



TRABAJO FINAL DE GRADO

**Recepción e implementación de los derechos del niño en el régimen de licencias por
adopción consagradas en la Ley Provincial N° 7.233.**

Tobares, Yanina Paola.

Abogacía 2019.

Resumen.

El tema traído a estudio surge de la necesidad de evidenciar de qué manera y en qué medida la Ley N°7.233, Estatuto del Personal de la administración pública provincial recepta y aplica los principios rectores que tutelan a la niñez y adolescencia.

Vale decir, verificar si ésta cumple de manera estricta con los criterios adoptados en la actual legislación, la cual dispone la adaptación de toda ley, reglamento o disposición, conforme a la protección del interés superior de la niña, niño o adolescente, siendo estos los destinatarios y principales beneficiarios.

Por ello se analizará y estudiará la recepción en el derecho de familia, específicamente en el ámbito de la adopción, todos los cambios que se han planteado a partir de la constitucionalización del derecho privado con la incorporación de diferentes tratados internacionales al bloque constitucional.

Abstract.

The issue brought to study arises from the need to show how and to what extent the Law N ° 7.233, Staff Statute of the provincial public administration receives and applies the guiding principles that protect children and adolescents.

That is, to verify if it strictly complies with the criteria adopted in the current legislation, which provides for the adaptation of any law, regulation or provision, in accordance with the protection of the best interest of the child or adolescent. recipients and main beneficiaries.

For this reason, the reception in family law, specifically in the area of adoption, will be analyzed and studied, all the changes that have arisen since the constitutionalization of private law with the incorporation of different international treaties to the constitutional bloc

Palabras Claves.

Niños, Niñas y Adolescentes- Adopción- Interés Superior el Niño- Derechos del niño- Licencia por Adopción.

INTRODUCCION.

MARCO METODOLOGICO.

CAPITULO I.

1. Adopción.	09
1.1 Definición de adopción.	09
1.2 Fundamento de la adopción.	10
1.3 Análisis del nuevo paradigma a partir de la redacción del Código Civil y Comercial.	13
1.3.1. Normas generales.	14
1.4 Tipos de adopción.	15
1.5 El proceso de adopción.	18
1.5.1 El estado de adoptabilidad.	19
1.5.2 Guarda con fines adoptivos.	21
1.5.3 Juicio de adopción.	22

CAPITULO II.

2. Derechos del niño.	24
2.1 Niño: concepto.	24
2.2 Recepción de los derechos del niño en el orden nacional.	26
2.3 Convención de los Derechos del Niño.	29
2.3.1. Alcance y Definición del Interés Superior del Niño.	32
2.3.2. Principios rectores.	35

CAPITULO III

3. Licencias por adopción.	42
3.1. Análisis de la Ley 7.233. Régimen de licencias por adopción.	42
3.2. Licencias por adopción en el ámbito privado.	46
3.3. Proyectos de reforma.	50
Conclusiones finales.	55
Lista de referencias.	61

INTRODUCCIÓN.

Si nos preguntáramos hoy por la adopción podríamos considerarla como aquel instituto por medio del cual un niño – menor de 18 años- es acogido por una familia, la cual será su sostén emocional, educativo, económico, para poder desarrollarse y formarse como una persona de bien.

Es el estado el encargado a través de sus estamentos, quien tiene la obligación de procurarle a aquel niño su desarrollo y bienestar, asumiendo un rol activo cuando por diferentes motivos los padres biológicos no puedan hacer frente a dicha responsabilidad.

Surge así el instituto de la adopción como respuesta a las necesidades sociales, convirtiéndose en el instrumento adecuado para alcanzar y garantizarle al niño la posibilidad de crecer y desarrollarse en una familia que no fuera la suya de origen.

Este tipo de filiación ha experimentado a lo largo del tiempo novedosas modificaciones que van, desde su reconocimiento en el derecho argentino en el año 1948 con la LeyN°13.252, hasta su actual redacción en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

A partir de la sanción de este último se otorga mayor relevancia al reconocimiento y emplazamiento del niño al estado de hijo, por sobre el derecho de los padres a formar una familia.

La nueva concepción de la niñez y la adolescencia que impregna a todo el ordenamiento jurídico nacional revela que estamos ante un verdadero sujeto de derecho, un niño que tiene derecho a ser oído, a desarrollarse en el seno de una familia, todos estos y otros derechos reconocidos por la Convención sobre los derechos del niño (CDN) y ratificada por leyes del orden nacional y provincial.

Partiendo de la premisa que el bien jurídico protegido en el instituto de la adopción se circunscribe en torno a interés superior del niño, es que se pretende investigar si a partir de este giro sustancial de pensamiento, el Estatuto del personal de la administración pública provincial recepta e incorpora en su articulado vinculado a las Licencias Extraordinarias– licencias por adopción- los principios y derechos fundamentales que protegen la niñez.

Resulta acertado entonces plantearnos ¿existe una protección integral de los derechos del niño en el Régimen de licencias por adopción acogido por la Ley N°7.233?, ¿se configura alguna violación a éstos derechos por parte de la normativa referida?

En miras a arribar a una conclusión satisfactoria es que se plantearon diferentes objetivos que giraran en torno ha:

- Analizar la nueva forma de pensamiento que pone el foco en la infancia y la adolescencia, implementada a partir de la “Convención de los Derechos del niño”
- Analizar la recepción en el Instituto de la Adopción del nuevo paradigma implementado a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación
- Analizar la Ley N° 26.061 “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”.
- Analizar la adecuación de la Ley N° 7.233 al marco legal establecido en torno al menor de edad, a partir de la recepción de los nuevos tipos de adopción en el Estatuto del empleado público provincial de Córdoba.
- Analizar las posibles violaciones a los Derechos del niño, en virtud del apartamiento de la Ley N° 7.233 de los lineamientos establecidos por la legislación vigente.
- Identificar las posibles alternativas que pudieran surgir en virtud del vacío legal e insuficiente reglamentación de las licencias referidas.

Como surge hasta aquí elección de la presente temática encuentra su razón de ser en la necesidad de buscar una alternativa para aquellos empleados dependientes de la administración pública de la Provincia de Córdoba que se encuentra imposibilitada de acceder al goce de licencias por adopción, en virtud que la Ley N° 7.233 no contempla las diferentes situaciones que pudieran surgir en torno a la filiación por adopción.

Es dable destacar que el legislador en su afán de subsanar estos vacíos legales, ha dictado diferentes Decretos reglamentarios regulando el beneficio vacacional, los cuales continúan excluyendo a un sector de los trabajadores provocando de manera directa la vulneración de derechos consagrados.

Ante esta precaria actualización y adecuación a la normativa vigente en materia de familia, surge la necesidad de plantear a favor de este grupo de personas distintas alternativas que le otorguen un respaldo legal frente a la negativa de acceder a la licencia referida, en menoscabo

de los derechos de sus hijos a desarrollarse y generar un vínculo con su nueva familia adoptiva

Se ha advertido que se han presentado distintos Proyectos de Reforma a la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) por medio de los cuales se pretende equiparar la figura de licencia por maternidad con la de adopción, camino que no parece errado a la hora de analizar la necesidad de atención, tanto espiritual como material, que presenta el niño que se encuentra a la espera de que se le reconozca su estado de hijo.

Entonces y atento a lo analizado hasta el momento podríamos decir que nos encontramos frente a una Legislación arcaica en materia de licencias por adopción, por la que el estado argentino deberá asumir un rol más activo a los fines de resguardar la integridad de estos niños que hoy se encuentran en estado de vulnerabilidad y los que el legislador le está quebrantando la posibilidad de hacer efectivos sus derechos, ya reconocidos por la comunidad Nacional como Internacional.

En este punto y planteado el interrogante es que el presente trabajo de investigación dedicara un capítulo al instituto de la adopción, develando su fundamento y propósito en el derecho nacional argentino vigente, como así también la manera en que ha influido el nuevo paradigma en la redacción del CCCN, cambios que se ven reflejados por ejemplo, en los distintos tipos de familia reconocidos.

De igual manera se proporcionara un apartado direccionado a analizar los derechos de los niños que han sido reconocidos por tratados internacionales, leyes nacionales y provinciales, entre ellas podríamos citar “Convención internacional de derechos del niño”, ”Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes” Ley 26.061.

Una vez expuestas y analizadas las bases de toda la normativa que gire en torno a la familia y en particular al niño y la adolescencia, se planteara la recepción de estos derechos fundamentales en el Estatuto del personal de la administración pública provincial, por medio del otorgamiento del beneficio de la licencias por adopción, dentro de este ámbito laboral.

En este último capítulo se puede advertir el verdadero fundamento y fin de la presente investigación, atento a que en la actualidad se hace notoria la falta de conciliación de la Ley referida supra a la normativa vigente, pudiéndose vislumbrar una marcada tendencia tanto social como legal dirigida a la protección de los más débiles, en este caso los menores de

edad, poniendo de manifiesto la falta de celo del legislador en el tema que nos ocupa, dando lugar a lagunas legales que se configuran en verdaderas violaciones a los derechos ya reconocidos a los niños, niñas y adolescentes.

Finalmente y habiendo desarrollado a lo largo de la investigación los temas a tratar, como así también planteado la problemática propuesta, se emitirá una opinión personal a modo de conclusión, con la cual se procurara dar una alternativa al vacío legal advertido, tendiente a dar un respaldo normativo a estos pretensos hijos a quienes se les ha vulnerado y violado sus derechos más preciados, tal como reza la Convención sobre los derechos del niño en su preámbulo “Reconociendo: que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”¹.

Marco metodológico.

Vista la presente investigación y teniendo en cuenta a las posibles alternativas o soluciones a las que se pretende arribar con la misma, podríamos decir que nos encontramos frente a un estudio predominantemente descriptivo, toda vez que se pretende identificar, definir y describir los principios rectores que giran en torno a la niñez, adolescencia y a la familia, y de qué manera estos son receptados e inciden en el ordenamiento Jurídico, en particular en la Ley N°7.233.

Asimismo advirtiendo un potencial vacío legal, en cuanto al régimen de licencias por adopción establecido para los agentes dependientes de la administración pública, es que podríamos hablar de una investigación exploratoria, respecto a este aspecto en particular.

Asimismo y en virtud a los Objetivos que fundamentan esta tarea investigativa, es que se aplicara el Método Cualitativo, todo ello con el propósito de detectar y exponer las posibles violaciones a los derechos de los niños y adolescentes, ratificados y consagrados en nuestro país.

La técnica de análisis documental y de contenido, es el método escogido para seleccionar la información extraída de las distintas fuentes consultadas en virtud a ser el método adecuado a los fines de exhibir por un lado, la evolución social y legal, de los derechos del niño, los diferentes tipos de familia ya reconocidos, como así también respecto a los erigidos en el

¹ Preámbulo. Convención sobre los derechos del niño 1959.

instituto de la adopción, y por otro lado exponer un régimen de licencias carente de actualidad.

Con respecto a las técnicas de análisis de datos se utilizarán las estrategias de análisis documental y de contenido, en virtud que las mismas nos permitirán analizar las diferentes normativas consideradas y desarrollar de manera acabada la problemática planteada.

Es dable destacar que si bien la problemática planteada se enmarca en el ámbito laboral público provincial en cuanto al beneficio de las licencias, para arribar a una alternativa se

Corresponde referir que en cuanto a los niveles de análisis, este trabajo abarcará el estudio de legislación, con Jerarquía Constitucional, Nacional y Provincial se hará referencia a la legislación vigente en el ámbito privado, como es la Ley de Contrato de Trabajo, solo a los fines comparativos, se citarán diferentes casos jurisprudenciales como así también el criterio y opinión de diferentes doctrinarios que dotarán de fundamento al trabajo.

CAPITULO I.

1. Adopción.

Nos encontramos inmersos en una sociedad multicultural, en un mundo globalizado, donde todo va mutando, evolucionando, y como el derecho es una obra creada por el hombre para poder convivir en sociedad, es que el ordenamiento jurídico existente debe responder a las nuevas necesidades que se plantea nuestra comunidad, generando que las distintas instituciones del derecho también se ven alcanzadas por estos cambios.

El instituto de la adopción no ha sido ajeno a estos cambios, las tipologías familiares han ido progresando, llevando la concepción de familias tradicionales a nuevas formas reconocidas, generando la necesidad de adaptación del derecho a estas realidades emergentes, de manera que hoy podríamos distinguir sin más, familias tradicionales, mono-parentales, ensambladas, constituyendo estos algunos ejemplos de estos nuevos modelos.

Se vislumbra así un cambio de paradigma en la redacción de CCCN, direccionado a garantizar el pleno goce de los derechos consagrados por nuestra Constitución Nacional, creando mecanismos institucionales adecuados y eficientes, que respondan al desarrollo del menor fuera de su familia de origen.

Atento a la problemática planteada, surge imprescindible en este primer apartado desarrollar de manera detallada los pilares sobre los que se ha asentado esta evolución del instituto de adopción, exponiendo el marco legal vigente que protege los derechos del niño, determinando su alcance y fundamentos primeros.

Asimismo surge la necesidad de describir los distintos tipos de adopción y los procesos judiciales por medio del cual se otorga la guarda judicial del menor, ya que de ellos surgirán interrogantes con respecto a la correspondencia o no del reconocimiento de las licencias por adopción.

