuevos cuerpos legales, así como la incorporación del tema al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Fijando de esta manera criterios que deben ser examinados para tomar cualquier decisión que tenga relación con niños, niñas y adolescentes.

En cuanto al instituto de la adopción, esbozamos el conjunto de críticas científico-jurídicas que incentivaron el proceso de reforma, las mismas fueron realizadas por tres sectores diferentes: el sector de adoptantes, quienes acusaron la presencia de un marco legal excesivamente formalista, que hacía dificultoso y desalentador el trámite de un proceso de adopción; el sector de los académicos, que sostenía la transgresión sistemática de los más depurados principios que regulaban dicho tópico en el derecho internacional; y por último el sector social que aludía a la burocratización del proceso de adopción.

Prosiguiendo con lo desarrollado y respecto a la naturaleza jurídica de la adopción, consideramos que es de toda necesidad precisar la misma, ya que ésta nos indicara cuál es su razón de ser, su finalidad, quienes son sus sujetos y sus exigencias jurídicas. Siguiendo a la

doctrina citada en su momento y apartándonos de la teoría de la adopción como contrato como lo hace la totalidad de la doctrina civilista argentina, concluimos que la adopción es una institución del derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la sentencia del juez, en virtud de la cual, se establece entre dos personas una relación análoga a la que surge de la filiación por naturaleza.

Prosiguiendo con el análisis del capítulo que nos ocupa, en cuanto a quiénes y cómo pueden adoptar en el nuevo código unificado, visualizamos las modificaciones que se llevaron a cabo en lo atinente a los requisitos para ser considerado adoptante.

Expusimos que se podía adoptar conjuntamente o de forma unilateral. Así mismo también expresamos las condiciones biológicas (la edad), las condiciones de territorialidad y temporalidad (tiempo de permanencia), además de las prohibiciones expresas de adopción como es el caso de los ascendientes con pretensión de adopción de los descendientes y entre hermanos.

En última instancia ponderamos la supresión que realizó el código unificado respecto de la guarda de hecho, incluyendo en tal supuesto, tanto la realizada en escritura pública o acto administrativo como la guarda de hecho strictu sensu. En dicho tópico manifestamos las posiciones que aducían la concreta posibilidad de convalidar tales actos, sin embargo en nuestra opinión ello es incompatible, tomando como principal argumento las consecuencias jurídicas a la transgresión de tal precepto.

## **CAPÍTULO III: ASPECTOS GENERALES SOBRE EL PROCESO DE ADOPCIÓN**

### **INTRODUCCIÓN**

En el presente capítulo analizaremos los aspectos generales sobre el proceso de adopción, en virtud de lo establecido por el Código Civil y Comercial.

En particular, haremos referencia al aumento de los plazos establecidos para que se concrete la adopción, lo que necesariamente afecta la celeridad del proceso tornándolo más lento y aparejando como lamentable consecuencia, la vulneración de manera directa del interés superior del niño resultando éste en el tema que nos ocupa, su derecho a ser adoptado, a crecer y desarrollarse en el seno de una familia adoptiva, cuando penosamente esto no pudo lograrse en la familia de origen.

#### **3.1. La adopción en la ley argentina en términos de celeridad y la vulneración del Interés Superior del Niño**

Iniciamos el tratamiento del presente capítulo considerando la división doctrinaria que ha generado la regulación del instituto de la adopción en términos de celeridad y operatividad. Por una parte, un vasto sector de la doctrina en la materia sostiene que la regulación jurídica de la adopción comprende sólo dos procesos judiciales, por un lado, el proceso de declaración judicial del estado de adoptabilidad, contemplado en el Título VI, Capítulo 2 (del Art.607 al Art. 610) del C.C.C.N. y por el otro lado, el proceso de adopción propiamente dicho, previsto en el mismo Título VI, Capítulo 4 (del Art. 615 al Art. 618), mientras considera que la guarda con fines de adopción no se trataría de un proceso judicial, sino pues de una figura que tiene por fin poder evaluar cuál ha sido el vínculo o lazo afectivo que se ha logrado entre el adoptado y los pretendientes adoptantes durante el periodo de tiempo determinado de guarda que establece la legislación.

Dentro de esta postura doctrinaria, entre otros juristas destacados, se enrola Marisa Herrera, autora a la cual que seguiremos en el desarrollo del punto que nos ocupa. Circunscribiéndonos en particular a la declaración judicial del estado de adoptabilidad, nuestro nuevo Código unificado incorpora como requisito y de manera previa a la adopción, la declaración de estado de adoptabilidad respecto de las personas menores de edad no emancipadas, siendo el fin de este proceso establecer si el niño se encuentra o no en condición de ser dado en adopción. Este proceso de declaración de adoptabilidad fue



mayoritariamente aceptado tanto por la doctrina especialista en la materia como por la jurisprudencia, aunque no estuviera expresamente contemplado en el Código de Vélez (Herrera, 2015).

A los fines de lograr una mayor comprensión del tema bajo desarrollo, estimamos pertinente transcribir el artículo 607 de nuestro C.C.C.N. el cual establece:

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento. c) las medidas excepcionales 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 ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.<sup>34</sup>

Prosiguiendo con Herrera (2015) nos indica que del artículo ut supra expuesto surgen tres presupuestos fácticos, los cuales una vez comprobados por el juez lo habilitan a declarar el estado de adoptabilidad, revistiendo ésta declaración el carácter de requisito fundamental para dar paso al proceso de adopción propiamente dicho como último recurso cuando la satisfacción de las necesidades materiales, afectivas y espirituales del menor no pueden ser cubiertas por su familia de origen.

Los mencionados presupuestos fácticos- jurídicos que pueden dar lugar a la mencionada declaración de estado de adoptabilidad, importan verdaderos supuestos de vulneración de

---

<sup>34</sup> Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

derechos de niños, niñas y adolescentes que hacen necesario que sean analizados en un proceso especial y autónomo.

La autora nos ilustra que en el marco de esta regulación legislativa, es el organismo administrativo de protección con control jurisdiccional, el responsable y encargado de tomar la decisión de si el niño es separado de su familia de origen, para luego ser insertado en algún ámbito de protección de modo transitorio hasta que se tome la decisión definitiva de si regresa con su familia de origen, o ingresa a una nueva familia a través del proceso de adopción. Diferenciándose conforme a la organización jurisdiccional que adopte cada provincia al respecto, sucediendo que en virtud del principio de concentración regulado en el inc. a) del artículo 609 del Código Civil y Comercial, que sea el mismo juez interviniente en el control judicial de legalidad de las medidas excepcionales, siendo estas la separación del niño de su grupo familiar de origen, el que deba continuar entendiendo en el proceso de declaración de la situación de adoptabilidad (Herrera, 2015).

Por lo expresado ut supra, para este sector doctrinario con el nuevo C.C.C.N. se acortan los plazos de la adopción permitiendo formar familias a personas que antes no podían hacerlo, por una parte la reducción del límite del periodo de guarda a 6 meses y por otra parte la reducción del plazo para dictar el estado de adoptabilidad, permite sin lugar a dudas que se agilice el proceso de adopción.

Continuando con el análisis de la división doctrinaria que ha generado el tema en tratamiento, otro importante sector de la doctrina sostiene que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, por el contrario hace más tardío, más lento el proceso de adopción debido a que la regulación del instituto por el nuevo Código unificado ha incorporado nuevos procesos, vulnerando de esta manera el derecho del niño a crecer y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde los medios necesarios para su desarrollo físico, psíquico y espiritual, cuando esto no ha podido ser logrado en la familia de origen.

Dentro de este sector doctrinario y sólo a modo de ejemplo mencionaremos algunos de los autores que adhieren a esta postura, tales como Ursula C. Basset, Graciela Medina, Julio Cesar Rivera, entre otros destacados exponentes en materia de derecho de familia.

En este sentido y siguiendo al respecto a Basset (2014), la autora nos indica que el proceso adoptivo previsto en el nuevo Código unificado tiene como notas distintivas una mayor burocratización del sistema y el aumento de los procesos necesarios para lograr la adopción, lo cual provoca en consecuencia una extensión y dilación de los plazos.

De éste modo, el nuevo proceso de adopción está integrado por tres juicios donde ninguno de ellos tiene prevista la vía sumaria ya que se tramitan por la vía ordinaria, en primer lugar el juicio de adoptabilidad, en segundo lugar el juicio de guarda y por último el juicio de adopción propiamente dicho, a ello deben adicionarse los trámites administrativos que prevé la legislación.

Por lo tanto a la luz de la normativa en vigor y supeditado a la celeridad de los trámites jurisdiccionales y administrativos, un juicio de adopción en la actualidad podría provocar:

- Costos significativos para los adoptantes que resultarían de tres juicios y sus respectivos honorarios, lo que podría llevar al desistimiento de la adopción por parte del adoptante de clase media o de clase media baja deseoso de brindar amor y protección a través de la institución de la adopción.
- Que el juicio de adopción tenga una duración mínima de tres a cuatro años, dependiendo de la celeridad del juzgado interviniente.
- Y por último la consecuente institucionalización de los menores sin que se cuente con la previsión de herramientas de controles periódicos, como sucede en el Derecho comparado donde por ejemplo, la Ley Brasileña establece controles cada seis meses.

Importando así, que bajo el actual sistema el menor vivirá necesariamente una experiencia temprana de institucionalización, la que podría durar un plazo indeterminado y por ende prolongado, provocando de este modo que el niño no tenga efectivamente el estado de hijo antes de los tres o cuatro años. Ello habida cuenta de la rapidez con que el organismo administrativo de aplicación y el Juzgado tramiten las causas, siendo importante que recordemos que los tribunales de familia se encuentran en la actualidad por lo general colapsados, lo cual hace muchas veces que la celeridad requerida no sea posible. En consecuencia con esta nueva regulación legislativa todo niño forzosamente sentirá una institucionalización prematura, la cual podría prolongarse por un tiempo indefinido.

Continuando con Ursula Basset (2014) sostenemos que los cambios legislativos son incompletos, pero con la convicción de que tratándose de una institución de trascendental importancia como lo es la adopción por su propia razón de ser, la modificación legislativa está impregnada de buenas intenciones.

La base de dificultad de la temática reside, por un lado en lograr mecanismos que sean hábiles para que la niñez en situación de vulnerabilidad pueda encontrar una familia que le brinde la protección necesaria que su particular situación exige, por otro lado reside también,

en reintentar la vinculación con la familia de origen y en el inevitable paso del tiempo que atenta contra el menor y la plenitud de su desarrollo en sentido amplio.

Continuando de la mano de Basset (2018) la catedrática considera que el mayor obstáculo a la adopción, lo constituyen los plazos comprometidos en el proceso administrativo-judicial que implica la adopción. Es así que partir del nacimiento de un niño, sus padres cuentan con 45 días para tomar la decisión libre e informada respecto de su posible entrega en adopción. Con posterioridad transcurre un plazo de 180 días en un esfuerzo de que el niño permanezca con su familia de origen, una vez vencido éste plazo entonces recién se dicta la condición de adoptabilidad. La que debe ser comunicada al juez, el cual a su vez dispone de un lapso de 90 días para expedirse al respecto, requiriendo la sentencia que dicta, que se remitan al juzgado los legajos que hayan sido seleccionados por el registro de adoptantes, esto en un plazo de 10 días. Desde allí sobrevienen una serie de instancias judiciales para que recién el juez pueda dictar la sentencia de guarda con fines de adopción, para la cual si bien no existe un plazo establecido para ello, resulta difícil concebir que se puedan concluir en un lapso inferior a 150 días. Es por lo expuesto, que si sumamos hasta aquí todos los lapsos de tiempo que en teoría se encuentran involucrados, ya han transcurrido nada más y nada menos que 475 días. Después de otorgada por el juez la guarda, ésta se extiende por 180 días más, transcurridos los cuales se inicia el juicio de adopción propiamente dicho, que tampoco cuenta con un plazo establecido. Si partimos de una base de 120 días, una simple suma matemática nos indica que ya han transcurrido 775 días de trámites judiciales, siendo esto un periodo de tiempo que se vuelve interminable, tanto para el menor que espera por una familia como para los futuros padres adoptantes. Todo ello sin contar los trámites administrativos que los pretendidos adoptantes han debido realizar, como por ejemplo la inscripción en el Registro Único de Adoptantes (Ruagra) y la asistencia obligatoria a cursos de formación de padres adoptivos.

Resaltamos que todos los plazos expresados anteriormente son simplemente teóricos, ya que no están contempladas las dilaciones producidas entre otras cuestiones por huelgas, desinfecciones, ferias judiciales etcétera, las que vendrían a sumarse a la reconocida lentitud de la justicia, mostrando de este modo que la simple realidad hará que los plazos se extiendan aún más.

A modo de concluir con el presente capítulo y continuando con la autora antes citada, podemos decir que en virtud de la regulación del C.C.C.N. la adopción en nuestro país será más difícil y que el proceso será más lento y más costoso, no siendo previsible que en el

corto plazo la nueva legislación resuelva los inconvenientes que plantea la adopción en nuestro país.

Pero tal vez este sea el punto de partida de una comisión interdisciplinaria plural, que pueda, sobre la base de las experiencias reunidas, repensar socialmente que destino y que regulación queremos darle a la niñez expuesta o desamparada, en armonía con las demás formas de filiación y cuidado que van emergiendo en el derecho. (Basset, 2014, s/p).

A manera de dar un mayor sustento a lo expuesto precedentemente, consideramos relevante analizar el cuadro gráfico-explicativo sobre el tema en cuestión, desarrollado por Ursula C. Basset (2014), el cual incorporamos en el Anexo I del presente trabajo.

### **Conclusión parcial**

En referencia a lo desarrollado en el presente capítulo, concluimos que la regulación de un procedimiento tendiente a determinar a un niño, niña o adolescente en condición de adoptabilidad es un acierto que presenta el nuevo Código Civil y Comercial. Lo cual procura el despacho de la adopción y así mismo el aspecto vinculado a su prolongación, respecto del cual tuvimos oportunidad de comprender y analizar en las dos grandes divisiones doctrinarias sobre el tema.