1.1. Definición de adopción.

A los fines de poder lograr un mejor abordaje de la temática planteada es menester ubicar ésta figura jurídica en nuestro ordenamiento jurídico; a tales fines entendemos que es una de las tres clases de filiación² reconocidas en el derecho de familia.

La adopción es el mecanismo creado por el derecho, por medio del cual a través de una sentencia judicial se crea entre dos personas un vínculo jurídico de parentesco idéntico o similar a la filiación biológica, es decir, “el vínculo filial creado por la ley y establecido por sentencia judicial” (Azpiri, 2000, p.439)

El artículo 594 del CCCN conceptualiza a la adopción como:

Una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.³

Tal y cual surge de la redacción de la norma, podemos advertir entonces que a partir del dictado de una sentencia judicial, se otorgara la posibilidad a un niño de crecer y desarrollarse en el seno de una familia, quedando a partir de esta, formalmente ligados por lazos parentales.

La adopción viene a ser para el niño, niña y/o adolescente, una puerta de acceso al pleno goce y ejercicio de sus derechos. En palabras de Sambrizzi (como se citó en Orrego. 2016, p. 21), “es la figura que permite la sustitución de los padres biológicos por unos que no lo son, pero que ya otorgado el estado de hijo, las obligaciones y derechos filiales son los mismos, sin distinción”.

1.2. Fundamento de la Adopción.

Al referirnos a la “persona humana”, es imposible abstenernos a pensarla como aquel ente dotado de cualidades que le son inherentes y considerados a priori de su existencia

² Art. 558 Fuentes de Filiación. Igualdad de Efectos. “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o adopción...” CCCN.

³ Art. 594. CCCN.

Al describir a la “persona humana”, es imposible no representarla como aquel ente dotado de cualidades que le son inherentes y consideradas a priori de su existencia, estos atributos que la invisten son la capacidad, nombre domicilio y estado, entendiendo a este último como aquel que la sitúa en el medio familiar en el que se desenvuelve, es decir la posición o rol que ocupa una persona, en este caso, en un grupo familiar- estado de padre, de hijo-

La relevancia de lo antes dicho viene a poner de manifiesto el nuevo re direccionamiento de la función de la adopción, la cual en la actualidad se encuentra íntimamente ligada a la protección integral de los derechos del niño, niña y adolescentes.

El Código Civil de Vélez, propiciaba el contexto por medio del cual se otorgaba la posibilidad a aquellas personas que anhelaban ser padres, y ante la imposibilidad de traer un hijo al mundo, se los concedía por adopción. “La adopción es un acto de amor del hombre y de la mujer contemporáneos y de las próximas décadas, en favor de los niños, adolescentes, menores de edad en general, huérfanos, abandonados, de padres desconocidos, etc.” (Sajón, 1995, p.439).

Una vez y comprendida la trascendencia de la posesión de estado - estado de hijo – hay que analizar las circunstancias, realidad, contexto, en las que es otorgado en adopción un menor, a un pretense padre y/o madre.

Actualmente la figura, está íntimamente ligada a la protección integral de los derechos del niño, niña y adolescentes.

Se puede apreciar que el instituto de la adopción es una herramienta subsidiaria, todo ello en virtud que solo procederá en caso que la familia de origen, o incluso la familia ampliada, no pueda responder y proporcionar los cuidados tendientes a satisfacer las necesidades, tanto de carácter afectivas, como espirituales y materiales, para el desarrollo óptimo del infante. Tal como surge de la Opinión Consultiva OC-17/2002 en su punto número 5º, la separación del niño de su núcleo familiar debe ser excepcional y preferentemente temporal. (Opinión Consultiva [OC] OC-17/2002)

Resulta evidente que es la familia el lugar apropiado para el cuidado y crianza, definiéndola como el grupo fundamental de la sociedad y contexto natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros (Yuba, 2015).

Por todo ello es que la norma específica de manera taxativa los principios generales sobre los cuales descansara este instituto, los cuales deben ser ponderados por el juez al momento de declarar el estado de adaptabilidad del menor indefenso; a saber:

Art. 595 – Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:

- a) El interés superior del niño.
- b) El respeto por el derecho a la identidad.
- c) El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.
- d) La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas.
- e) El derecho a conocer los orígenes.
- f) El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. (CCCN)⁴

Se puede inferir del precepto legal citado, que la misma pretende abarcar mediante estos pilares, toda situación que pueda suscitar al momento de aplicarla, es decir brinda una herramienta a la cual el magistrado podrá acudir al momento de interpretar el caso concreto, proporcionando así una solución a toda cuestión sean aquellas que por su complejidad o novedad no se encuentre explícitamente prevista.

En consonancia con lo antes dicho, la Cámara de Apelaciones .Civ. y Com., Sala I, Posadas, en “P.G.O, s/guarda con fines de adopción” dictaminó que:

La guarda provisoria de un menor debe otorgarse a una pareja escogida por su progenitora, pues se acreditó la precaria situación económica de esta, que le imposibilitaría otorgarle a su hijo los recursos necesarios para su desarrollo integral, a la vez que la situación familiar,

⁴ Art 595. CCCN.

económica y social de los aspirantes se vislumbra como productora de un ámbito adecuado para el cuidado del niño.

Surge así como a pesar de contar el menor, con su progenitora, es decir poseer vínculos biológicos, siempre se priorizara el interés superior del niño, por sobre los deseos o anhelos de los padres que se comprometen a asumir libremente la responsabilidad de un progenitor.

Así, el Código ha puesto las cosas en su lugar: la adopción es, por sobre todas las aristas en juego, una institución que se construye a partir de los derechos del niño y no desde el lugar de los adultos. (Córdoba, 2017).

1.3. Análisis del nuevo paradigma a partir de la redacción del Código Civil y Comercial.

En el año 1990, Argentina ratificó la Convención sobre los derechos del niño⁵, la cual tras la reforma constitucional del año 1994 se incorpora a nuestra legislación con rango constitucional por medio del Art. 75° inc. 22⁶, definiendo de esta manera un nuevo marco desde la perspectiva del derecho constitucional familiar, en el cual el niño es considerado un verdadero sujeto de derechos.

A la luz de esta nueva mirada es que se sanciona el nuevo CCCN, adaptando el derecho interno a las nuevas exigencias de la sociedad argentina, y así en materia de familia se incorporaron grandes cambios que por supuesto influenciaron en el instituto de la adopción.

La nueva regulación pretende subsanar las falencias y/o vacíos de las distintas leyes que han regulado el instituto de la adopción a lo largo de su evolución, esto es, desde su reconocimiento en 1948 con la Ley N° 13.252, por la cual solo se reconocía la adopción simple, pasando por la sanción de las Ley N° 29.134, su modificatoria por la Ley N° 24.779 y

⁵Ley N° 23.849. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso. Aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶Constitución Nacional, Art. 75 inc. 22: “(...)La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara (...)”

hasta llegar a la Legislación actual, considerando un sistema tripartito que comprende la adopción plena, simple y la de integración.⁷

Tal como sostiene Rivera (2014), es obvia la incidencia del derecho supranacional en el derecho interno, comenzando con la reforma constitucional de 1994 reconociendo la supremacía jerárquica de los tratados con relación a las leyes.

Vislumbrando las necesidades de la familia actual y priorizando el interés supremo del niño es que podemos afirmar que lo importante ya no será el “derecho a ser padres”, si no que el foco está centrado en el derecho de los niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, predominando siempre el interés superior del niño, incluso ante los posibles intereses de sus progenitores o pretendido adoptante (C.S.J.N., S.,C s/ Adopción, Fallos 328:2870 -2005)

Hoy podremos decir que se ha puesto de manifiesto la prioridad del niño, como sujeto de derechos, por sobre el interés del adulto, así lo resolvía en el 2012 el TSJ de Entre Ríos, el cual afirmó que “frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño”.

1.3.1. Normas Generales.

Se expondrá en el presente apartado los elementos comunes a los diferentes tipos de adopción reconocidos por el CCCN.

En este sentido el niño, niña o adolescente puede ser adoptado por a) un matrimonio b) por ambos integrantes de una unión convivencial⁸, evidenciando en este caso que las personas sólo pueden adoptar si lo hacen de manera conjunta.

Esta regla invierte la propuesta contenida en el Art. 312 del Código Civil, que sólo permitía la adopción conjunta a los cónyuges, toda vez que entendía al matrimonio formalmente constituido como el único apto para brindar un marco de solidez y permanencia para la crianza de un menor que había sido previamente desabrigado.

Criterio este aceptado también por Lasarte (2010) quien entendía que para evitar los traumas que devienen del divorcio a la niñez, la adopción solo debía propiciarse en los casos que los adoptantes constituyen ya una pareja estable de hombre y mujer.

⁷ Título VI, Capítulo 5 Tipos de Adopción. Código Civil y Comercial de la Nación.

⁸ Art 602 Código Civil y Comercial de la Nación.

La excepción a esta regla está dada por el Art. 603 del CCCN mediante el cual autoriza la adopción unilateral cuando el cónyuge o conviviente ha sido declarado incapaz o de capacidad restringida, o bien respecto de los cónyuges que se encuentren separados de hecho, y también admite esta filiación por única persona.

Asimismo y en relación al adoptado, se requiere que se trate de un menor no emancipado, declarado en situación de adoptabilidad⁹, o bien sus padres biológicos haya sido privados de la responsabilidad parental¹⁰.

Teniendo en cuenta los lazos afectivos preexistentes, es que se podrá adoptar a una persona mayor de edad cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que se pretende adoptar, o bien cuando se ostentó posesión de estado de hijo mientras era menor de edad.

Respecto a lo mencionado supra, se advierte que ya no se persigue ofrecer al niño una familia, sino se aspira a legitimar una posesión de estado¹¹ de hijo mientras era menor, es decir darle un marco legal a una situación preexistente.

1.4. Tipos de Adopción.

El Código Civil y Comercial de la Nación, nos brindan un sistema tripartito de adopción vigente, los cuales surgen de la redacción del Art. 619 “Enumeración: Este código reconoce tres tipos de adopción: a) Plena; b) Simple; c) de integración”.¹²

Es menester manifestar que esta enunciación que hace la norma no responde a un orden de prelación, y la elección por uno o por otro tipo a aplicar, será decidido por el Juez que entienda en el caso concreto, todo ello debido a que cada una de ellas está dotada de características propias, que la tornan optimas de acuerdo las necesidades e intereses del infante y consecuentemente del adoptante.

⁹Art. 607 Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁰ Art. 638 Código Civil y Comercial de la Nación.

¹¹ Art 584. –Posesión de estado. La posesión de estado debidamente acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexa genético.”. Código Civil y Comercial de la Nación.

¹² Art. 619. Código Civil y Comercial de la Nación

De igual manera cabe destacar que esta enumeración que hace el codificador no es azarosa, si no que deviene del estudio, análisis y debates de la comunidad jurídica argentina y sociedad en general.

Los tres tipos de adopción reconocidos: adopción simple, plena y de integración, protegen de manera diferenciada a los adoptados, de acuerdo a la especial situación en la que se encuentren y en este sentido la CSJN en el caso "I., E. H." expreso:

La garantía de igualdad no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas aunque su fundamento sea opinable.(Sumarios. Punto 3).

A los fines del presente trabajo se expondrán las características más relevantes, de cada tipo de adopción, teniendo en cuenta el tema traído a cuestión.

a). Adopción Plena:

La adopción Plena fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 19.134 y retomada por el art. 323 del Código Civil derogado.

Con ella se confiere al adoptado los mismos derechos y obligaciones que un hijo biológico, es decir se consideran similares o igual al vínculo generado por consanguineidad entre progenitor y su hijo.

En este tipo de vínculo sustituye la filiación biológica, cortando el adoptado los lazos con su familia de origen, cesan el parentesco y todos los efectos jurídicos que existían oportunamente, quedando a salvo los impedimentos matrimoniales¹³

El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la única excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales (Bossert y Zannoni, 2005).

¹³Art. 403. Código Civil y Comercial de la Nación.

b) Adopción Simple:

Este tipo de adoptivo fue incorporado con la Ley 13.252, siendo este el más antiguo, no lo configura inadecuado para afrontar los tiempos y necesidades actuales, considerando las mutaciones culturales ya expuestas.

Mediante esta forma, se limita a crear vínculos jurídicos solo entre el adoptado y el adoptante, manteniendo el menor los lazos con su familia biológica, esto es, no genera vínculos ni con el cónyuge ni con los parientes del adoptante.

Esta es concebida como medio tendiente a asegurar el derecho de todo Niño, Niña y Adolescente a vivir en familia previo a toda diligencia y haberse descartado la viabilidad de respetar otro derecho humano como lo es permanecer con la familia de origen.

En relación al adoptante, el hijo adoptado por adopción simple adquiere los mismos derechos y obligaciones como si fuera un hijo biológico, por lo que resulta irrefutable la relación de parentesco entre la descendencia del adoptado y el adoptante (Bossert y Zannoni, 2005).

c) Adopción por Integración.

A partir de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución Nacional¹⁴, la familia adquiere gran relevancia en cuanto a su protección desde el llamado “bloque de constitucionalidad”.