La primer posición doctrinaria que expusimos, considera que la regulación jurídica de la adopción comprende sólo dos procesos judiciales, por un lado el proceso de declaración judicial del estado de adoptabilidad, y por el otro lado, el proceso de adopción propiamente dicho y que la guarda con fines de adopción que no se trataría de un proceso judicial sino pues de una figura, que tiene por fin poder calificar cuál ha sido el vínculo afectivo que se ha logrado conquistar entre el adoptado y los pretendientes adoptantes durante el periodo de tiempo determinado que la legislación prescribe para la guarda, en conclusión para este sector el nuevo cuerpo normativo torna más ágil el proceso de adopción. En esta primera postura referenciada se señalan también las diferentes situaciones jurídico-fácticas que pueden dar lugar a la declaración judicial del estado de adoptabilidad, siendo todas éstas situaciones de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, que ameritan ser indagadas en un proceso especial y autónomo. La segunda postura doctrinaria en contrario que analizamos, sostiene que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, hace más tardío, más lento el proceso de adopción, debido a que la regulación del instituto por el nuevo Código unificado ha incorporado nuevos procesos, 1- el de estado de adoptabilidad, 2- el de guarda y 3- el de

adopción; vulnerando de esta manera el derecho del niño a crecer y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde los medios necesarios para su desarrollo físico, psíquico y espiritual, de este modo el nuevo proceso adoptivo se caracteriza por una mayor burocratización y por la extensión de los plazos.

## **CAPÍTULO IV: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN**

### **INTRODUCCIÓN**

El desarrollo del presente capítulo tiene como finalidad precisar el interés superior del niño, ya que a éste se lo concibe como el principio primero y rector en todo asunto referente a

menores, especialmente en materia de adopción, institución destinada a proteger al menor en situación de vulnerabilidad, como así analizar el Sistema de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes en vinculación con el instituto de la adopción.

Su abordaje también tratara el interés superior del niño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también los estándares de la Convención de los derechos del niño en materia de adopción.

#### **4.1. El interés superior del niño**

Iniciamos el presente capítulo, dejando claramente establecido que el principio del interés superior del niño, es el principio primero, el principio rector, el cual indicara el norte a seguir en toda decisión que se tome en la cual se encuentren comprometidos niños, niñas o adolescentes. Especialmente este es el principio directriz en materia de adopción institución, protectora por excelencia de la niñez en situación de vulnerabilidad.

En este sentido es ineludible remitirnos a la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada el 20 de noviembre de 1.989 en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas, la cual a partir de la reforma Constitucional de 1.994 posee jerarquía constitucional conforme a lo prescripto por el Art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. Además, es dable destacar que la mencionada Convención ha sido la principal fuente de inspiración de nuestra ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, la cual fue sancionada el 28 de septiembre de 2.005 y promulgada el 21 de octubre de 2.005.

Al respecto y siguiendo en el presente tratamiento a Kemelmajer et al (2015) explican, que de conformidad con lo expresado por la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio del interés superior del 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. Al respecto, el primer párrafo de su artículo 3° 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”<sup>35</sup>

Ahora bien, el principal planteo que ha generado la normativa en cuestión, consiste en precisar que significa o que implica el interés superior del niño.

---

<sup>35</sup>Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989

Continuando con las autoras antes mencionadas, nos dicen que se han intentado varias definiciones al respecto, incluso la ley 26.061 en su artículo 3° pretende darle cierto contenido a este principio, disponiendo que consista en lograr:

la máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, para lo cual debe respetarse: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia [...] Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. (Kemelmajer et al, 2014, pág. 39)

También la autora que seguimos (Herrera, 2015), nos indica respecto al significado del tema en tratamiento, que la opinión consultiva N°17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica del Niño del 22 de agosto de 2.002, ha puesto de resalto que:

la expresión “interés superior del niño” consagrada en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.<sup>36</sup>

Para finalizar el presente apartado haremos referencia a la definición que respecto al interés superior del niño nos brinda Cecilia Grosman, la cual es citada por las autoras (Kemelmajer et al, 2015) así Grosman, en relación al significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia, indica:

El interés superior, como eje rector en materia de derechos humanos, de niños, niñas y adolescentes vendría a ser una directriz que cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, como así en el criterio a ser tenido en cuenta para la

---

<sup>36</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica del Niño. 22/08/2002 (párrafo 60)



intervención institucional, destinada a la satisfacción de los derechos de niños, niñas y adolescentes. (pág. 39)

## 4.2. El Sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y el Instituto de la adopción

Daremos inicio al desarrollo de éste tema, indicando en primer lugar qué es y cómo está conformado el sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Así Herrera (2015) nos indica que el Sistema de Protección Integral de Derechos creado por ley 26.061, es un andamiaje institucional clave para dar respuesta a las diversas situaciones que pueden dar lugar a la conculcación de derechos de niños, niñas y adolescentes. Tal como surge de lo dispuesto en el art. 32, con el cual comienza el título III dedicado a regularlo, éste Sistema se encuentra conformado por todos aquellos organismos gubernamentales y no gubernamentales que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas destinadas a la promoción, prevención, asistencia, protección y resguardo de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, podemos observar que este Sistema vendría a constituir una red interinstitucional de distintos niveles —nacional, provincial y/o municipal—. Es decir, un conjunto interactivo de entidades públicas y privadas dedicadas a la infancia, a la adolescencia y sus familias.

En primer lugar y de conformidad con otras disposiciones de la ley, el Sistema de Protección Integral de Derechos no sólo revaloriza el rol de los organismos administrativos, sino que también incorpora y visibiliza nuevos actores. Tal incorporación se observa en las llamadas oficinas, defensorías u organismos administrativos locales de protección de derechos, primer eslabón en la cadena de atención para lograr la efectiva satisfacción de estos derechos o rápida restitución si ellos son vulnerados mediante la ejecución de medidas de diferente entidad.

Desde éste punto de vista administrativo podemos distinguir dos planos de actuación: 1) aquellos que tienen la obligación de llevar adelante acciones positivas de carácter universal y 2) aquellos que indiquen las provincias y la Ciudad de Buenos Aires como organismos administrativos de protección de derechos (conf. art. 9º, decreto 415/2006).

Prosiguiendo con Herrera (2015) nos indica que en este contexto, el órgano judicial cumple un rol muy diferente al que ostentaba en el momento de vigencia de la ley 10.903, derogada por la misma ley 26.061. Así, el Poder Judicial—como integrante del Estado y garante último de los derechos de todas las personas—interviene ante la inacción o la actuación deficitaria o

incorrecta del poder administrador, para que en definitiva se logre el efectivo respeto de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Las medidas de protección integral de derechos son un recurso que la ley otorga a los organismos administrativos designados para esta tarea, lo cual resulta hábil para dar respuesta y solución a una situación de amenaza y/o vulneración de los derechos de un niño, niña o adolescente.

Frente al amplio abanico de motivos y actores involucrados que pueden dar origen o motivar situaciones de riesgo o transgresión de derechos de un niño o adolescente, podemos diferenciar —al menos— tres ámbitos o niveles de intervención en los que operan las distintas actuaciones de los servicios u organismos administrativos de protección de esos derechos: a) interacción con las políticas públicas universales (arts. 4° y 5°, ley 26.061), b) dictado de medidas de protección integral propiamente dichas (arts. 33 a 38, ley 26.061) y c) dictado de medidas de protección excepcional (arts. 39 a 41, ley 26.061).

En este sentido podemos ver que la ley coloca en cabeza de organismos administrativos, los diferentes niveles de intervención y que sólo en su defecto o en un lugar secundario prevé la intervención judicial. En lo que respecta al rol de la justicia, en ciertas oportunidades sus intervenciones involucrarán la implementación de medidas de protección tendientes a orientar y reparar la acción u omisión de algún organismo gubernamental (escuela, centro de salud, oficina municipal, etc.), de manera que el niño, la niña o el adolescente acceda a los servicios y prestaciones, cuya omisión se transformó en una amenaza al disfrute, goce y ejercicio de sus derechos.

Esto se relaciona con la "exigibilidad judicial" de los derechos tanto civiles y políticos, en especial con los derechos económicos, sociales y culturales que se han desarrollado y consolidado en los últimos tiempos y que ha re conceptualizado el papel de la justicia ante carencias socioeconómicas, omisiones o abandonos desde la esfera estatal.

Con respecto a la adopción de medidas excepcionales y siguiendo a la autora antes mencionada, la misma finaliza el desarrollo de este tópico, precisando que, el nivel de intervención más complejo es el que involucra la adopción de medidas excepcionales que traen consigo la separación del niño de su grupo familiar de origen o con quien éste se encuentra conviviendo. Las medidas excepcionales constituyen otro recurso que la ley 26.061 concede a los organismos de protección de derechos ante circunstancias de gravedad, con el objeto de poner fin a una situación extrema de vulneración de derechos. Se tratan de medidas

de carácter restrictivo, las cuales deben ser dictadas por el menor tiempo posible y frente a la amenaza y/o vulneraciones extremas, como aquellas que afectan el derecho a la integridad psicofísica de los niños, niñas y adolescentes en el seno de su convivencia familiar y bajo ciertas circunstancias especiales.

La ley 26.061 establece algunas pautas de interpretación y utilización de las medidas excepcionales, justamente por la gravedad que implican —la separación de un niño de su familia— y brinda una serie de consideraciones que deben ser observadas, para mantener su legalidad y de ese modo restringir al máximo posible la temida discrecionalidad —en éste caso por parte de los organismos administrativos de protección integral de derechos—, al dictarlas.

Es entonces que todo acto de separación de un niño de su familia, constituye una injerencia estatal en su vida privada y familiar. Por lo tanto, para que ella sea legítima deben cumplirse ciertos requisitos, lo cual obliga a los organismos administrativos de protección de derechos a fundar y motivar la resolución administrativa que la ordena y a la justicia a ejercer el debido control de legalidad de la misma (Herrera, 2015).

De lo expuesto surge de modo indiscutible la estrecha vinculación existente entre el Sistema de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes y el concepto que sobre el instituto de la adopción nos brinda el Código Civil y Comercial en su artículo 594.

Provocando de este modo una mutación total en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes, lo cual nos conduce a entender de modo más acabado los profundos cambios que introduce el código unificado, en la regulación legislativa de la figura de la adopción.

Al respecto de manera sintética Silvia Fernández dice conforme lo referencian Kemelmajer et al (2015):

El efecto más trascendente de estas leyes es la mutación radical del modelo de intervención estatal vigente hasta entonces, el llamado patronato del Estado, edificado a partir de la concepción de la doctrina de la situación irregular, con el concepto de ‘riesgo’ como término de calificación para determinar la actuación jurisdiccional tutelar. Por el contrario, el nuevo cuerpo legal desde la doctrina de protección integral de derechos habilita la intervención estatal a partir de la noción de ‘vulneración de derechos’ del niño/adolescente, frente a la cual dispone la intervención de los organismos administrativos pertinentes creados por la norma, cuya misión es procurar el restablecimiento de derechos conculcados, con revisión judicial posterior en el caso de las medidas excepcionales de protección. (pág. 19)

Para finalizar el presente desarrollo, seguimos por considerar clara y precisa, la postura de Kemelmajer et al (2015) las cuales sostienen:

En definitiva, si el nuevo Código al estructurar el régimen adoptivo no se hubiera puesto a tono con el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, habría sido un sistema normativo que incumplía aquella ‘constitucionalización del Derecho de Familia’ como manda básica, fundamental y esencial para la edificación de todo el Libro Segundo. (pág. 27)

### 4.3. El Interés Superior del Niño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Una mirada amplia respecto de los conflictos que sobre la adopción han llegado hasta nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, nos permite sostener la envergadura y trascendental importancia del interés superior del niño en todas las decisiones adoptadas en la materia por nuestro máximo tribunal.

A continuación en forma escueta, indicaremos algunos de los precedentes más resonantes de nuestra Corte Federal, en los cuales se pone de manifiesto y de modo esencial el principio del interés superior del niño.

- CSJN, “S., C.”

En este caso se dijo que:

La atención principal al interés superior del niño a que alude el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de construirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.<sup>37</sup>

Así también que:

resulta totalmente desvirtuada la misión, específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente valorar. En efecto, no

---

<sup>37</sup>CSJN, “S., C.”, L.L.2006-B-348, L.L., 2005-D-873. 2/882005

es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en el sub lite a fin de precisar si correspondía o no rechazar la guarda preadoptiva de la menor, y declararla en estado de patronato, por imponerlo así la conveniencia para ella, y su <<interés superior>>.<sup>38</sup>

- CSJN, “M., M. M. de L. y otros s/Guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. *Cuad. de apelación de medida cautelar*”

Aquí se expuso que:

En procesos en que está en juego el “interés superior del niño” resulta vital que la mesura y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la magistratura judicial como de quienes instan y hacen a dicha situación, de modo que se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa o indirectamente, más en forma ineludible, sobre la integridad del menor que se intenta proteger.<sup>39</sup>

- CSJN, “G., H.J. y otra”

Aquí se dijo –reiterándose lo expresado en otros precedentes- que:

La verdad biológica no es valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño.<sup>40</sup>

- CSJN, “A., F.”

En este caso, se dijo que:

A fin de satisfacer el interés superior del niño, más allá de las consideraciones de origen jurídico, existen dos extremos relevantes para la búsqueda de respuestas. Por un lado, la adecuada apreciación de las especiales circunstancias fácticas y por el otro, la producción y evaluación serena de los informes de los equipos técnicos realizados a partir del trabajo con el menor, con el propósito de valorar el riesgo que la modificación de emplazamiento del niño le pudiese provocar.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup>CSJN, “S., C.”, L.L.2006-B-348, L.L., 2005-D-873. 2/882005

<sup>39</sup>CSJN, “M., M. M. de L. y otros s/Guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. *Cuad. de apelación de medida cautelar*”, L. L. 2007-F-81 y D. J. 2007-3-534. 04/09/2007

<sup>40</sup>CSJN, “G., H. J. y otra”, J. A. 2008-II-19. 19/02/2008

<sup>41</sup>CSJN, “A., F.”, L. L. 2007-B-686. 13/03/2007

#### 4.4. Estándares de la Convención de los Derechos del Niño en materia de adopción

Consideramos necesario a los fines de concluir el presente capítulo y tomando como base la exposición y desarrollo que hicieramos en los anteriores capítulos, indicar los estándares que en materia de adopción surgen de la Convención sobre los derechos del niño, es decir la serie de principios que deben regir cuando sea necesario dar a un niño en adopción.