De acuerdo a Grosman (2010), el principio de protección familiar lleva en su seno el respeto por la diversidad familiar, nacida de los cambios acaecidos en nuestra formación económica-social. Por lo que se entiende que no solo ampara la familia matrimonial si no que comprende diversas configuraciones familiares.

Gil Domínguez (1999) desde ese marco constitucional, elabora un concepto constitucional de familia, señalando que la misma supone la existencia previa de un vínculo afectivo que diseña un proyecto biográfico perdurable y común entre ellos, dentro de un ámbito de protección y promoción por parte del Estado.

¹⁴ Art 75° Inc. 22 Constitución Nacional

Es por lo dicho que el derecho vigente respeta y reconoce esta diversidad en la formación de los grupos familiares, otorgando trascendencia a lo que realmente deriva como tal, esto es, suministrar un marco legal a estas familias ensambladas, que representan la red de contención, espiritual y material, para la formación y crianza del niño.

Herrera (2012) opina que estos cambios que se proyectan en cuanto a los tipos de adopción vienen a “reconocer que la adopción de integración presenta tantas particularidades, requisitos o consideraciones propias que merece una regulación autónoma, elevándola a un tipo adoptivo con sus propios caracteres” (Cap VII. Parr. 2).

El Código Civil y Comercial, atendiendo a los principios de realidad y de flexibilidad, reconoce que la adopción de integración pueda ser de carácter pleno, simple o una mixtura entre ambas, para que la mayor cantidad de situaciones fácticas y afectivas. (Iturburu, M - Jáuregui, R. 2018)

Del análisis expuesto surge entonces que la finalidad de este tipo familiar será incorporar a un niño en la familia compuesta por su madre o padre junto con su cónyuge o conviviente. Es decir, posibilita que el hijo de uno sea común a ambos.

Frente a este nuevo estado generado, el infante mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante¹⁵.

Vale decir y poner en relevancia la flexibilidad que faculta al juez¹⁶ a decidir respecto de la conveniencia o no, de que persista la relación jurídico- afectiva con su familia de origen, atento que este modo de vinculación se puede a su vez ser simple o plena, con las características que para cada uno corresponda en relación a los vínculos y efectos que provocan a realidades complejas leyes flexibles sin violar el principio de seguridad jurídica (Herrera, 2012).

1.5 El proceso de adopción.

El nuevo proceso de adopción se compone de diferentes etapas: el de estado de adaptabilidad, el de guarda y el de adopción.

¹⁵Art. 630. Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁶ Art. 621. Código Civil y Comercial de la Nación.

1.5.1 El estado de adoptabilidad.

Uno de los cambios novedosos introducidos en la reforma es la declaración de adoptabilidad.

El requisito indispensable y previo para iniciar un proceso de adopción, es que el menor debe ser declarado judicialmente en esta situación de adoptabilidad.

Partiendo de la premisa que solo pueden ser adoptados:

- las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental.
- Excepcionalmente, puede ser adoptada la persona mayor de edad cuando:
 - a) se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar;
 - b) hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.¹⁷

En cuanto a la declaración propiamente dicha es el art. 607 del Cód. Civ. y Com. el que establece los presupuestos objetivos para la determinación de la situación de adoptabilidad indicando que se presenta cuando:

- 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 solo por razón fundada;
- b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida solo 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.¹⁸

¹⁷ Art. 597. CCCN.

¹⁸ Art. 607 CCCN.

Además, el Código Civil y Comercial de la Nación, en consonancia con las normas internacionales dicta que 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 este.

Se hace notorio de la redacción de la norma la intención del legislador por preservar los vínculos biológicos, toda vez que esta declaración tendrá lugar cuando se hayan agotados todas las medidas tendientes a encontrar algún familiar del niño comprometido a asumir la guarda o tutela

Asimismo surge inevitable destacar que si bien pueden existir vínculos biológicos no siempre los progenitores o familiares son los aptos para la crianza del menor.

Para ilustrar lo manifestado se expone el caso presentado ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I en los autos caratulados R.L.M.A. s/ med. tutelar s/ inc. en el cual la madre biológica entregó a la menor en adopción, habiendo sido alojada por un matrimonio. Oportunamente el Juez que entendió en primera instancia declaró el desamparo material de la menor. Posteriormente la madre biológica apeló la decisión.

Ante esta apelación la Corte expresó:

Habiéndose declarado el desamparo material y moral de una menor y su estado de adoptabilidad, el principio del interés superior del niño torna procedente disponer que continúe conviviendo con su familia cuidadora a los fines de que ésta intente iniciar los trámites de adopción, teniendo en cuenta para ello que la ha criado como a una hija y constituye su centro de vida, mientras que sus padres biológicos no se encuentran en situación objetiva de madurez psíquica y emocional suficiente como para asumir su crianza y así brindarle la contención necesaria para proveer a su desarrollo pleno, mental y espiritual (Sumarios. Punto 1)

Entonces una vez que el juez haya constatado y evaluado las condiciones fácticas que pongan de manifiesto la situación de vulnerabilidad por la que está atravesando el menor, el

magistrado dispondrá el estado de adoptabilidad, dando lugar al paso siguiente que sería la entrega en guarda del menor con fines adoptivos.

1.5.2 Guarda con fines adoptivos:

La guarda con fines es el paso siguiente una vez declarado el estado de adoptabilidad, y en caso que el juez así lo decida, se da inicio a la guarda con fines adoptivos.

Esta nueva etapa en el proceso adoptivo se encuentra regulada en los artículos 611 al 614, en dicho capítulo se establecen los lineamientos a tener en cuenta a los fines de poner al menor al cuidados y crianza de los guardadores.

En este orden en el Art. 611 el legislador dispone la prohibición de la guarda de hecho, entendiendo por esta a la entrega directa del niño, niña o adolescentes, sin preceder a la misma la autorización judicial pertinente, es decir la entrega por medio de escritura pública o acto administrativo, o bien se configura una guarda de hecho a través de la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares¹⁹.

Otro punto a remarcar sería que el magistrado competente para entender y discernir en la guarda es el que dictó la declaración de adoptabilidad²⁰.

La guarda con fines adoptivos no puede exceder los seis meses de duración²¹, plazo en el que los guardadores se encontrarán a cargo del cuidado y crianza de la niña, niño y adolescente.

Una vez firme la declaración del estado de adoptabilidad el juez debe solicitar mediante oficio legajos al registro de adoptantes y luego elegir a los pretensos adoptantes de la nómina que se le envíe, en esa etapa puede convocar al órgano administrativo que intervino en el proceso de la declaración de adoptabilidad a los fines que estime corresponder.

Es dable destacar que esta elección que hará el juez en relación a la nueva familia del menor no es azarosa, por el contrario este deberá ponderar al momento de la designación, entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y

¹⁹ Art. 611 CCCN

²⁰ Art. 612 CCCN.

²¹ Art. 614. CCCN

expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del NNyA.²²

Conviene aclarar que si el NNyA tiene edad y grado de madurez suficiente, debe ser citado por el juez para dar su opinión.²³ Cumplimentadas las exigencias precedentes, el juez decreta la guarda con fines de adopción, figura que no puede exceder los 6 meses²⁴.

1.5.3 Juicio de adopción:

Como último paso y superada la etapa de guarda con fines adoptivos, el juez interviniente inicia, de oficio o a pedido de los guardadores o del órgano de protección de niñas, niños y adolescentes, el juicio de adopción.

La adopción otorga a la niña, niño y adolescente la condición o estado de hijo.

Una vez efectivizado el período de guarda pre-adoptiva, corresponde dar lugar al inicio del proceso de adopción, a pedido de parte o de la autoridad administrativa que intervino en la etapa previa, o bien puede el que puede darse de oficio.

En el artículo 617 del CCCN se establecen las reglas que deben aplicarse a esta etapa las cuales son:

- 1) son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;
- 2) el juez debe oír personalmente al pretenso adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;
- 3) debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo;
- 4) el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso;
- 5) las audiencias son privadas y el expediente, reservado.

²² Art 613.CCCN

²³ Art. 613 CCCN.

²⁴ Art. 614. CCCN.

Por último, se establece que la sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines adoptivos, excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción ²⁵

²⁵ Art. 618 CCCN

CAPITULO II.

2. Derechos del niño.

El presente capítulo estará direccionado al niño, pero ya no desde la mirada del menor desamparado e indefenso como objeto de protección, si no considerado un verdadero sujeto de derecho, investido de todos los derechos contemplados en instrumentos internacionales (Opinión Consultiva OC-17/2002) y, a la vez, respecto de los derechos específicos previstos, precisamente, por su condición de personas en etapa de crecimiento.

“Los niños y niñas no son la propiedad de sus familias ni tampoco son objetos indefensos de la caridad. Son seres humanos y son también los titulares de sus propios derechos” (UNICEF s.f.).

2.1. Niño: Concepto.

Como ya se ha manifestado, claro está que cuando se habla de adopción, se hace referencia a aquella figura jurídica creada a los fines de otorgarle a un niño, niña y adolescente una familia que pueda contenerlo y satisfacer las necesidades materiales y espirituales del adoptado.

Sin embargo parece imprescindible delimitar el concepto de niño, o menor de edad que puede ser sujeto de una adopción.

Así el CCCN nos brinda un concepto de menor de edad y adolescente²⁶, entendiendo por el primero a la persona que aún no ha cumplido los dieciocho (18) años, y por adolescente²⁷ a quien se encuentre entre los trece (13) y dieciocho (18) años (edad, ésta última, en la que comienza la mayoría de edad).

La adolescencia se consume o comienza a los 13 años y es esencialmente una época de cambios, es la etapa que marca el proceso de transformación de "niño" en adulto, ya que sus actores son jóvenes que aún no son adultos pero que ya no son niños (Highton, 2015, p. 5).

²⁶ Art. 25. -“Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido 18 años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió 13 años.2”. Código Civil y Comercial de la Nación.

²⁷ Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española. “período de la vida humana que sigue a la niñez y precede a la juventud”.

Como oportunamente señalara MUÑIZ (2011) surge palmariamente como a partir de la redacción del citado artículo y junto a la reforma del CCCN se ha alineado el derecho argentino con la mayoría de las legislaciones extranjeras, adecuándose a lo establecido particularmente con la CDN.

En este aspecto Galiano Maritan (2012) brinda una definición de niño a la luz de la CDN y explica:

Continuamente suelen confundirse las expresiones niño, menor, infante, usándose con sentidos confusos. El término menor, o menor de edad, es una expresión de sentido jurídico y hace referencia a la condición de la persona, que por razón de la edad, no ha alcanzado la plena capacidad civil, por el contrario, las expresiones niño o infante se refieren a las personas que se encuentran en la etapa comprendida entre el nacimiento y el comienzo de la adolescencia. Por ello la expresión menor de edad es más amplia y comprende al niño (a), al adolescente y aún al joven que no ha llegado a la mayoría de edad (parr. 1. Punto 1.4).

Resulta evidente que el legislador ha procurado dar coherencia a nuestra legislación interna con la CDN que, en su artículo primero considera niño a todo ser humano menor de 18 años²⁸, demostrando un apartamiento, un cambio sustancial con el viejo Código Civil al reducir la mayoría de edad de una persona humana de los 21 años a los 18²⁹.

De lo dicho hasta aquí, podemos advertir que la persona con solo alcanzar los 18 años es considerado mayor de edad, este suceso biológico marca el límite entre la minoría y mayoría de edad.

Deviene indispensable a los fines del presente trabajo, notar que tal como surge del Art. 26 del CCC, independientemente de la edad, la diferencia entre el niño y adolescente resulta en

²⁸ Art. 1 –“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”- Convención sobre los derechos del niño.

²⁹ Art. 126 “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años” Código Civil.

relación a ciertas decisiones que puede tomar el menor de acuerdo a su edad y grado de madurez (La unión digital, 2014).

Se puede inferir de dicha norma que la edad o desarrollo físico, es solo una de las características que marcan la diferencia entre los periodos analizados precedentemente, debido a que en todo en lo que al niño concierne se considerara teniendo en cuenta su edad y grado de madurez suficiente, es decir se reconoce una madurez progresiva³⁰.

Se sitúa al niño en un rol protagónico en cuanto se le reconoce mayor intervención en los actos que le competen, destacando la autonomía de la voluntad del sujeto, a pesar de su condición de menor (Moreno 2013).

Es dable destacar y retomando el instituto de la adopción, que a pesar de este rol más activo del niño esta diferencia de edad, no genera cambios en responsabilidad parental que recaer sobre sus padres, independientemente del tipo de filiación que los vincule, en este aspecto el Art. 638 del CCCN reza:

Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado³¹.

Todo ello en virtud que a los fines de la adopción y de acuerdo a los enunciados tanto del CCCN Y CDN, niño es toda persona humana menor de edad que se encuentra transcurriendo el periodo comprendido desde su nacimiento y hasta los 18 años de edad.

2.2. Recepción de los derechos del niño en el Orden Nacional.

Como consecuencia de la ratificación por parte del Estado argentino de la CDN, éste se compromete a adecuar su legislación a los preceptos que establece la Convención.