Esta Convención internacional ha sido ratificado por la mayor cantidad de países del mundo, por lo tanto, los países que se constituyen parte de este tratado y admitan la adopción, siempre velarán por proteger el interés superior de niño, además de:

- a) Cuidarán que la adopción sea consentida por el organismo correspondiente, los cuales deberán seguir los procedimientos y requerimientos legales;
- b) Aceptarán la adopción en un diferente país, siempre y cuando en el país de origen se hayan agotado las vías;
- c) Cuidarán que el niño disfrute de la misma protección en el país al cual será adoptado con respecto al país de origen;
- d) Aplicarán todas las medidas necesarias para certificar que la adopción no sea objeto de financiamiento ilícito para los sujetos participantes, en el supuesto de que sea una adopción en otros estados;
- e) Fomentarán lo consagrado en este artículo, mediante tratados internacionales, ya sea bilaterales o multilaterales, y propondrán que la adopción en otros países se realice mediante los organismos correspondientes.<sup>42</sup>

De esta manera, y según (Ayago, 2000) en la actualidad se concibe a la adopción como:

Un recurso de protección para aquellos niños que no pueden permanecer en su propia familia. Para que se cumpla este objetivo, los Estados deben arbitrar todos los mecanismos necesarios para garantizarle al niño unos padres capaces de asegurar las atenciones propias de la función parental.

#### **Conclusión parcial**

El análisis de lo expuesto en cada uno de los puntos precedentes del presente capítulo, nos permite estar en condiciones de arribar a las siguientes conclusiones.

---

<sup>42</sup>Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989.

En primer lugar, concluimos que el principio del interés superior del niño es el principio primero y rector el que indicara el norte a seguir en toda decisión que los operadores administrativos y de justicia deben tomar en todos los supuestos que en que se hallen involucrados los menores, permitiéndonos comprender su trascendental importancia. Así Kemelmajer et al (2015) nos indican que, de conformidad con lo expresado por la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio del interés superior del 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.

En segundo lugar concluimos también, tomando como referencia y siguiendo al respecto a la doctrina consultada que el "Sistema de Protección Integral de Derechos" creado por ley 26.061, es un andamiaje institucional clave para dar respuesta a las diversas situaciones que pueden dar lugar a la conculcación de derechos de niños, niñas y adolescentes y que se trata de un conjunto interactivo de entidades públicas y privadas dedicadas a la infancia, adolescencia y sus familias, de donde allí deviene su inexorable relación con la adopción como figura de protección de la niñez en situación de vulnerabilidad.

Concluimos también que en virtud del carácter de principio directriz que ostenta el principio del interés superior del niño, este se haya presente en todos los pronunciamientos que sobre conflictos de adopción han llegado a nuestra Corte Federal, poniendo de manifiesto la inexorable vinculación que existe entre los pronunciamientos de nuestra Corte Suprema de Justicia en materia de adopción y el interés superior del niño.

Por último, concluimos celebrando y reconociendo la suma importancia que tienen los estándares que en materia de adopción, surgen de la Convención de los derechos del niño, ya que significan la serie de principios que deben seguir los países del mundo que han ratificado esta Convención Internacional, cuando sea necesario dar a un niño en adopción.

## **CONCLUSIONES FINALES**

A lo largo del presente trabajo hemos abordado el instituto de la adopción donde realizamos su análisis etimológico, para luego a luz de la prestigiosa doctrina expuesta en la materia arribar a su definición como punto de partida para comprender cabalmente al instituto, así expusimos que la adopción es la institución jurídica de protección de niños, niñas y adolescentes que crea una relación análoga a la filiación por naturaleza. Además explicamos que a lo largo del tiempo el concepto de adopción estuvo circunscripto a la realidad histórica,

social y política del momento, por ello hicimos referencia a su evolución histórica en donde sus antecedentes se pierden en el más remoto pasado, algunos pasajes bíblicos demuestran su práctica entre judíos y egipcios (Génesis, XLVIII,5; Éxodo, II,10). En la antigüedad la adopción tuvo otros motivos y finalidades distintas a las que tiene en la actualidad la adopción en nuestro ordenamiento jurídico, en la antigüedad básicamente los motivos fueron de índole religiosa, en donde se trataba de incluir en las familias que no habían logrado tener descendencia a personas que pudieran proseguir el culto y costumbres familiares, al respecto analizamos la adopción en el Derecho Romano, en el antiguo Derecho Español y por último en antiguo Derecho Germánico, Analizamos también los antecedentes legislativos nacionales de la adopción, éstos se encuentran básicamente en las leyes 13.252, 19.134 y 24.779.

Por su parte la ley 13.252 de 1.948 incorporó a nuestro derecho positivo a la adopción simple, conservando la relevancia histórica de ser la primera normativa en materia de adopción ante el silencio del Código Civil al respecto, atento a que Vélez Sarsfield no incluyó la institución de la adopción por considerarla ajena a nuestras costumbres. Le sigue en el devenir histórico la Ley 19.134 del año 1.971 la cual deroga a su antecesora, mantiene a la adopción simple e incorpora la figura de la adopción plena y con más de veinticinco años de vigencia, posteriormente es derogada por su sucesora la Ley 24.779 de 1.997 que tuvo el mérito de incorporar al instituto de la adopción al entonces vigente Código Civil de Vélez en el Título IV, de la Sección Segunda Libro Primero, pero mantuvo los lineamientos de la derogada ley 19.134, en cuanto admite la adopción plena y la adopción simple. En la ley 24.779 el proceso de adopción quedó estructurado en dos etapas, primero el otorgamiento de la guarda del menor con fines de adopción y la segunda parte se refiere a la adopción propiamente dicha.

También desarrollamos la estructura legislativa de la adopción y su concepto en el nuevo código unificado, respecto a lo estructural de la figura el nuevo Código conserva el tratamiento y regulación de la adopción dentro de su cuerpo normativo, siguiendo de este modo la postura de ley 24.779 de 1.997 que introduce la figura y regulación de la adopción en el derogado Código Civil, ya que las dos leyes nacionales en la materia la ley 13.252 y la ley 19.134 normaron la adopción por fuera del entonces Código Civil de Vélez. De esta manera de forma acertada y elogiada por la doctrina en su conjunto, se continua con la estructura legislativa que inauguro la ley de 1.997, regulando todo lo atinente a la adopción en el Libro Segundo” Relaciones de Familia” Título IV –Adopción, a su vez éste se encuentra dividido en seis capítulos, Capítulo 1- Disposiciones generales, Capítulo 2- Declaración



judicial de la situación de adoptabilidad, Capítulo 3- Guarda con fines de adopción, Capítulo 4- Juicio de Adopción; Capítulo 5- Tipos de Adopción, comprendiendo cuatro secciones Sección 1°- Disposiciones Generales, Sección 2°- Adopción Plena, Sección 3°- Adopción simple, Sección 4°- Adopción de integración y por último el Capítulo 6- Nulidad e inscripción; en cuanto al concepto de adopción que brinda el C.C.C. desarrollamos el Art. 594 donde precisamos que ésta política legislativa de incorporar definiciones en un Código de Fondo, es celebrado por la doctrina en general, ya que desde el inicio ubica y sitúa al lector en la esencia y finalidad el instituto adoptivo, siendo además la técnica legislativa mayormente utilizada en el derecho comparado, a modo de ejemplo citamos entre otras legislaciones al Código de los Niños y Adolescentes del Perú el cual en su Art. 115 define a la adopción “La adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. Expusimos también por considerar sumamente relevante, los principios y elementos, como también la esencia del instituto, que se desprenden de la definición de adopción en el artículo 594 del nuevo Código, en donde analizamos que de la figura de la adopción resulta que:

- Es una institución jurídica, una creación del legislador que genera entre dos personas un vínculo filial semejante a la filiación por naturaleza.
- Surgiendo también de dicha definición, el para qué, la razón de ser de la adopción, consistiendo ésta en el derecho del niño a vivir y desarrollarse en una familia que le brinde el cuidado afectivo, emocional, espiritual y material solamente cuando este cuidado y protección integral de su dimensión humana, no pudo lograrse en su familia de origen.
- La adopción es una institución que deriva siempre de la sentencia judicial que la otorga, siendo esta sentencia judicial la que emplaza al adoptado en el estado de familia de hijo, cuyo acto constitutivo se deriva siempre de la sentencia judicial que la otorga, la cual debe ser debidamente inscrita en el registro civil pertinente.

Así mismo en el abordaje del trabajo que nos ocupa, tratamos los aspectos relevantes del nuevo Código en materia de derecho de familia, siendo esta la llamada “constitucionalización del derecho privado”, la cual consiste en una decisión de política legislativa peculiar y de avanzada, que brinda tutela a la persona humana a través de los derechos contenidos en las Declaraciones y Tratados internacionales con jerarquía constitucional, conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

También desarrollamos las modificaciones incorporadas al instituto de la adopción por el nuevo Código unificado, de las cuales surge sin dudas que una de las modificaciones trascendentales, fue la incorporación del interés superior del niño que es el que regirá el instituto de la adopción en el derecho argentino, siendo siempre éste el principio rector y orientador en la materia.

Nos ocupamos también en el tratamiento del trabajo que nos emplea de analizar la naturaleza jurídica de la adopción, pues consideramos que es de toda necesidad precisar la misma, ya que ésta nos indicara cuál es su finalidad, su razón de ser y quiénes son sus sujetos y sus exigencias jurídicas. En éste sentido y apartándonos de cierto sector de la doctrina que la concibe como un contrato, sostenemos que la adopción es una institución del derecho privado de familia que nace de la sentencia del juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una filiación análoga a la filiación que surge por naturaleza.

Expresamos también que la palabra adopción puede ser analizada desde tres ópticas diferentes, adopción como acto jurídico, adopción como una clase de filiación y por último adopción como proceso; sostenemos por tanto desde los tres puntos de vista señalados que la adopción es “es el acto jurídico voluntario y lícito, familiar y procesal que tiene por objetivo inmediato emplazar en el estado de filiación adoptiva”.

Posteriormente, abordamos los adoptantes en el nuevo Código Civil y Comercial. ¿Quiénes y cómo pueden adoptar? donde visualizamos las modificaciones que se llevaron a cabo, en lo atinente a los requisitos para ser considerado adoptante.

Expusimos que se podía adoptar conjuntamente o de forma unilateral. Así mismo también expresamos, las condiciones biológicas (la edad), las condiciones de territorialidad y temporalidad (tiempo de permanencia), además de las prohibiciones expresas de adopción, como es el caso de los ascendientes con pretensión de adopción de los descendientes y entre hermanos, como así también que la cualidad y posibilidad del adoptante se encuentra normada en los artículos 599 a 606 y que la regla general sobre requisitos de idoneidad del adoptante, se encuentra prevista en el artículo 599 del C.C.C. N.

Analizamos los diferentes tipos de adopción previstos por el nuevo Código Civil, como así también estudiamos la adopción de integración y la adopción internacional, además ponderamos la supresión que realizó el código unificado respecto de la guarda de hecho, incluyendo en tal supuesto, tanto la realizada en escritura pública o acto administrativo, como la guarda de hecho *strictu sensu*. En dicho tópico, manifestamos las posiciones que aducían a

la concreta posibilidad de convalidar tales actos, sin embargo en nuestra opinión ello es incompatible, tomando como principal argumento las consecuencias sobre la transgresión de tal precepto.

El análisis de lo expuesto en cada uno de los puntos precedentes del presente capítulo, nos permite estar en condiciones de arribar a las siguientes conclusiones.

En primer lugar concluimos que el principio del interés superior del niño es el principio primero y rector el que indicara el norte a seguir en toda decisión que los operadores administrativos y de justicia deben tomar en todos los supuestos que en que se hallen involucrados los menores, permitiéndonos comprender su trascendental importancia, así conforme se desprende de la Convención sobre los derechos del niño, el interés superior del niño es la columna vertebral, el principio rector indiscutible de la vinculación entre derechos humanos y derechos del niño, que se concibe como el modelo de la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Al respecto y en concordancia, la Convención en el primer párrafo de su artículo 3º menciona de manera expresa al interés superior del niño.

Incluimos también en el abordaje del presente trabajo El "Sistema de Protección Integral de Derechos" creado por ley 26.061, el cual consiste en una estructura institucional, que constituye el núcleo sustancial para brindar respuesta a las diferentes situaciones, que impliquen la vulneración de los derecho de niños, niñas y adolescente, en la cual interactúan las distintas entidades públicas y privadas con la finalidad primaria de dar solución a las diversas situaciones en que puede verse conculcado el interés superior del menor y de su respectiva familia; de donde surge con total claridad la ineludible vinculación que tiene la figura de la adopción como institución destinada a la protección del menor en situación de vulnerabilidad, con el interés superior del menor.

Estudiamos también el interés superior del niño en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde dejamos sentado que en virtud del carácter de principio directriz que ostenta el principio del interés superior del niño, éste se haya presente en todos los pronunciamientos que sobre conflictos de adopción han llegado a nuestra Corte Federal, poniendo de manifiesto la ineludible vinculación que existe, entre los pronunciamientos de nuestra Corte Suprema de Justicia en materia de adopción y el interés superior del niño. Por último concluimos el presente desarrollo, celebrando y reconociendo la suma importancia que tienen los estándares que en materia de adopción, surgen de la Convención de los derechos del niño, ya que importan la gama de principios que deben seguir los países del mundo que

han ratificado esta Convención Internacional, cuando sea necesario dar a un niño en adopción.