En el año 2005 el Congreso Nacional, sancionó la ley 26.061, Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

³⁰ Art. 26 CCCN

³¹ Art. 638. CCCN

La misma en su artículo 1º, primer párrafo proyecta el objeto de la presente y en ese sentido reza: Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, a los fines de garantizar el pleno ejercicio y goce de los derechos y garantías tutelados por el orden internacional y nacional.³²

Los derechos y garantías protegidos revisten el carácter de orden público, irrenunciable, interdependiente, indivisible e intransmisible.³³

Al momento de definir el interés superior lo considera como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos reconocidos en la normativa”.³⁴

Por lo que es imprescindible a los fines de dar cumplimiento a estos principios respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) 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.³⁵

Es preciso destacar en este punto que el artículo citado dispone que este principio, Interés Superior, rija en materia de patria potestad y asimismo en la adopción.

³² Art. 1º Parr. 1. Ley 26.061

³³ Art. 2º Parr. 2 Ley 26.061.

³⁴ Art. 3. Ley 26.061

³⁵ Art. 3 Ley 26.061

Asimismo y a los fines de la problemática planteada, es menester señalar lo dispuesto en el artículo 7 el cual establece la responsabilidad familiar que recae tanto sobre la madre y el padre, como así también la del Estado.

En cuanto a los primeros le asigna obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos debiendo los primeros, esto es no hace diferencia entre madre o padre, ambos son igualmente responsables ante el niño.

En cuanto a la obligación del Estado refiere, la ley manifiesta la necesidad de establecer políticas y programas de asistencia adecuados para que el entorno familiar pueda asumir sus obligaciones y responsabilidades de forma eficiente.

En cuanto a los derechos, garantías y prohibiciones que emanan de la Ley analizada se pueden mencionar:

- a. El derecho a la vida (art.8).
- b. El derecho a la dignidad e integridad personal (art.9).
- c. El derecho a la vida privada e intimidad familiar (art.10).
- d. El derecho a la identidad (art.11), y en este sentido establece asimismo: Garantía estatal de identificación e inscripción en el Registro del Estado y Capacidad de las personas (art.12) y El derecho a la documentación (art.13).
- e. El derecho a la salud (art.14) pública y gratuita.
- f. El derecho a la educación (art.15) – Gratuidad (art.16).
- g. La prohibición de no discriminar por causa de embarazo, maternidad y paternidad (art.17) Protección a la maternidad y paternidad (art.18).
- h. El derecho a la libertad (art.19)
- i. El derecho al deporte y a juegos recreativos (art.20).
- j. El derecho al medio ambiente (art.21).
- k. El derecho a la dignidad (art.22)

l. El derecho a la libre asociación (art.23).

m. El derecho a opinar y a ser oído (art.24).

n. El derecho al trabajo de los adolescentes (art.25), entre otros.

El conjunto de políticas públicas que los órganos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad, vienen a conformar la base sobre la cual se asienta este sistema de protección, lo cual implica:

- Protección y auxilio en cualquier circunstancia;
- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;
- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;
- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garanticen;
- Preferencia de atención en los servicios esenciales.³⁶

Por lo tanto este sistema que consideran a la niña, el niño y el adolescente como unos verdaderos sujetos de derechos, viene a definir las responsabilidades de la familia, la sociedad y el Estado en relación con los derechos universales y especiales por su condición de personas en desarrollo.

2.3. Convención de los Derechos del Niño.

La Convención sobre los derechos del niño fue el primer instrumento que incorporó toda la escala de derechos humanos internacionales, entre ellos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como aspectos de la legislación humanitaria (UNICEF, s.f)

Desde su aprobación, en el mundo, se han producido avances considerables en el cumplimiento de los derechos de la infancia a la supervivencia, la salud y la educación, a través de la prestación de bienes y servicios esenciales (UNICEF, 2006)

³⁶ Art 5. Ley 26061

La Convención, como primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, es de carácter obligatorio para los Estados firmantes, y a partir de su incorporación a la CN³⁷ junto con otros tratados internacionales de derechos humanos, se impone en el derecho nacional un cambio de pensamiento en el modo de percibir la infancia, adolescencia y familia, donde se pone el acento en el carácter de sujeto de derechos del niño, como también en su autonomía progresiva, el derecho a ser oído, no discriminación, el derecho a la vida y a la supervivencia y desarrollo y al interés superior. (Yuba, 2015)

Tal como expresa (UNICEF, s.f.) "La Convención ofrece una visión del niño como un individuo y como miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su etapa de desarrollo"

A partir de la redacción de la Convención y fundada, entre otros, en la decisión de los Estados parte de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad³⁸ se plantearon cambios sustanciales en torno al niño y adolescente, identificando como los tres más importantes entre ellos, el derecho a formarse un juicio propio, a expresar su opinión, y en tercer lugar a ser escuchado (Baratta, 1998), es decir alcanza el reconocimiento de la autonomía del niño, por la que su opinión y subjetividad deben ser ponderadas al momento de tomar una decisión en cuanto a ellos concierne.

Opinión del niño "El niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que le afectan" (UNICEF, 2006. p. 13)

En consecuencia la esencia de la CDN se funda en la trascendencia que se da a la protección de los derechos del niño mediante el desarrollo armonioso y equilibrado de éste en todos los ámbitos donde se mueva.

Elena Highton al respecto ha señalado que la Convención "Incluye todas las escalas de derechos humanos, tanto civiles como políticos, económicos, sociales y culturales. (2015, p. 1).

Desde este aspecto surge el vigor y la importancia que reviste la CDN tanto para el sector más vulnerable de la población mundial, como así también para la sociedad mundial en general, ya

³⁷ Art. 75 inc. 22 CN

³⁸Preámbulo CDN.

que “la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana” (UNICEF. 2006, p. 6).

En resumen tanto la Constitución Nacional como diferentes normas internacionales fijan obligaciones concretas de los Estados en favor de niños, niñas y adolescentes.

Asimismo Cillero (2014, p.1) entiende que “el nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención”.

Como se indica en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, el "niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”³⁹

En otras palabras y considerando y respetando los valores culturales de la comunidad del niño se reafirma la necesidad de proporcionarle cuidado y asistencias especiales en razón de su estado de vulneración; poniendo el acento de manera especial la responsabilidad fundamental de la familia por lo que respecta a la protección y la asistencia, como así también en el compromiso de cooperación asumido por el ámbito internacional a los fines que estos derechos pasen de ser meras abstracciones, para al fin convertirse en una realidad efectiva para el ejercicio de los derechos del niño.(UNICEF, 2006)

Los gobiernos al haber aceptado la aplicación de las normas de la Convención, trabajan para armonizar sus leyes, políticas y prácticas con las normas de la Convención; para convertir estas normas en una realidad para los niños; y a abstenerse de tomar cualquier medida que pueda impedir o conculcar el disfrute de estos derechos.

A modo de resumen se pueden indicar, a los fines del presente, como derechos reconocidos y garantizados por la Convención de mayor relevancia:

A la vida: reconoce protección a la vida tanto antes como después del nacimiento, “todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.”⁴⁰

³⁹Preámbulo CDN

⁴⁰ Art. 6 CDN.

A la no discriminación: serán tratados de forma igualitaria, independiente de su sexo, raza, condición socio-económica, sus actividades opiniones expresadas. ⁴¹

A la identidad: reconoce el derecho a tener un nombre, conocer sus orígenes, adquirir una nacionalidad, y en caso de no ser así, debe el Estado prestar la debida asistencia. ⁴²

A la familia: garantiza el derecho a vivir con sus padres, y el derecho de comunicación con estos, a excepción de que tal separación o impedimento de comunicación, sea necesaria en el interés superior del niño. ⁴³

A la participación: es el reconocimiento a la libre expresión, a ser oído, a formarse una opinión y expresarla libremente. ⁴⁴

Vale decir que los derechos enumerados supra carecerían de ningún valor sin la debida normativa que regule su aplicación y ejercicio, por ello la Convención dispone el deber de los Estados Partes, como así también de los progenitores o en su caso de los representantes legales del niño a asegurar y garantiza el bienestar general del menor y a su desarrollo saludable en el seno de una familia.

De acuerdo a lo indicado por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General (C.D.N. OG) N°5, si bien es deber del Estado hacer cumplir con la normativa vigente corresponde a todos los sectores sociales la tarea de “traducir en la realidad los derechos humanos de los niños” (2003. p. 55), por lo que hace indispensable volver compatible la legislación interna con las disposiciones de la Convención, y que estas últimas y sean susceptibles de la debida ejecución.

2.3.1. Alcance y Definición del Interés Superior del Niño.

La CDN, a pesar de las diferencias culturales y a la importancia de la materia que aborda, viene a ser un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y gran aceptación social (Cillero, 2014), es decir supera las diferencias sociales, culturales, raciales, etc, colocando a todo menor de edad en un mismo plano o categoría, con los mismos derechos

⁴¹ Art. 2 CDN

⁴² Art. 7 y 8 CDN.

⁴³ Art. 9 y 10 CDN.

⁴⁴ Art. 12 y 13 CDN

y deberes, a partir de la construcción de principios universales aplicables a estos derechos fundamentales.

El Interés superior del niño se encuentra reconocido a lo largo de todo el articulado de la CDN, en este aspecto el artículo 3° Pto. 1 de la CDN donde expresa:

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.

Como se advierte de la mera lectura del texto de la CDN, esta disposición no se dirige meramente a regular la resolución de casos individuales ante las autoridades administrativas o judiciales, sino que al estar dirigida al Poder Legislativo condiciona necesariamente las políticas públicas del Estado.

Precisamente, el C.D.N. OG N° 5 (2003) entendió que el principio exige la adopción de medidas activas por parte del gobierno, el parlamento y la judicatura, por lo tanto, obliga a todas las autoridades del Estado.

En otras palabras todos los órganos deberán previamente analizar si las medidas adoptadas pueden afectar en alguna forma derechos o el interés superior del niño.

El artículo 9 de la CIDN, indica

Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

El artículo 21 prescribe que “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial”

Como puede observarse, no surge una definición expresa del concepto de ISN, por lo cual fue tarea de la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de otorgarle un marco o un contenido a esta definición.

En este aspecto UNICEF (s.f) entiende que:

La protección integral es el conjunto de acciones destinadas a prevenir o remediar las violaciones más serias de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, como la violencia, el abuso, el abandono, el maltrato, el trabajo infantil y la explotación sexual.

Como se aprecia de la citada definición no solo surge el tipo de derecho y/o violación que el Estado está obligado a prevenir o reparar, si no también hace alusión a la necesidad de acciones positivas, de la existencia de un marco legal adecuado que le de sustento a un sistema de protección efectivo

Por su parte en la Opinión Consultiva OC-17/2002 entiende por ISN:

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 y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño (p. 86).

La CSJN en el caso “G., B. M. s/ Guarda” - S.C. G. 834, L. XLIX:

También esa Corte ha sostenido que el mejor interés de la infancia es un concepto abierto y que, en consecuencia, los tribunales están llamados a asignarle contenidos precisos y, al mismo tiempo, a dar buenas razones acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso anti funcional de sus facultades discrecionales (v. Fallos 333:1776). (Ministerio Publico Fiscal, 2018. p.17)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que la determinación del interés superior del niño, en supuestos de cuidado y de custodia de personas menores de edad, se debe verificar a partir de la evaluación de comportamientos específicos, de daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios (CIDH. 2012 “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”).

De lo expuesto surge que no existe una definición concreta del ISN, pero si se puede inferir que la convención viene a ser “el punto de referencia y la inspiración de las acciones que se tomen en todas las esferas gubernamentales.” (UNICEF, s.f.)

Asimismo y a pesar de la existencia de toda esta serie de derechos, actualmente los niños y las niñas sufren a causa de la pobreza, la falta de hogar, los malos tratos, el abandono, por lo que la tarea de prevención, garantía y reparación, debe contar con la participación no sólo de los gobiernos sino de todos los miembros de la sociedad, esto es, la familia, escuelas y en todas otras instituciones que proporcionan servicios a la niñez.

La Convención refleja el compromiso del mundo con los principios que sustentan los derechos de la infancia. A partir de dicho acto, los gobiernos indican su intención de convertir en realidad este compromiso (UNICEF, s.f.).

El concepto de interés superior del niño es complejo, por lo cual su contenido e interpretación debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable (C.D.N. OG N° 14, 2013, P. 265)

2.3. 2.Principios rectores.

Baratta (1998), manifiesta que la CDN establece principios innovadores. Los más importantes son, en primer lugar, tiene derecho a formarse un juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión, y en tercer lugar a ser escuchado.

Nunca habían sido reconocidas, de modo implícito, la autonomía y subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos.

La Convención, junto con otros instrumentos internacionales, acogió la doctrina de la protección integral que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino.

Se pueden indicar como los principios rectores de la Convención la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el derecho a participar. Estos principios representan los requisitos implícitos a la realización de todos los derechos.

No discriminación, El artículo 2 dispone:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna”

Esta obligación exige que los Estados identifiquen a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos puedan exigir la adopción de medidas especiales, es decir, establecer quiénes son los niños más vulnerables y desfavorecidos a los fines de tomar las medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento y la protección de sus derechos.

Asimismo hay que resaltar que en este afán de no discriminar y poner en plano de igualdad a los niños, no implica que haya que brindar un trato idéntico, tal como surge del principio de igualdad ante la Ley:

En este aspecto la Opinión Consultiva 17/02 sostiene que: “sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable”. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia” (p. 58).

En el punto 2 del mismo Artículo establece:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por

causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño, órgano de supervisión de la CDN, ha aclarado que los niños y las niñas pueden sufrir las consecuencias de la discriminación de la cual son objeto sus padres, por ejemplo si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales (C.D.N OG.N° 7, 2005)

Así por ejemplo en el caso Castillo, C. V. y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación, en el cual se pretendía establecer si la educación religiosa impartida en la escuela pública vulnera, entre otros, el derecho de niños y niñas a la educación sin discriminación, a la libertad religiosa y a la intimidad.

En el marco de una acción de amparo colectivo contra el Ministerio de Educación de la Provincia de Salta, un grupo de padres y madres, peticionaron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 27, inciso “ñ”, de la Ley de educación salteña (Ley N° 7.546). Esta cláusula dispone que la enseñanza religiosa integre el plan de estudios y se imparte dentro del horario de clase.

De modo subsidiario, se planteó también la inconstitucionalidad del artículo 49° de la Constitución de la Provincia de Salta, que establece que el sistema educativo contempla el derecho de los padres y tutores a que sus hijos y pupilos reciban en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus propias convicciones.

En su momento La Corte de Justicia de Salta confirmó la declaración de constitucionalidad del artículo 49° de la Constitución de la Provincia de Salta, y de los artículos 8, inciso “m”, y 27, inciso “ñ”, de la Ley N° 7.546, a lo que la parte actora interpuso un recurso extraordinario federal, que fue concedido.

El procurador Fiscal en su Dictamen ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, opinó que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia, la CSJN hizo lugar al recurso extraordinario, entendiendo que el cese de la enseñanza religiosa y de prácticas religiosas dentro del horario escolar y como parte del plan de estudios en el ámbito de las escuelas públicas y declaró la inconstitucionalidad de la ley provincial objetada.

“No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.” (OC. 17/02, p. 58)

El interés superior del niño.

El artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño

1. El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños.

Cuando va a tomarse una decisión que puede llegar a afectar a un niño, lo primero en lo que debe pensarse es si la decisión es en beneficio del menor. Además, al tomar decisiones que los involucren, debe de pensarse en qué forma esta decisión puede afectarlos.

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de favorecer el desarrollo de éstos, aprovechando plenamente sus potencialidades.

Todo adulto al momento de tomar una decisión en la que de alguna manera puedan afectar a la infancia, debe prestar mayor consideración al interés superior del niño, es decir, deben hacer lo que sea mejor para ellos.

Cuando se hace referencia a las personas adultas, como ya se explicara en el punto anterior, implica no solo a las autoridades Judiciales, administrativas, legislativas, sino también a los padres, representantes legales de los niños, centros educativos y toda organización que interactúe o relacione con ellos.

Ante un conflicto de derechos de igual rango, los jueces deben dar prioridad al interés superior del niño, en ese sentido se expresó la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, en los autos caratulados “B., J. E. c. L. M., R. s/ art. 250 C.P.C. - incidente familia”y siguen do el criterio sostenido por a CSJN en el fallo 328:2870, expreso que:

El niño tiene derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores

debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto. El principio que dicha norma prevé, la protección del interés superior del niño (que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso) (Punto IV. Parr.2).

Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo: en virtud a lo que dispone el artículo 6:

El derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Los Estados Partes deben interpretar el término “desarrollo” en su sentido más amplio, como concepto general, que tenga en cuenta las múltiples manifestaciones del desarrollo, esto es, el físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. (C.D.N. OG. N° 5, 2003).

Por otro lado el artículo establece que los niños y niñas tienen derecho a vivir, lo que conlleva a que los gobiernos deben ejercer medidas tendientes a garantizar la supervivencia y desarrollo de éstos, supervisando de manera directa que se respeten, protejan y cumplan los derechos de los niños y niñas (UNICEF. 2008).

Al tiempo en que los países ratifican la Convención, asumen la obligación de revisar sus leyes relativas a los niños, lo que implica evaluar sus servicios sociales, su ordenamiento jurídico, sus sistemas sanitario y educativo, así como los niveles de financiación de estos servicios.

Asimismo es dable destacar en este punto y a los fines del tema de investigación, poner de sobresalto otras las disposiciones dispuestas en la Convención en cuanto a lo que desarrollo y supervivencia refiere:

En este aspecto el artículo 5 atribuye a los gobiernos la responsabilidad de proteger y ayudar a las familias a cumplir su papel esencial en el cuidado de los niños, orientándolos de manera apropiada a la progreso de sus capacidades.

Artículo 7 junto con el artículo 8: reconocen el derecho a la preservación de la identidad, en este aspecto se garantiza a todos los niños y niñas el derecho a recibir un nombre, a una

nacionalidad (pertenencia a un país). Además, los niños tienen derecho a conocer y, en la medida posible, a ser cuidados por sus padres, es decir, a mantener sus vínculos familiares.

Artículo 9 (Separación de los padres): Los niños tienen derecho a vivir con sus padres, excepto cuando sea perjudicial para el niño, subsistiendo derecho del niño mantener contacto directo con ambos progenitores, si está separado de uno de ellos o de ambos.

Artículo 18 refiere en cuanto a las responsabilidades que recaen sobre los padres en el cuidado de los hijos, como el correspondiente deber estatal de brindar la asistencia necesaria a los progenitores en esta función.

Artículo 20 los niños privados de su ambiente familiar, es decir que no o puedan ser atendidos por su propia familia tienen derecho a un cuidado especial y deberán ser atendidos adecuadamente, debiendo prestar especial atención al origen cultural del niño.

Artículo 23: los niños y niñas que tengan algún tipo de discapacidad tienen derecho a un cuidado y apoyo especiales, con el fin de que puedan disfrutar de una vida digna, plena, independiente y autosuficiente, la cual le permita integrarse activamente en la sociedad.

La participación: En el artículo 12 se establece:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

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

Como se mencionara con anterioridad este principio sitúa al niño en un rol protagónico en cuanto se le reconoce mayor intervención en los actos que le competen, destacando la autonomía de la voluntad del sujeto, a pesar de su condición de menor (Moreno 2013).

Se evidencia así como la Convención concede al niño la facultad, de acuerdo a su grado de madurez, de participar activamente en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos (C.D.N. OG N° 5. 2003)

Como oportunamente remarcará C.D.N. OG N° 5 este escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino como un medio de acercamiento entre las verdaderas necesidades y falencias en relación a los derechos reconocidos, con las medidas que adopte el Estado orientadas a la protección y perfeccionamiento de las existentes. (2003)

Asimismo en cuanto al derecho de ser oído el CC.D.N. OG. N° 12, resaltó que “recae así sobre los Estados Partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta” (2009, p. 205)

Para que esta obligación no se quede en una mera atracción el gobierno debe asegurarse de que existan mecanismos efectivos para recabar las opiniones del niño sobre todos los asuntos que lo afectan y tener debidamente en cuenta esas opiniones (C.D.N. OG. N°12. 2009).

Es de vital importancia este principio en lo que a la adopción respecta, toda vez que o la opinión de los niños adoptados y de los niños que se encuentran en familias de adopción sobre las leyes y las políticas en materia de adopción.

En este aspecto el C.D.N OG. N°12 (2009) opina que el derecho del niño a ser escuchado no solo se circunscribe al ámbito judicial o administrativo, si no por el contrario este derecho debe ser respetado en todo ámbito en el cual se pueda tomar una decisión o medida que le concierna.

Entre otros presenta a la familia como ámbito en que el niño tiene derecho a expresarse libremente, de acuerdo a lo expuesto por el comité, la familia viene a otorgar el contexto apropiado para que el niño desde las edades más tempranas comience su preparación para que en un futuro pueda ejercer este en la sociedad.

Asimismo en la misma opinión consultiva el comité manifiesta que deben introducirse mecanismos para garantizar que los niños que se encuentren en hogares de acogimiento, o se encuentre en guarda a los fines de la adopción, puedan expresar sus opiniones y que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en los asuntos relativos a su acogimiento (C. D.N. OG. N°12, 2009)

Capítulo III.

3. La licencia por adopción.

El presente apartado se centrará principalmente en el análisis de la problemática planteada, una vez y habiendo expuesto y estudiado cada uno de los aspectos más relevantes en cuanto a la adopción, la niñez y adolescencia, los derechos y principios rectores reconocidos tanto por el ordenamiento nacional como internacional, es momento de plantear de qué manera la Ley N° 7.233, se ha adecuado con la legislación vigente en materia de familia.

A medida que se vaya avanzando en la lectura del capítulo se exhibirán los aciertos o falencias que pudieran surgir de la redacción de la misma.

Posteriormente se estudiara la legislación vigente que regula la actividad laboral en el ámbito privado, esto es la Ley de Contrato de Trabajo, para finalizar con un análisis de distintos proyectos de reforma que pretenden encaminar la tarea del legislador a una ley acorde a la normativa vigente, y por sobre todas las cosas que atienda los cabos y necesidades actuales de la sociedad.

3.1. Análisis Ley 7.233. Régimen de licencias por adopción.

En Diciembre de 1984 se sanciona la Ley 7233 - Estatuto para el personal de la Administración pública provincial- la cual rige “las relaciones de todas las personas que en virtud de acto administrativo expreso emanado de autoridad competente, presten servicios en la jurisdicción del Poder Ejecutivo”⁴⁵. Asimismo en Abril de 1984 se aprueba el Decreto N° 1080/86, mediante el cual se reglamenta la Ley de referencia.

Teniendo en cuenta la temática abordada corresponden este caso referir al artículo 50° por medio del cual se reconoce al agente comprendido por la normativa, el derecho al goce de licencia remunerada, y en su inciso “e” por nacimiento de hijo, o adopción.⁴⁶ Asimismo y en su reglamentación establece:

Punto 2 - El agente soltero o viudo o la agente que hubiera obtenido por resolución judicial la adopción o guarda con fines de adopción de un niño/a, de hasta siete (7) años de edad, gozará

⁴⁵ Art. 1° Ley 7.233.

⁴⁶Art. 50.”Los agentes tienen derecho a obtener las siguientes licencias remuneradas, en la forma y con los requisitos que establezca la reglamentación: inc. “e” por nacimiento de hijo, o adopción...” Ley 7.233.

en uno cualquiera de dichos casos, de una licencia remunerada de cien (100) días corridos a partir de la fecha de la resolución. Para gozar de este beneficio el personal deberá contar con una antigüedad de seis (6) meses, conforme a lo establecido en el artículo 15.⁴⁷

A los fines de una mejor interpretación del artículo se analizara de manera detallada los preceptos contenidos en el mismo.

Así en un primer punto, se puede apreciar una clara distinción con respecto a si la adopción o guarda le hubiera sido concedida a un hombre o a una mujer, en tanto que al hombre solo se le concederá el beneficio en el supuesto de encontrarse soltero o viudo, no haciendo esta diferenciación para el caso de la mujer.

Tras la modificación del Código Civil el 15 de julio de 2010 se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, otorgándoles así el derecho de adoptar conjuntamente, con los mismos requisitos que ya existían para los matrimonios entre personas de distinto sexo.

Al respecto el CCCN establece en su Art. 402:

“Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos o más personas de distinto o igual sexo.”

De esta manera, se despeja toda duda en cuanto que todos los derechos y obligaciones que deriven de la unión marital aplican para todas las uniones, sin importar su orientación sexual o composición.

En este aspecto el Magistrado Lucas Aón (2018), a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 25 con competencia en familia, en una entrevista a Infobae, entiende que el problema de la adopción en la Argentina pasa por una falta de entendimiento social, la población no toma conciencia que el fundamento del instituto esta direccionado a otorgarle una familia a un niño que no la tiene.

⁴⁷ Art. 50 Decreto reglamentario N° 1080/86. Ley 7.233.

Es indudable aquí que más allá de que exista o no una posible acción discriminatoria de la norma para las parejas de igual sexo, éste precepto es manifiestamente violatorio de los derechos del niño, toda vez que le niega la posibilidad de poder ser parte de un grupo familiar, de poder crecer y desarrollarse en una familia.

En este sentido le Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 de Río Grande se pronunció y otorgó la adopción plena de dos hermanos menores a un matrimonio igualitario, fundando su decisión debido a que se acreditó que los peticionantes les brindan contención afectiva preocupándose constantemente por la situación de los mismos, indicando a su vez que de las pruebas aportadas se demostró que la dinámica familiar es propicia para el desarrollo psicosocial de los menores, cumpliendo los adoptantes las funciones de padres con cariño y firmeza.(2015)

En este aspecto el Art. 599 establece que pueden adoptar, un matrimonio, ambos integrantes de una unión con vivencial o por única persona⁴⁸, nuevamente se revela la una

Por otra parte y siguiendo con el análisis de la normativa citada, la reglamentación reza Art. 50° Punto 2 del Decreto reglamentario 1080/86 “ que hubiera obtenido por resolución judicial la adopción o guarda con fines de adopción de un niño/a, de hasta siete (7) años de edad”

De mas esta decir que en este aspecto se ve vulnerado de sobremanera lo establecido por la Convención de derechos del niño y las leyes que en consecuencia se dictaron , toda vez que esta reconoce como niño a todo menor de edad que aún no ha cumplido los 18 años.

Como se explicara en los capítulos anteriores el CCCN al referirse al niño, hace una distinción entre menor de edad y adolescente, distinción que como ya se explicara solo es a los fines de la adquisición de ciertas facultades para ejercer sus derechos, en nada limita esta distinción respecto a la responsabilidad parental que reposa sobre los progenitores o adoptantes.

Como resultado de este precepto quedan vulnerados los derechos del niño comprendidos entre los 8 y 18 años de edad, toda vez que al negarles el beneficio a los pretensos padres, se le está vedando al infante la posibilidad de compartir tiempo de calidad y la posibilidad de generar lazos afectivos con su nueva familia., y como bien se expresara C.D.N. OG. N°6 entendiendo

⁴⁸ Art 599 Personas que pueden ser adoptantes: “El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona...” CCCN

que todos los principios reconocidos en la convención se “aplican por igual a los niños, niñas y adolescentes no acompañados y a los separados de sus familias” (2005).

Es dable destacar que el C.D.N. OG. N° 6 distingue lo que denomina como “primera infancia”, haciendo alusión con este término a todo niño desde que nace y durante el proceso del periodo escolar, esto es hasta los 8 años de edad (2005).

De la lectura de dicha Observación general, surge que esta diferencia que propone la convención se funda en la necesidad de una protección especial que recaerá sobre éstos, toda vez que requieren de cuidados específicos, sean de orden físico como podría ser la alimentación, vestimenta, o bien de índole emocional, como sería la contención por parte de los padres frente a sus primeras experiencias sociales.

En este aspecto y planteada la diferencia no hace la convención referencia alguna en limitar o liberar la responsabilidad de los progenitores o adoptantes por la crianza el desarrollo y formación integral de sus hijos mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado, reforzando nuevamente la idea referida supra, en relación a la diferencia planteada entre menor de edad y adolescente.

A los fines de exponer una manifiesta contradicción, del régimen de licencias por adopción, con lo establecido en materia de adopción, es menester considerar lo establecido en el CCCN.

Resulta necesario referir en este caso lo normado en el Art. 597 por medio del cual se indica quienes son las personas que pueden ser adoptadas, diciendo “pueden ser adoptadas las personas menores de edad”, se ve con claridad la intención de la norma en comprender dentro de este grupo a todo niño que no ha cumplido los 18 años.

Continúa el mismo artículo otorgando de manera excepcional la posibilidad de ser adoptada cuando:

- se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar;
- hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.⁴⁹

⁴⁹ Art. 597. CCCN.

En función a lo antes dicho surge la pregunta ¿corresponde, teniendo en cuenta lo analizado precedentemente, otorgar el beneficio de la licencia en estos casos excepcionales? ¿Se estaría vulnerando el derecho del niño al negarla?

En virtud a lo manifestado en cuanto al proceso de adopción en este tipo de casos resulta evidente que el niño ya ha generado un vínculo afectivo con el pretense padre, ya que viene manteniendo una relación o vínculo familiar, por lo que la adopción en este caso sería una suerte de reconocimiento o legalización de un estado que ya se estaba desplegando.

3.2. La licencia por adopción en el ámbito privado.

La Ley N° 20.744 que regula el vínculo que surge de un contrato de trabajo entre empleado-empedor en el ámbito privado, no regula de manera directa las licencias por adopción, en el texto vigente en el Título V -De las Vacaciones y otras Licencias- Capítulo II, Art. 158 instituye las distintas licencias especiales reconocidas, estableciendo: “El trabajador gozará de las siguientes licencias especiales: a) Por nacimiento de hijo, dos (2) días corridos...”⁵⁰.

Asimismo dedica el Título VII a la protección de las mujeres que trabajan en relación de dependencia, a lo largo del apartado tutela derechos y garantías laborales reconocidos a la mujer, y especialmente en el Capítulo II otorga un marco normativo a la madre biológica que comprende desde el momento del embarazo y hasta el momento posterior al alumbramiento, considerando licencias, compensaciones, protección frente al despido, y asistencia médica.

Tal como se advierte no está contemplada en el cuerpo normativo citado licencia por adopción, si bien se podría hacer extensivos por vía de analogía estos derechos y garantías a la madre adoptiva, en virtud semejanza en relación a la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el niño, toda vez que estas se fundan en la protección de los derechos del niño.

Por otro lado el propio texto de la Ley de contrato de trabajo lo impide toda vez que cuando al beneficio se refiere lo hace en términos de embarazo, parto, gestación, tornando imposible la aplicación analógica con los casos de adopción.

En este sentido en el Art. 177 en su primer párrafo otorga a la mujer 90 días de licencias a la mujer en razón al embarazo los cuales se distribuirán teniendo en cuenta la situación de cada

⁵⁰ Art. 158 Ley N° 20.744

trabajadora, así por ejemplo en un caso de gestación y parto a tiempo podrá usufructuar 45 días antes y 45 días posterior al parto.

En el segundo párrafo garantiza a la trabajadora estabilidad laboral como así también la percepción de las retribuciones que le correspondieran, acceso a las asignaciones que le confiere el sistema de seguridad social.

Con lo antes dicho resulta claro que la presente Ley es totalmente contraria a los derechos reconocidos en el contexto de la familia, dado a que en primer lugar el vínculo biológico no es el único medio para establecer un lazo familiar, desconociendo de esta forma el instituto de la adopción.

Por otro lado se advierte que solo protege al vínculo madre e hijo, nuevamente desplazando de manera tajante la posibilidad del niño a formar lazos afectivos con su padre, concediendo solo al primero solo 02 días, los que resultan claramente insuficientes y de esta manera queda excluido un sector de los trabajadores: el padre adoptivo.

Las licencias por paternidad exceden el ser "hombre/mujer", "padre/madre" pues es sólo entendible si consideramos que una familia se conforma desde la gestación, la adopción, o el reconocimiento filiatorio más un tiempo nutriendo rico en afectos y con la tranquilidad de saber que el estado a través de estas normativas vigentes acompañan a los "padres" sin distinción de género a cumplir este mandato constitucional y de derechos humanos de cuidar a sus hijos, asistir a sus hijos, integrar a sus hijos, formar familias (A. L. B. Y A. I. O. s/ materia a categorizar Juzgado de Familia N° 5 Mar del Plata. 2015. Sumario parr. 3).

Recordemos que la Ley 20.744 fue sancionada en Mayo de 1976, época ésta en la que el instituto de la adopción ya se encontraba reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que parece ilógico que el legislador la haya ignorado y no la hubiera incorporado a su redacción.

Resulta ineludible no perder de vista que atento a la nueva visión que impregna el derecho de familia, el fundamento de la licencia por adopción radica en la necesidad de alcanzar una educada integración del menor adoptado a su nuevo grupo familiar, por lo que esta omisión deriva en una evidente vulneración a los derechos del niño consagrados en la Convención.

En este sentido Litterio (2013) entiende que la licencia por adopción se concede a los trabajadores que adoptan un niño a fin de que puedan acompañarlo y cuidar de él. En este punto y considerando lo expuesto en los capítulos anteriores es menester adentrarse al terreno

de la protección laboral a la maternidad y paternidad adoptivas desde dos dimensiones de acuerdo a la opinión de

Pérez Del Viso, Garro, Puebla, Marturano, Bona (2006), entienden que estos dos aspectos forman un parte de un mismo concepto, por un lado la faz potencial y otra, la faz activa del Interés Superior del Niño entendido como el reconocimiento pleno de sus derechos. La faz potencial es la establecida, entre otros, en el art. 5° de la Declaración de los derechos del niño, de las Naciones Unidas: el interés superior del niño, debe ser de consideración primordial en todas las cuestiones relativas a su cuidado.

A su vez, la Convención dice en su art. 3°:

"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".

El citado artículo dispone la actualización y adecuación de la normas que de alguna manera conciernan a los niños a lo dispuesto por la convención, volviendo la tarea de los legisladores en una función de gran trascendencia tanto social como jurídica, debido a que ellos a partir de su labor tienen la obligación de garantizar a este niño poder crecer y desarrollarse dentro de una familia sana y preparada, la cual se podrá realizar otorgándole a los guardadores una licencia para que en dicho periodo puedan afianzar el nuevo estado familiar.

Siguiendo este lineamiento falla el Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso administrativo Nro. 1 de La Plata en el caso caratulado Díaz Reck, Malena c. A.R.B.A s/ medida autosatisfactiva, por el cual la actora solicitaba una licencia por maternidad de 90 días, atento a la igualdad de efectos para la filiación, consagrada en el Art 558 del CCCN, en dicho caso el Juzgado "exhortar a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires a dictar una normativa respecto del régimen de licencias para el sector público provincial, que contemple las diversas conformaciones familiares, a cuyo fin librese oficio".

Por todo ello es que una licencia de este tipo al adoptante y por un plazo acorde a la importancia y dificultad de esta tarea se ha tornado de gran urgencia haciendo adecuado una

regulación legal expresa que diera certeza y previniera diferentes conflictos que pudieran sobrevenir a causa de la imprevisión normativa.

Asimismo y frente a esta inexistente regulación de las licencias por adopción por parte de la ley 20.744, los trabajadores cuentan con la posibilidad de suscribir un Convenio colectivo de trabajo (CCT), el cual consiste en un contrato celebrado entre el sindicato de un determinado sector de actividad y el empleador, por medio del cual se regulara las condiciones de trabajo de dicho sector, entre las cuales se encuentran salario, vacaciones, jornada laboral, licencias entre otras.

Atento al tema que nos ocupa es dable destacar que los CCT han incorporado en su con mayor o menor amplitud una licencia especial para las trabajadoras que adoptan o se les ha conferido la guarda de un menor.

Así a modo de ejemplo se puede citar el CCT 660/2013 que regula la actividad de los empleados de la industria de la construcción, dispone en su artículo 15° que la empresa concederá a la trabajadora mujer que acredite el otorgamiento de la guarda/ tenencia de uno o más niños, con fines de adopción, una licencia especial con goce de haberes, por un plazo de 45 días corridos a partir del día hábil siguiente al haberse dispuesto la guarda judicial.

El plazo se amplía en 30 días corridos cuando la guarda sea de uno o más niños con capacidades físicas o mentales diferentes.⁵¹

Una licencia distinta establece el artículo 15 del CCT 700/14 para las trabajadoras de Instituciones Deportivas y Asociaciones Civiles a las cuales se les concede la guarda de un menor de 18 años, una licencia remunerada por el término de 30 días corridos, y a opción de la empleada, una licencia sin goce de haberes por 60 días corridos.

En el mismo se reconoce también el derecho de la trabajadora adoptante de solicitar la licencia por excedencia en los mismos plazos y condiciones que los previstos para los casos de maternidad en la ley de contrato de trabajo⁵², esto es una licencia por el plazo mínimo de 3

⁵¹ Art. 15 CCT N° 660/2013

⁵² Art. 15 CCT N° 700/2014

meses y máximo de 6 meses, periodo en el cual en el que no se devenga salario porque no hay prestación de servicios, manteniendo vigente el contrato de trabajo preexistente.⁵³

Visto lo antes dicho, resulta evidente que la negociación colectiva no deja de ser una solución parcial, toda vez que solo comprende solo al personal de una actividad específica, dicho de otra manera no es generalizada si no que ha sido adoptada para algunos.

Y siguiendo a lo dispuesto por la Convención en su Art. N° 3, la solución general debe provenir de una modificación a la Ley 20.744, garantizando al trabajador/a que recibe a un menor de 18 años en guarda con fines de adopción, un tratamiento similar al de la licencia por maternidad establecida en la ley vigente, contemplando las distintas situaciones que pudieran suscitar, atento al nuevo texto del CCCN, lo que implicaría extender el beneficio considerando las nuevas tipologías de familia, como serían las familias mono parentales, o bien cuando ambos progenitores son del mismo sexo, estén o no unidos en matrimonio.

En este sentido se expidió el Juzgado de Familia N° 5 de Mar del Plata en los autos caratulados A. L. B. Y A. I. O. s/ materia a categorizar (declaración de adaptabilidad) en el marco de un proceso de declaración de adoptabilidad de dos menores, por el cual de un matrimonio constituido por dos hombres, uno de ellos solicita la por adopción en los mismos términos y alcances que los reconocidos para la licencia por maternidad, resolviendo otorgar la licencia extendida del art. 177 de la ley 20.744- LCT- a la actora, garantizando el derecho a la estabilidad en el empleo en concordancia con el derecho al cuidado del hijo recién llegado al grupo familiar.

3.3. Proyectos de reforma.

A raíz de que la Ley 20744 omite regulación alguna en relación a las licencias por adopción, tanto para la madre como el pretense padre, han surgido con el pasar de los años números proyectos de reforma a la referente ley.

Bajo expediente N° 5572-D-2012 identificado bajo Sumario Ley 20744 de contrato de trabajo: modificaciones, sobre régimen de licencias especiales, se presentó un proyecto de reforma a la Ley 20744, mediante el cual se incorpora al texto original un nuevo artículo 158 ter, que reconoce a los trabajadores/as que adopten a un hijo una licencia especial por

⁵³Arts.183 a 186- Ley N° 20.744 LCT.

adopción con goce de haberes, que consistirá en 120 días por maternidad y por paternidad 15 días biológica. El plazo correrá desde el día en que se otorgue la guarda con fines de adopción.

Asimismo y en los caso de guarda con fines de adopción múltiple, la licencia referida aumentará en dos (2) semanas.

Resulta interesante poner de sobresalto los fundamentos expuestos en el texto del proyecto, nótese aquí que el mismo fue elevado con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil, el cual y como se ha venido manifestando se encuentra íntimamente impregnado de una nueva visión, que pondera el interés del niño por sobre todo otro derecho.

En parte de las razones expuestas se manifiesta:

El respeto por los derechos del niño, plasmado en la Convención de los derechos del niño, incorporado en la legislación interna, entendiéndose que la licencia es en defensa de esos derechos, y del interés que debe protegerse como fuente de este derecho (Proyecto de Ley. Expediente 5572-D-2012. 2012. Fundamentos. Parr. 2).

Se advierte como se venía perfilando la doctrina en dirección a la protección del menor y conscientes de esta tendiente vinculación del derecho privado con tratados Internacionales.

Otro proyecto que resulta interesante es el presentado bajo Expediente N° 6471-D-2012 que a través de la incorporación de 2 nuevos artículos a la LCT se da un marco legal y se protege el vínculo filial pro adopción.

De esta manera establece mediante el Art 177 bis asimila la maternidad biológica con la que surge de la adopción, otorgando en dicho caso 90 días de licencia, y en los supuestos de parto múltiple, el plazo posterior al parto se incrementará en treinta (30) días por cada hijo a partir del segundo.

Por otro lado incorpora propone la incorporación del artículo 177 ter a la LCT, el cual regula los derechos de la paternidad, y en este aspecto reconoce al trabajador el goce de una licencia de quince (15) días corridos después del nacimiento de su hijo o de la notificación fehaciente

de la comunicación para recibir la guarda con fines de adopción, el cual sufrirá dos incrementaciones una vez transcurrido el periodo establecido para cada uno que corresponderá a treinta (30) días corridos y a posterior a cuarenta y cinco (45) días corridos.

Asimismo también considera los supuestos de parto o adopción múltiples, otorgando cinco (5) días corridos por cada hijo/a, a partir del segundo/a inclusive.

En caso de muerte de la madre del hijo/a del trabajador en ocasión o como consecuencia del parto, el período de licencia será de cuarenta y cinco (45) días corridos. El uso de esta licencia cancela el derecho al goce de la prevista en el inciso c) del artículo 158.

Nuevamente aquí el presente proyecto se presenta a la luz de respetar los derechos del niño y garantizarle la atención adecuada a su necesidad

El bienestar y el interés superior de la niñez es la razón de ser del sistema de licencias parentales que se propone, pues es en este período en el que son más necesarios los cuidados que requerirá su crecimiento y madurez (Proyecto de Ley- Expediente N°6471-D-2012-. 2012. Fundamentos. parr. 5)

En el año 2014 ingreso en la Cámara de Diputados un proyecto de reformas a la Ley de Contrato de Trabajo bajo el número de expediente 3335-D-2014, que resulta muy interesante ya que por medio de este se concede al trabajador adoptante una licencia especial para visitar al menor o menores que se pretende adoptar, de 2 días corridos con un máximo de 12 días por año⁵⁴, es decir se protege el derecho desde antes de ser otorgada la guarda judicial.

Una vez otorgada la adopción la madre gozara de una licencia de 75 días que comienza a correr a partir de la notificación fehaciente al empleador, la cual se incrementará en 15 días por cada niño adoptado, en caso de adopción múltiple.

Asimismo vuelve a destacarse como novedoso la posibilidad de que en los últimos 30 días la licencia pueda ser gozada indistintamente por el padre o la madre.

⁵⁴ Art 158 inc. f) Proyecto de Reforma Ley 20744 expediente N°3335-D- 2014. (2014). Recuperado <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3335-D-2014>

La reforma propuesta bajo el número de registro 0849-D-2014⁵⁵, es aún más generosa en cuanto a la cantidad de días otorgados por adopción.

En el caso del presente otorga mediante el artículo 177 bis ciento veinte (120) días posteriores a la notificación fehaciente de la resolución judicial que otorga en guarda con fines de adopción a un niño, niña o adolescente.

De igual manera que en los proyectos antes mencionados también resguarda el supuesto de guarda con fines de adopción múltiple, adicionando treinta (30) días por cada niño, niña o adolescente cuya guarda se hubiere otorgado, a partir del segundo hijo inclusive.

La novedad de este proyecto es que otorga a elección de los pretendientes cuál de ellos gozará de la licencia establecida en el presente artículo, es decir que reconoce la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores.

El 4 de abril de 2017 se presentó un proyecto de ley sobre “Protección de la Primera Infancia”, que entre otras temáticas incorpora las licencias por adopción.

En este sentido contempla dos (2) días con un máximo de doce (12) días por año visitar al niño, niña o adolescente que se pretende adoptar, asimismo otorga ciento ochenta (180) días de licencia en los casos de guarda con fines de adopción.

Asimismo faculta a los pretendientes para derecho a elegir cuál de ellos gozará de la licencia establecida, en el mismo aspecto, en caso de fallecimiento de uno de los progenitores, el otro podrá usufructuar las licencias no gozadas que hayan sido otorgadas a la persona fallecida.⁵⁶.

Como bien lo indica el título del presente apartado todos estos intentos por respetar los derechos consagrados en distintos tratados internacionales y específicamente en la Convención de los Derechos del niño, se han quedado en meros proyectos si tener la debida aprobación, por lo cual resulta evidente la necesidad de una reforma que contemple las nuevas

⁵⁵ Proyecto de Ley. Expediente N°0849-D- 2014. (2014). Recuperado <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0849-D-2014>

⁵⁶Diego s Kelly Proyecto de ley que amplía las licencias especiales. (2017). Recuperado <https://www.marval.com/publicacion/proyecto-de-ley-que-amplia-las-licencias-especiales-12964&lang=es>

formas familiares y que permitan mejorar no solo las condiciones laborales, si no también y primordialmente permitan a los pretendidos padres ejercer la obligación del cuidado y crianza de sus hijos sin importar el origen del vínculo ni el sexo del adoptante.

CONCLUSIONES FINALES

Atento a lo expuesto, el presente trabajo estuvo direccionado a desentrañar de qué manera y en qué medida la Ley 7233 recepta e incorpora en su normativa, que regula las licencias por adopción, los principios consagrados en torno a la niñez tanto en el ámbito nacional como internacional.

En este aspecto vale decir que de lo desarrollado surge palmariamente como ha ido mutando la sociedad, y junto con ella el derecho dando respuestas y tutelando las nuevas necesidades presentadas.

En este aspecto es menester destacar que de lo analizado en el primer capítulo del presente trabajo, se evidencia un gran avance en materia de protección a la familia y en particular al niño, niña y adolescente.

Avance este que viene acompañado de una evolución social, entendiendo este como una apertura del derecho nacional al orden internacional.

Vale decir que a partir de la constitucionalización del derecho privado se ha dado lugar a la incorporación de nuevas ideas relativas a principios rectores que demarcan un ámbito de actuación, no solo de los tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, sino y como ya se ha manifestado oportunamente, también respecto a todo grupo social en que el niño, niña o adolescente se desenvuelva o bien que a él concierna, como ser la familia, escuela, y la sociedad en general.

Ideas estas que han sido plasmadas de manera expresa con la redacción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que en este aspecto y atento a la problemática que nos trae a análisis, se advierte como cambio significativo el hecho del desplazamiento de los pretendidos padres como principales beneficiarios del instituto, convirtiendo a la niñez como centro de tutela y protección, garantizando el derecho al niño a formarse y crecer en el seno de una familia, cuando la suya (biológica) no pudiera afrontar o responder a las necesidades básicas para su desarrollo, tanto emocional como físico (aspecto material).

Otro aspecto a destacar es el reconocimiento legal de las nuevas formas de familia, abandonando el viejo concepto social de familia, en el cual solo era una la conformada por un

matrimonio heterogéneo y su/s hijo/s biológico/s, rompiendo las viejas creencias y adaptándose a las nuevas realidades, el CCCN reconoce las familias monoparentales, homogéneas, heterogéneas, formadas a partir de un vínculo sanguíneo, por adopción o bien a partir de técnicas de reproducción humana asistida.

Por último y no menos importante son los principios taxativamente reconocidos en el artículo 595°, por medio de los cuales se otorga un marco legal al que debe adecuarse toda decisión u acto que pudiere afectar de alguna medida el interés y derecho del niño.

Cabe destacar la relevancia del último punto en este apartado, esto es el análisis del proceso de adopción, ya que del mismo surge el momento en el cual el niño comienza a convivir con su nueva familia, entabla y genera vínculos y lazos afectivos con un grupo de personas que hasta este tiempo eran desconocidos.

Asimismo y a los fines de desentrañar y analizar de qué manera es receptada en el ámbito laboral esta nueva perspectiva en relación al niño y su desarrollo fue preciso desarrollar un segundo capítulo que delimitara que se entiende por niño, es decir quienes abarca y en consecuencia a quienes resguarda.

En este aspecto se trajo a examen la Convención de los Derechos del Niño, como instrumento cardinal en cuanto a derechos del niño concierne, atento a que a partir de su incorporación al bloque constitucional sus disposiciones ostentan jerarquía supranacional, lo que implica una total armonía de la legislación nacional provincial y municipal con ella.

La convención (y nuestro derecho interno) considera a niño a toda persona desde su nacimiento y hasta los 18 años de edad, por lo que todo infante que se encuentre en este rango de edades, es un niño y por lo tanto es merecedor de tutela jurídica, y a partir de ello consagra el interés superior del niño como parámetro directriz.

Al hablar del interés superior del niño la Convención lo hace de manera abarcativa, entendiendo por ello que en todo a lo que el niño concierne debe ser conforme su interés superior, toda interpretación, decisión, o acto en el cual haya un conflicto de intereses, sea este de orden privado o público, la solución debe ser tomada ponderando lo más beneficioso para el niño y su desarrollo emocional y físico.

En este orden de ideas y a los fines de garantizar y asegurarse el cumplimiento de sus disposiciones la Convención dispone de manera directa en su artículo 4° a las autoridades administrativas y legislativas a adoptar todas las medidas necesarias tendientes a dar cumplimiento a lo que en ella se establece

Como punto fundamental es preciso destacar el art 5ª en el cual la CDN, constriñe a los Estados Partes respetar las responsabilidades, derechos y deberes que surjan en cabeza de los padres o responsables legales del niño, teniendo en cuenta la supervisión y guía que necesita el niño a los fines de hacer efectivos sus derechos.

Para finalizar y adentrándonos de lleno en el problema planteado por el presente trabajo de investigación en el tercer capítulo se analizó de manera minuciosa la Ley 7.233, en cuanto a licencias por adopción respecta, como así también se citaron diferentes proyectos que proponen un acercamiento y observancia en lo que a interés superior del niño atañe en cuanto al usufructo de las licencias por adopción.

Surge del análisis holístico de los tres capítulos desarrollados una evidente vulneración a los derechos del niño, para lo cual se dispondrá a modo detallado los vicios y lagunas legales a los que ha incurrido el legislador al otorgar el beneficio.

Teniendo en cuenta el fundamento de esta licencia, y siguiendo la directriz del interés superior del niño, se entiende que el fin primero es otorgar la posibilidad al niño y al adoptante un periodo que resulta esencial para conocerse y generar vínculos.

Bajo este aspecto se evidencia una violación al interés superior del niño toda vez que solo otorga el beneficio al agente varón siempre que sea soltero o viudo, desconociendo de esta manera a las familias conformadas por un matrimonio del mismo sexo.

Continua el mismo precepto indicando que accederán al beneficio aquellos padres que hubieran adoptado a un niño menor de siete (07) años, claramente aquí se está discriminando y no de manera positiva, a todos los niños que se encuentran entre los ocho (08) y dieciocho (18) años de edad.

Como ya se expresara anteriormente si bien el código hace una diferencia entre menor de edad y la adolescencia, solo lo hace a los fines de otorgarle al niño diferentes facultades

teniendo en cuenta su capacidad y madurez mental, como ser el derecho a ser oído, expresar su opinión y que la misma sea tenida en cuenta a la hora de ser dado en guarda.

Asimismo oportunamente se citó el criterio del C.D.N. OG N° 7 (2005), en la cual se hace hincapié en lo que denomina primera infancia, y pone énfasis en la particular situación y estado de vulnerabilidad en el que se encuentran este grupo de niños (desde su nacimiento y hasta los 7 años), fundando dicha ponencia en la dependencia material y espiritual que ostentan.

Cabe destacar que al hablar de dependencia se refiere las necesidades que presenta el niño y que por sí solo no puede suministrarse, esto es y a modo de ejemplo la necesidad de alimento, abrigo, salud, higiene, de un niño de 5 meses, o bien las necesidades de educación de otro de 6 años.

Ahora bien y teniendo en cuenta que niño es aquel que no ha cumplido los 18 años esta ley a todas voces grita violación de derechos, hace evidente un desprecio por aquellos infantes que habiendo cumplido los 8 años y recién ahora han tenido la posibilidad de ser albergados en el seno de una familia puedan gozar tiempo de calidad con sus adoptantes.

Es clave que el legislador tenga en cuenta que un adolescente presenta necesidades de otra índole, no olvidemos que es una etapa en la que la persona comienza a desarrollar sus intereses, comienza a indagar por su identidad, su origen, empieza a conocer su cuerpo que va llegando a la adultez, por lo cual resulta indispensable el acompañamiento y apoyo de su/s adoptante/s en sus primeros contactos con esta experiencia familiar.

Otro punto a destacar y que presento un objetivo de este trabajo era desentrañar a partir de qué momento y en qué casos correspondería otorgar el beneficio de referencia.

Se considera que el derecho del pretense padre a solicitar el usufructo de la licencia nace al momento que se le concede la guarda con fines de adopción.

Se entiende que es este el momento óptimo para el usufructo del beneficio, toda vez que este es el hecho que marcará el comienzo de la convivencia entre adoptante-adoptado, se configura el origen de una nueva familia que se emprende a generar vínculos afectivos, los que marcarán el destino de la misma.

Asimismo y en relación a en qué casos correspondería otorgar la misma, es dable destacar dos puntos a tener en cuenta, por un lado la correspondencia o no teniendo en cuenta la edad del adoptado, y por otro lado considerando el tipo de adopción que se configura, esto es simple, plena o por integración.

En primera instancia y habiendo analizado en detalle en el Capítulo II del presente trabajo al estudiar la Convención, se concluye que no hay cuestión controvertida en cuanto a quien se considera niño a los fines de tutela y protección, por lo que resulta procedente la incorporación al beneficio de aquellos pretensos adoptantes que consideren la posibilidad de adoptar a un niño que sea mayor de los 7 años.

Asimismo y en relación al segundo punto, teniendo en cuenta el tipo de adopción concedida, concluimos que en lo referente a la adopción simple o plena no habría dudas en cuanto a la correspondencia de la misma, teniendo en cuenta que no existe un vínculo previo a la guarda entre las partes, configurando este beneficio eficiente a los fines de respetar los derechos del niño.

Por otro lado se entiende que respecto a la adopción por integración, no correspondería hacer lugar a goce del beneficio, opal menos por la misma cantidad de días, ya que a diferencia de las anteriores, para que esta se configure se entiende que existe una convivencia y vínculos afectivos previos, esto resulta del análisis del artículo 632 inc. e) el cual establece que no existe previa guarda con fines de adopción.⁵⁷

Es de opinión entonces a los fines de dar un cierre a la presente investigación que si bien no existe polémica en cuanto a la cantidad de días (100 días) que se otorgan a aquellos que pretendan adoptar a un niño, fundando dicha expresión en la necesidades y estado de vulneración que presentan esto menores, como así también en atención al interés superior del niño, niña y adolescente.

No cabe duda alguna que la presente Ley deviene obsoleta, toda vez que no comprende en su articulado y por posterior reglamentación una tutela integral del niño y sus derechos, por todo ello es que se formula como potencial alternativa a esta imprevisión del legislador, una reforma de la ley de referencia, reconociendo y extendiendo el actual beneficio que ostentan

⁵⁷ Art. 632. Inc. e) CCCN

solo una parte de los agentes para aquellos pretense adoptantes que surgen del análisis precedente.

Cabe aclarar que dicha reforma implicaría una verdadera consonancia con la constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en especial con la Convención de los Derechos del Niño, como así también la correspondencia con la legislación local.

Lista de referencias.

Legislación.

- ✚ Código Civil de la República Argentina.
- ✚ Código Civil y Comercial de la Nación
- ✚ Constitución Nacional Argentina.
- ✚ Convención sobre los derechos del niño.
- ✚ Convenio Colectivo de Trabajo 660/2013.
- ✚ Convenio Colectivo de Trabajo 700/2014.
- ✚ Decreto reglamentario de la Ley 7.233. Decreto N° 1080/1986.
- ✚ Ley 7.233. Estatuto del personal de la administración pública provincial.
- ✚ Ley 20.744 Ley de Contrato de Trabajo
- ✚ Ley 26.061. Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Doctrina.

- ✚ Aón, L: (2018). El problema de la adopción en la Argentina no pasa por las leyes y los jueces. Por Marcela Losardo. Recuperado de <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2018/12/06/lucas-aon-el-problema-de-la-adopcion-en-la-argentina-no-pasa-por-las-leyes-y-los-jueces/>
- ✚ Azpiri, J. (2000). Derecho de familia. (p.439).Buenos Aires: Hammurabi.
- ✚ Baratta, A. (1998). Infancia y Democracias en América Latina, análisis crítico del panorama legislativo en el contexto de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Buenos Aires. Depalma.
- ✚ Bossert, Gustavo- Zannoni, Eduardo. (2005). Manual de derecho de familia (7 Ed.). Buenos Aires. Astrea.
- ✚ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Generales. N° 5, (2003). Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/C/GC/5.
- ✚ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Generales N°.6. (2005). Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen punto 10. CCRC/C/GC/6.
- ✚ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Generales N° 7. (2005). Realización de los derechos del niño en la primera infancia. CRC/C/GC/7.

- ✚ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Generales N° 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado. CCRC/C/GC/12
- ✚ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones Generales No.14. (2014). Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CCRC/C/GC/14.
- ✚ CILLERO, M. (2014). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf
- ✚ Córdoba, F. (18 de Agosto de 2017). Jurisprudencia. Adopción plena. Inconstitucionalidad. *Maestros del derecho moderno*. Recuperado de <http://maestrosdelderecho.com.ar/jurisprudencia-adopcion-plena-inconstitucionalidad/>
- ✚ Diego s Kelly. (2017) Proyecto de ley que amplía las licencias especiales. Recuperado 30/04/2019 <https://www.marval.com/publicacion/proyecto-de-ley-que-amplia-las-licencias-especiales-12964&lang=es>
- ✚ Galiano Maritan, G:(2012). La convención de los derechos del niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/cccss/19/ggm.html>
- ✚ Gil Domínguez, A. (1999) El concepto constitucional de familia. Abeledo Perrot.
- ✚ Grosman, C. (2010). Los tiempos de hoy y los de ayer, formas de familia y las demandas de adopción. Buenos Aires. LexisNexis, Abeledo-Perrot.
- ✚ Herrera,M. (2012).El régimen adoptivo en el anteproyecto de código civil: más sobre la trilogía: blanc. AR/DOC/7892/2012.
- ✚ Highton, E. (2015). Los jóvenes o adolescentes en el código civil y comercial. Publicado en La Ley. Recuperado de http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/highton_jovenes_adolescentes.pdf
- ✚ Iturburu, M - Jáuregui, R. (2018).Adopción integrativa y la responsabilidad parental del progenitor no cónyuge ni conviviente del adoptante. AR/DOC/1727/2018.
- ✚ Lasarte Alvarez, C. (2010). Derecho de familia. Madrid. Marcial Ponds.
- ✚ La unión digital. (2014). Recuperado de <http://www.launiondigital.com.ar/noticias/139530-menores-y-adolescentes-nuevo-codigo-civil-y-comercial>.
- ✚ Litterio, Liliana H. (2014). Las licencias paternas en el ámbito privado. Publicado en: DFyP. AR/DOC/4183/2013.

- ✚ Ministerio Público Fiscal (2018). Colección de dictámenes sobre derechos humanos. Cuadernillo N°7. Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/07/Cuadernillo-7.pdf>.
- ✚ Moreno, (2013).Ejercicio de los derechos de los menores de edad y adolescentes en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. AR/DOC/528/2013
- ✚ Muñiz, (2012).Régimen de capacidad de los menores en el Proyecto de CCCN (comisión de reforma decreto 191/2011), DJ, 1/8/12, 95. AR/DOC/3207/2012.
- ✚ Navarro, M y Jiménez, M (2018). Reflexiones sobre el sistema de promoción y protección integral de derechos niñas, niños y adolescentes. Publicado en: DFyP Cita Online: AR/DOC/426/2018. <http://www.diariojudicial.com/nota/67076/corte/el-interes-prioritario-del-nino.html>
- ✚ Opinión Consultiva OC-17/2002. (2002). Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Recuperado de <http://www.defensoria.org.ar/opinion-consultiva-oc-172002-condicion-juridica-y-derechos-humanos-del-nino/>
- ✚ Orrego, J. (2016). “*La nueva mirada de la adopción según el Código Civil y Comercial*”. (Tesis de Grado).Universidad Siglo XXI. Córdoba. Recuperado de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/12766>
- ✚ Pérez Del Viso, Garro, Puebla, Marturano, Bona, (2006). Licencia laboral y administrativa por maternidad y paternidad adoptivas. AR/DOC/2851/2006.
- ✚ Proyecto de Ley. Expediente-5572-D-2012- Ley 20744 de contrato de trabajo: modificaciones, sobre régimen de licencias especiales. (2013) Recuperado de <https://www.diputados.gov.ar/comisiones/permanentes/cltrabajo/proyectos/proyecto.jsp?exp=5572-D-2012>
- ✚ Proyecto de Ley- Expediente N°6471-D-2012. Contrato de trabajo (ley 20744 y modificatorias). (2012). Recuperado de <https://diputados.gov.ar/comisiones/permanentes/cltrabajo/proyectos/proyecto.jsp?exp=6471-D-2012>
- ✚ Proyecto de Reforma Ley 20744 expediente N°3335-D- 2014. (2014) Recuperado de <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=3335-D-2014>
- ✚ Proyecto de Ley. Expediente N°0849-D- 2014. (2014). Recuperado <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0849-D-2014>

- ✚ Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española Ed. 23°. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=0nrRMdF>.
- ✚ Rivera, (Noviembre 2014).Significación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. noviembre 2014, Edición Especial Código Civil y Comercial de la Nación, p. 3. Buenos Aires. La Ley
- ✚ Sajon, R. (1995). Derecho de menores. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- ✚ UNICEF. (2006). Comité Español Convención Sobre Los Derechos Del Niño 20 De Noviembre de 1989. Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- ✚ UNICEF (s.f.). Cumplir las obligaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos. Recuperado de https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30208.html
- ✚ UNICEF. (s.f). Derechos bajo la Convención sobre los Derechos del niño. Recuperado de https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html
- ✚ UNICEF (s.f.) Proteger y convertir en realidad los derechos de la infancia. Recuperado de https://www.unicef.org/spanish/crc/index_protecting.html
- ✚ UNICEF (2008). La convención sobre los derechos del niño alcanza la mayoría de edad. Recuperado de http://www.unicef.profes.net/ArchivosColegios/Unicef/Archivos/SM_Unicef/Documentos%20Derechos/la CDN%20 cumple 18.pdf
- ✚ UNICEF (2016). Estado de la situación de la niñez y la adolescencia en Argentina Ed. 1ª. Recuperado de <https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/SITAN.pdf>
- ✚ Yuba, G. (22 de Abril de 2015).Comentario al fallo M. D. C. y B. D. s/Adopción. *Revista Jurídica de la Patagonia*. IJ-LXXVIII-101 (P.G.O, s/guarda con fines adoptivos", 2013)

Jurisprudencia.

- ✚ Cámara de .Apel. Civ. y Com., Sala I, Posadas. “P.G.O, s/guarda con fines adoptivos”. (2014). AR/JUR/95427/2013
- ✚ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E. “B., J. E. c. L. M., R. s/ art. 250 C.P.C.” (2019). AR/JUR/201/2019.
- ✚ . “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”. (2012) Recuperado de <https://www.catalogoderechoshumanos.com/sentencia-239-cidh/>

- ✚ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Fornerón e hija vs. Argentina” Serie C No. 242. (2012). Recuperado de <file:///C:/Users/Pecera/Desktop/tesis/forneron.pdf>
- ✚ Corte Suprema de Justicia. “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta, Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo” (2014)- CSJ 1870/2014/CS1
- ✚ Corte Suprema de Justicia de la Nación. "I., E. H.", La Ley. (1999). AR/JUR/3027/1999.
- ✚ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “G., B. M. s/ Guarda” - S.C. G. 834, L. XLIX. (2014)
- ✚ Corte Suprema de Justicia de la Nación. “S., C s/ Adopción, Fallos 328:2870 - 2005 – Juzg. 1º Inst. civil, Com. y Familia. 1º Nom. Río Tercero “R., A. A. y otros – Guarda – No contenciosa”. (2017)
- ✚ Juzgado de Familia Nro. 5 de Mar del Plata Nro5. A. L. B. Y A. I. O. s/ materia a categorizar (declaración de adoptabilidad).(2015) AR/JUR/24426/2015
- ✚ Juzgado de Familia y Minoridad N° 1 de Río Grande. “M.D.C. y B. D s/adopción”.(2015) Recuperado de <https://www.justierradelfuego.gov.ar/wordpress/wp-content/uploads/2015/03/Sentencia-de-adopci%C3%B3n.pdf>
- ✚ Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso administrativo Nro. 1 de La Plata. “Díaz Reck, Malena c. A.R.B.A s/ medida autosatisfactiva”
- ✚ Suprema Corte de Justicia Mendoza. L.V. y ot. en J: 35.331 Comp. en autos 15817/9/3F R.L.M.A. s/ med. tutelar s/ inc. cas. (2012). AR/JUR/3174/2012