Atento a lo expuesto en el abordaje del Capítulo 3, donde analizamos la adopción en la ley argentina en términos de celeridad y la consecuente vulneración del Interés Superior del Niño, podemos decir que si bien es cierto que el tratamiento que se le da a la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación, va enfocado a la disminución de los requisitos que se les solicitan a los adoptantes y de los plazos para la guarda con fines de adopción. A comparación con el Código Civil anterior, disminuir ciertos requisitos representa una mejora y al mismo tiempo representa un retroceso el aumento procedimental tanto judicial y administrativo para lograr la adopción. Dichos aumentos ciertamente no contribuyen con la celeridad del proceso y le restan eficacia a la institución de la adopción, ya que se eliminan unas trabas y se colocan otras, con la consiguiente afectación del interés superior del niño a ser adoptado.

Es por ello que corresponde que confirmemos la hipótesis planteada, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, hace más tardío, más lento el proceso de adopción, debido a que la regulación del instituto por el nuevo Código unificado, ha incorporado nuevos procesos, vulnerando de esta manera el derecho del niño a crecer y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde los medios necesarios para su desarrollo físico, psíquico y espiritual, cuando esto no se ha logrado obtener en la familia de origen.

Si bien se han realizado grandes cambios respecto del proceso de adopción, no se garantiza de manera total el interés superior del niño ya que se han eliminado algunos requisitos, pero también se han agregado otros. De esta manera, no se culmina con un tratamiento expeditivo para este tipo de procesos, lo cual garantiza la Convención de los Derechos del Niño, al consagrar como principio directriz el interés superior del niño. Dicho interés no está siendo protegido, atento a los grandes plazos que implican adoptar a un niño, máxime cuando el nuevo plexo normativo vigente, en lugar de simplificar los procesos, ha tendido a ampliarlos.

A modo de conclusión del presente desarrollo intelectual y a los fines de reforzar la confirmación de la hipótesis que planteáramos ¿Si algunos aspectos del nuevo proceso de adopción hicieron que éste se vuelva algo más lento, haciendo de este modo que no se ajuste del todo al principio rector del interés superior del niño y a los estándares o principios que surgen de la Convención sobre los derechos del niño? Consideramos que el nuevo proceso adoptivo del CCyC esta signado por una gran burocratización y por el aumento de los

procesos para alcanzar la adopción, lo que provoca como consecuencia y de manera inevitable una prolongación de los plazos y una dilación en el tiempo. El nuevo proceso de adopción está integrado por tres juicios donde ninguno de ellos tiene prevista la vía sumaria, ya que se tramitan por la vía ordinaria; el juicio de adoptabilidad, el juicio de guarda y el juicio de adopción propiamente dicho, a ello deben adicionarse los trámites administrativos que prevé la legislación.

Por lo tanto, supeditado a la celeridad de los trámites jurisdiccionales y administrativos y a la luz de la normativa en vigor, un juicio de adopción en la actualidad podría provocar:

- Significativos costos para los adoptantes, que resultarían de tres juicios y sus respectivos honorarios, lo que podría llevar al desistimiento de la adopción por parte del adoptante de clase media o clase media baja, deseoso de brindar amor y protección a través de la adopción.
- Que el juicio de adopción tenga una duración mínima de tres a cuatro años, dependiendo de la celeridad del juzgado.
- Y por último la consecuente institucionalización de los menores, sin que se cuente con la previsión de herramientas de controles periódicos como sucede en el derecho comparado, donde por ejemplo la Ley Brasileña establece controles cada seis meses.

Importando así, que bajo este sistema el menor vivirá necesariamente una experiencia temprana de institucionalización, la que podría durar un plazo indeterminado y por ende prolongado, provocando de este modo que el niño no tenga efectivamente el estado de hijo antes de los tres o cuatro años. Ello habida cuenta, de la rapidez con que el organismo administrativo de aplicación y el Juzgado tramiten las causas, siendo importante que recordemos que los que los tribunales de familia se encuentran en la actualidad en general colapsada, lo cual hace que muchas veces que la celeridad requerida no sea muchas veces posible.

## ANEXO I

|   | <b>Supuesto</b>  | <b>Plazo</b>  |
|---|--|---|
| <p>Juicio de Declaración del Estado de adoptabilidad.</p> | <p>Si los padres del niño han fallecido o el niño no tiene filiación establecida y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen, por el órgano administrativo.</p>  | <p>Plazo para “agotar la búsqueda de familiares de origen”</p> <p>+ Plazo máximo de 30 días prorrogables por 30 días más.</p> <p>+ Tiempo de trámite del juicio de adoptabilidad.</p> <p><b>Total: ¿Seis meses? ¿Un año? ¿Dos años? (sólo para declarar adoptabilidad, con el niño institucionalizado).</b></p>   |
|   | <p>Los padres tomaron la decisión libre e informada de que su hijo sea adoptado y el organismo administrativo agotó las medidas de la ley 26.061 para que el niño permanezca en su familia de origen o ampliada.</p> | <p>Plazo de 90 días contados a partir de la manifestación.</p> <p>La manifestación sólo puede producirse a 45 días del nacimiento (90 días + 45 días = 135 días de institucionalización para el recién nacido).</p> <p>+ Tiempo de trámite del juicio de adoptabilidad.</p> <p><b>Total: ¿Ocho meses-Un año-Dos años? Durante los cuales el niño resultaría institucionalizado.</b></p> |

|                     |   |   |
|---------------------|---|---|
|                     | <p>Sin que medie el consentimiento de los padres, si han fracasado las medidas excepcionales de la ley 26.061 (para lo cual previamente es necesario en principio agotar las medidas de protección), luego de un plazo de 180 días.</p>   | <p>Plazo indefinido para medidas de protección de la ley 26.061.</p> <p>+ Plazo para medidas excepcionales por 180 días.</p> <p>+ Tiempo de trámite de juicio de adoptabilidad.</p> <p><b>Total: Un año a dos años en los cuales el niño estará institucionalizado o en situación inestable y disfuncional.</b></p> |
|                     | <p>La sentencia de privación de responsabilidad parental equivale a la declaración judicial del estado de adoptabilidad (Art. 610).</p>   |   |
|                     | <p>La existencia de un vínculo afectivo o de parentesco entre progenitor biológico y pretensos adoptantes, aunque se tratara de una entrega directa, no motivará la separación entre los pretensos adoptantes y el niño que de hecho crían, aunque haya que tramitar la declaración de adoptabilidad.</p> | <p><b>Total: Indefinido, según duración del juicio de adoptabilidad.</b></p> <p><b>PERO. Sin institucionalización.</b></p>  |
| Juicio de guarda.   | <p>No puede exceder los seis meses el plazo de guarda, finalizado el cual comienza el juicio de adopción de oficio o a pedido de parte.</p>   | <p>Plazo máximo de seis meses, no hay indicación de plazo mínimo.</p>   |
| Juicio de adopción. | <p>No hay indicación de plazo.</p>  | <p>Indefinido.</p>  |

## Bibliografía

### Doctrina

- Alonso, C. (2010). *Abordaje Terapéutico con Familias Adoptantes*. Obtenido de <http://www.sepyna.com/articulos/abordaje-terapeutico-con-familias-adoptantes/>
- Arias de Ronchietto, C. E. (1997). *La Adopción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ayago, A. (2000). *El Interés del Menor como Principio Inspirador de la Adopción Internacional*. Obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Baqueiro Rojas, E., & Buenrostro Báez, R. (2011). *Derecho de Familia* (2da ed.). Colección de textos universitarios. México: Oxford.
- Basset, Ú. (2014). *La adopción en el Nuevo Código Civil y Comercial*. Obtenido de [https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material\\_curso/basset/Bsset\\_JA\\_2014](https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/basset/Bsset_JA_2014)
- Basset, Ú.C. (2014). *Centro de Capacitación y Gestión Judicial de Misiones*. Obtenido de [https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material\\_curso/basset/Bsset\\_JA\\_2014](https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/material_curso/basset/Bsset_JA_2014) La
- Basset, Ú.C. (2018). *Los interminables tiempos de la adopción*. Obtenido de <https://www.lanacion.com.ar>
- Belluscio, A. C. (1996). *Manual de Derecho de Familia* (6ta ed.). Buenos Aires: Depalma
- Bigliardi, K. (2014). *La Adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Documento 3754. DFyP.
- Bigliardi, K., & Vallejos, H. (2016). *Guarda de Hecho. Entrega directa: ¿Prohibida o permitida?*. Documento 2410. DFyP.
- Borda, G. A. (2002). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis- Abeledo Perrot.
- Borda, G. A. (s.f.). *Manual de Derecho de Familia*. Lexis Nexis, Abeledo- Perrot .
- Bossert, G., & Zannoni, E. (2005). *Manual de Derecho de Familia* (6ta ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Burdeos, F. (Julio de 2008). *La adopción como medida de protección*. Obtenido de <http://www.jursoc.unlp.edu.ar/publicaciones-graficas/1175-revista-anales>
- Celerier, C. (2001). *La nueva Ley de Adopción*. Obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/1128/2001>



- Ciulli, M. (2015). *Régimen de adopción en el Nuevo Código Civil y Comercial. Adopción Plena en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Publicación 3174. DFyP.
- Del Frade, S. (2001). *La Nueva Ley de Adopción: una oportunidad perdida*. Obtenido de <http://laleyonline.com.ar/AR/DOC/3808/2015>
- Gómez Piedrahita, H. (1992). *Derecho de Familia*. Santa Fe de Bogota-Colombia: Temis S.A.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. México: McGRAWHILLIINTERAMERICMA EDITORES.
- Herrera, M. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias (1° ed.)*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Internacional, S. S. (2015). *Derechos del Niño en la adopción nacional e internacional. Marco Ético. Orientaciones para la practica*. Centro Internacional de Referencia para la Protección del Niño en la Adopción. Cuaderno N° 1.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lloveras, N. (2015). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2015 (1° ed., Vol. III)*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- López del Carril, J. J. (1984). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Medina, G. (1997). *La Adopción (Vol. I)*. Santa Fe: Lexis Nexis. Abeledo-Perrot.
- Méndez, R.A. (2016). *El procedimiento de adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Obtenido de <http://www.saij.gob.ar>
- Pérez Contreras, M. M. (2010). *Derecho de Familia y Sucesiones*. Nostra Ediciones.
- Petrillo, P. (2016). *Las etapas del Proceso de Adopcion y el Interés Superior del Niño*. Obtenido de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/772/2016>
- Puig Peña, F. (1947). *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo II: Derecho de Familia. Vol. II: Paternidad y Filiación*. Madrid: Revista del Derecho Privado.
- R.A.E. (2018). *Diccionario de la Real Academia Española*. Obtenido de <http://www.rae.es/>
- Ruiz, J. (2015). *La Adopción en el Código Civil y Comercial de la República Argentina*. DJ11 (Documento 2477).

Vélez Sarfield, D. (1865). *Proyecto de Código Civil para la República Argentina, Nota de elevación del Libro Primero al Ministro de Justicia.*

Videtta, C. (2015). *El proceso de adopción y su interacción con el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niño, Niña y Adolescente.* Documento 1302. La ley.

Yungano, A. (2001). *Adopción (Reflexiones de un Juez Civil y un Médico Legista).* Obtenido de <http://laleyonline.com.ar/AR/DOC/5058/2001>

## Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.
- Código Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 22 de abril de 1968, derogado.
- Ley 13.352, Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de septiembre de 1948.
- Ley 19.134, Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de julio de 1971.
- Ley 19.216. Boletín Oficial de la República Argentina, 07 de septiembre de 1991.
- Ley 24.779, Boletín Oficial de República Argentina, 01 de abril de 1997.
- Ley 19.620- Honorable Congreso Nacional de Chile, 26 de julio de 1999.
- Código de los Niños y Adolescentes de Perú, Ley 27337, 02 de agosto de 2000.
- Ley 340 del Código Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 29 de septiembre de 1869.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989

## Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica del Niño. 22/08/2002
- CSJN, 2-8-2005, “S.,C.”, L.L.2006-B-348, L.L., 2005-D-873 y Fallos: 328:2870.
- CSJN, 4-9-2007, “M., M. M. de L. y otro s/Guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. Cuad. de apelación de medida cautelar”, L. L. 2007-F-81 y D. J. 2007-3-534.

- CSJN, 4-9-2007, “M., M. M. de L. y otro”, L. L. 2007-F-81 y D. J. 2007-3-534.
- CSJN, 19-2-2008, “G., H. J. y otra”, J. A. 2008-II-19.
- CSJN, 13-3-2007, “A., F.”, L. L. 2007-B-686 y Fallos: 330:642.

### Páginas web consultadas

[www.sepyna.com](http://www.sepyna.com)

[www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar)

<https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/>

[www.jursoc.unlp.edu.ar](http://www.jursoc.unlp.edu.ar)

<https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php>

<http://www.saij.gob.ar/>

<https://www.bcn.cl/>

<http://spij.minjus.gob.pe/>

<https://www.csjn.gov.ar/>

[www.un.org/es](http://www.un.org/es)

## ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

### AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERSIDAD 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:

|   |  |
|---|--|
| <b>Autor-tesista</b><br><i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>  | Eleonora Guevara   |
| <b>DNI</b><br><i>(del autor-tesista)</i>                          | 22.469.620   |
| Título y subtítulo<br><i>(completos de la Tesis)</i>              | Los Plazos en la Adopción en términos de celeridad<br>La mirada colocada en el Interés Superior del Niño |
| <b>Correo electrónico</b><br><i>(del autor-tesista)</i>           | iuspguevara@yahoo.com.ar   |
| <b>Unidad Académica</b><br><i>(donde se presentó la obra)</i>     | Universidad Siglo 21   |
| <b>Texto completo de la Tesis (Marcar SI/NO)<sup>43</sup>[1]</b>  | SI   |
| <b>Publicación parcial (Informar que capítulos se publicarán)</b> | Publicación completa   |

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

**Lugar y fecha: La Consulta, Mendoza 17/05/2019**

\_\_\_\_\_  
Firma autor-tesista

\_\_\_\_\_  
Aclaración autor-tesista

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

<sup>43</sup>[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

\_\_\_\_\_certifica que la tesis adjunta es la  
aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
Firma Autoridad

\_\_\_\_\_  
Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado