

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

ABOGACÌA



TRABAJO FINAL DE GRADO

ABOGACÌA

**El interés Superior del niño en las guardas de hecho y la ley 25.854.  
Principios generales en la adopción.**

**CALDO, MARIANA SOLEDAD**

**Nº de legajo: VABG 14014**

**2020**

## **Resumen.**

La adopción es el instituto regulado por la ley 24.779 sancionada en año 1997 y por el Código Civil y Comercial desde los artículos 594 al 615, creado con dos finalidades: por un lado brindar protección al menor cuyos padres lo han abandonado, han muerto o que no puede o no quieren criarlos; y por la otra, dar hijos a aquellas personas que no los tienen de su sangre.

Este instituto tiene un gran significado social, ya que si esta se realiza dando una adecuada respuesta a los objetivos principales para lo cual fue creada habrá contribuido a satisfacer los deseos de las personas que no pueden tener descendencia como el propósito de brindar un ambiente familiar adecuado a quien se adopte.

Esta figura contiene algunos principios rectores los cuales se deben respetar en todo momento y en todo el proceso, son fundamentales e inviolables pero estos pueden llegar a verse afectados por algunas disposiciones y prohibiciones del Código Civil y Comercial como es la prohibición del artículo 611 (Guardas de hecho).

Se parte del interrogante: ¿Afecta el artículo que determina la prohibición de las guardas de hecho el principio Interés Superior del niño?, los cambios realizados en el nuevo Código, las soluciones planteadas por la jurisprudencia; con el objetivo de estudiar las modificaciones que surgieron con la sanción del nuevo código, realizar un análisis del artículo 611 y su incidencia en los principios rectores de la adopción.

Palabras clave: Adopción - Código Civil y Comercial - Principios generales - Mayor interés - guardas de hecho.

### **Abstract.**

The adoption is the institute regulated by the law 24,779 sanctioned in 1997 and by the Civil and Commercial Code from articles 594 to 615, created with two purposes: on the one hand provide protection to the minor whose parents have abandoned him, have died or that cannot or do not want to raise them; and on the other, give children to those who do not have them in their blood.

This institute has a great social significance, since if this is done by giving an adequate response to the main objectives for which it was created, it will have contributed to satisfy the wishes of people who cannot have descendants as the purpose of providing an adequate family environment who is adopted

This figure contains some guiding principles which must be respected at all times and throughout the process, they are fundamental and inviolable but these may be affected by some provisions and prohibitions of the Civil and Commercial Code such as the prohibition of article 611 (Guardians in fact).

It starts from the question: Does the article that determines the prohibition of guards in fact affect the principle of Higher Interest of the child?, the changes made in the new Code, the solutions proposed by jurisprudence; in order to study the modifications that arose with the sanction of the new code, perform an analysis of article 611 and its impact on the guiding principles of adoption.

Keywords: Adoption- Civil and Commercial Code-General principles-Higher interest-de facto guards.

## Índice

<b>Introducción general</b>	6
<b>Capítulo 1: Nociones generales-Adopción.</b>	8
1.1. Breve reseña histórica.	9
1.2 Concepto de Adopción.	11
1.3 Naturaleza jurídica de la adopción.	13
1.4 El objeto de la adopción.	14
1.5 Subsidiariedad en la adopción.	15
1.6 Su carácter judicial.	15
1.7 Efectos.	15
1.8 La adopción en el Código de Vélez.	16
1.9 Proyectos y leyes posteriores al Código Civil.	17
1.10 Metodología en el Código Civil y comercial.	19
1.11 La nueva mirada de la adopción en el mundo y países limítrofes.	20
<b>Capítulo II: Principios Generales en materia de adopción en el Código Civil y Comercial.</b>	
2.1 Principios generales. Objetivo y finalidad.	28
2.2 Artículo 595.	31
2.2.1 El interés superior del niño.	33
2.2.2 El respeto por el derecho a la identidad.	34
2.2.3 El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada.	36
2.2.4 La preservación de los vínculos fraternos.	40
2.2.5 El derecho a conocer los orígenes.	42
2.2.6 El derecho del menor a ser oído.	43
2.3 El abogado del niño.	45

2.3.1 La ley 26.061 y el abogado del niño.	46
2.3.2 La Convención de los Derechos del Niño.	47
2.3.3 Su aplicación práctica.	47
2.3.4 Edad con la que debe contar el niño o niña.	48
2.3.5 Casos en los que corresponde su designación.	51
2.3.6 Por quién debe ser designado.	52
2.3.7 Quién puede cumplir esa función.	53
2.3.8 El abogado del niño en el Código Civil y Comercial.	54

**Capítulo III:** Guarda de hecho, Interés superior del niño y la ley 25.854.

3.1 Interés Superior del Niño	60
3.2 El Interés Superior del niño en América Latina	66
3.3 Guardas de hecho.	74
3.4 Concepto.	75
3.5 Análisis de la norma.	75
3.6 La ley 25854. Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.	76
3.7 La posibilidad de admitir la entrega directa con fines de adopción.	78
3.8 Sobre la necesidad de encontrarse inscriptos en el registro de adoptantes.	81
3.9 Del valor de la inscripción previa al registro.	90

3.10 Registro Único de Aspirantes.	90
3.11 Supuestos en los que no resulta necesaria la inscripción en el registro de adoptantes.	94
3.11.1 La adopción de integración.	95
3.11.2 La existencia de un vínculo de parentesco entre los progenitores y los pretendidos guardadores del niño.	95
3.11.3 Con respecto a la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental.	95
3.11.4 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.	96
<b>Conclusión</b>	98
<b>Bibliografía</b>	99

## **Introducción General.**

El instituto de la adopción en nuestro país hasta antes de la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield no tenía una regulación propia; con su sanción tampoco se encontraba admitido por considerarse un tema sin necesidad alguna de protección y regulación jurídica, se sostenía que no era correcto introducir un extraño al vínculo familiar ya que la naturaleza misma no lo había hecho.

Con el pasar de los años se fue tomando conciencia de la importancia de lograr una regulación, de adaptarse a las necesidades y hacerle frente a una realidad, fue así como se obtuvo recién ochenta años después de la sanción del Código civil de 1869, luego de sucesivas reformas el Instituto de la Adopción con la ley 26994 que sancionó el nuevo Código Civil y Comercial se encuentra ubicado en el Libro Segundo denominado Relaciones de Familia, bajo el Título VI abarcando cuarenta artículos del 594 a 637.

Con el actual código Civil están determinados los principios generales rectores en materia de adopción los cuales se encuentran en el artículo 595, específicamente en el presente trabajo se tratarán “Interés superior del niño”, estableciendo a que se llama interés superior, como debe aplicarse.

Nos interesa desentrañar cómo juega el artículo 611 de nuestro Código en el Interés Superior el cual es un principio rector en toda cuestión que atañe a los menores. Analizaremos la normativa vigente en la materia dentro del ordenamiento jurídico argentino, como así también las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales más trascendentales.

La finalidad del presente escrito, es darle respuesta al siguiente interrogante: ¿Cómo resulta afectado el Interés Superior del Niño con la aplicación del artículo 611 del código civil y comercial que impone la prohibición de las guardas de hecho?, también poner en evidencia la importancia de los principios rectores en materia de adopción, sobre todo el de interés superior del niño. Si bien los principios no son una solución exacta sirven para orientar a quienes deben decidir sobre esta importante cuestión.

En consecuencia, el objetivo del presente trabajo de investigación, será estudiar las modificaciones incorporadas por el nuevo CCyC, en materia de adopción, realizando un análisis del artículo 611, y sus soluciones.

El presente trabajo contará con un capítulo I, meramente introductorio, donde se hará referencia al concepto de adopción, su naturaleza jurídica, su regulación en el Código de Vélez, un análisis de la estructura metodológica utilizada en el CCyC, los Proyectos y leyes posteriores al Código Civil, Cuales son las tendencias actuales del Derecho de Adopción en el mundo y países limítrofes.

En el capítulo II se explicará los principios generales que rigen en dicha Institución, se analizará el artículo 595 del nuevo Código, el interés superior del niño, el respeto por el derecho a la identidad, el agotamiento en la posibilidad de permanencia en la familia de origen o ampliada, La preservación de los vínculos fraternos, el derecho a conocer los orígenes, el derecho del menor a ser oído, etc.

El capítulo III, comprenderá el estudio de la figura llamada Guarda con Fines de Adopción, su concepto y regulación , la ley 25.854 de Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos Que son las guardas de hecho, las excepciones de las guardas de hecho en el Código Civil de Vélez.; se hará un análisis del artículo 611, la posición de doctrinarios y jurisprudencia.



## **CAPÍTULO 1**

NOCIONES GENERALES- ADOPCIÓN

El presente capítulo, tendrá por finalidad, introducir al lector, a la temática de la adopción. El Instituto de la adopción sufrió múltiples reformas, es por ello que para poder analizar adecuadamente esta figura, es necesario revisar la historia y los antecedentes legislativos, así como así también determinar el concepto y sus principios rectores, se realizará una explicación de cada uno de ellos ya que es de suma importancia su análisis; en primer lugar, porque su conocimiento es fundamental para poder determinar si se producen infracciones. Y en segundo lugar, porque todo el proceso de Adopción debe estar sujeto a ellos.

Es innegable la necesidad de protección integral que merece el niño como sujeto de derecho, en especial aquellos que se encuentran en situación de desamparo.

### **1.1 Breve reseña histórica.**

Ya en Roma se consideraba a la adopción y estaba configurada como una institución jurídica, esta tenía una gran aceptación por razones religiosas por la gran relevancia que tenía el culto a los antepasados, para continuar la familia, se encontraba a cargo del pater familias que debía asegurarse un heredero en lo religioso como lo patrimonial y cuando no se tenía entraba en juego la institución de la adopción. Como consecuencia a lo antes dicho, se establecía que no pudieran adoptar aquellos que ya tuviesen hijos (legítimos o naturales). No tenía carácter tuitivo respecto a los menores de edad. (Ferrer Francisco, 1991). Existían dos formas de adopción: una llamada adrogatio y la otra adoptio; si bien en ambas se establecía que debía haber una diferencia de edad de dieciocho años entre el adoptante y el adoptado, tenían ciertas diferencias. La adoptio consistía en un acto privado que no requería ninguna otra aprobación, esta ocurría sobre el alieni iuris que ingresaba la familia del adoptante en calidad de hijo, allí se requería la conformidad del pater familias del adoptado, quien perdía la patria potestad sobre el adoptado la cual pasaba a ser ejercida por el adoptante.

A diferencia de la anterior mencionada en la adrogatio se tomaba a un sui iuris, que era una persona que no se encontraba bajo la patria potestad de ninguna otra y esta pasaba a la familia con todas las personas que estuviesen sometidas a su patria potestad, como así también su patrimonio, tomaba el culto doméstico del adoptante y debía renunciar al suyo; aquí se requería el consentimiento de la persona a adoptar.

(Belluscio, 2016). Los germanos, por ejemplo la adopción no generaba ningún tipo de vínculo jurídico entre adoptante y adoptado, no tenía derecho a la sucesión y se hacía principalmente con el objetivo de darle un hijo a quien no lo tenía para la guerra.

En España la adopción no era contemplada ni tampoco se practicaba con frecuencia pero entre los años 1252 y 1255 se permitió que un varón que no tuviese hijos legítimos tomara a una mujer o varón como hijo, este podría heredarlo pero si el adoptante tenía luego un hijo legítimo se invalidaba la adopción. No se practicaba tanto como una adopción sino como una forma de legitimar hijos naturales. En el año 1889, con la sanción de su Código Civil se incorporó la adopción, de una forma menos plena y que atribuía la patria potestad.

La adopción en el Common Law, en Inglaterra recién se admitió este instituto en el año 1926; en estos países se consideraba a la institución totalmente innecesaria ya que tenían total libertad para testar, pudiendo nombrar como heredero a cualquier persona, sin parentesco biológico ni jurídico.

En los países musulmanes por ejemplo, se siguen las enseñanzas de la sharia siendo esta contraria a la adopción. Es considerada una institución excluida del sistema social, ya que los hijos adoptivos no son hijos propios, no deben llamar padre a quien no lo es. Lo que sí podemos encontrar es una figura similar a la adopción llamada kafala pero esta está destinada a la protección, educación y cuidado de un menor. (Iñiguez Marcelo, 2013).

En el Derecho Posterior ese desinterés por este instituto continuó durante las edades media y moderna, quedó excluido por ejemplo, del Proyecto de Pisanelli del año 1865, ya que se consideraba contrario a las buenas costumbres; también en España el autor García Goyena se encontraba reacio, tampoco fue admitida en los Códigos de los países bajos del año 1838, Portugal de 1867, Chile en 1855 y Argentina del año 1869. Siguiendo al mismo autor, se conoce que durante el siglo XIX la adopción se concibió como una forma de pacto de familia que luego quedaba determinada a que la justicia lo aprobara. (Corral T., 2002). Luego, en el siglo XX finalmente numerosos países la incorporaron a su legislación para resolver el problema de la gran cantidad de niños que habían quedado huérfanos como resultado de las dos guerras mundiales (Borda G., 2008).

Las motivaciones para adoptar posteriormente fueron mutando, pasó de enfocarse en la necesidad de darles hogar a niños que carecían de uno a satisfacer la necesidad o la demanda de matrimonios de países centrales, donde las tasas de fertilidad disminuyen y dificulta la posibilidad de adoptar. Se fue cambiando el objetivo de la adopción, se dejó de concebir como un medio para tener un heredero que continúe su persona, culto religioso, etc. para ser una herramienta fundamental en la protección de niños maltratados, huérfanos o abandonados por sus padres. (Tarducci M., 2013)

## **1.2 La Adopción. Concepto.**

Si bien algunos autores consideran que las definiciones no son propias para los códigos de fondo hay temas de los cuales que si se deben incluir ya que al hacerlo se coloca a una institución en un lugar determinado y sobre la cual siempre han existido diferentes perspectivas o miradas.

Algunos de los conceptos de autores:

La adopción es una institución que ha sido creada por disposición legal con el fin de formar un vínculo jurídico entre adoptante y adoptado como aquella que se forma entre los padres y sus hijos biológicos dependiendo de los distintos tipos de adopción que existen, plena o simple.

A diferencia del Código Civil de Vélez que no establecía nada al respecto, el Nuevo Código en el artículo 594 reza: La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger a los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionadas por su familia de origen.<sup>1</sup> Esta definición está basada fundamentalmente en lo que establece la Convención sobre los Derechos Del Niño

---

<sup>1</sup> Artículo 594 Código Civil y Comercial Concepto. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

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

reconocido como el modelo de protección integral de derechos. (Herrera M., 2016). La crítica de algunos autores al mencionado artículo 549 es que en realidad no es un verdadero concepto, no se desprende el verdadero concepto de la institución, lo único que se puede visualizar es el derecho de los niños a formar parte de una familia que satisfaga sus necesidades y que los proteja cuando no pueden ser cubiertas por su familia biológica. (Basset U., 2016). Belluscio (2008) también critica su contenido, ya que considera que la norma es superflua, errónea, solo es un enunciado ideal y no se encuentra siempre en la realidad, además de que no es necesario que para otorgar la adopción que se examinen las causas de abandono del menor.

Otro de los conceptos que se le ha dado es aquella expresada por Borda, considerándola una “Institución de derecho privado fundada en un acto de voluntad y nacida por decisión del juez, en virtud de cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima”. (Borda G., página 88).

Para la diputada Ricci<sup>2</sup> -quien presentó varios proyectos de ley ante el Congreso de la Nación- “La adopción es un Instituto destinado a hacer efectivo el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades materiales y espirituales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la ley 26.061”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> 8619-D-2010.

<sup>3</sup> DERECHO A LA IDENTIDAD. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríen el interés superior del niño.

Otra autora como Viviana H. De Souza Vieira (2018) explica el concepto adopción, siendo el objetivo de esta institución jurídica satisfacer el derecho humano de todo niño, niña o adolescente de desarrollarse y vivir en una familia. Pero no cualquier familia, sino aquella que le asegure aquello que necesita para satisfacer sus necesidades materiales y espirituales para que este niño, niña o adolescente llegue a ser un ser humano responsable y útil para la sociedad.

Se concuerda absolutamente con su planteo de que cuando se habla de adopción, no se trata de un tema solamente jurídico:

La adopción atraviesa un montón de especialidades: psicología, salud. Uno se tiene que preparar para adoptar. Y si es necesario, tiene que buscar apoyos. Va haber avances y retrocesos. Por eso les decía, tenemos que derribar mitos, revisar prácticas, ver qué es lo que conviene hacer y qué es lo que no conviene hacer. Ampliar la disponibilidad adoptiva, qué quiero adoptar y qué puedo adoptar.<sup>4</sup>

### **1.3 Naturaleza Jurídica.**

En este punto, Para determinar la naturaleza jurídica de la adopción se debe tener en claro que la adopción no es un contrato, ya que no hay un acuerdo de voluntades entre el adoptado ni el adoptante como así tampoco con el representante legal de las partes, no existe subordinación pero tampoco igualdad entre las partes. Concebir a la adopción como un contrato es descabellado. Es imposible equiparar a otras figuras de nuestro articulado pero sí se puede afirmar que es una Institución, se debe poner énfasis en el derecho del adoptado y del adoptante, la inderogabilidad de sus derechos y deberes recíprocos al cual se someten y del que no se pueden apartar. (Arias de Ronchietto C., 1997).

Del punto de vista de Ferrer (1991) en el instituto de la adopción se deben distinguir dos aspectos, por un lado el acto y por el otro el estado, estos son momentos consecutivos; en su estado constitutivo es un acto jurídico familiar de carácter

---

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

<sup>4</sup> Fuente: “Procedimiento de adopción: entre la realidad y la norma” (2018/06/09) Año XVII - Edición 308. Derecho al día.<http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/procedimiento-de-adopcion-entre-la-realidad-y-la-norma>.

procesal ya que necesita de la manifestación del adoptante por medio de la demanda que se perfecciona con la sentencia. El otro aspecto hace referencia a lo civil que nace del acto constitutivo y cuya naturaleza es institucional, la sentencia que crea el estado de hijo se encuentra perfectamente reglamentado por la ley que la configuran una institución jurídica.

#### **1.4 El objeto de la adopción**

Siguiendo la línea de pensamiento de Leonel Tavip (2015), la adopción 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.

Centra así el punto exacto hacia donde debe encaminarse toda resolución tendiente a otorgar esta forma de filiación, es decir, a hacer efectivo el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y poder desarrollarse de manera íntegra en ella.

El foco de atención serán siempre las niñas, los niños y los adolescentes, como eje del sistema de adopción, y a quienes principalmente debe protegerse, procurando brindarles un ámbito familiar en donde pueda satisfacer sus necesidades, sean éstas de tipo afectivo, como materiales.

Por otra parte, debe tenerse en claro que el sistema no preconfigura ninguna preferencia por el tipo o constitución familiar en donde los niños, niñas o adolescentes pueden llegar a desarrollar plenamente ese derecho a formar parte de una familia. En este aspecto, el Código Civil y Comercial posibilita solicitar la adopción -sin ningún tipo de distinción ni prevalencia- tanto a personas que se encuentran unidas en matrimonio, como a los convivientes, así como prevé la adopción unipersonal y de integración

Se ha señalado con claridad que a esta altura del desarrollo normativo es indiscutible entender al derecho a tener una familia como un derecho humano, sin que esto pueda decantarse por un determinado modelo de familia.

### **1.5 Subsidiariedad de la adopción**

Otra de las precisiones que surgen de la adopción es que sólo procederá en los supuestos en que la niña, niño o adolescente no pueda desarrollar su derecho a formar parte de una familia, en su grupo familiar de origen.

Es decir que importa siempre una solución o alternativa ante la falta de ese grupo familiar que pueda cumplir de manera concreta lo referido anteriormente, es decir, brindarle a esos niños un lugar que los contenga afectiva y materialmente. (Tavip G., 2015)

### **1.6 Su carácter judicial**

La definición de adopción reza: la adopción se otorga sólo por sentencia judicial. De esta manera, el Código ha mantenido como sistema de otorgamiento de la adopción la vía judicial, continuando con la postura tradicional del sistema jurídico de la Argentina, que, como indica Nora Lloveras, se ha separado totalmente de aquellas legislaciones en que se admite la adopción como un contrato o como resultado de un acuerdo de voluntades.

Este carácter también se encuentra reflejado en lo normado en los capítulos 2 ("Declaración judicial de la situación de adoptabilidad"), 3 ("Guarda con fines de adopción") y 4 ("Juicio de adopción") del Código, que regulan las tres fases del proceso de adopción, en los que siempre aparece el sistema judicial como garante y otorgante de ella. (Tavip, G., 2015)

Es decir que se reafirma el carácter judicial de todo el proceso adoptivo (declaración de la situación de adoptabilidad, el otorgamiento de la guarda con fines de adopción y la adopción propiamente dicha), que ya había sido fijado por la ley 24.779, que desechó de plano la "extrajudicialidad" de la guarda previa, que sí se encontraba habilitada en la ley 19.13421. (Tavip G., 2015)

### **1.7 Efecto de la adopción**

Finalmente, el artículo 594 cierra el concepto diciendo que esta institución "emplaza al adoptado en el estado de hijo", es decir que refiere de manera clara cuál será el efecto de la resolución judicial que haga lugar a la demanda planteada.



Pone en claro que el objetivo de la adopción es la creación de un nuevo estado de familia entre el adoptado y el o los adoptantes, es decir, nace un título de estado de hijo y a la vez de padre o padres.

Ese "estado", que es un atributo de la persona, también denominado "estado de familia" o por algunos "estado civil", hace referencia a ese modo de ser o de estar de una persona dentro de su grupo familiar y, en el caso de la adopción, surge de una sentencia judicial, que tiene efectos constitutivos. (Tavip G., 2015)

### **1.8 La adopción en el Código de Vélez.**

Hasta que se sancionó el Código Civil en Argentina, nuestro país se encontraba regido por las leyes españolas, por la de las Partidas, que fueron derogadas en el año 1871 cuando entró en vigencia el Código Civil de Vélez Sarsfield que dicho sea de paso, no admitió el instituto de la adopción; aseguraba que esta práctica tenía poca aceptación como así también que no era conveniente introducir al ámbito familiar a una persona a la que la naturaleza misma no había colocado allí. Sostenía que la beneficencia como se la consideraba en esa época se debía practicar por otros medios.

Con motivo de la postura de Vélez de no admitir la adopción, el artículo 4050<sup>5</sup> del Código Civil (derogado por la ley 24.779), dispuso: "las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopciones por las nuevas leyes, son regidas por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos". Y en la nota que realizó a dicho artículo, sostuvo que "la ley nueva no podría regir las adopciones preexistentes sin anularlas retroactivamente, desde que el Código no reconoce adopción de clase alguna" (Sambrizzi Eduardo, 2017, p.20).

Borda (2008) está totalmente en contra de la postura de Vélez Sarsfield ya que cree que la familia adoptiva no es menos familia que la biológica, con la adopción nace un vínculo desde el amor y la convivencia así que por supuesto que no se puede decir que es menos fuerte que el que nace de la sangre.

---

<sup>5</sup> Artículo 4050: Las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopciones por las nuevas leyes, son regidos por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos.

## **1.9 Proyectos y leyes posteriores al Código Civil.**

Desde el Código Civil hasta que se sancionó la ley de adopción pasaron muchos años, pero también muchos proyectos de ley. El autor Biblióni tampoco la incluyó en su anteproyecto porque no se estaba en condiciones de abrir un nuevo debate de un instituto que hoy en día es indispensable. En el año 1936 si se la incluyó pero como forma de contrato, con el requisito del consentimiento de los padres del menor y en caso de que estuviera sujeto a tutela del juez, la de éste.

Por fin en el año 1948 con la ley 13.252 se admitió la adopción simple, en la cual se limitaba el parentesco entre el adoptante y el adoptado, estos se consideraban hijos legítimos pero no adquirían ningún vínculo familiar con los parientes del adoptante, tampoco sus derechos sucesorios por representación (art.12)<sup>6</sup>; los únicos deberes y derechos de los padres biológicos que se extinguían por la adopción eran los de patria potestad, que desde el momento de la adopción eran transferidos al adoptante. Este también era encargado de administrar los bienes en caso de que fuese menor de edad pero no podían tocar los usufructos, excepto que fuesen bienes que hubiese heredado del cónyuge del adoptante. (Muñiz, 2013)

En el anteproyecto del año 1954 se reprodujo la ley 13.252 pero con algunas variantes, ya que en sus veinte años de vigencia si bien fue mostrando sus virtudes también dejó al descubierto las carencias y defectos, siendo sustituida en 1971 por la ley 19.134 en virtud de los debates sobre la necesidad de incorporar una figura más; se incorporó a nuestro derecho la adopción plena a menores huérfanos, abandonados, aquellos cuya filiación no se conocía o cuando sus padres hubieran perdido la patria potestad. Se mantuvo la adopción simple sobre menores que no se encuentren en las situaciones anteriores. (Zannoni E. y Bossert G, 1999)

A partir de 1960, se presentaron múltiples proyectos de reforma, en el III Congreso Nacional de Derecho Civil del año 1961 tuvo a su cargo estudiar las ponencias sobre el tema de la reforma del régimen legal de adopción (tema 18) donde se resolvió la necesidad de incorporar la legitimación adoptiva, “sin perjuicio de la subsistencia de la adopción regulada por la ley 13.252”. (Zannoni E. y Bossert G., 1999, pág.485).

---

<sup>6</sup> Art. 12° - El parentesco que crea la adopción se limitará al adoptante y al adoptado, quien será considerado como hijo legítimo. El adoptado no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación.

Durante los veinticinco años de vigencia de la ley 19.134, con la cual se avanzó en cuanto a la incorporación de la figura de la adopción plena, se advirtieron de igual manera defectos y omisiones que hacían necesario una nueva reforma, es por ello que en 1997 fue sancionada la ley de adopción n° 24.779, incorporándose al Código Civil en el Título IV de la Sección Segunda, libro Primero del Código Civil desde los artículos 311 a 340.

Hubo algunas reformas en aquellas cosas simples como por ejemplo el período de guarda previa a la adopción, la edad mínima que de aquellos que pretendían adoptar, la cantidad de años de casados de adoptantes, etc., hay que mencionar también que dicha ley también resultó afectada por las reformas que ocurrieron en el ámbito del derecho de familia como son las leyes 23.264, de 1985 y la ley 23.515 de 1987, que regulando sobre la no discriminación de filiación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, se incorporó también el divorcio vincular, dando lugar a que no se pueda adoptar al propio hijo extramatrimonial.(Zannoni E. y Bossert G, 1999)

Con todos los avances, mejoras y cambios, hay que reconocer que hubo algunas disposiciones de la ley 19.134 que generaron opiniones y posturas encontradas que hasta llevó a plantearse si eran constitucionales o no. Esto ocurrió por ejemplo, con el hecho de citar a los padres de sangre al proceso de adopción ya que en algunos casos se los excluía (art. 11<sup>7</sup>), y en otros se la consideraba facultativa del juez o tribunal (art. 12<sup>8</sup>). Como solución a este problema, la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849) se expidió sobre este tema en su art. 21, inc. A, donde determina que los Estados deben velar por que la adopción sea otorgada "en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se

---

<sup>7</sup> Artículo 11, ley 19.134.- El padre o la madre del menor no serán necesariamente citados al juicio, y no se admitirá su presentación espontánea en los siguientes casos: a) cuando hubieran perdido la patria potestad; b) cuando se hubiese confiado espontáneamente el menor a un establecimiento de beneficencia o de protección de menores público o privado por no poder proveer a su crianza y educación y se hubiera desentendido injustificadamente del mismo en el aspecto afectivo y familiar durante el plazo de un año) cuando hubieren manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial, o por instrumento público) cuando el desamparo moral o material del menor resulte evidente, o por haber sido abandonado en la vía pública o sitios similares y tal abandono sea comprobado por la autoridad judicial.

<sup>8</sup> Artículo 12, ley 19.134.-fuera de los casos del artículo anterior, los padres del menor o cualquiera de ellos podrán ser citados al juicio. Ellos podrán pedir que se los tenga por parte, y el juez o tribunal así lo dispondrá, cuando existan justos motivos.

requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario"<sup>9</sup>.

Hubo inconvenientes a la hora de su aplicación, al no preverse el modo de otorgar la guarda previa del menor que después se adoptaría. Esto generó problemas administrativos, tanto en el Consejo Nacional del Menor, como en sus equivalentes de las provincias, que colisionaban con el debido control judicial de guardas con miras a la futura adopción. Se fue tomando conciencia de la necesidad de establecer una especie de guarda preadoptiva, siempre judicial por supuesto, que coloque al menor en lo que se llama en situación de preadoptabilidad con la debida intervención de los padres biológicos que hubiesen reconocido al niño que se quiere adoptar en el futuro.(Zannoni E. y Bossert G., 2016).

La Convención sobre los Derechos del Niño reafirmó la necesidad de asegurar y resguardar el derecho del niño a conocer su identidad biológica (art. 8<sup>o</sup><sup>10</sup>), lo cual exige que, aun en los supuestos de adopción plena, la ley garantice tal derecho y que la ley 19.134 no hizo explícito.

Desde 1984 surgieron diversos proyectos legislativos de reformas a la ley 19.134. En general, todos ellos coincidieron en mantener el doble régimen de adopción, pero buscando la manera de hacerlo más flexible, incorporar requisitos o subsanar deficiencias que se fueron advirtiendo durante su aplicación. Por lo tanto se podría concluir que, en general, se coincidió en las bondades del régimen de la adopción que ahora, en virtud de la ley 24.779, se incorpora al Código Civil, en el Título IV, Sección Segunda del Libro Primero del artículo 311 hasta el 340.

### **1.10 Metodología de la adopción en el CCYC.**

Es la ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), en el Título VI del Libro Segundo del Código Civil y Comercial

---

<sup>9</sup>Convención Sobre los Derechos del Niño, Ley N° 23.849.

<sup>10</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, artículo n°8:1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

denominado Relaciones de Familia, se legisla sobre adopción, lo que se hace en seis capítulos denominados Disposiciones generales, Declaración judicial de la situación de adoptabilidad, Guarda con fines de adopción, Juicio de adopción, Tipos de adopción (que, a su vez, se divide en cinco Secciones) y Nulidad e inscripción.

El Proyecto trata el instituto en cuarenta y cuatro artículos, del 594 al 637, o sea que incorpora catorce artículos más que la normativa regida en el Código Civil por la ley 24.779, que como recordamos, abarcaba del artículo 311 al 340.

De esta manera, se puede decir por el art. 558 que la filiación puede darse por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. Se puede interpretar entonces que la filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos. Como regla, se dispone que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales y que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada<sup>11</sup>. (Méndez R., 2016).

### **1.11 La nueva mirada de la adopción en el mundo y países limítrofes.**

Una de las tendencias en materia de adopción es que en la actualidad se está cuestionando la adopción simple, pero... ¿por qué? En muchos lugares del mundo se cuestiona esta especie de adopción intermedia, el vínculo con la familia adoptante no es tan intenso como en la adopción plena y donde se conservan algunos vínculos con la familia biológica. Es cuestionada porque se puede dejar sin efecto con mayor facilidad, especialmente cuando el adoptado llega a la mayoría de edad. A sido tal el cuestionamiento a esta figura que en algunos países directamente se resolvió su eliminación, cómo podemos mencionar el Código Civil Peruano del año 1984 o el Código de Quebec en 1994, en otros por ejemplo se la sustituyó por la llamada acogimiento familiar, en España en 1987 y por la

---

<sup>11</sup> Artículo 559 Código Civil y Comercial. Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

ley Italiana en 1983 llamándola *affinamento dai minori* sienta todavía ésta más ambigua. (Corral Talcini H, 2002).

Otra de las nuevas formas de ver a la figura de la adopción que se pueden mencionar, es el cuestionamiento de algunos de los efectos de la adopción plena como lo son el cortar los lazos de forma casi definitiva y por completa de la persona adoptada con su familia biológica logrando que en muchos casos no se cumpla con uno de los derechos que tiene el adoptado de conocer su origen, quién es, de dónde viene, etc. como también favorecer el tráfico de niños. Muchas veces se presentan situaciones en donde los adoptados conocen su origen y tiene contacto con su familia de sangre, quieren seguir teniendo y conservando esos lazos. (Corral Talcini H, 2002).

Se produce en la actualidad un cambio en la forma de ver uno de los principios como es el secreto en la adopción, antes se consideraba que era mejor para todos que el adoptado no supiera nada de su familia biológica, sus orígenes, cuál era su historia para evitar cualquier problema o evitarle al adoptado traumas psicológicos o daños emocionales. Actualmente se tiene una concepción totalmente diferente, se considera que es necesario y totalmente positivo que todos los que intervienen pero sobre todo la persona adoptada conozca su historia personal, sus orígenes, quiénes son su familia de sangre, tal es así que está expresamente establecido por el artículo 596, penúltimo párrafo: los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente<sup>12</sup>.(Corral Talcini H, 2002).

---

<sup>12</sup> Artículo 596: Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

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

Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

Y una de las tendencias más importantes, controles mucho mayores para evitar el tráfico de niños; se hacen incontables esfuerzos para evitar esta preocupante situación con el dictado de Convenio y Convenciones. Como son la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la ley 23.849, la Convención de la Haya en el año 1933 que si bien no fue aprobada por nuestro país, ésta regula sobre la cooperación internacional y la protección del niño. (Corral Talcini H, 2002).

A continuación se tratará brevemente como se regula la adopción en países limítrofes como Paraguay, Uruguay, Chile, Perú, Colombia, México y Cuba, con la postura y mirada del autor Corral Talcini (2002).

#### Cuba

Al igual que en el caso de Perú, en Cuba existe un solo tipo de adopción, la que crea entre el adoptado y los adoptantes un vínculo de parentesco igual al existente entre padres e hijos, del que se derivan los mismos derechos y deberes que en la relación paterno filial, extinguiéndose los vínculos jurídicos con su familia biológica, debiendo la adopción ser autorizada legalmente para que tenga validez (arts. 99, 104 y 116, Código de la Familia).

Si a los adoptantes se les suspende o priva de la patria potestad, no por ello los adoptados recuperarán los vínculos extinguidos con su familia consanguínea (art. 111).

#### Chile

La primera ley de adopción en Chile fue la n° 5343, del año 1934, que en 1943 fue modificada por la ley 7613. Con posterioridad, en el año 1965 Chile adoptó el modelo francés de la adopción legitimante, en que existía el secreto sobre el hecho de la adopción, lo que se consideraba un requisito para la estabilidad de la familia adoptante; para lo cual se reemplaza la Partida de nacimiento del menor, por otra, de la que no resultaba que el hijo había sido adoptado. Actualmente, la adopción se rige en Chile por la ley 19.620, del 5 de agosto de 1999, que entra en vigencia des del 27 de octubre de ese año.

Se confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o de los adoptantes, extinguiéndose sus vínculos de filiación de origen para todos los efectos civiles, salvo con respecto a los impedimentos para contraer matrimonio. Contrariamente a las leyes de adopción vigentes con anterioridad, de acuerdo a la ley 19.620 existe un solo tipo de adopción, la plena.

Para la adopción se deben tener en cuenta las opiniones del menor en función de su edad y madurez; y si el mismo fuere adulto, se requerirá su consentimiento, aunque éste no es necesariamente definitivo.

La adopción es irrevocable, aunque puede ser anulada si fue obtenida por medios ilícitos o fraudulentos, prescribiendo la acción en el término de cuatro años contados desde la fecha en la que el adoptado, alcanzada la plena capacidad, tomó conocimiento del vicio.

#### Paraguay

De conformidad a lo establecido en la ley 1136/97, del Paraguay, hay un solo tipo de adopción.

Salvo en el caso de la adopción del hijo del cónyuge, el adoptado pasa a formar parte de la familia del adoptante, en calidad de hijo, confiriéndole una filiación que sustituye a la de origen, y cesando sus vínculos con su familia biológica, con la salvedad de los impedimentos dirimentes matrimoniales derivados de la consanguinidad.

#### Uruguay

El Código Civil uruguayo legisla sobre la adopción en los artículos 243 a 251, reformados por los artículos 156 a 172 del Código del Niño, y por la ley 7.290. La adopción debe ser hecha por escritura pública y ser aceptada por el adoptado o sus representantes legales, debiendo ser inscripta dentro de los treinta días desde su otorgamiento en un libro especial que lleva la Dirección General de Registro Civil, y hacerse constar al margen del acta de nacimiento del adoptado.



Pueden adoptarse personas mayores de edad, pero cuando se trate de la adopción de un menor de edad, la adopción deberá ser previamente autorizada por el Instituto Nacional del Menor, debiendo acreditarse la idoneidad moral y la capacidad del adoptante, y que éste ha tenido al menor durante dos años bajo su protección y cuidado. El adoptante debe ser mayor de treinta años y tener una diferencia de edad con el adoptado de por lo menos veinte años.

De acuerdo al artículo 250, la adopción sólo establece relaciones jurídicas entre el adoptante, al que se le transfiere la patria sobre el menor y el adoptado, y no entre cualquiera de ellos y la familia del otro. Los únicos efectos que produce son los siguientes: 1º Obligación del adoptado de respetar y honrar al adoptante; 2º Obligación recíproca de prestarse alimentos; 3º Derecho a heredar sin testamento en los casos y con el alcance dispuestos en el artículo 1028 del Código Civil, en que se contempla el alcance con el que el adoptado y los adoptantes son llamados a la sucesión: a falta de descendientes, ascendientes y hermanos, de cónyuge sobreviviente y de hijos adoptivos, son llamados a la sucesión el padre o madre adoptante y los colaterales legítimos o naturales del difunto fuera del segundo grado, según las reglas que establece dicha norma, a cuyo contenido remitimos.

La ley 10.674 del Uruguay (modificada por la ley 16.108) regula una adopción legítima con efecto filiativo, de personas menores de edad en situación de menoscabo (menores abandonados, los que carecen de filiación acreditada y los huérfanos de padre y madre). Los adoptantes deben ser cónyuges y adoptar en conjunto.

## Perú

En el Perú la adopción está contemplada en los artículos 377 a 385 del Código Civil de 1984. Sólo hay un tipo de adopción, que es irrevocable y no puede estar sujeta a modalidad alguna. El adoptado puede no ser menor de edad ni encontrarse en estado de abandono, debiendo la edad del adoptante ser por lo menos igual a la suma de la mayoría y la de la persona por adoptar.

Los padres del adoptado (o el tutor o curador y el Consejo de Familia, en su caso) deben prestar consentimiento para la adopción, como también debe prestarlo el adoptado

mayor de diez años. Para adoptar, el adoptante casado requiere el asentimiento de su cónyuge.

Por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, aunque se conservan los impedimentos matrimoniales. Pero el mismo puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año de llegar a la mayoría de edad o de cesar en su incapacidad, recuperando de tal manera su filiación consanguínea - aunque sin efecto retroactivo-, lo que el juez debe declarar sin más trámite. Se admite la adopción de niños peruanos por extranjeros, que deben ratificar personalmente ante el juez su voluntad de adoptar, salvo que el menor estuviera por razones de salud viviendo en el extranjero.

### México

También el Código Civil para el Distrito Federal de México admite un solo tipo de adopción. Para que ésta pueda tener lugar, deben prestar su consentimiento ya sea quien ejerce la patria potestad, el tutor, la persona que haya acogido durante al menos seis meses a quien se pretenda adoptar y lo trate como a un hijo, y en último término, el Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado. También se requiere el consentimiento del menor, cuanto éste tuviera más de catorce años (art. 397).

Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, inclusive el parentesco resultante, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos matrimoniales. No se extinguen los derechos y obligaciones resultantes del parentesco natural, salvo la patria potestad, que será transferida al adoptante, excepto que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, supuesto en el cual será ejercida por ambos cónyuges (arts. 402 y 403).

### Colombia

En Colombia se admitió la adopción en el Código Civil, habiendo la misma sufrido distintas reformas en los años 1960 (ley 140), 1975 (ley 5a), 1989 (decreto 2737 por el que se aprobó el Código del Menor), y ley 1089 del año 2006, que aprobó el Código de la Infancia y la Adolescencia.

De acuerdo a este último Código se permite un solo tipo de adopción, que tiene el carácter de plena, por lo que el adoptado pasa a formar parte de la familia del adoptante en calidad de hijo de éste, teniendo además vínculos jurídicos con todos los parientes del adoptante, incluso con los parientes por afinidad. Con la adopción quedan extinguidos los vínculos de parentesco por consanguinidad, quedando no obstante vigentes los impedimentos matrimoniales. No obstante, en la adopción del hijo del cónyuge o de la pareja, no quedan extinguidos los vínculos de éstos con el adoptado.

## **CAPÍTULO 2**

### PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE ADOPCIÓN

En el artículo 595 nuestro Código Civil enumera seis principios; un autor como Belluscio lo pone en jaque ya que considera que no es tarea del legislador establecer principios generales además de que no es necesario que las leyes enuncien normas morales sino jurídicas, que tampoco deben contener declaraciones genéricas sino preceptos que señalen vías para su cumplimiento. Estos seis incisos sirven como parámetro a la hora de resolver conflictos que se pudieran presentar en materia de adopción, por su gran abstracción si bien no suministran una solución exacta al caso que se presenta sirve para orientar al juez cuando se encuentra con una laguna en el derecho positivo. (Medina y Domínguez, 2016)

Otra autora por su parte, afirma que aunque los principios que se encuentran en el artículo 595 ya se encuentran en numerosos instrumentos de los Derechos Humanos, se hallan en nuestro sistema normativo para hacerle frente a cualquier laguna del derecho, silencio legislativo, o vacío legal y más en esta rama que es tan dinámica y que está constantemente mutando; siempre se deben tener en cuenta estos principios rectores que tienen un gran valor en la adopción, estos inspiran, sostienen, y es sobre los cuales se edifica la regulación de la adopción, siendo la misma una de las figuras dentro del Derecho de Familia en la que se observa con mayor precisión la exteriorización de esos principios. (Herrera, 2016)

## **2.1 Objetivo y finalidad de los principios.**

Múltiples legislaciones extranjeras bajo el título de disposiciones generales detallan los principios sobre los que se construye la figura de la adopción, los que la sostienen o inspiran, encontrándose la adopción dentro de las figuras en el Derecho de Familia en que se puede vislumbrar con mayor precisión la postura del legislador.

Todos los textos legales deben estar en perfecta armonía con un Derecho Constitucional humanizado o internacionalizado, es por ello que diversas posturas se encuentran a favor de una regulación especial y precisa que contenga los principios generales de la adopción; entre algunos podemos nombrar a Medina quién en su ponencia presentada a la Bicameral al analizar el Proyecto que luego dio lugar a la sanción del Código Civil y Comercial manifestó:

Resulta muy importante el establecimiento de una parte general en materia de adopción porque ella determina los principios y las finalidades de la institución, que son pilares imprescindibles a la hora de la interpretación y de llenar las lagunas del ordenamiento positivo. Los principios generales en materia de adopción cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley. Como fuente, los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres. Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Cabe señalar que los principios generales de adopción por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando exista una laguna del Derecho positivo.<sup>13</sup>

Sirven como elemento de interpretación de la ley, los principios generales sirven para dar solución cuando se está ante contradicciones entre las disposiciones positivas concretas, dar la clave para interpretar una disposición que genera incertidumbre.

No obstante nos encontramos con otras posturas doctrinarias minoritarias que se han mostrado totalmente opositoras a la regulación de los principales principios de la adopción, ya que comprenden que muchos de ellos son programáticos, y por ello se le estaría impedido que formen parte del articulado de modo de listado y numerados.

A modo de ejemplo se puede citar a Basset (2012) quién sostiene que el principio El derecho del niño a vivir y desarrollarse en una familia, no es justamente una norma que debiera encontrarse en el Código Civil, ya que tiene una naturaleza programática. Es improbable que el significado de la norma sea que los niños puedan demandar al Estado ante la imposibilidad de poder ser criado por una familia que no sea la suya de origen, lo que en realidad determina la norma es una obligación de medios por parte del Estado.

La concepción de que los derechos humanos tienen naturaleza programática y no operativa está hace mucho tiempo en jaque, sobre todo respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, hoy en día casi la totalidad de la doctrina y jurisprudencia sumando la constitucional, opta por defender su índole operativo. Por su parte, Abramovich y Courtis defienden esta idea, argumentando que no sólo los derechos civiles y políticos generan

---

<sup>13</sup> Medina, Graciela, La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación, en [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085\\_MEDINA\\_Graciela\\_LA\\_ADOPCION.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085_MEDINA_Graciela_LA_ADOPCION.pdf) (compulsada el 24-2-2013).

obligaciones estatales sino también lo hacen los derechos económicos, sociales y culturales; ya se trate del derecho a vivir en familia un derecho civil o un derecho social. (Abramovich, V. y C., 2002).

La distinción entre obligación de medios y de resultados a las que se refiere Basset se enfoca en la mirada crítica que exponen Abramovich y Courtis de que sólo puede hablarse con algún sentido de derecho cuando una determinada norma se limita solo a imponer obligaciones negativas o abstenciones, mientras que el intento de fundar derechos a partir de establecimiento de obligaciones positivas resultaría conceptualmente imposible o materialmente inviable. Estas distinciones están basadas sobre una visión totalmente sesgada del rol y funcionamiento del Estado, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa. (Abramovich, V. y C., 2002).

Es por ello que se parte de un punto de vista erróneo, entender en este caso que el derecho a vivir y desarrollarse en una familia no es un derecho operativo, lo cual no implica que en cada caso o situación habría que analizar si se encuentra cumplido o vulnerado. Esto es lo que ocurre en múltiples casos en los cuales ha tenido que intervenir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al desentrañar si determinadas plataformas fácticas y jurídicas cumplían o no con derechos tan importantes como son a la vida privada y a familiar, regulados el artículo 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>14</sup>.

Sumando argumento a su posición Basset (2012), manifiesta que:

---

<sup>14</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH). Fecha: 4 de noviembre de 1950.

Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En tanto que una norma programática, sería preferible dejar el marco enunciado por la Convención sobre los Derechos del Niño, que es bastante. El Código Civil debe regular la forma en la que el Estado procura satisfacer los medios de manera idónea para que un niño pueda ser criado por una familia sustituta si la suya no puede hacerlo.

Analizando su postura, para quien es improbable que la norma signifique que un niño puede demandar al Estado porque no pudo ser criado por una familia alternativa, se podría sostener que también, en abstracto, sería poco viable que un niño pueda demandar al Estado por no haber visto satisfecho o efectivizado su interés superior del niño, y ningún autor se ha atrevido a expresar la impertinencia de que una ley infraconstitucional aluda de manera precisa al interés superior del niño. Más bien, con los cambios y modificaciones se ha observado que una gran cantidad de disposiciones legislativas a nivel nacional como locales indican en sus textos a este principio rector en materia de infancia y adolescencia. Se pueden mencionar algunos, como la ley 26.061, también remite de manera expresa a este principio el artículo 5° de la ley 26.743 o el decreto 1089/2012 que reglamenta la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (art. 2°, inc. a).

Al fin y al cabo, no es correcto afirmar que no pueda hacerse lugar a un reclamo judicial contra el Estado (Poder administrativo y Judicial) por parte de un niño al entender que se le ha violado su derecho a ser criado por una familia. Que hasta ahora no haya habido sentencias en este sentido no es obstáculo para afirmar la posibilidad de este tipo de reclamos.

## **2.2 Artículo 595, Principios Generales**

En dicho artículo se encuentran las directrices que guiarán la interpretación jurídica; su especial trascendencia se halla en que como puede verse en la jurisprudencia en temas de adopción, de casos que comienzan, se desarrollan y tienen como consecuencia verdaderas tragedias humanas.

Son seis principios con un punto en común entre todos ellos: están diagramados desde el niño y hacia el entorno adulto, en función del primero de ellos: el interés superior del niño, que es la base del sistema jurídico que regula los derechos de la infancia, un principio general de derecho, y que implica priorizar los derechos titularizados por los niños y niñas ante cualquier confrontación con los de los adultos que pueda perjudicarlos.



La pauta incorporada en el inc. F; ser oído, tomada en cuenta la opinión y consentir la adopción; tiene base constitucional al contemplar la visualización de la persona menor de edad como sujeto con derechos ejercitables comprendida en el precepto acceso a justicia, según la edad y madurez.

Los cuatro contenidos en las letras b a d guardan estrecha relación, ya que todos tratan sobre aspectos de la identidad, sea estática o dinámica.

Algunos tienen fuente legal, como el interés superior del niño consignado tanto en la CDN como en la ley 26.061, y otra jurisprudencial; como el que dispone mantener los vínculos entre hermanos; están emparentados con preceptos constitucionales como el derecho a la identidad o la tutela judicial efectiva, en el caso del deber de oír al niño y tener en cuenta su opinión; y deben ser armonizados durante todo el recorrido adoptivo con los principios generales presentes en los arts. 705 a 711 CCyC.

Los principios que rigen la adopción no son excluyentes entre sí; su aplicación siempre será concomitante y dirigida a amalgamar la decisión judicial, y de ningún modo el recurrir a alguno de ellos anulará los restantes, pues su aplicación se vincula con la ponderación que alguno pueda tener respecto de otro.<sup>15</sup>

Si, por ejemplo, en ejercicio del derecho a ser oído un niño de ocho años se manifiesta no consintiendo su adopción, el magistrado no podría válidamente invocar que no llega a la pauta rígida de 10 años para desechar tan importante manifestación. Cabría entonces razonar en función del interés superior del niño y adoptar acciones para modificar la situación, sea revocando la guarda, sea profundizando el ensamble familiar para arribar a una adopción.

El mismo razonamiento cabe para el niño menor de 10 años que consiente su adopción, pese a no contar con la edad legal prevista para ese acto, si el magistrado advierte que su madurez y desarrollo intelectual son soporte de esa expresión de voluntad, libremente mostrada y contando con la información suficiente.

**ARTÍCULO 595:** La adopción se rige por los siguientes principios:

---

<sup>15</sup> <http://universojus.com/ccc-comentado-infojus/interpretacion-art-595>

- 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.

### **2.2.1 El Interés Superior del Niño**

Aquí se hará solo una breve descripción de la figura ya que la misma será tratada en mayor profundidad en el capítulo siguiente.

Se trata de un principio de derecho reglado en varias normas como la ley 26.061 (art. 3°) y las leyes provinciales de infancia, pero particularmente enfatizado en la CDN para el supuesto del derecho a vivir en familia en los arts. 20 y 21, cuando en referencia a la adopción como deber de garantizar los cuidados al niño, contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales, dispone que los estados que admiten este sistema cuiden que el interés superior del niño sea la consideración primordial, y no una consideración más a evaluar junto con otras.

Al juzgar sobre el interés superior del niño, niña y adolescente debe tenerse en cuenta lo sostenido por nuestro Máximo Tribunal nacional en cuanto a que “no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso...”.

¿Qué implica esto? en una situación concreta, se debe apreciar:

- a) La opinión del niño, niña y adolescente;
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño y las exigencias del bien común;
- c) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo, evaluando en conjunto la edad y la madurez conforme la circunstancia de que se trate;
- d) La indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, la necesidad de que exista equilibrio entre los distintos grupos de derechos de los niños y los principios en los que están basados, de acuerdo a lo establecido por la CDN y los estándares internacionales;
- e) La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas.

### **2.2.2 El Respeto por el Derecho a la Identidad**

Este segundo principio que se encuentra en el inciso b de nuestro código se refiere al respeto absoluto al derecho a la identidad, que viene a fortalecer de modo tajante lo que comenzó en la ley 24.77933 que ya se lográndose grandes avances en la materia.

Entre los derechos que han merecido un especial reconocimiento en nuestro sistema jurídico y adquieren fundamental importancia es el derecho a la identidad entendido como "el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás ingredientes de su propio ser, siendo en definitiva, el conjunto de características físicas, jurídicas y sociales que reivindicar a una persona. (D'Antonio, D. año I, nro. 4, p. 328.)

La consagración del derecho de la identidad llevó a que las personas fueran reevaluadas en todos sus aspectos, ya que con este cambio se le da la oportunidad a las personas a interiorizarse más en su esencia porque su protección está relacionada con los derechos personalísimos. Es por ello, que se ha manifestado que "la identidad, entendida como la posibilidad de ser reconocido como una persona a la cual sus circunstancias la hacen

distinta de las demás, aparece como un presupuesto de la misma inherencia, característica fundamental de los derechos personalísimos. (Medina, G, p. 70)

Este principio tiene gran trascendencia en materia de adopción ya que forma parte de la naturaleza misma de del instituto, permitiendo que nazca una filiación legal, de una sentencia judicial, así mismo, no podemos olvidarnos de la gran cantidad de casos que existen en la realidad donde se les ha ocultado su procedencia a aquellos niños adoptados, negando así su historia y sus derechos; esto no solo se da en nuestro país sino también a lo largo de todo mundo.

Dicho principio guarda estrecha vinculación con lo dispuesto por el artículo 8° de la Convención de los Derechos del Niño<sup>16</sup>, y se complementa con el inciso f el cual indica que el adoptado tiene derecho a conocer su identidad, ambos completando el aspecto activo del derecho a la identidad, e incorporándose concretamente en el artículo 11 de la ley 26.06138.

El mismo establece:

**DERECHO A LA IDENTIDAD.** Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo

---

<sup>16</sup> Art. 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríen el interés superior del niño.

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

### **2.2.3 El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada**

Dicho principio está relacionado con la subsidiariedad de la adopción.

Solo prosperará en aquellos casos en los que los niños, niñas y adolescentes no puedan a desarrollar no puedan desarrollar su derecho a formar parte de una familia en su grupo de origen, ya sea primario o secundario. Esto significa que se le debe dar oportunidad en primer lugar a la familia de origen antes de la posibilidad de que se declare la situación de adoptabilidad del niño; este principio se complementa con el artículo 607<sup>17</sup> del Código Civil

---

<sup>17</sup> ARTÍCULO 607.-Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

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

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

También al momento de analizar la situación se debe tener en cuenta el artículo 594<sup>18</sup> del CCC que al conceptualizar la adopción hace referencia al derecho del niño, niña y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales. Lo antes dicho nos indica entonces que no todas y cualquier tipo de relación con su familia de origen va a tener privilegio sino que sólo aquellas que aseguren un correcto y total aprovechamiento de esos derechos. (Tavip, G

Guarda relación con el deber de respetar el centro de vida del niño que se estableció en la ley 26.061, comprendido como el lugar donde los niños, niñas o adolescentes hubieren transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de vida, es decir, se procura mantener el equilibrio en la vida del niño conservando el barrio, la escuela, su entorno social y cultural.

La posibilidad de permanencia esté relacionado con la estabilidad y continuidad que necesita el niño, pero también tiene un límite, que es la falta de idoneidad de aquel que está a cargo del cuidado o el daño que se le produce al menor de continuar con la relación con su familia, es en esta situación es que se debe poner en primer lugar el interés del niño menor sobre los intereses de los adultos, el juez debe escoger la solución que sea más provechosa al niño. (Telias, D

En consecuencia, la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las

---

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

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.  
<sup>18</sup> ARTÍCULO 594.- Concepto. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

separaciones legales del niño de su familia biológica sólo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible temporales<sup>19</sup>. (Telias, D, 1999, pág., 88).

La preservación de los vínculos familiares en contextos particularmente complejos:

Al hacer mención al agotamiento de las medidas para que el niño pueda permanecer en su familia de origen o ampliada se debe tener en consideración el contexto social y jurídico de los responsables del menor. La pobreza no es fundamento para separar al niño de su familia y llevarlo a otra familia por medio de la adopción, hay que tener en consideración las situaciones complejas de los padres que temporalmente están impedidos de cumplir con sus obligaciones parentales; algunas de las situaciones que se pueden mencionar son:

1. Padres privados de la libertad, la ley 26.472 del año 2008 introduce modificaciones a la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, al Código Penal y Procesal Penal de la Nación. Esta reforma se autoriza a los jueces ordenar el cumplimiento de las penas privativas de la libertad en el hogar en caso de mujeres embarazadas, madres a cargo de niños menores de cinco años o aquellas que tengan algún hijo con alguna discapacidad. Nuestra legislación no hace distinción alguna sobre las edades en el respeto por el mantenimiento del vínculo y el derecho de comunicación fluido entre ellos, también se les debe satisfacer a los mayores de cinco años o en casos en que sus madres privadas de la libertad y no fueron beneficiadas con la detención domiciliaria.
2. Padres internados por problemas de salud, aquí también se incluyen las enfermedades mentales, como es el caso de las adicciones graves.
3. Padres adolescentes, aquellos que no han alcanzado la mayoría de edad (18 años), no viven con un adulto que se haga responsable ni tampoco cuentan con

---

<sup>19</sup> Caso Fornerón e hija v. Argentina, resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 13 de septiembre de 2011, [www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/formeron.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/formeron.pdf). En el caso reseñado, la Argentina ha sido condenada a reparar a un padre biológico porque el Estado entregó a su hija en adopción sin su consentimiento y con su oposición privando a la niña de vivir con su familia de origen.

redes de contención o apoyo, en estos casos el estado debe brindarles un lugar donde puedan vivir junto a sus hijos; en este caso existe también la obligación de preservar en vínculo entre el niño y sus padres adolescentes, a pesar de que aquí nos encontramos con una doble situación de vulneración (el hijo y los padres menores de edad y en pleno desarrollo) . Kemelmajer A., Herrera M., Lloveras N., 2014.

El agotamiento de las posibilidades de permanencia con la familia de origen no se debe exagerar al extremo en que se dilate en vano la institucionalización de los menores y en la medida de lo posible la entrega en guarda a una familia que se ocupe de sus necesidades materiales y afectivas, como así también de las espirituales que son fundamentales en el desarrollo de la persona. Los organismos estatales deben tener en cuenta que el niño no debe quedar a cargo de su familia biológica cuando esto sea contraproducente para su desarrollo, no demorar innecesariamente y de forma injustificada la realización de los pasos para su adopción, se lo debe ubicar dentro de los términos razonables y con la urgencia que correspondiere en una familia que lo albergue y le facilite desarrollar su potencial; de no cumplir con ello, el Estado va a ser responsable de los daños que sufriera en niño por no cumplir con sus obligaciones pero teniendo el cuidado adecuado de no decretar la adopción del niño que se encuentre en alguna de las situaciones que se explicó más arriba como es el caso de los padres privados de la libertad, que se hallen internados por alguna enfermedad, etc., estas situaciones no configuran como abandono de menores. (Sambrizzi E., 2017).

Entonces, ¿cómo sabemos que se han agotado las posibilidades de continuar en la familia de sangre?, y la respuesta es que se han agotado una vez que se hayan desplegado diversas acciones destinadas al fortalecimiento de la familia de origen y no se reunieron los resultados positivos, siendo esto perjudicial que el niño permanezca en su grupo de pertenencia. (Herrera M., 2016)

El autor Belluscio (2016) tiene el interrogante de si es aconsejable que un niño permanezca en su familia de origen cuando esta se encuentra integrada por delincuentes, por su parte, las autoras Medina y Domínguez Eres afirman que a fin de proteger el derecho de la familia se deje allí al niño y este sea abandonado, golpeado, abusado, explotado por sus familiares. Esos ambientes abusivos nunca son justificados y despojan al niño de la dignidad



necesaria para su desarrollo; es por esto que nunca se deben tener dudas que ante la situación de inexistencia de un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad en ayuda a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá acudir a la adopción evitando tanto la institucionalización como los problemas relacionados con el desplazamiento de un lugar a otro.

Recordamos al respecto una sentencia de fecha 16 de marzo de 2016 de la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires, en que se rechazó el pedido del padre biológico de una menor para que sea restituida a su hogar. En el voto del Dr. Negri —al que adhirieron los Dres. Genoud y de Lázari—, se sostuvo que “la restitución de los niños a su hogar biológico debe ceder si el interés superior de aquéllos así lo exige, pues son sus necesidades las que definen ese interés en cada momento de la historia y de la vida”. En el voto del Dr. Pettigiani se afirmó que “las paternidades no pueden constituir una omni potestad biológica que confiera impunidad a su titular para incursionar en experiencias abandonicas o desarraigantes que dejen secuelas irreparables a los hijos durante el resto de sus vidas, por lo que quienes han sido dotados de la aptitud de engendrar no pueden ir y volver sobre sus pasos irresponsable e impunemente y el necesario punto de inflexión debe encontrarse en el interés superior del menor; la posibilidad de que los niños objeto de tales desatinos sean pasibles de adopción, no será una sanción impuesta a los padres, sino un remedio para éstos”. También sostuvo el Dr. Pettigiani que “las obligaciones estatales asumidas en procura del respeto o tutela del derecho de los menores a la preservación de sus relaciones familiares, velando porque los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, cede cuando la separación se presente como necesaria en el interés superior de los menores, como por ejemplo cuando sean objeto -como ocurre en el caso- de descuido o abandono --arts. 89, 99 y 19, Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>20</sup>

Este tercer principio también guarda estrecha relación con el que se explicará a continuación, Preservación de los vínculos fraternos.

#### **2.2.4 La preservación de los vínculos fraternos**

Este principio nos indica que ante la situación de adopción de hermanos se debe priorizar la adopción sea en la misma familia adoptiva y en caso de que esto no fuera posible, debe mantenerse ese vínculo excepto que existieren razones debidamente fundadas.

---

<sup>20</sup> Conf., del mismo Tribunal, fallo del 10 de julio de 2013, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, n° 11, diciembre de 2013, p. 80, con nota aprobatoria de Barletta, Alejandro, El interés superior del niño frente a otros derechos de raigambre constitucional, quien destaca que en el caso se tuvo en cuenta el interés superior del niño, con fundamento constitucional.

Mantener ese vínculo entre ellos importa la subsistencia de su relación fraterna, con todos los derechos y deberes que esa relación conlleva; sólo se va a limitar cuando se esté afectando y sea contra al interés de alguno de los hermanos como ocurriría por ejemplo en caso de que alguno hubiese cometido abuso contra el otro. (Tavip, G., 2015)

Al momento de precisar si se afecta el interés superior del niño, cuál es la mejor solución a su situación existe un compromiso de solicitar apoyo y colaboración de la interdisciplina, se debe escuchar a los niños como sujetos de derechos que son (artículo 12<sup>21</sup>, CDN; artículo 24<sup>22</sup>, ley 26.061).

El estudio de la situación, el aporte, los resultados del equipo interdisciplinario le dará un panorama completo al juez de la situación familiar de cada uno de los integrantes, como también los medios necesarios para orientar y contener a los sujetos que requieran su protección.

El aporte interdisciplinario suministra la completa información que el juez requiere para la solución de un caso, para el equilibrio entre las tensiones existentes en un conflicto de intereses, donde la psicología, antropología, psiquiatría, terapeutas contribuyen en la búsqueda de una respuesta a los conflictos llamados a resolver. (Tavip, G.2015, pág. 78).

Son de gran relevancia la implementación de políticas públicas con el propósito de fortalecer a la familia para que los niños puedan permanecer junto a su familia biológica, se

---

<sup>21</sup> Artículo 12 Convención sobre los Derechos del Niño:

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.

<sup>22</sup> ARTÍCULO 24, ley 26.061: DERECHO A OPINAR Y A SER OÍDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les concierne y en aquellos que tengan interés;

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

puede agregar que este principio está estrechamente relacionado con el derecho a la identidad e intenta evitar la separación de los hermanos. Se busca evitar situaciones dolorosas en las que se separa a los hermanos dividiéndolos en diferentes familias, rompiéndose así sus relaciones afectivas y jurídicas; de esta manera el juez se compromete en la búsqueda de una familia que pueda adoptar a todos los hermanos.

Aquí existe también un límite, que es la razonabilidad, ya que si bien es ideal que todos los hermanos sean adoptados por la misma familia, no siempre es posible, pero aún ante esta situación se pueden tomar decisiones a fin de que sean menos dolorosas y el vínculo no se disuelva. (Telias, D., 2015)

### **2.2.5 El Derecho a conocer los orígenes**

El mencionado principio hace referencia al derecho del adoptado a conocer sus orígenes, que se vincula con el derecho a la identidad, se relaciona también con lo dispuesto por el artículo 596, que determina ese derecho del adoptado a conocer su origen sin ningún tipo de limitación a la edad (situación que antes si era establecida). He informado el modo correcto en que debe ejercerse. (Tavip, G., 2015)

Este es el derecho de toda persona a conocer su origen guarda relación con el interés superior de reparar su historia, de conocerla, quienes le preceden generacionalmente, ya sea en lo biológico como en lo social. Todo esto conforma el derecho a la identidad. (Telias, D.2015)

Como se expuso más arriba, para poder ejercerlo es condición el grado de madurez y la edad del niño, niña o adolescente, se elimina la cláusula de la mayoría de edad ( 18 años), flexibilizándose, del mismo modo se amplían las fuentes de información al posibilitar que se acceda a los datos de origen tanto administrativos como aquellos presentes en el expediente judicial; este debe tener la mayor cantidad posible de información, de datos respecto a la identidad del niño y de su familia biológica y también aquellas posibles enfermedades transmisibles.

Si al momento de querer conocer su origen el niño fuese menor de edad, el juez podrá disponer la colaboración del registro de adoptantes como de la ayuda del personal técnico del

juzgado, de toda la información obtenida sobre el niño existe la obligación de ponerla a resguardo y protegerla.

Como afirma Telias, Débora (2015), se debe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico no existía ninguna norma que obligase a los adoptantes a hacer conocer su origen al adoptado, sino más bien, regía un mero compromiso del adoptante a hacer conocer la realidad biológica, haciéndose constar en sentencia, como conocemos en muchos casos se guardaba silencio y se ocultaba.

Como no existe una pena para el caso de incumplimiento, existe una dificultad práctica de corroborar su efectivo cumplimiento, no se aprecia en que sucede si este compromiso no es cumplido, tampoco se establece un tiempo u oportunidad máxima al respecto, ni existe mención de en qué momento deben los adoptantes expresar en el expediente dicho compromiso, ni la forma de controlar el cumplimiento, si bien no existe una pena ante el incumplimiento existe una obligación jurídica.

El juez puede obligarlos a cumplir el compromiso asumido, pudiendo inclusive hacerlo cumplir por otro; el conocimiento de su origen por parte del adoptado hace al interés superior del niño, que siempre debe prevalecer ante el incumplimiento de los adoptantes. En la actualidad ya no hay una discusión alguna sobre la conveniencia de no ocultar al adoptado el vínculo existente, se le deberá hacer conocer en el momento y de la manera adecuada que crean conveniente los adoptantes teniendo siempre en consideración la madurez y el nivel de comprensión del adoptado.

#### **2.2.6 El Derecho del Niño a ser oído**

Este principio coloca al niño o adolescente como pleno protagonista de su porvenir, otorgando nueva eficiencia a lo que dispuso la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061.

En todas las etapas del proceso de adopción el niño tiene derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, además es obligatorio que preste su consentimiento a ser adoptado a partir de los diez años de edad; sobre esto Marisa Herrera (2015) sostiene que

la intervención en carácter de parte si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente debiendo actuar con su debido patrocinio letrado, es decir la figura del abogado del niño que establece la ley 26.061 en su artículo 27, tanto en el proceso judicial que puede culminar con la declaración en situación de adoptabilidad como así en el proceso de adopción propiamente dicho.

Se debe explicar que al reconocer el derecho a ser oído, se incluye el derecho a participar y opinar, que implica el reconocimiento del legislador de la capacidad con que cuenta según su evolución en toda la vida de los niños, niñas y adolescentes, en diferentes medios en los cuales se desenvuelve, cobrando especial significación su actuación en los procesos judiciales que lo involucran.

Respecto a la obligatoriedad del consentimiento de la persona a adoptar, se puede mencionar que el último párrafo del inciso f del artículo 595 del Código Civil y Comercial este determina que el consentimiento del menor a adoptar es obligatorio a partir de los diez años de edad, cosa que de forma innecesaria se repite en el artículo 617 inciso c donde se establece que el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar su consentimiento expreso sin la cual el juez no puede otorgarla.

Autores como Sambrizzi (2017), no concuerdan con la edad establecida, entienden que si bien es necesario el consentimiento de la persona a adoptar la edad de diez años es reducida, se debería haber fijado una edad mayor, que bien podría ser no menos de trece años, momento en el que se pasa a la adolescencia; si bien es positivo que se determine una edad, en vez de dejar la necesidad del consentimiento sujeto a la norma muchas veces dictadas en el Código en vez de dejarlo librado al azar que provocaría una mayor inseguridad jurídica; por otro lado Basset Úrsula (2012) sostiene que el menor debería tener al menos doce años para prestar consentimiento; sostienen ambos autores que al tener trece años al tomar la decisión será más meditada y razonada, con más elementos de juicio que al tener apenas diez años, es mejor la decisión de la persona al tener una experiencia mayor y conocimiento más extenso de lo que sucede y del mundo que lo rodea, en caso de una negativa va a ser más racional, en vez de obtener una negativa con menor conocimiento y de forma apresurada, se puede profundizar en las razones negativas para tratar de revertir esa postura y cuando se logre vencer esa situación continuar con el proceso de adopción.

En contraposición a los anteriores autores, Néstor Solari pone en jaque el imponer una edad determinada a partir de la cual se debe requerir dicho consentimiento; resulta de la Convención de los Derechos del Niño que este consentimiento debería haber sido necesario desde que el niño tuviera la edad suficiente y la madurez para expresarlo, con lo que se permite de tal manera al juez, analizar las particularidades del caso en cuanto el desarrollo y evolución del niño que se trate; Javier Muñoz por su parte considera que un niño de diez años cuenta con el grado de madurez adecuado que le permita expresarse y manifestar su acuerdo o desacuerdo con un acto de gran trascendencia como es su incorporación a un nuevo grupo familiar, luego de haber tomado contacto con los adoptantes y de haber transitado junto a ellos su período de guarda con fines de adopción.(Sambrizzi E.,2017)

Se debe recordar así mismo que el artículo 634 inciso i del Código Civil y Comercial determina que la falta de consentimiento por parte del niño mayor de diez años para su adopción constituye una causal de nulidad absoluta de la adopción. (Sambrizzi E., 2017)

### **2.3 El abogado del niño**

Del escrito del artículo 596 se puede determinar que la normativa no decreta la facultad sino la obligación de que el menor cuente con asistencia letrada.

Comenzando con la postura de la autora Herrera, Marisa comienza aclarando que la figura del asesor de menores es una figura de siempre. Luego, agrega que ahora hay una figura nueva que es el abogado del niño. Básicamente es que, ante una disputa, ¿quién defiende los derechos del chico? ¿La madre o el padre? Ninguno de los dos, cada uno va a defender lo suyo con su mirada; por lo tanto, el niño tiene una defensa propia, una tercera persona especializada y formada. Hay que escuchar a los chicos.

Según la especialista, que el menor pueda contar con un abogado depende de su edad y grado de madurez, ya que explicó que no es lo mismo tratar con un adolescente de 14 o 15 años que con un niño de 2 o 3. Sin embargo, explicó que todavía se está discutiendo sobre ese aspecto. Con un chico de 12, 13 o 14 años vos ya tienes un ida y vuelta. Claramente, en un chico que tiene 2 o 3 años se utiliza más la figura del tutor ad litem, que es designado por el

juez, que escoge a alguien de su confianza para que proteja o defienda los derechos del chico, explicó.<sup>23</sup> (Herrera M., La Nación, 11/08/17)

En lo que respecta a niñez la Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes es la actual doctrina cuya aplicación es donde se considera a las personas menores de edad sujetos titulares de derechos, a diferencia del anterior paradigma de minoridad que continuaba una línea proteccionista que estaba enfocada en cosificar al menor protegido.

Hoy en día la participación del niño, niña y adolescente en un proceso judicial tiene un ordenamiento jurídico respetuoso de los derechos humanos como persona y de su condición especial de menor de edad, los derechos del niño pueden ser defendidos de forma material, por ejemplo, con la obligación del deber de ser oído; y de manera técnica con la noción de asistencia jurídica que se pretende como interés propio del representado armonizando ambas características en la nueva figura analizada.<sup>24</sup>

Para hacer viable el derecho de ser oído mencionado la participación activa del niño en el proceso judicial se tiene en forma directa mediante una entrevista con el juez, funcionario y operador auxiliar de la justicia interviniente en cada caso particular; o de manera indirecta mediante sus representantes legales partes del proceso.

### **2.3.1 La ley 26.061 y el Abogado del Niño**

Nuestro derecho permite que la asistencia legal del menor sea visualizada por medio de la figura del abogado del niño.

Esta forma de patrocinio legal del menor es receptada a través del art. 27, inc. C, de la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que decreta el derecho de aquel a ser asistido por un letrado, preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya y

---

<sup>23</sup> <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/el-abogado-del-nino-la-figura-del-nuevo-codigo-civil-que-protege-al-chico-ante-una-disputa-parental-nid2052398>

<sup>24</sup> [http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00399490674)

agrega que en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.<sup>25</sup>

Por ello, el inc. c) del art. 27 de la ley 26.061 permite al niño, niña o adolescente que no alcanzó la mayoría de edad, y está inmerso en conflictos familiares a participar en forma autónoma en el juicio que lo involucre, siendo asistido por un abogado independiente<sup>26</sup>.

### **2.3.2 La Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 y el Código Civil y Comercial de la Nación**

Uniéndolo estas tres normativas, recientemente, un fallo determinó<sup>27</sup> que los arts. 12 De la Convención sobre los Derechos del Niño y 27 de la ley 26,061, interpretados armónicamente con artículo 2 del Código Civil y Comercial, establecen las garantías mínimas de procedimiento, por las cuales el sistema reconoce a los niños el derecho de ser partes y a contar con una representación legal independiente de la de los padres, y ésta es la función del abogado del niño, contribuir a una mejor defensa de sus intereses.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño pone énfasis en la protección del niño reconociéndole, entre otros de sus derechos, el derecho a ser oído. Dándole así relevancia a su manifestación de voluntad de manera expresa, la que debe ser tenida en cuenta al momento de tomar decisiones que lo involucran.

### **2.3.3 Su aplicación práctica**

La designación de un letrado patrocinante a los menores de edad que intervienen en causas judiciales viene poniendo en práctica lentamente en la práctica judicial.

Por lo general, se ordenó dicha designación cuando así se lo solicita en el juicio y, en principio, si el niño o niña alcanzó cierta edad.

---

<sup>25</sup> [http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00399490674)

<sup>26</sup> [http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00399490674)

<sup>27</sup> CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 29/10/15, LL online AR/JUR/47695/2015



### **2.3.4 Edad con que debe contar el niño o niña**

En primer lugar existe la postura de Corte Suprema de Justicia Nacional en donde la designación de abogado de niño depende de la edad y esta es a partir de los 14 años; hoy en concordancia con el Código Civil y Comercial es a los 13 años. (Bigliardi K., 2015). Se entiende que las disposiciones establecidas en la ley 26601 deben ser interpretadas a la luz de las normas del Código Civil, ya que la citada ley no deroga las normas sobre capacidad determinadas en el ordenamiento de Código de fondo.

La citada es una posición sostenida por la Corte Suprema de la Nación, la cual se observa análoga en dos fallos: “M.G. v. P., C.A. s/ recurso de hecho” deducido por la defensora oficial de M.S.M.” del 26/06/ 2012, en donde la Corte Suprema de la Nación resolvió que el pedido de una niña menor de 14 años de ser tenida por parte en el juicio donde se debate su tenencia, la designación y remoción de un letrado patrocinante y el pedido de actuación por derecho son improcedentes, pues las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores, tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26061 de Protección integral de los Derechos del niño, niña y adolescentes. Es por ello que de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos y no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos. Se agrega que la Convención de los Derechos del niño, en su Art. 12, consagra la prerrogativa del menor a ser oído, pero no a asumir automáticamente y en cualquier circunstancia la calidad de parte en sentido técnico procesal.

Esta postura se reitera en los autos: “P.G.M y P., C.L. s/ protección de persona”, de fecha 27/11/2012. El reconocido Dr. Jáuregui, al respecto, entiende que la interpretación de la Corte Suprema agrega un requisito no previsto por la ley 26061, ya que el abogado del niño intervendría solo en determinados supuestos. Parecería que tal cuestión dependería circunstancialmente de las particularidades fácticas que cada caso presente en orden a las dificultades o complejidades. Ello es así ya que el mentado inciso c del Art. 27 no condiciona la garantía de manera alguna al requisito de que el juez la considere procedente. Por el contrario lo manda imperativamente y en forma contundente sin admitir dilaciones de ningún tipo a garantizarla desde el inicio en todo proceso que lo “incluya”. Obviamente tal inclusión urgente o temprana no solo se considera cuando es “parte procesal” por los fundamentos que dio la Corte, sino en cuanto esté presente la particularidad de ser potencialmente “afectado” por el trámite (que el proceso pueda influir desfavorablemente, o sea perjudicar sus derechos).

Expresa el autor, que “el sinuoso temperamento interpretativo de la Corte Suprema, que desestima la literalidad de la norma, parecería reñido con la seguridad jurídica. Así pues, deja al discrecional criterio judicial la conveniencia o inconveniencia de designar abogado del niño en un caso determinado para los menores impúberes, rozando en ese aspecto el superado esquema tutelar, en franca resistente retirada”<sup>28</sup>.

El jurista citado concluye que no cree correcta esta postura, dado que confunde la imposibilidad de elegir por derecho propio un abogado, con el derecho de estar asistido con una adecuada defensa técnica jurídica.” (Jauregui, R.2012).

Como segunda posición la “designación de abogado de niño a toda edad”: aquí se sostiene que la Convención sobre los derechos del niño supedita la participación procesal de los niños a su capacidad progresiva y la ley 26061 no establece límite de edad; por lo cual cualquiera que fuese la edad del niño tiene derecho a una defensa técnica. Asimismo, entiende que tampoco es necesario que exista conflicto entre sus progenitores, es decir, que siempre que se encuentre en juego intereses de los menores de edad deben contar con patrocinio letrado. (Bigliardi K. 2015)

El Art. 27, en ninguna de sus disposiciones, limita la procedencia del abogado de confianza a la existencia de intereses contrapuestos con sus padres. Muy por el contrario, hace mención a este derecho en todo el proceso –sin ningún tipo de distinción- que incluya niño/adolescente.

Por su parte el Dr. Solari sostiene que el derecho al patrocinio letrado del niño constituye una garantía mínima del procedimiento, tanto judicial como administrativo, independientemente de su edad, agregando que no pueden establecerse edades o condicionamientos para el ejercicio de esta garantía mínima reconocida por el ordenamiento jurídico. (Solari, N., 2015)

En este sentido, se menciona el fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se puede leer: “Debe designarse un abogado que defienda exclusivamente los derechos de un menor, particularmente en lo que se refiere al contacto con su padre, pues la animosidad de su madre y las dificultades que presenta para ejercer las funciones inherentes al rol maternal, permiten concluir que no se encuentra en condiciones de representar y defender adecuadamente los intereses de su hijo, máxime que

---

<sup>28</sup> [http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00399490674)

resultaría una grave anomalía que ambos sean defendidos por un mismo letrado<sup>29</sup>”. Lo que respecta a la capacidad de los niños para poder designar por sí un letrado patrocinante que los asista en los términos de los arts. 12, inc. 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño; 27 inc. C de la ley 26.061 y 27 de la reglamentación aprobada por el decreto 415/06, cabe recordar que esta Corte Suprema ha señalado que la citada Convención ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, sin dejar de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática.

Que sobre esa base, la ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes, debe ser interpretada no de manera aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos<sup>30</sup>.

En este sentido, es necesario tener en cuenta una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto. Y comprende, además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional<sup>31</sup>.

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

De acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos de hecho. No pueden, por sí mismos, administrar sus bienes, disponer de ellos ni celebrar contratos, estando a cargo de sus representantes legales, padres o tutores, la realización de todos esos actos (art. 54, inc. 2º, del Código Civil). En consecuencia, los niños

---

<sup>29</sup> Sup. Corte Just. Mendoza, Sala I, 8/4/2014, “DYNAF s/ solicita medida conexa s/ inc.”, LL del 26/5/2014 pág. 10

<sup>30</sup> [http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00399490674)

<sup>31</sup> [http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00399490674)

no pueden realizar, por sí mismos, actos jurídicos como sería la designación o remoción de un letrado patrocinante.

Que, en estas condiciones, corresponde confirmar la sentencia apelada toda vez que la designación de una dirección letrada, por parte de los menores, conformaría un acto nulo, de nulidad absoluta (arts. 1041 y 1047 del Código Civil).

Que, sin perjuicio de lo expresado, cabe señalar que la ya aludida Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 12 le reconoce el derecho a expresar su opinión y a ser escuchado.

Con este mismo criterio, cierta jurisprudencia<sup>32</sup> permitió que una niña de casi trece años contara con la designación de su propio letrado que la patrocinara, diciendo que la figura del abogado del niño debe estar presente en todo procedimiento en el cual se traten aspectos que atañen a su persona.

### **2.3.5 Casos en que corresponde su designación.**

Para una primera postura, la designación de este abogado corresponderá cuando haya intereses contrapuestos entre el progenitor con facultad legal para representarlo y el menor.

Cuando el juez verifique o sospeche que se ha producido o se pueda producir tal circunstancia, deberá nombrar inmediatamente un abogado que represente al menor.

Al respecto, se decidió que existiendo intereses contrapuestos entre los menores y sus padres, resulta conveniente en función del interés superior del niño que los mismos tengan una asistencia letrada que traiga al juicio la voz y el interés de ambos en forma separada del planteo de sus progenitores, e independiente de la representación promiscua que corresponde al Ministerio Público.

Asimismo, la jurisprudencia<sup>33</sup> ha dicho que “el derecho de los niños y adolescentes a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado en derecho de niñez desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya (inc. C, art. 27, Ley 26061), implica la elección de un abogado que ejerza la defensa técnica de los intereses del niño, de manera diferenciada de las pretensiones de los representantes legales de este último”.

---

<sup>32</sup>Molina, Alejandro C.: El niño en los procesos judiciales. Su derecho a ser escuchado y a ser parte. Distintas alternativas legales, ED, 232-855.

<sup>33</sup> CApel. Civ. y Com. Mar del Plata, 19/4/12, Rubinzal on line - RC J 2607/12

En tal sentido, la Corte Suprema de la Nación<sup>34</sup> —a instancias del Defensor Oficial, en un incidente de cese del régimen de visitas— ordenó designar un abogado especializado en la materia, distinto del de sus padres, a fin de que represente a las menores y garantizar —de esa forma— su derecho a participar en ese proceso.

En ese caso, dijo el Máximo Tribunal<sup>35</sup> : “A los efectos de atender primordialmente al interés del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa —tendiente a obtener el cese del régimen de contacto que mantienen con sus padres— sean escuchadas con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el Defensor Oficial ante la Corte Suprema y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine”.

### **2.3.6 Por quién debe ser designado.**

El Juzgado o Tribunal deberá de tomar los recaudos para que el abogado del niño no pertenezca a la órbita de alguno de sus padres de manera de asegurar el desempeño autónomo de aquél.

En consonancia con ello, se resolvió que corresponde rechazar las presentaciones efectuadas por lo hijos menores de ambos, con patrocinio letrado, si el abogado de los niños fue contratado por la madre y ésta es quien abona sus honorarios, pues ello permite concluir que los referidos escritos no son más que meros artilugios de aquélla para imponer su personal criterio, bajo la apariencia de lo que debería ser una auténtica intervención autónoma de los niños en el proceso.

En un caso de revinculación, y respecto del abogado del niño, se ha dicho<sup>36</sup> que: Es esencial que el abogado de los niños y adolescentes —más allá de las verbalizaciones de éstos que muchas veces no son genuinas, sino que comportan una reproducción de discurso paterno o materno— propenda, de una manera autónoma a las restantes partes intervinientes en el proceso, a la real defensa de sus asistidos; respondiendo así, como corresponde, a los altos fines de la jurisdicción.

---

<sup>34</sup> CSJN, 26/10/10, Diario Judicial, del 03/11/10.

<sup>35</sup> CSJN, 26/10/10, LL, 2011-A-216

<sup>36</sup> CNCiv., Sala B, 19/3/09, JA, 2009-III-676.

Agregando<sup>37</sup> : El abogado de los niños no puede ni debe pertenecer a la órbita de influencia de alguno de sus padres, y mucho menos que ese progenitor acuerde y negocie privadamente con aquel los honorarios que abonará por su labor.

En otro caso de un padre que había sido denunciado por abuso sexual de su hijo, el Tribunal Superior provincial<sup>38</sup> determinó la fijación de un proceso psicoterapéutico y la designación de un abogado del niño.

Al respecto, en ese caso, se estableció<sup>39</sup> : Debe designarse un abogado que defienda exclusivamente los derechos de un menor en lo que se refiere al contacto con su padre, pues la animosidad de la madre con este último y las dificultades que presenta para ejercer las funciones inherentes al rol maternal permiten concluir que no se encuentra en condiciones de representar y defender adecuadamente los intereses de su hijo, máxime que resultaría una grave anomalía que ambos sean defendidos por un mismo letrado.

Por ello, el Decreto Reglamentario 415/06 permite recurrir a los abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con Organizaciones no gubernamentales, Colegios de Abogados o Universidades, asegurando de esta forma la imparcialidad en la designación de los abogados del niño y el acceso gratuito a los servicios que presten los mismos en ocasión de su desempeño en tal calidad.

En consonancia con ello, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal creó un servicio jurídico gratuito con esa finalidad, denominado Registro de Abogados Amigos de los Niños.

La designación del abogado del niño por parte del tribunal o juzgado actuante es una facultad del órgano judicial, merced a los principios de tutela judicial y oficiosidad que establecen los arts. 706 y 709 del CCCN, cuando se perciba un conflicto de intereses entre el progenitor que lo representa y el menor de edad.

### **2.3.7 Quién puede cumplir esa función.**

Conforme el art. 27 de la ley 26.061 debe ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia.

---

<sup>37</sup> CNCiv., Sala B, 19/3/09, JA, 2009-III-676.

<sup>38</sup> SC Mendoza, Sala I, 8/4/14, Diario LL, del 16/06/14, p. 8, y Revista DFyP, Ed. La Ley, octubre 2014, año VI, n° 9, pp. 80 y stes.

<sup>39</sup> SC Mendoza, Sala I, 8/4/14, Diario LL, del 16/06/14, p. 8, y Revista DFyP, Ed. La Ley, octubre 2014, año VI, n° 9, pp. 80 y stes.

Aunque esa norma dice preferentemente, se debería interpretar como obligatorio contar con ese requisito para ser designado y actuar como abogado del niño.

En un caso donde se había denunciado violencia familiar, en medio de un proceso de revinculación entre padre e hija, se designó<sup>40</sup> a un tutor “ad litem” para que cumpliera la función de abogado del niño.

En este caso, se determinó<sup>41</sup> que: En un proceso en el que se ordenó la revinculación de una menor con su padre, debe designarse un tutor especial que cumpla, también, el rol de abogado del niño, pues su progenitora no se encuentra en condiciones de representar y defender adecuadamente sus intereses, y es necesario que aquella deje de ser objeto de controversia entre los padres y pase a ser un sujeto cuya opinión sea debidamente valorada, conforme su edad y madurez.

### **2.3.8 El Abogado del niño en el Código Civil y Comercial.**

En el Código Civil y Comercial encontramos legislada la figura del Abogado del Niño en su art. 26, que establece: la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

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

En consecuencia, el art. 26 del CCCN permite designar un abogado que patrocine a ese niño, sin sujetarlo a determinada edad para ello y se basa en la capacidad progresiva de aquel, tomando en cuenta como parámetro su grado de madurez.

Sin embargo, con basamento en el art. 109 del CCCN, relativo a la designación de tutores especiales (como los denomina el nuevo Código) cuando haya conflicto de intereses entre los representados y sus representantes, alguna doctrina interpreta que recién a partir de la adolescencia (trece años cumplidos) se podrá solicitar y designar un abogado del niño.

Al respecto, la primera parte del art. 109 establece: Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos:

---

<sup>40</sup>CNCiv., Sala B, 26/8/13, JA, n° 1, 2014-I-21, y JA, n° 8, 2013-IV-62

<sup>41</sup>CNCiv., Sala B, 26/8/13, JA, n° 1, 2014-I-21, y JA, n° 8, 2013-IV-62.

a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial.

Por lo cual, con basamento en este art. 109, cuando haya conflicto de intereses entre el niño, niña o adolescente y sus representantes para alguna doctrina hasta la adolescencia (trece años) aquellos serán representados por tutores especiales mientras que los que tengan más de trece años podrán actuar con asistencia letrada y designar un abogado que los patrocine.

No somos contestes con esta interpretación, ya que el art. 26 trata sobre el abogado del niño mientras que el art. 109 sobre los tutores ad litem (que el nuevo Código denomina tutores especiales), que son dos institutos distintos dentro del derecho de familia y cumplen diferentes funciones en un proceso donde se debaten intereses o derechos de niños, niñas o adolescentes.

a) En alimentos.

En materia específica de alimentos, conforme al art. 661 del nuevo Código Civil y Comercial tienen legitimación para demandar al progenitor que falte a la prestación de estos alimentos:

1º) El otro progenitor, en representación del hijo.

2º) El hijo, con grado de madurez suficiente y con asistencia letrada.

3º) Subsidiariamente, cualquiera de los parientes del hijo o el Ministerio Público.

El art. 661 del nuevo Código viene a reemplazar a la enumeración que efectuaba el art. 272 del anterior Código Civil. Este se ajusta más a las últimas reformas legislativas al contemplar al abogado del niño en la segunda de las posibilidades que enumera.

c) En adopción.

El art. 608 del CCCN, referente a la declaración judicial de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, establece que en dicho proceso se requiere la intervención de aquellos con carácter de parte si tienen la madurez suficiente, en cuyo caso deberán comparecer con asistencia letrada.

En el art. 617 del CCCN, referido al proceso de adopción, el pretense adoptado puede intervenir en ese proceso si tiene edad y grado de madurez suficiente, debiendo comparecer con asistencia letrada.



Es importante aclarar que, con posterioridad, la provincia de Buenos Aires aprobó la ley 14568, por medio de la cual se crea en la provincia la figura del abogado del niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar, o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el asesor de incapaces. Será obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un abogado de niño.

A los fines de su cumplimiento se dispone la creación de un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificado por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia. Esta norma se encuentra reglamentada por el Decreto 62/2015 y bajo resolución 34/2015.

En la provincia de Córdoba se creó la figura del Abogado del Niño, Ley 10.636, el día 19 de Junio de 2019, la misma cuenta de 12 artículos regulando el ámbito de actuación, la creación del Registro Provincial de Abogados del Niño, los requisitos necesarios para poder inscribirse en el mismo, su designación y demás. A continuación se realizará una transcripción de dicha ley.

#### ABOGADO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

ARTÍCULO 1º.- Creación. Ámbito de actuación. Créase, en el ámbito de la Provincia de Córdoba, la figura del "Abogado del Niño", quien actuará representando legalmente los intereses personales e individuales de las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento administrativo o judicial en materia civil, de familia, laboral o en el fuero de niñez, adolescencia, violencia familiar y de género, que lo afectare, o penal cuando la niña, niño o adolescente hubiere sido víctima directa o indirecta de un delito, sin perjuicio de la representación complementaria que ejerce el Asesor de Niñez y Juventud.

ARTÍCULO 2º.- Registro Provincial de Abogados del Niño. Créase el Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito de los Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba de cada

Circunscripción o Centro Judicial, cuyo funcionamiento y organización será determinado por vía reglamentaria.

La Autoridad de Aplicación coordinará con los Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba las acciones que estime indispensables para la implementación y control del Registro Provincial de Abogados del Niño.

ARTÍCULO 3°.- Requisitos. Pueden inscribirse en el Registro Provincial de Abogados del Niño los profesionales del derecho con matrícula vigente para ejercer en los tribunales ordinarios de la Provincia de Córdoba que:

a) Acrediten especialización en derechos de las niñas, niños y adolescentes, mediante certificado expedido por unidades académicas de reconocido prestigio;

b) Se hayan desempeñado en algún área de la Administración Pública que tenga por objeto la promoción y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;

c) Hayan participado o participen en organizaciones de la sociedad civil que aborden específicamente la problemática de la infancia y la adolescencia, o d) Realicen los cursos de capacitación referidos a los derechos de las niñas, niños o adolescentes que dicte la Autoridad de Aplicación de la presente Ley con carácter de obligatorios.

Los profesionales inscriptos que no realicen los cursos de capacitación a que hace referencia el inciso d) de este artículo quedarán automáticamente excluidos del Registro Provincial de Abogados del Niño.

ARTÍCULO 4°.- Funciones. Corresponde al Abogado del Niño, en los ámbitos, instancias y fueros en los que actúa:

a) Ejercer la defensa técnica de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes que le son reconocidos por el ordenamiento jurídico vigente, en los procedimientos mencionados en el artículo 1° de esta Ley;

b) Intervenir y asesorar en las instancias de mediación o conciliación;

c) Asistir y defender los derechos de las niñas, niños y adolescentes en forma independiente de cualquier otro interés que los afecte;

d) Mantener informado a la niña, niño o adolescente de todo cuanto suceda en el proceso e instruirlo de los distintos mecanismos y elementos disponibles para una mejor defensa de sus derechos, y

e) Realizar toda otra tarea profesional que resulte necesaria para el resguardo del interés superior de las niñas, niños o adolescentes.

ARTÍCULO 5°.- Defensa técnica - Procedencia. La asistencia jurídica y defensa técnica de las niñas, niños y adolescentes le será provista a partir de criterios y acciones interdisciplinarias de intervención, cuando su capacidad progresiva así lo aconseje.

ARTÍCULO 6°.- Abogado del Niño - Designación. La autoridad pública del organismo interviniente en los procedimientos a que hace referencia el artículo 1° de la presente Ley, en su primera actuación, informará a la niña, niño o adolescente de su derecho a designar un Abogado del Niño que lo represente.

La designación se realizará por sorteo entre los inscriptos en el Registro Provincial de Abogados del Niño correspondiente al domicilio de la niña, niño o adolescente de que se trate.

La niña, niño o adolescente pueden elegir un abogado de su confianza siempre que el mismo se encuentre inscripto en el Registro Provincial de Abogados del Niño o se inscriba acreditando el cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por la presente Ley.

ARTÍCULO 7°.-Consentimiento informado. En los procedimientos mencionados en el artículo 1° de esta Ley se debe requerir el consentimiento informado de la niña, niño o adolescente del derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño. Por vía reglamentaria se establecerá el procedimiento para acreditar el cumplimiento de esta obligación.

ARTÍCULO 8°.-Capacitación. La Autoridad de Aplicación trabajará en la elaboración de la currícula y la temática a abordar en los talleres, jornadas o seminarios que los Colegios de Abogados, universidades y organizaciones realicen sobre el rol del Abogado del Niño y el nuevo paradigma de la niñez.

Asimismo, determinará qué cursos de capacitación revisten el carácter de obligatorio y habilitante para los profesionales que integran o quieren integrar el Registro Provincial de Abogados del Niño.

ARTÍCULO 9°.-Honorarios. Las costas y honorarios que genere la actuación profesional del Abogado del Niño son a cargo del Estado Provincial.

La Autoridad de Aplicación, por vía reglamentaria, establecerá las pautas y el procedimiento a los efectos del pago de los mismos, a cuyos fines podrá celebrar convenios con los Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba.

ARTÍCULO 10.-Autoridad de Aplicación. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o el organismo que lo sustituyere en sus competencias es la Autoridad de Aplicación de la presente Ley.

ARTÍCULO 11.-Reglamentación. El Poder Ejecutivo Provincial debe reglamentar la presente Ley en el plazo de ciento ochenta días a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba.

ARTÍCULO 12.- De forma. Comuníquese al Poder Ejecutivo Provincial.<sup>42</sup>

### **CAPÍTULO 3**

#### EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

---

<sup>42</sup> LEY 10.636, CÓRDOBA, 19 de Junio de 2019. Boletín Oficial, 5 de Julio de 2019  
<http://www.saij.gob.ar/10636-local-cordoba-creacion-figura-abogado-nino-lpo0010636-2019-06-19/123456789-0abc-defg-636-0100ovorpyel>

### **3.1 El interés superior del niño**

Este es el primero de los principios enunciados, en el que se reitera una normativa aceptada por la ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que en su artículo 3° dispone que a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley, mientras que de acuerdo al artículo 1°, los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. También en la Convención sobre los Derechos del Niño se pone de relieve el principio al que nos estamos refiriendo, en cuyo artículo 21 se hace expresa referencia a su aplicación en materia de adopción. Y en el artículo 3.1. De dicha Convención se establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Sebastián Fortuna señala que por dicha Convención, a la titularidad de los mismos derechos de los que son titulares los adultos, se suma un plus de derechos específicos que se otorgan a los niños por su condición de personas en desarrollo; se rompe de esta forma con la doctrina de la situación irregular que los consideraba como menores, incapaces y, en consecuencia, objetos de protección y representación por sus progenitores. Lo que no implica negar la vulnerabilidad de los niños, requiriéndose la implementación de políticas sociales para que el niño sea capaz de desarrollar sus propias capacidades. (Sambrizzi E., 2017)

Por lo que para resolver sobre el otorgamiento de la adopción, en todos los casos el juez o tribunal deberá valorar el interés superior del menor, que es considerado un principio rector que constituye la base que debe servir de guía al instituto, y que prevalece tanto por sobre el interés del o de los adoptantes, como por sobre el de los padres biológicos, sin perjuicio de señalar que dicho interés tiene sin duda no sólo una vinculación con el interés general de la comunidad, sino también con el interés familiar. Cabe al respecto recordar que en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se recomendó con respecto a la adopción, que el interés superior del niño debe ser interpretado como el respeto a los derechos

fundamentales del adoptado, evaluando si la filiación que se va a constituir asegura el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y el respeto a su pertenencia socio-cultural. Ya que, como se ha afirmado:

La noción de interés superior del niño no es una noción abstracta apoyada en afirmaciones dogmáticas, sino que es necesario que respete y reconozca la historia vital del niño, niña y adolescente respecto del cual se decide, su identidad, que analice las situaciones en las cuales han estado inmersos, los efectos que las mismas han producido en ellos y cuáles son los referentes adultos aptos para su adecuado resguardo y contención. (Sambrizzi E., pág. 41, 2017)

Ese interés superior al que se refiere la ley, ha sido explicitado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes relativamente recientes, donde constituyó el fundamento esencial de la sentencia, como ocurrió en el fallo dictado con fecha 2 de agosto de 2005:

Se trató del caso de una menor nacida en el mes de enero de 1997, cuya madre, que a esa fecha tenía 32 años de edad, suscribió al día siguiente del nacimiento de su hija en los términos del entonces vigente artículo 11 inc. c) de la ley 19.134, un acta notarial de entrega de la misma en guarda a un matrimonio, quien casi un mes después inició el trámite judicial de adopción. A comienzos de julio de ese mismo año la madre biológica solicitó al Tribunal el reintegro de su hija, que fue ordenado en el mes de octubre siguiente, luego de producirse un informe ambiental y otro psicológico, además de prueba de testigos, pero no se procedió a la restitución de la menor, debido al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que fue rechazado. Ante lo cual, los guardadores de la menor recurrieron a la Corte Suprema de la Nación, quien luego de la realización de un nuevo informe ambiental en el hogar de ambas partes, y otro psicológico sobre la situación personal y familiar de los involucrados en la causa, dictó sentencia en el mes de agosto de 2005, cuando la menor contaba con siete años y medio de edad, en la cual declaró procedente el recurso extraordinario y dejó sin efecto el fallo apelado, disponiendo que la menor quedara en guarda de sus actuales tenedores. La Corte aclaró debidamente que el interés de la menor debía prevalecer por sobre el de los adultos, e inclusive sobre la que denominó "verdad biológica", así como también, que la adoptiva es tan familia como la biológica, no obstante la preeminencia que en estos casos debe por regla general darse a esta última por sobre aquella, aunque ello debe ser así, se dijo, siempre que no vaya contra el interés superior del menor. Señaló asimismo dicho Tribunal, por medio del voto de dos de sus jueces, que "la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia queda desvirtuada cuando éstos se limitan a decidir problemas

humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley manda concretamente a valorar<sup>43</sup>.

El Tribunal de la Nación siguió las pautas establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño, para dar prioridad absoluta al interés superior del niño, no parece haber ninguna duda en el caso de que sería apropiado que el niño continúe como la hija de aquellos con quienes ha vivido desde su nacimiento y durante no menos de ocho años, tiempo durante el cual, como se señaló en uno de los votos, se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje: aún más cuando los informes sobre la familia guardiana eran ampliamente favorables, así como la inserción del menor en ella. Mientras que, por el contrario, resultó del registro que la madre de sangre, que también tenía una mala relación con sus otras dos hijos, a quienes entregó de forma voluntaria y en forma legal en la adopción de su hija al nacer, con quien no tuvo contacto posterior, ya que solicitó su reintegración únicamente debido a la presión de su familia. Se enfatiza la insistencia de la Corte de que el derecho de un individuo a crear una filiación dependiente de la relación genética no es absoluto. (Sambrizzi E., 2017)

Recordamos asimismo otro fallo de la Corte Suprema de Justicia del 13 de marzo de 2007, cuyos hechos fueron los siguientes: el Ministerio Público Pupilar inició en el mes de diciembre de 2001 una acción por protección de persona con respecto a un menor nacido en el Hospital Durand el día 8 de ese mes, que ese mismo día fue abandonado en dicho nosocomio por su madre de sangre -que en ese entonces tenía 16 años de edad, la que se ausentó del Hospital sin dejar datos válidos para que pudiera ser identificada, pues ni siquiera había denunciado su número de documento. El día 2 de enero siguiente se dispuso el ingreso del niño en el Programa de Amas Externas -dependiente del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia-, y se ordenó la citación de la madre en los términos del inciso a) del artículo 317 del Código Civil, la que no pudo ser hallada en el domicilio que la citada había denunciado en el Hospital. A fines de febrero de 2002 se decretó el estado de abandono del menor, y se dispuso su entrega en guarda a un matrimonio con miras a su futura adopción, lo que ocurrió el día 1o de marzo. El 21 de mayo de ese mismo año se presentaron quienes dijeron ser abuelos del niño, y 15 días después, la madre biológica -quien reclamó la tenencia- los cuales sonaron la citación que en su momento se practicó a la madre porno ser el que se denunció el verdadero domicilio de la misma. Por lo que tuvieron que no podía pensarse en un consentimiento tácito para el otorgamiento de la guarda, además de que entre otros armen tos, afirmaron que el hecho de haber abandonado el Hospital habla constituido una reacción descontrolada por encontrarse la madre en un

---

<sup>43</sup> Sambrizzi E., página 42, 2017

estado puerperal y no poderse hacer cargo subjetivamente de su hijo, lo que luego la llevó a un intento de suicidio. El juez de primera instancia decretó el estado de abandono del menor y dispuso otorgar su guarda con fines de adopción a los guardadores, lo que fue declarado nulo por la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que ordenó su restitución a la madre biológica. En su sentencia la Corte recordó que cuando la Cámara ordenó la restitución del niño --lo que no fue cuestionado por ninguna de las partes-, dispuso que la misma fuera efectuada de manera gradual y bajo la supervisión de un Centro asistencial, habiéndose la labor de ese Centro prolongado durante alrededor de 16 meses, finalizado el cual produjo un Informe del que se desprendería la falta de aptitud actual de la familia biológica para asumir la crianza del menor. Sostuvo asimismo dicho Tribunal que el principio liminar en estos casos consiste en el interés superior del niño, lo que no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso, así como que las sentencias deben adecuarse a la situación existente al momento en el que se dictan, por lo que el cambio de guarda decretado por la Cámara no haría efectiva la protección del interés superior del niño, que la sentencia de dicho Tribunal intentó defender, ya que del precitado Informe surge claramente que ni la progenitora del menor ni sus abuelos maternos se encontraban por el momento en una situación objetiva de madurez psíquica y emocional suficiente como para asumir su crianza. Agregó, asimismo, que dicha conclusión no importaba soslayar la trascendencia que tienen los denominados "lazos de sangre" y el ineludible derecho fundamental del niño a su identidad, ni asignar siquiera implícitamente algún tipo de preeminencia material a la familia adoptiva respecto de la biológica, cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Sostuvo además la Corte que de lo que se trata es de considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles. Reiteró el Tribunal lo expresado en un precedente anterior, respecto a que la precedencia sanguínea no es absoluta cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos consolidados en los primeros años de vida es un dato con contenido axiológico cuando se trata de resolver el alcance de dicho interés. En virtud de todo lo cual, concluyó la Corte que la mejor alternativa a la cuestión planteada consistía en propender a afianzar los lazos existentes en forma paulatina y progresiva, prestando atención a la salud integral del menor, lo que la llevó a revocar la sentencia y a disponer que el mismo quede con el matrimonio al que se le había otorgado la guarda con fines de adopción.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Sambrizzi E., Página 43, 2017.



Finalmente, nuestro tribunal supremo reiteró la doctrina de las dos sentencias anteriores en una sentencia de fecha 19 de febrero de 2008, citada anteriormente.

En el caso se debatió la procedencia de una guarda preadoptiva de una niña nacida el 19 de octubre de 2003, que dos días después del nacimiento había sido entregada en forma directa por su madre biológica -soltera y con otros tres hijos que vivían con sus abuelos paternos, para que la misma fuera criada por terceros, debido a que, según manifestó, no la podía mantener. Pocos días antes del nacimiento de la menor, los actores habían iniciado el trámite de inscripción en el Registro Centralizado de Adopción de la Provincia del Chaco, quedando finalmente inscriptos en el mes de mayo del año siguiente. Y poco menos de cinco meses después, a fin de octubre de 2004, inició el proceso de guarda preadoptiva. Tanto la Juez de Primera Instancia como los integrantes de la Sala de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia del Chaco, rechazaron el pedido de guarda preadoptiva y declararon a la menor en estado de patronato, habiendo dicho Tribunal dispuesto la inmediata entrega de la menor a la Juez, para que designara a una familia acogedora para su cuidado, hasta tanto se definiera su situación. La Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco rechazó el recurso extraordinario local de inconstitucionalidad interpuesto por los guardadores, como también el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante quien se presentó un recurso de queja, que fue declarado procedente, revocándose la sentencia por los fundamentos del dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, que la Corte hizo suyos. Como consecuencia de lo cual, se otorgó a los demandantes la guarda de la menor con fines de adopción, y se ordenó al Juzgado de grado disponer los acompañamientos psicológicos y sociales que correspondieren, como también el seguimiento periódico de la guarda. En su dictamen, la Procuradora Fiscal puso de relieve que del Informe Psicológico del Equipo Interdisciplinario resulta que la madre biológica no quería vincularse con la menor, y que deseaba darla en adopción porque no contaba con posibilidades económicas para mantenerla, habiendo la misma afirmado que aún en el hipotético supuesto de que las tuviera, preferiría en tal caso concentrarse en el mejoramiento del vínculo y la calidad de vida de sus otros tres hijos mayores; se señaló asimismo que desde dicho informe no se volvió a tener noticias de la madre, a la que no se pudo hallar en el último domicilio que la Policía tenía registrado de ella. También se afirmó en el dictamen que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia resultaría desvirtuada si se limitaran a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda valorar, de las que resultaba el deseo de los guardadores de criar a la niña -a la que consideran como su hija—, así como también el hecho de no haberseles detectado indicadores patológicos ni alteración de sus funciones psíquicas, e igualmente, que la menor reclama y pregunta por aquéllos, con quienes vivió desde su nacimiento, durante casi dos años. Si bien, se dijo, el criterio rector del interés superior del niño implica que todo niño, de ser posible, debe vivir con su familia biológica

constituida por sus progenitores, "el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquella", no siendo la verdad biológica un valor absoluto "cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño". Aunque ello es así, se agregó, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Se dijo, asimismo, que al hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del niño, que es el sujeto más vulnerable y necesitado de protección, "los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles"<sup>45</sup>.

Contrariamente a dicha doctrina de nuestro más Alto Tribunal. con fecha 14 de septiembre de 2005 el Superior Tribunal de Justicia de Chubut resolvió declarar nula la adopción simple de una menor de ocho años de edad, que desde su segundo día de vida vivió con sus guardadores, en razón de que éstos demostraron "no respetar el origen y la identidad de la menor a pesar de que al otorgárseles la guarda preadoptiva se les aclaró que podía existir un reclamo de paternidad de parte del padre de la niña, a pesar de lo cual la llamaban por otro nombre y obstruyeron sistemáticamente las visitas del padre". Por lo cual, se resolvió que no habiendo mediado abandono por parte de su progenitor, no correspondía seguir manteniendo la guarda preadoptiva dispuesta por la justicia de menores. El Tribunal ordenó sesiones terapéuticas hasta que la niña restableciera un diálogo fluido con su padre y su edad permitiera tener en cuenta su opinión a fin de decidir el mantenimiento o revocación de la tenencia concedida a sus guardadores. Recordamos, asimismo, un fallo del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, que ordenó la restitución a su familia de origen de un menor dado en guarda con fines de adopción, que había permanecido ocho meses con sus padres adoptivos, además de aclarar que ello "no excluye la posibilidad de que, de resultar conveniente, los pretensos padres adoptivos continúen vinculados al menor mediante la fijación de un adecuado régimen de visitas"<sup>46</sup>.

Para una interpretación afín a este principio debe verse coordinado con el derecho a ser oído. Mientras un niño no esté en condiciones de formarse un juicio propio, el interés superior queda sujeto a la definición del adulto. Más bien, si se trata de un adolescente o un niño con madurez suficiente, su participación activa juega un papel crucial para investigar

---

<sup>45</sup> Sambrizzi E., página 45, 2017.

<sup>46</sup> Sambrizzi E., página 47, 2017.

cuál es la satisfacción de sus derechos en el caso concreto. Es en este contexto donde la voz del niño o del adolescente se ve revalorizada. (Herrera M., Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción, 2006)

Esta revalorización del derecho a ser oído no significa que el mejor interés de un niño o adolescente sea sinónimo de lo que éste exprese o desee. No siempre lo que ellos consideran que es lo mejor para sí se condice con el interés superior del niño definida como la satisfacción de la mayor cantidad de derechos. Lo que sucede, es que si una decisión se contrapone a lo expresado por el niño o adolescente, ella debería estar bien fundada. (Herrera M., Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción, 2006)

En otras palabras, se produciría una inversión de la carga probatoria. Cuando una resolución respeta la expresión de voluntad de un niño que tiene madurez suficiente para ser partícipe de su propio conflicto, este elemento es de tal peso que con su sola presencia la decisión quedaría debidamente fundada. En cambio, si la resolución es contraria a la voluntad del niño o adolescente, el juzgador deberá redoblar sus esfuerzos para fundar por qué se aparta de tal expresión de voluntad. (Herrera M., Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción, 2006)

### **3.2 ¿Y...qué sucede con este principio tan importante en América Latina?**

Los países de América Latina (con excepción de Chile) han adoptado leyes de protección integral o códigos de infancia y adolescencia en su legislación nacional. Bajo estas reglas o códigos, el interés superior del niño existe como principio de conducción o como parte de su articulado, excepto en los casos de México, Cuba y Honduras. Así mismo para dar prioridad a este principio, se presentan las siguientes situaciones:

Grupo 1) Algunos países de la región han definido, dentro de sus documentos constitucionales, el interés superior del niño como el criterio supremo para la defensa de los derechos del niño, fortaleciendo así su importancia legal para la toma de decisiones que afecta los intereses de los menores.

Grupo 2) Por otro lado, la armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en la legislación jurídica interna puede darse por “remisión expresa”. Esto significa

que la norma constitucional establece la obligación de aplicar la norma internacional en el ámbito interno con rango constitucional. Otro procedimiento orientado en el mismo sentido es la adopción del “bloque de constitucionalidad”. El bloque de constitucionalidad constituye una unidad jurídica compuesta por “normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional” (Corte Constitucional de Colombia). Entre los países que han adoptado esta modalidad, la CIDN –en tanto parte de la carta internacional de derechos humanos– adquiere rango constitucional. Sin embargo, en el texto constitucional no se hace mención explícita al interés superior del niño<sup>47</sup>.

Grupo 3) Otros países han otorgado rangos supralegales, pero no constitucionales, en términos genéricos a todos los tratados internacionales.

Grupo 4) Finalmente, hay un grupo de países en los que el interés superior del niño se refleja únicamente en sus leyes nacionales.

Grupo 1: Entre los países que, además de instituir el interés superior del niño como principio en sus leyes y códigos de la infancia y la adolescencia, lo han incorporado en sus textos constitucionales se encuentran Bolivia, Ecuador, México, República Dominicana y Venezuela.

\*Bolivia: La Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia establece: “Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado” (art. 60). Mientras que el Código del Niño, Niña y Adolescente establece: “Las normas del presente Código deben interpretarse

---

<sup>47</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

velando por el interés superior del niño, niña y adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, las Convenciones, Tratados Internacionales vigentes y las leyes de la República” (art. 6).<sup>48</sup>

\*Ecuador: Por su parte, la Constitución del Ecuador establece: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas” (art. 44). Y el Código de la Niñez y Adolescencia dispone “sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad. Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral” (art. 1)<sup>49</sup>.

\*México: La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establece: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez” (art. 4). Cabe señalar que, en este caso no se le otorga prevalencia al interés superior del niño. Por su parte, en el artículo 3 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se menciona al interés superior del niño como primer principio rector de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

<sup>49</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

<sup>50</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

\*República Dominicana: La Constitución de la República Dominicana establece: “La familia, la sociedad y el Estado, harán primar el interés superior del niño, niña y adolescente; tendrán la obligación de asistirles y protegerles para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, conforme a esta Constitución y las leyes” (art. 56). Mientras que su Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes fija como quinto principio: “El principio del interés superior del niño, niña o adolescente debe tomarse en cuenta siempre en la interpretación y aplicación de este Código y es de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que les sean concernientes. Busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales.” Asimismo instituye “La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas”<sup>51</sup>.

\*Venezuela: Por último, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes” (art. 78). Y la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente define que “El Interés Superior del Niño es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías”, definiendo que “En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando

---

<sup>51</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art. 8)<sup>52</sup>.

Grupo 2: Entre los países que han basado sus leyes de protección integral o códigos de infancia en el interés superior del niño, sin hacer mención explícita al principio en sus cartas supremas pero otorgándole rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, ya sea por remisión expresa o mediante el bloque de constitucionalidad, se pueden mencionar a Argentina, Colombia y Guatemala.<sup>53</sup>

\*Argentina: El artículo 75 - inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina establece: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Entre estos se menciona explícitamente la CIDN. Por su parte, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes dispone en su artículo 3: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, enfatizando el respeto por: 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 (entendido como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia). Adicionalmente, este artículo impone la prevalencia de los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, cuando exista conflicto entre ellos<sup>54</sup>.

\*Colombia: El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos

---

<sup>52</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

<sup>53</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

<sup>54</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.” Y el artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia define como regla de interpretación y aplicación que “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”<sup>55</sup>.

\*Guatemala: Mediante el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala se otorga preeminencia al derecho internacional: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Mientras que el artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia define que “El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley”<sup>56</sup>.

Grupo 3: Entre los países que han adoptado el interés superior del niño en sus leyes y códigos de la infancia y la adolescencia, otorgando entidad supra-legal a los tratados, convenios y acuerdos internacionales ratificados, pero sin reconocerles rango constitucional, se encuentran Costa Rica, El Salvador y Paraguay.

\*Costa Rica: La Constitución Política de la República de Costa Rica establece en su artículo 7: “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.” Por su parte, el Código de la Niñez

---

<sup>55</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

<sup>56</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)



y la Adolescencia establece en su artículo 5: “Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal”, teniendo en cuenta a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades; b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; c) Las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve; d) La correspondencia entre el interés individual y el social<sup>57</sup>.

\*El Salvador: La Constitución Política de la República de El Salvador instaure mediante su artículo 44 la prevalencia de los tratados internacionales sobre la ley interna: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”. Mientras que el artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia consagra el interés superior del niño como principio de interpretación, aplicación e integración de la norma: “En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías”<sup>58</sup>.

\*Paraguay: La Constitución de la República de Paraguay, en su artículo 137 indica que “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”. El interés superior del niño es adoptado como principio mediante el artículo 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia: “Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará fundada en su interés

---

<sup>57</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

<sup>58</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo”<sup>59</sup>.

Grupo 4. Los países que han adoptado el interés superior del niño exclusivamente en sus leyes internas son Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay.

\*Nicaragua: El artículo 9 del Código de la Niñez y la Adolescencia fija: “En todas las medidas que tomen las Instituciones públicas y privadas de bienestar social, los Tribunales, las Autoridades nacionales, municipales y de las Regiones Autónomas que afecten a las niñas, niños y adolescentes, así como en la interpretación y aplicación de este Código, se deberá tomar en cuenta como principio primordial, el interés superior de la niña, el niño y el adolescente”<sup>60</sup>.

\*Panamá: El artículo 488 del Código de la Familia establece: “Las disposiciones del presente Libro deben interpretarse fundamentalmente en interés superior del menor, de acuerdo con los principios generales aquí establecidos y con los universalmente admitidos por el Derecho de Menores”<sup>61</sup>.

\*Perú: El Código de los Niños y Adolescentes contiene un artículo referido al “Interés superior del niño y del adolescente” en el que se enfatiza la misión del Estado de cumplir con el principio: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la

---

<sup>59</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

<sup>60</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

<sup>61</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos” (art. 9)<sup>62</sup>.

\*Uruguay: El artículo 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia define el interés superior del niño y adolescente como criterio específico de interpretación e integración: “Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”<sup>63</sup>.

### **3.3 Guarda de hecho**

Art. 611 Guarda de hecho. Prohibición.

Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su preteso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción<sup>64</sup>.

El artículo regula una de las más complejas y debatidas cuestiones del instituto adoptivo: la relacionada con la posibilidad de admitir, a los fines de la posterior guarda con fines de adopción, la invocación judicial de una guarda de hecho, nacida a consecuencia de la entrega directa de un niño por parte de sus progenitores en favor de terceros.

---

<sup>62</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

<sup>63</sup>[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

<sup>64</sup> <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial-unificado/articulo-611.php>

La cuestión se relaciona, centralmente, con dos debates que ocuparon a la doctrina y jurisprudencia en los últimos tiempos: 1) el peso que deba reconocerse a la “autonomía personal” materna en la elección de los guardadores frente al desprendimiento de su hijo, y 2) la eventual posibilidad de sustraerse al régimen legalmente impuesto para la elección de adoptantes: la vía judicial y selección entre las personas inscriptas en el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción (ley 25.854).

### **3.4 Concepto**

La guarda de hecho es la que se produce a partir de que los progenitores de un niño se desligan de las funciones de crianza, quedando el niño a cargo de terceras personas sin ningún tipo de intervención judicial<sup>65</sup>.

Nace con la entrega del niño, acto que puede tener como antecedente algún grado de parentesco o afectividad entre los adultos; o no tenerlo en absoluto y estar sustentado en necesidades de esos adultos y de des-subjetivización del niño, que es puesto en un lugar de objeto<sup>66</sup>.

Aparece en situaciones muy disímiles como puede ser la entrega directa y la inscripción como propio de un hijo ajeno, el desprendimiento de la crianza y consolidación de vínculo en situaciones de desequilibrio socioestructural entre la familia que entrega y la que recibe -vulnerabilidad social-, o puede ser también una elección materna o paterna fundada en el conocimiento o vínculo previo, sea este de confianza o de parentesco. En estos supuestos el contacto entre las familias y la convivencia del niño en la que no es la de origen, da comienzo por fuera del sistema judicial<sup>67</sup>.

### **3.5 Análisis de la norma**

Bajo el régimen anteriormente vigente -ley 24.779- se consagró la prohibición de “la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo” (art. 318, Cód. Civil derogado). El objetivo de esta proscripción fue evitar el circuito paralelo de

---

<sup>65</sup> <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial-unificado/articulo-611.php>

<sup>66</sup> <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial-unificado/articulo-611.php>

<sup>67</sup> <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial-unificado/articulo-611.php>

contactos entre dos segmentos sociales: madres en situación de vulnerabilidad y pretendidos padres adoptivos en busca de un niño (Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

La realidad y la práctica judicial han mostrado algunos casos de guardia de facto que se fusionan con el tiempo, muchos de los cuales nacieron bajo la protección de los padres que facilitan la entrega directa por parte de terceros. Estas situaciones aparecieron posteriormente en la escena judicial, y buscaban la confirmación de los niños antes de que se les exigiera formalmente adoptarlas. El magistrado se ha encontrado muchas veces y, por lo tanto, se enfrenta al dilema de verificar a estos guardias. De hecho, nacieron con contradicciones y violaciones de las normas, o por el contrario, se les ordenó separar al niño de la familia en este campo; durante mucho tiempo Después de que el niño se integra a la familia, se toman decisiones complejas. (Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

### **3.6 El régimen legal: la Ley 25.854 de Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos**

Mediante la ley 25.854/2005 fue creado a nivel nacional el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, cuyo objetivo es la formalización de una lista de aspirantes a guardas con fines de adopción (“Nómina de Aspirantes”) a nivel nacional. Por su parte, las provincias, previa firma y convenios con el Ministerio de Justicia, podrían adherir al sistema y enlazar informáticamente con el Registro, a fin de acceder a la información contenida en el mismo.

Por decreto 383/2005 (modif. por decs. 1022/2005 y 1328/2009) se reglamentó el funcionamiento del Registro, detallando su operatividad y funciones; centralmente: proporcionar a los jueces y organismos oficiales que tienen a su cargo trámites relacionados con la adopción una lista centralizada de aspirantes a guarda con fines adoptivos admitidos en los términos del artículo 8° de la ley 25.854 y agilizar y economizar los trámites de adopción evitando que los aspirantes tengan que inscribirse en múltiples registros para acceder a la adopción de niños domiciliados en distintas provincias. A tal fin, el Registro lleva Nominas de Aspirantes admitidos y Nominas de Aspirantes rechazados. (Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

El artículo 36 de dicho decreto dispuso:

Los Jueces Nacionales en lo Civil con competencia en Asuntos de Familia, desde la entrada en vigencia de la presente reglamentación, y los magistrados con competencia en el otorgamiento de guardas con fines de adopción y adopciones que ejerzan su jurisdicción en las provincias adherentes, a partir de la fecha de la pertinente adhesión, sólo podrán otorgar guardas con fines adoptivos a postulantes incluidos en la Nómina de Aspirantes admitidos del Registro Único de Aspirantes con Fines Adoptivos<sup>68</sup>.

La norma se hacía extensiva a los magistrados provinciales en función de la adhesión de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme disposición del artículo 41 del decreto.

Por su parte, conforme el mecanismo legal, el artículo 16 de la ley 25.854 dispone que es requisito esencial de los peticionantes hallarse admitidos en el correspondiente registro, previo al otorgamiento de la guarda con fines adoptivos; manifestando las razones de la exigencia registral, se expresó la necesidad de evitar el problema del tráfico de niños, en mira de los objetivos centrales del sistema: la transparencia y la publicidad, las que sólo se obtienen si el Estado cuenta con la información centralizada en un Registro Único y su puesta a disposición de todos los jueces del país para que, entre quienes se encuentren en condiciones de adoptar, se elija al más idóneo en interés del adoptado. Éste y no otro ha sido el fin que inspira la creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Por último, cabe destacar que según surge de los “Considerandos” del decreto 1328 de 2009, la naturaleza del Registro nacional fue modificada, pasando a ser expresamente un registro de segundo orden, reconociéndose el rol principal de los registros locales. (Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

En relación a eso, se manifiesta:

Que además, es objetivo del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos propiciar la creación de registros locales en aquellas jurisdicciones donde aún no existan, y brindar todo el apoyo técnico necesario para el funcionamiento de los nuevos registros y de los ya existentes, y Que también, se proponen las medidas necesarias para garantizar que las personas que aspiran a ser guardadores de niños con fines de adopción se registren, brinden sus datos personales sensibles y sean evaluadas en primer término en la

---

<sup>68</sup> <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/105873/norma.htm>

sola dirección de su domicilio, evitando la dispersión de esfuerzos, la superposición de intervenciones y la necesidad de continuos desplazamientos. (Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

En este nuevo contexto regulatorio, es cierto que los registros nacionales patrocinan una verdadera red de registros a través de la información nuclear de todos los registros locales, cuya función principal es evaluar a todos aquellos que estén interesados en adoptar Personas.

### **3.7 La posibilidad de admitir la entrega directa a los fines de la guarda con fines de adopción**

Se ha defendido la admisibilidad jurídica de la guarda de hecho nacida al amparo de una entrega directa, con base en la inexistencia de una prohibición expresa en el ordenamiento.

Un sector de la doctrina ha expresado en este sentido que las guardas de hecho no están prohibidas; que la derogada norma del artículo 318 del Código Civil apuntaba a que la guarda con fines de adopción no fuera dada por un ente administrativo o un escribano. Se entiende que resulta una legítima derivación del ejercicio de la responsabilidad parental la admisión de la autonomía de la voluntad materna en la selección de los futuros adoptantes. Se agrega que la intervención del Estado en las relaciones familiares siempre es subsidiaria de la voluntad familiar, por ende los organismos estatales competentes sólo pueden intervenir en la guarda de los menores cuando los padres no hayan realizado provisiones sobre ello; lo contrario atentaría contra el principio de subsidiariedad de la intervención pública. Igualmente, se sostiene que es racional y humano que quien ha tenido en guarda de hecho a un niño pretenda su futura adopción. De tal modo, se dice que las guardas de hecho constituyen una realidad social que el Derecho no puede ignorar. Por tal razón resultan invocables ante la justicia, sin perjuicio de que será el juez quien otorgará posteriormente, previa evaluación, la guarda con fines de adopción. (Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

Dentro de esta posición, se ha defendido el derecho de los padres de elegir el guardador de sus hijos, en razón de la existencia de otras normas del ordenamiento que lo permiten, como el anterior artículo 383 (art. 106, nuevo Código) que admitía -y continúa

posibilitando- la designación por el padre del tutor para sus hijos menores. Se ha dicho con relación a esta argumentación que la actitud de los jueces ha de ser la misma que se tiene para con la mujer que designa tutor testamentario. Específicamente en el tema de la tutela, sea cual fuere el tipo que se trate, es el juez el encargado de discernir el cargo de tutor previa apreciación sobre la idoneidad (concepto amplio referido al conjunto de aptitudes físicas, morales, económicas y legales) de la persona (unilateral) que pretende ser investida del carácter de tutor. (Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

En el tema de la adopción se deben aplicar reglas equivalentes, la madre puede elegir y entregar en guarda a su hijo, al igual que puede elegir un tutor testamentario y en ambos casos la actitud del juez ha de ser verificar las condiciones de los designados antes de diferir la tutela o sentenciar la adopción. Desde esta concepción ideológica, se cuestionan las razones por las cuales los progenitores no deberían ser acompañados por el Estado en la toma de su decisión frente a un acto de tanta trascendencia, en lugar de prohibirlo. Existe un prejuicio negativo en relación a este acto decisorio, siendo la mayor de las veces fundado en la situación de pobreza de las madres, su situación de vulnerabilidad, la presunción de actitudes fraudulentas y la generalización de estas conductas como ilícitas, cuando prima el principio jurídico de la buena fe y la inocencia.(Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

Entonces continuando con esta línea esta línea de pensamiento se realizan los siguientes interrogantes, si la elección de estos padres recae en una persona que está registrada en el registro adoptivo y, por lo tanto, ha sido declarada adecuada para la adopción por parte de los niños, ¿se puede ver esto mejor? Para aquellos a quienes no se les permite hacerlo, ¿se legalizará esta situación? ¿O las regulaciones estrictas formales nos llevarán a entregar el niño a otra persona que también esté registrada?

También existe una postura aún más definida como la de Graciela Medina (2012), que sostiene:

Si repasamos la totalidad del ordenamiento jurídico, considerado desde una visión integral, no encontramos ninguna norma positiva, ni ningún principio de Derecho que prohíba a una mujer elegir a quién va a entregar su hijo con miras de adopción. Muy por el contrario la madre tiene el deber de proteger a su hijo y es en esta regla del Derecho natural que encuentra fundamento su derecho a entregarlo en guarda y a quien quiera y por los motivos que ella quiera, mientras sean lícitos



y no hagan peligrar al niño. No son los jueces quienes deben juzgar las causas íntimas por las que una mujer entrega su hijo en adopción, ya que el Estado no les ha dado poder para juzgar ni los pensamientos, ni las intenciones de las madres que no ponen en peligro a sus hijos, ni pierden en vista su interés superior. Dentro de quienes sostienen esta visión, emerge centralmente la consideración del “interés superior del niño” en cada caso concreto. Así, se dice que “el juez, a los fines de la adopción, podrá convalidar toda guarda de hecho, merituando la relación ya establecida entre los futuros adoptantes y el adoptado, aun cuando los primeros no se encuentren inscriptos en los Registro respectivos, teniendo en cuenta el superior interés del menor. Esta ponderación deberá partir del análisis en concreto del interés superior del niño en el caso.

Se considera entonces que cuanto antes el sistema judicial reciba y aloje a quienes atraviesan situaciones como las que antes se mencionaron se podrá intervenir en un momento histórico en el que se estará en condiciones de acompañar el proceso, fortalecer vínculos, desplegar estrategias y por qué no, reformular el concepto de familia ampliada como aquella que se integra por quienes mantienen lazos biológicos con el niño y quienes construyen lazos de crianza. (Medina G., 2012)

La postura citada se advierte también en fallos judiciales; así se ha valorado la delegación de la guarda por la progenitora en forma directa y el tiempo de duración de la consecuente guarda de hecho en el caso un año, a la fecha de la resolución que rechazó el pedido de guarda preadoptiva, en relación con las consecuencias que dicha convivencia genera en el plano psíquico, afectivo, emocional y del desarrollo psicosocial de cualquier niño de corta edad. Así, se optó por la solución que se consideró propia de "una mirada y trato especial por salirse del estándar establecido para los procesos de adopción que desde su inicio transcurren con normalidad dentro del ámbito jurisdiccional. En este precedente se valoró la existencia de una entrega voluntaria (sin coacción física, económica ni psicológica por parte de los guardadores), realizada por una persona mayor de edad (la progenitora), de carácter temporario (hasta que solucionara su problema de vivienda) y con una clara finalidad proteccional (darle techo y encargarse de la crianza y educación de la niña). Como consecuencia de este razonamiento, se avaló la guarda preadoptiva a favor de los peticionantes<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> CFam. de Mendoza, 19-3-2011, “D. F. A. p/Medida tutelar”, publicado por el Instituto de Derecho de Niñez y Adolescencia, Colegio de Abogados de Morón

Asimismo, se consideró que aun cuando el niño no fue dado en guarda formalmente por el Tribunal de Menores sino que fue entregado voluntariamente por la madre biológica quien en audiencia celebrada ante el juez explicó las razones que la llevaron a tal decisión y su voluntad de ratificar la misma, corresponde otorgar la guarda a dicha guardadora pues no puede considerarse que una voluntad expresada en un Tribunal de Menores en presencia del juez pueda ser viciada, independientemente que dicha guardadora no se encuentre inscrita en el Registro Central de Aspirantes con Fines de Adopción.

Por su parte, desde un enfoque francamente opuesto, se ha insistido sobre la prohibición de la entrega directa y consecuente guarda de hecho, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 318 del Código Civil derogado, el cuestionado contractualismo que involucra la condición del niño como sujeto de derecho y su "cosificación" en el mecanismo de entrega directa; a ello se agrega la valoración del consecuente riesgo de tráfico de niños y, finalmente, la prevalencia del orden público en materia de adopción.(Álvarez A., 2008)

Quienes sustentan esta posición contraria a la entrega directa entienden que la madre que se desprende de su hijo con miras a una futura guarda con fines de adopción está abdicando de su responsabilidad parental, por lo que la protección y tutela del niño queda desplazada hacia el ámbito de la justicia, quien se erige así en el único órgano legalmente autorizado para decidir a su respecto. De allí que sólo resultará válida la entrega a una persona o pareja seleccionada por el juez, a través de su equipo interdisciplinario y entre los postulantes inscritos en el Registro Único de Adoptantes. (Álvarez A., 2008)

De un modo más contundente, se ha expresado que cuando se habla de adopción, siempre hacemos referencia a un proceso legal. Todo lo que se genere fuera de este marco debería llamarse entonces apropiación, situación en la que se falsifica filiación e identidad, se suprimen los vínculos generacionales y se rompe la cadena genealógica. (Álvarez A., 2008)

### **3.8 Del valor de la inscripción previa en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos**

En el conjunto de consideraciones se expuso que entre los objetivos de dicho Registro se ubica primordialmente el evitar el tráfico de niños, el amiguismo en la entrega de menores en condiciones de adoptabilidad, el peregrinaje de los padres adoptantes por diversas

circunscripciones territoriales a los fines de adoptar un niño y las deficiencias de las entidades no gubernamentales. El informe continúa

“...este proyecto tiene como causa determinante las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (ONU, Nueva York), incluida en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional y ratificada por la ley 23.849 [...] Contiene como premisa fundamental, y debe tenerse presente también en su aplicación, la declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, del 3 de diciembre de 1986 [...] La creación del Registro Nacional de Adoptantes [...] será una central de datos para facilitar el trabajo del juez de la causa, cuyas propuestas deberán analizarse caso por caso por el magistrado actuante con la participación del equipo técnico interdisciplinario, aunque dicha evaluación implique no respetar estrictamente el orden del listado". Finalmente se incorpora como aspecto concluyente “...mantener el derecho a la identidad, lo cual queda salvaguardado con el compromiso de los adoptantes de informar hijo sobre su origen...”(Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

La realidad, de cara a la rigidez de la legislación sancionada, exhibió, no obstante, variedad de conflictos que pusieron sobre el tapete la discusión con relación al valor que cabía atribuir a la inscripción previa en el Registro de Aspirantes o su eventual dispensa frente a situaciones de hecho consolidadas, nacidas fuera de la selección judicial desde este repertorio de aspirantes a guarda preadoptiva. (Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

Corresponde insistir en la consideración especial requerida por los artículos 16 y 17 porque incorporan a la legislación un requisito para la guarda preadoptiva que viene a agregarse al artículo 317 del Código Civil” (en referencia al Código derogado). “Es realmente lamentable que en la nueva ley se haya prescindido de todo el esfuerzo doctrinario-jurisprudencial destacando la sensatez de admitir consecuencias de ciertas 'guardas de hecho', dentro de las circunstancias de cada especie que comprometan el interés superior del adoptado [...] Es imaginable que llegue a plantearse el conflicto de principios entre el constitucional del interés superior del niño y el de los registrados para su adopción, justificándose la respuesta en pro del primero a cuyo servicio solamente se entiende el segundo, instrumental a su respecto y, por lo tanto, de menor jerarquía.(Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

Justamente, invocando la prevalencia del superior interés del niño, se sostuvo que el Registro de Aspirantes constituía una herramienta creada al servicio del niño y no a la inversa, prevaleciendo la fuerza de los hechos consumados frente a la decisión judicial posterior.

A juzgar por la jurisprudencia de los tribunales nacionales y provinciales, encontramos que hay precedentes que relativizan la rigidez del Registro o al valor de los sacramentos, que se consolidan con el paso del tiempo, y el argumento de que el interés superior de los niños (art. 3° CDN).

Respecto a la observancia de un orden de inscriptos en el Registro, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido que la selección de guardadores adoptivos no se ciñe a un orden de inscripción medido con un cronómetro, obedeciendo su finalidad a la consecución del mejor discernimiento de la guarda, según las aptitudes de cada aspirante, resultando para ello indispensable advertir las características que presentan los niños en cada caso concreto. (Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

Se dijo entonces que el niño no es un objeto que a modo de un premio se otorga a quien lo va reclamando por el mero hecho de ocupar un lugar preferente en una extensa fila o simplemente por orden de aparición. No se trata aquí de mecanismos automatizados de fungibilidad, sino de la entrega de seres humanos únicos e irrepitibles que no pueden estar sujetos al vaivén de avances y retrocesos porque cada uno de éstos deja secuelas imborrables en su psiquis. De tal modo, el número de orden de inscripción no resuelve exclusivamente la aptitud de los guardadores ya que “Si se instrumentaliza al niño para preservar una supuesta intangibilidad del orden que fija el Registro se invierten los valores y lo que en definitiva se consagra es el interés superior del Registro y no el de la criatura<sup>70</sup>”.

Avanzando en esta línea, la Corte Suprema nacional relativizó el requisito de inscripción en los Registros de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, afirmando el criterio en punto a que su interpretación no debe ser estrictamente ritual, sino orientada a la comprensión del interés superior del niño. La aplicación mecánica de los textos legales, dijo, podría diluir el contenido de la misma ley y el intérprete al actuar de este modo limita su función a ser un ejecutor formal, sin disensos y sin la mirada del caso, de una ley que no sale

---

<sup>70</sup> SCJBA, Ac. 73814 S, 27-9-2000, "G., J. s/Guarda", D. J. B. A. 159-193; Ac. 84418 S, 19-6-2002, "A., S. s/Art. 10, ley 10.067", JUBA B25491.

de su abstracción por derivación de ello. Muy por el contrario, el magistrado debe conciliar los principios contenidos por la ley con los elementos fácticos del caso. (Kemelmajer De Carlucci A., 2014)

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires argumentó de la siguiente manera.

<sup>71</sup>El Registro Único de Aspirantes a Guardas de Adopción creado por la Suprema Corte a influjo de la ley de adopción resulta un factor de singular valor a los efectos de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presenten los niños en situación de adoptabilidad, pero constituye simplemente un medio instrumental, y como tal, ordenado a la consecución de un fin". Agregándose que "El niño no constituye una cosa que a modo de premio se otorga a quien lo va reclamando por el mero hecho de ocupar un lugar preferente en una extensa fila o simplemente por orden de aparición. No se trata de consagrar mecanismos automatizados que reparten objetos fungibles, sino de seres humanos únicos e irrepetibles que no pueden estar sujetos al vaivén de avances y retrocesos que dejan secuelas imborrables en su psiquis. Si el niño se instrumentaliza para preservar una supuesta intangibilidad del orden que fija el Registro se invierten los valores, consagrándose el interés superior del Registro, no el del niño.

En definitiva, se afirma que el Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción cumple una función de marcada importancia en cuanto pretende que el niño en estado de adoptabilidad y posterior adopción tenga la seguridad de que los pretendidos adoptantes son personas hábiles para esa función; de este modo, también se contribuye a desplazar prácticas viciosas, como lo son el tráfico y explotación de menores. Sin embargo, no puede constituirse en una especie de monopolio para determinar las personas que pueden adoptar un niño.

La Suprema Corte bonaerense ha admitido la adopción en favor de personas que se inscriben en programas de Hogares de Tránsito que hubieran tenido al niño por un prolongado tiempo bajo su guarda, entendiendo que de este modo se privilegia el interés del niño y se ubica al Registro Único de Aspirantes a Guardas de Adopción en un sitio instrumental importante, pero secundario.

---

<sup>71</sup> SCJBA, 2-4-2003, "R., L. A. y D., A. C.", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004III-75 y ss.

En la misma línea argumental se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación diciendo que:<sup>72</sup>

a los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cuál es el interés superior de éste, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema.

Otros tribunales provinciales<sup>73</sup> han expresado también que no se puede subordinar el bienestar de una persona exclusivamente al cumplimiento de un recaudo formal como es la inscripción en un Registro. Ello pues no se puede pretender hacer pasar la vida por un registro como si todo lo que no está en él no existiera en el mundo y pudiera ignorarse impunemente, de tal manera que si alguien no está inscripto en el registro queda excluido como potencial adoptante, aunque de hecho haya ejercido eficientemente, amorosa y responsablemente la guarda de un niño durante años.

Las valoraciones centradas en el carácter instrumental del Registro se complementan<sup>74</sup>, a partir de la vigencia del Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, con la consideración del concepto de "centro de vida" del niño (art. 3º, inc. f. ley 26.061). Este argumento ha sido considerado por el máximo tribunal al entender que "dado que el cambio de guarda -como todo cambio en el centro de vida, según lo presume el artículo 3º, inciso f, ley 26.061- es potencialmente apto para inferir un trauma al niño, debe revocarse la sentencia que, al confirmar el estado de adoptabilidad de un menor -con fundamento en el artículo 317, Código Civil- y no acoger las pretensiones adoptivas del matrimonio al que se le había concedido la guarda provisional, por no estar inscripto en el Registro Único de Aspirantes -ley 25.854, no justificó su resolución en que la permanencia con dicho matrimonio le generaría un trauma mayor.

---

<sup>72</sup>CSJN, 16-9-2008, "G., M. G.", L. L. 2008-F-59 y ss., 2008-2-1766; L. L. del 9-2-2009, p. 7.

<sup>73</sup> CCiv. de Neuquén, sala I, 31-3-2009, "G., C. Z.

<sup>74</sup> Conf. doctrina de Fallos: 328:2870, consid. 8º, 13-3-2007, A. N° 418, L. XLI, "A., F. s/Protección de persona"; consid. 9º in fine, 19-2-2008, "G. H. J. y D. G. E. s/Guarda preadoptiva".

Sostuvo allí la Corte que los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles.

Finalmente, desde una posición intermedia, con la que se concuerda, se ha resaltado la necesidad de verificar ciertos extremos a fin de validar la configuración de una guarda de hecho nacida de una entrega directa y el apartamiento del recaudo de inscripción en el Registro de Aspirantes a Guarda preadoptiva, tales como la libertad en la manifestación de voluntad -más ampliamente la inexistencia de vicios del consentimiento materno-, la configuración de un vínculo afectivo o biográfico que justifique la elección que se pide convalidar, la transparencia en el actuar de las partes, la inexistencia de pagos o retribuciones entendidas con criterio amplio no sólo traducible en dinero-, la situación de hecho consolidada, la integración del niño en ese grupo familiar y, finalmente, el mejor interés del niño.

Así por ejemplo, el Superior Tribunal de Misiones decidió<sup>75</sup>

revocar la resolución que denegó la guarda preadoptiva por no estar los actores inscriptos en el Registro de la ley 3495 de la Provincia de Misiones y ordenar su inscripción previo cumplimiento de los recaudos legales y reglamentarios, para después analizar la viabilidad de la excepción que autoriza el artículo 3o de dicha normativa, pues si bien nadie puede obtener una guarda con fines de adopción sin estar inscripto en el Registro, los jueces deben posibilitar que esa inscripción se efectivice cuando es la solución que mejor contemplaría el interés superior del niño, la voluntad de la madre biológica en el caso, concedió la guarda de hecho a los actores-, las aspiraciones de los guardadores y la realización de los fines del instituto de la adopción.

Como correctamente lo hace Herrera (2003), el Derecho no puede ignorar la existencia de las guardas de hecho, las que debe evaluar la justicia, a fin de evitar la fuerza de los hechos consumados o la búsqueda de mecanismos paralelos para sortear las prohibiciones legales. Si el Derecho se dedica a perseguir seguramente se ensayarán atajos.

---

<sup>75</sup> STJ de Misiones, 28-4-2003, “G.-T. en: «L. V. G. s/Entrega en guarda del menor R. L.»”, L. L. Litoral 2004 (septiembre), p. 890.

El desafío es lograr el mejor diseño asistencial, legal y judicial que logre asegurar el destierro de prácticas delictivas, como el tráfico, sustitución de estado civil u otros, con la convicción de que el desconocimiento de la realidad de las guardas de hecho no resulta eficiente para ello. La condición de sujetos de derecho de los niños y la protección a su superior interés imponen la necesidad de abandonar posturas apriorísticas que impliquen un menoscabo a su integridad psíquica, resultando necesario el análisis pormenorizado de cada caso en particular, siendo perjudicial asumir una posición rígida que impida el cumplimiento del principal objetivo del instituto de la adopción: dotar a un niño de una familia que le brinde asistencia material y espiritual, colocándolo en el lugar de hijo biológicos. (Herrera M., 2003)

En la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se ha señalado claramente que es necesario distinguir entre varias situaciones hechas por los padres que pueden conducir a la guarda de los niños, y la delegación realizada por la madre. En el proceso de adopción, debemos tomar un camino legal y transparente

Revocando el fallo dictado por la Cámara Civil y Comercial de La Matanza<sup>76</sup>, la SCJBA se pronunció sobre la necesidad de evaluar las condiciones que rodearon la entrega directa de la niña a los pretensos guardadores. Observó las "irregularidades" que rodearon la primigenia entrega de la niña por su madre biológica al matrimonio, en donde ha quedado evidenciado ante las condiciones de vulnerabilidad, por las condiciones desfavorables que atravesaba la progenitora, un interés económico que tuvo la forma de una contraprestación como fue proveerle alimentos, conseguirle vivienda, trabajo, acompañarla al médico; circunstancias que la Alzada relativiza anteponiendo una argumentación dogmática en torno a que la entrega de la niña por parte de su madre fue sincera porque la decisión ha sido expresada antes del parto y ratificada en la audiencia llevada a cabo ante el propio tribunal.

La Corte consideró configurada en el caso "la denuncia de la comisión de arbitrariedad o absurdo por parte de los sentenciantes [...] a partir de las circunstancias comprobadas de la causa en las que el desprendimiento del hijo a favor de personas determinadas ha sido motivado sin ningún

---

<sup>76</sup> SCJBA, 11-4-2012, c. 115.696, "N. N. o A., G. M. s/Medida de abrigo", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012-VI.



vínculo afectivo previo. Este dato aparece incontrovertido pues toda la causa da cuenta de la nula relación existente entre la madre y los primigenios guardadores que ni siquiera se conocían y fueron conectados por un tercero con la finalidad, precisamente, de recibir al menor. En esas condiciones lo único que queda en pie es la existencia de un arreglo de entrega del niño, del cual formaron parte prestaciones en especie -acceso a un trabajo, alimentos y una vivienda-”.

De tal modo, y en palabras del supremo tribunal bonaerense:

La mayoría de la Alzada cuando afirma que la cesión ha sido fruto de una voluntad libre, espontánea y auténtica, resigna el control de legalidad que amerita una decisión de parte del juez encargado de resguardar el interés del niño como individuo en procura de satisfacer el derecho a la identidad. Esto significa que con sólo la guarda de hecho y un plan de los pretendientes adoptantes dirigido para que la justicia homologue este procedimiento con el único requerimiento de citar a la madre y entrevistarla en presencia del defensor oficial no alcanza para tener derecho a acceder a la adopción.

Por el contrario, sostiene la Corte: "el ideario de la Convención de los Derechos del Niño - artículos 1°, 3°, 6.2, 9.1, 12, 20 y en especial 21, inciso 1°- requiere, en el supuesto de una guarda de hecho nacida de una entrega de la progenitora a personas determinadas, que para hacer viable la adopción, la intervención del juez se concrete instando un proceso que atienda a todos los conflictos que plantea este modo de vinculación con el niño -autonomía de la voluntad, libertad, intimidad, identidad, injerencia estatal lícitas e ilícitas, el derecho a permanecer en la familia de origen, el derecho a vivir en familia, la igualdad de oportunidades-. La justicia no puede dejar en manos de las partes el acomodamiento de los hechos ni de las razones que justificarían una guarda de hecho, pues de ese modo no se garantiza la posición que sustenta el niño como sujeto y en la que también la familia que lo acoga está constreñida a respetar. Amén de que ello no contribuye a alcanzar la tutela judicial efectiva que reclama que se respete el procedimiento previsto en la ley (arts. 3°, 12, 20 y 21.1 de la Convención de los Derechos del Niño; 18 de la Const. Nac.; 15 de la Const. Prov.; 27 y 33 in fine de la ley 26.061)”.

Por tales razones: en función del mejor interés del niño y de dar efectividad al derecho a integrarse en otro grupo familiar a través de una familia inscripta en el Registro de Adoptantes (arts. 3°. 6.2. 20 y 21, inc. A, de la Convención de los Derechos del Niño; Observación N° 17 del Comité de Derechos del Niño, punto 6 parte final), cuidadosamente evaluada y respetuosa de la ley, se revocó la guarda otorgada.

En otro reciente precedente, la misma Corte provincial sentó posición a favor de la legalidad del mecanismo adoptivo<sup>77</sup>, a través de la vía de selección judicial del Registro de Aspirantes a Guarda para Adopción. En el caso analizado, “marcó las irregularidades del proceso que llevaron a que el niño permaneciera institucionalizado por un tiempo por demás extendido, con las consecuencias desfavorables que acarrea esta medida en la personalidad de M.; a su vez, pese a proseguir con un trámite acorde con la ley de adopción (legajos, entrevistas, selección), se permitió la continuación de una vinculación iniciada de hecho y de manera inconsulta con otra pareja. Incluso con la participación del Hogar en donde estaba internado el niño, se permitía de manera antojadiza visitas y la salida sin la debida autorización judicial”.

Al analizar la situación planteada, la Corte rechaza el pedido postulado por la pareja que había gestado con el niño una vinculación “informal”, citando las conclusiones expuestas por los peritos en la causa, quienes se expidieron en los siguientes términos: “aquella familia que haya desarrollado sus actuaciones en el marco legal correspondiente a una adopción, es de mejor pronóstico para el éxito del proceso. Es decir, podrá contar con un encuadre de legitimidad, regularidad que actuará como factor de protección para afrontar las tareas propias del ajuste psicológico del niño y los problemas específicos relacionados directamente con la adopción, la construcción de la identidad subjetiva y su historización, así como sostén y facilitador de la compleja tarea de metabolizar las diferentes vicisitudes a las que se ha quedado la crianza en los primeros años de vida. La adopción no es un servicio pensado para familias que no tienen hijos, sino debe ser un servicio que tiene como objetivo primordial proporcionar una familia estable y permanente al niño, en la que debe primar el interés del niño por sobre cualquier otra motivación o argumentación (por ejemplo no es una motivación emocionalmente adecuada la necesidad de satisfacer a un tercero, como la presencia de un hermano anterior, proveer una causa social, etc.). Desde esta perspectiva [...] hacer prevalecer el interés del niño implica también jerarquizar su derecho a la salud mental”<sup>78</sup>.

Concluye así la Corte que el encuadre de legitimidad y de regularidad por la actuación dentro del marco legal aportará una mejor construcción de la identidad subjetiva del niño para poder iniciar definitivamente su proceso de recuperación ante las difíciles situaciones adversas que le tocó vivenciar a lo largo de su corta existencia.

---

<sup>77</sup> SCJBA, 11-4-2012, "S., M. s/Medida de abrigo". Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012VI-121 y ss.

<sup>78</sup> SCJBA, 11-4-2012, "S., M. s/Medida de abrigo". Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012VI-121 y ss.

### **3.9. Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos**

En el mes de diciembre de 2003 se sancionó la ley 25.854, que creó el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos, consta de 19 artículos, cuyo objeto consiste en formalizar una lista de aspirantes a guardas con fines de adopción (“Nómina de Aspirantes”) (art. 2º), pudiendo las provincias adherirse al Registro, y previa firma y convenios con el Ministerio de Justicia de la Nación, disponer de una terminal con enlace informático con el Registro, a los efectos de acceder a la información contenida en el mismo (arts. 3º y 6º). La ley fue primero reglamentada mediante el decreto 383, del año 2005, que fue modificado por el decreto 1022/2005. Finalmente en el año 2009 se dictó una nueva reglamentación de la ley 25.854, mediante el decreto 1328. Esa especie de Registros también existe en general en las distintas provincias de nuestro país; la inscripción en cualquiera de los registros de las distintas jurisdicciones implica la inscripción en forma automática en el registro nacional. (Sambrizzi E., 2017)

### **3.10 Sobre la necesidad de encontrarse inscriptos en el registro de adoptantes**

Para poder adoptar, la persona tiene que estar inscripta en un registro de adoptantes. El objetivo de esos registros que son de carácter provincial, aunque las Provincias han adherido actualmente al sistema nacional consiste en dar transparencia a la elección de las personas a las que se les entrega un menor en guarda con fines de adopción, a la vez de igualar las oportunidades de las mismas, y constituir una forma de evitar el comercio de menores.

De acuerdo al artículo 5º de la ley, para integrar la nómina de aspirantes es requisito esencial que los peticionantes estén domiciliados en el país, con efectiva residencia por un período de al menos cinco años; aunque como surge del artículo 600 inciso a) del Código Civil y Comercial, dicho requisito de la antigüedad de cinco años no resulta aplicable a los argentinos, nativos o naturalizados. En el caso de extranjeros, ese plazo comenzará a regir a partir de la radicación en el país otorgada por la Dirección Nacional de Migraciones. (Sambrizzi E., 2017)

En el denominado “Libro de Aspirantes” los interesados en adoptar deberán hacer constar una serie de datos enumerados en el artículo 7º, entre ellos, “evaluaciones jurídica,

médica, psicológica y socio-ambiental de los postulantes y su núcleo familiar inmediato...”. Con fundamento en los datos y evaluaciones de los aspirantes a adoptar, el órgano de aplicación de la ley deberá admitir o denegar la inscripción en dicho Libro, debiendo la resolución denegatoria fundarse en la falta de los requisitos prescriptos por la ley 24.779 o que de las evaluaciones realizadas se estimare no acreditada la aptitud adoptiva mínima, debiendo en este último supuesto instruirse a los aspirantes acerca de medidas terapéuticas específicas a fin de superar los impedimentos que obstaculizaron su inclusión en el registro, pudiendo fijar un plazo para el cumplimiento de las mismas. Todo lo cual será secreto, salvo para los aspirantes, sus abogados, funcionarios judiciales y organismos técnicos intervinientes (arts. 8° y 10). El rechazo de la inscripción podrá ser reconsiderado por el órgano superior competente de cada jurisdicción (art. 99). (Sambrizzi E., 2017)

El artículo 12 de la ley dispone que se dará trámite preferente a las solicitudes de aspirantes a guardas con fines de adopción de personas menores de más de cuatro años, grupos de hermanos o menores que padezcan discapacidades, patologías psíquicas o físicas. A su vez, de acuerdo al artículo 14 de la ley 25.854, las inscripciones de admisión de aspirantes mantendrán su vigencia durante el término de un año calendario, al cabo del cual deberán ratificarse personalmente por los interesados, operándose caso contrario, la exclusión automática de los mismos. Recordamos asimismo, que de acuerdo a los artículos 16 y 17 de la ley 25.854, salvo en el caso de la adopción de integración, es requisito esencial de los interesados en adoptar, hallarse admitidos en el correspondiente registro previo al otorgamiento de la guarda con fines adoptivos.

El autor Sambrizzi E. (2017) señala al respecto que el registro debe constituir un elemento de juicio importante para la decisión de los casos porque permite determinar un nivel básico de idoneidad, de modo que si se presenta al Tribunal alguien que ha recibido un niño en guarda de hecho y ya está inscripto en el Registro, cabe presumirse la seriedad de la recepción y la aptitud del peticionante, sin perjuicio de que igualmente deba analizarse la idoneidad en el caso particular con relación a ese niño cuya guarda se pide. Sin embargo, la falta de inscripción no es causa decisiva para el rechazo del pedido de guarda para adopción.

A su vez, Zannoni afirma que no resulta posible efectuar una interpretación literal y estricta de la ley 25.854. Y agrega que:

La realidad del foro ha de mostrar casos en los que, por diversas razones, la prudencia indica la conveniencia de otorgar la guarda y ulterior adopción de un menor a una persona en particular y no a cualquiera, aunque fuera escogida de una nómina de aspirantes", debiendo todo instrumento legal en la materia priorizar el interés de los menores. Por lo cual, no debe hacerse del referido Registro un fin en sí mismo, "generando maniobras violatorias del derecho a la identidad de los niños".

Se ha sostenido con relación al tema, que si existe una guarda de hecho que ha dado lugar a vínculos afectivos sanos y donde no se observen actos éticamente reprochables, debería amanecer el sano juicio del juzgador para discernir, ponderar, y evaluar aquella embrionaria relación paterno-filial. En similar sentido, Medina y Revagliatti entienden que el requisito de la inscripción en el Registro no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cuál es el interés superior de éste, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias (Sambrizzi E,2017).

También Mazzinghi sostiene que la inscripción en el Registro Único no debería constituir un requisito necesario para el otorgamiento de la guarda, siendo dicho otorgamiento de resorte del juez competente, quien deberá juzgar en concreto las aptitudes de los aspirantes a desempeñarse como guardadores con miras a la adopción; por lo cual, concluye, la inscripción podrá tener un valor meramente indicativo, no pudiendo la prioridad en el tiempo significar un mejor derecho para el aspirante, pues si lo que se busca es el interés del menor, deben tenerse fundamentalmente en cuenta las condiciones de los aspirantes a la adopción. Como bien señala Belluscio, no pueden desconocerse situaciones consolidadas por el prolongado y correcto trato paterno filial acordado al niño por quien aspira al otorgamiento de su guarda con fines de adopción, no obstante que esa situación tenga como origen la entrega directa de aquél, sin que se haya cumplido el requisito reglamentario de la inscripción en el Registro que requiere la ley. El mantenimiento a toda costa de una disposición tan estricta -agrega dicho autor, choca con el interés superior del menor, que el propio código considera uno de los principios generales que rigen la adopción, el cual está establecido en la

Convención Internacional de los Derechos del Niño -de valor constitucional en nuestro país y con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. (Sambrizzi E., 2017)

Se coincide con la postura de muchos autores en sostener que el hecho de no estar inscripto en el Registro no tendría que ser determinante para negar el otorgamiento de una guarda con fines de adopción, así como la posterior adopción, pues de lo que se trata, en definitiva es de lograr el mejor interés del niño susceptible de adopción, cuando ello es requerido por las personas con las que el menor haya convivido durante un tiempo lo suficientemente extenso como para que esa relación se haya consolidado; por otra parte, si por razones que no vienen al caso, una madre entrega en forma directa en guarda a su hijo a una persona que ella conoce y en la que confía que va a cuidar a su hijo y a darle todo lo que este necesita para desarrollarse en la vida, parece claro que debe confiarse prioritariamente en el criterio de la misma, por encima del criterio de otras personas que no tienen esa relación con el menor. Por lo que si en el caso particular el juez considera que la guarda o la adopción deben ser otorgadas a determinadas personas por reunir las características de idoneidad necesarias para lograr el bien del niño, eso es lo que debe hacerse, con independencia de encontrarse o no las mismas inscriptas en el Registro. Sin perjuicio de lo cual, se cree que los registros cumplen una función positiva, por los estudios que las pertinentes autoridades efectúan respecto de los interesados, lo que ayuda sensiblemente para presumir, al menos, la idoneidad de los inscriptos, a los que no por estarlo debe otorgársele preeminencia para la adopción, ni tampoco el orden en el que se inscribieron debe implicar preeminencia alguna. Y así efectivamente resulta de un análisis jurisprudencial. (Sambrizzi E., 2017)

Nos encontramos con numerosos casos en los cuales se resolvió el otorgamiento de la guarda con fines de adopción, o la adopción misma, a personas que no se encontraban inscriptas en el registro de adoptantes.

En tal sentido, al revocar el fallo de Primera Instancia, la Sala I en lo Civil y Comercial de La Matanza<sup>79</sup> sostuvo que “si bien la inscripción en el Registro Único de Adoptantes constituye un requisito de cumplimiento insoslayable, que atañe a la legalidad de los procesos de adopción y a cristalizar el derecho constitucional a la igualdad ante la ley y a la democratización de la justicia, el desplazamiento de los pretensos guardadores por el simple hecho de no estar inscriptos o

---

<sup>79</sup> Conf., CApel. CC de Concordia, Sala I, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VI, n° 6, julio de 2014, p. 57

por encontrarse en un orden de turno más postergado en comparación con otros enlistados, sin consideración de otras circunstancias de carácter fáctico, puede derivar en soluciones incompatibles con el interés superior del niño. En su comentario al fallo, Graciela Medina afirma que "la madre tiene el deber de proteger a su hijo y es en esta regla del derecho natural que encuentra fundamento su derecho a entregarlo en guarda y a quien quiera y por los motivos que ella quiera, mientras sean lícitos y no hagan peligrar al niño... No son los jueces quienes deben juzgar las causas íntimas por las que una mujer entrega su hijo en adopción, ya que el estado no les ha dado poder para juzgar ni los pensamientos, ni las intenciones de las madres que no ponen en peligro a sus hijos ni pierden en vista su interés superior".

En similar sentido al fallo recién reseñado, la Sala II Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Concordia resolvió que a pesar de la falta de inscripción en el pertinente Registro,

“la guarda con fines de adopción de un menor debe ser otorgada a quien ejerce su guarda de hecho desde temprana edad, aun cuando no se encuentre inscripto en el Registro Único de Aspirantes con fines Adoptivos, pues debe tenerse en cuenta el tiempo transcurrido desde el inicio de la custodia y el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario jurisdiccional, de los que surge que aquél ha estrechado vínculos valiosos y significativos con la familia guardadora, y que separarlo de dicho contexto significaría exponerlo a una situación de alto riesgo<sup>80</sup>”.

Recordamos asimismo un fallo del 13 de febrero de 2001 de la Sala 3a de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, donde se resolvió que “el hecho de que los actores no se hallen inscriptos en el Registro de Aspirantes a la Adopción no es impedimento para que se les otorgue la guarda preadoptiva del menor que les ha sido dado en custodia por la madre biológica, pues si ésta tiene facultad para dar a su hijo en adopción, con mayor razón puede elegir a las personas que actuarán como guardadores preadoptivos, sin perjuicio de que la justicia examine la conveniencia de tal decisión atendiendo a la protección del interés del menor<sup>81</sup>”.

### **3.11 Supuestos en los que no resulta necesaria la inscripción en el registro de adoptantes**

---

<sup>80</sup> ED, 192-170, con nota cit. de Molina, Alejandro C.

<sup>81</sup> Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, año 2006-II, p. 46.

Como bien se indicó más arriba, el artículo 600 del Código Civil y Comercial establece que puede adoptar la persona que se encuentre inscrita en el registro de adoptantes, no estableciendo excepción alguna al respecto; pero existen supuestos en los que no resulta necesaria dicha inscripción, a los que se hará referencia a continuación.

#### 3.11.1 La adopción de integración

De conformidad a lo establecido en el artículo 632 inciso b) del Código Civil y Comercial, en el caso de la adopción de integración el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes. Ni tampoco debe inscribirse con posterioridad.

#### 3.11.2 La existencia de un vínculo de parentesco entre los progenitores y los pretendidos guardadores del niño

Resulta de la aplicación de la segunda parte del artículo 611, en cuanto permite la entrega en guarda por parte de los padres del menor, a personas con las cuales aquellos tienen un vínculo de parentesco.

No se puede descartar sino por el contrario, que dicha situación posiblemente desemboque en algún momento en la iniciación de un juicio de adopción, para cuya procedencia no se exigirá como requisito ineludible la previa inscripción de los guardadores en el registro de adoptantes, dado la guarda de hecho existente y la aplicación del principio del interés superior del niño, que probablemente tenga a esa altura una situación consolidada en la familia de los pretendidos adoptantes. (Sambrizzi E., 2017)

#### 3.11.3 Con respecto a la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental

De acuerdo a lo prescripto por el artículo 643 del Código Civil y Comercial, en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgada a un pariente. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y



mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido. Adviértase que la norma no aclara el grado de parentesco, ni tampoco si debe ser un parentesco por naturaleza o por afinidad, por lo que al no haberse hecho distinción alguna al respecto, cualquier especie y grado de Fácil resulta advertir que si en el futuro la o las personas a quienes los progenitores del niño delegaron la responsabilidad parental, inician los trámites tendientes al otorgamiento a su favor de la guarda con fines de adopción de dicho menor, si bien la misma podrá o no otorgárseles, varios autores creen que no puede serles negada con fundamento en el hecho de no encontrarse inscriptos en el registro de adoptantes. Es que, de otra manera, no se estaría atendiendo al interés superior del menor, que en el supuesto considerado, muy posiblemente puede haber consolidado una estrecha relación con sus guardadores. (Sambrizzi E 2017)

El Proyecto de Código contemplaba la posibilidad de que el ejercicio de la responsabilidad parental fuera delegada, además de a un pariente, también a un tercero idóneo, no resultando a demasiado claro lo que se quería significar con los términos tercero idóneo a los efectos del otorgamiento de la responsabilidad parental a que se refiere la norma transcrita, que podía muy posiblemente llevar a eludir —no obstante la intervención judicial que requiere la norma, la necesidad de la previa inscripción en el registro de adoptantes a fin del posterior otorgamiento de la guarda del menor con fines de adopción.

#### 3.11.4 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Lo cierto es que el hecho de no encontrarse los guardadores de un menor inscriptos en dicho Registro, no puede constituir una razón decisiva para negar el otorgamiento de la adopción del niño, habiéndose la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunciado al respecto en varias oportunidades.

Existe un fallo de ese Tribunal<sup>82</sup> de fecha 19 de febrero de 2008 cuya doctrina fue reiterado por otro fallo también de la Corte Suprema de fecha 16 de septiembre de 2008, en el que la Procuradora Fiscal, cuyo dictamen hizo suyo dicho Tribunal, sostuvo que la inscripción en el Registro Nacional de Adoptantes “no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor

---

<sup>82</sup> CNCiv., Sala A, La Ley, 2000-D-350

estrictamente ritual, pues se trata... de construir un sistema de protección civil y control social en beneficio de la sociedad y de la niñez..., por lo que resulta inadmisibles que tal exigencia se constituya en un obstáculo a la continuidad de una relación afectiva como la aquí considerada entre la niña y el matrimonio que la acogió de inicio, quienes han demostrado, en principio, y en esta situación procesal, reunir las condiciones necesarias para continuar con la guarda que les fuera confiada..., con lo que el objetivo normativo principal aparece prima facie satisfecho". Dichos fallos de la Corte siguieron, en lo esencial, la doctrina ya admitida en otras resoluciones de ese Tribunal.

Siguiendo esas pautas, se ha resuelto que "la ley 24.779 no impone<sup>83</sup> como requisito para el otorgamiento de la guarda preadoptiva que el menor y los postulantes a la adopción se encuentren inscriptos previamente en el Registro Único de Aspirantes que organiza el artículo 2° de la ley citada...". Así como también, que "el hecho de que habitualmente el Tribunal requiera a instituciones privadas v/u oficiales la lista de personas que pudiera acceder a la guarda de un menor, pareciera -en principio— que no es motivo de reproche. Empero, sí lo es si dicho hábito se constituye en un requisito ineludible que obsta a la adopción por parte de personas que no se encuentran asociadas a dichos institutos o, si se quiere, que crean una especie de monopolio para determinar las personas que pueden adoptar un niño. Ello es así, pues dicho hábito implica estable. Ser un requisito, no sólo no previsto por el régimen legal pertinente. Sino que, por el contrario, vulnera la letra y el espíritu de éste" También la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires siguió esa doctrina, al resolver que "tratándose de un niño que desde los cuarenta días de vida forma parte del núcleo familiar, sin que se encuentre comprometida su integridad, no corresponde apartarle e incorporarlo a un nuevo entorno por la circunstancia de que los actuales guardadores no se encuentren inscriptos en el Registro Único de Aspirantes".

---

<sup>83</sup> CNCiv., Sala A, La Ley, 2000-D-350

## CONCLUSIÓN

La adopción es el resultado de un debate feroz. Es un paradigma verdaderamente nuevo. Requiere escuchar a los niños, respetarlos y protegerlos como sujetos de derechos. Esta ya no es la decisión de las parejas que no pueden tener hijos, sino la respuesta del Estado de buscar darles a los niños y jóvenes cuyos derechos a tener una familia fueron vulnerados. El nuevo Código considera al niño como un sujeto que puede decidir, protegerlo, respetar su identidad y hacerlo más flexible receptando las diferentes situaciones que la adopción conlleva.

Adoptar el concepto de adopción no es en vano, ya que permite a los operadores del sistema jurídico, por una parte y a los destinatarios de las normas por otra, comprender de la manera más simple el papel de esta institución tan importante para la niñez.

Se hace hincapié en los niños y respeta en primer lugar su derecho a revincularse con su familia de origen, y les permite participar en este proceso. Si no fuera posible lograr que el menor vuelva a vivir con ella, quedando asentada toda la información sobre la familia de origen, facilitando de este modo la accesibilidad de la información para el niño.

El nuevo Código Civil y Comercial respeta, cuida y prioriza los derechos de los niños, niñas y adolescentes en cuestiones de adopción, ocupándose de determinar los principios rectores que son de suma utilidad a todos aquellos operadores judiciales y administrativos que pretendan una adecuada y armónica aplicación de sus disposiciones brindando pautas desde las que la institución debe ser entendida y custodiada.

No se tiene dudas que el principio interés superior del niño es sumamente importante y se ve afectado por la normativa del artículo 611 del código Civil; como se mencionó en el desarrollo del trabajo se tiene una postura intermedia, se debe estar a cada caso, debiendo ser estudiado en particular. Lo mismo para la reglamentación de la ley 25.854, se tiene una postura intermedia.

## **Bibliografía.**

Álvarez, Atilio, "*La Adopción*", en Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Informe Especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, AA.VV., Buenos Aires, 2012.

Arias De Ronchietto, Catalina, *La Adopción*, Buenos Aires, 1997.

Basset, Úrsula C. Análisis del Título VI de "Adopción", en el Código Civil proyectado. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, julio de 2012.

Basset, Úrsula C. Análisis del Título VI de "Adopción", en el Código Civil proyectado. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, julio de 2012.

Basset, Úrsula C., *Código Civil y Comercial Comentado, Tratado Exegético*, dirigido por JORGE H. ALTERINI y Coordinado por IGNACIO E. ALTERINI, 2a ed., Buenos Aires, 2016.

Basset, Úrsula C. "*La Adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial*", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio de 2012.

Basset, Úrsula C. "*La adopción y sus problemas en la reforma*", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, AA.VV., Buenos Aires, 2012.

Belluscio, Augusto César, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2016.

Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, 8a ed., Buenos Aires, 2008.

Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 10a ed., Buenos Aires, 2008.

Bossert, E. y Zannoni, A., *Manual de derecho de familia*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 1999. 5a edición actualizada y ampliada. I reimpresión

Convención Sobre los Derechos del Niño, Ley N° 23.849. Sancionada: Setiembre 27 de 1990, Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990.

Corral Talciani, Hernán, "*Adopción y Filiación Adoptiva*", Santiago de Chile, 2002.

D'Antonio, Daniel H., "Derecho a la identidad, reforma constitucional y acciones de Estado", *Revista de Jurisprudencia Provincial*, año I, nro. 4, Santa Fe.

Ferrer, Francisco., "Adopción". Enciclopedia de Derecho de Familia, t. I, Buenos Aires, 1991.

Herrera, Marisa, con la colaboración de De La Torre, Natalia y Fernández, Silvia E., *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires, 2016.

Herrera, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias, Buenos Aires, 2016.*

Herrera, Marisa, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, AA.VV., dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Santa Fe, 2014.

[http://server1.utsupra.com/doctrinal?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00399490674](http://server1.utsupra.com/doctrinal?ID=articulos_utsupra_02A00399490674)

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/105873/norma.htm>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42438/norma.htm>

<http://universojus.com/ccc-comentado-infojus/introduccion-art-611>

<http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/ln13252.htm>

<http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial-unificado/articulo-611.php>

<http://www.saij.gob.ar/10636-local-cordoba-creacion-figura-abogado-nino-lpo0010636-2019-06-19/123456789-0abc-defg-636-0100ovorpyel>

<http://www.saij.gob.ar/19134-nacional-ley-adopcion-Ins0000845-1971-07-21/123456789-0abc-defg-g54-80000scanyel?>

<http://www.saij.gob.ar/romina-mendez-procedimiento-adopcion-codigo-civil-comercial-nacion-dacf160521-2016-08/123456789-0abc-defg1250-61fcanirtcod?&o=20&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/relaciones%20de%20familia%5B2%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=391>

[http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi\\_publicacion/sipi\\_cuaderno\\_05\\_interes\\_superior\\_nino.pdf](http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf)

[http://www2.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro\\_adopcion/ponencias/LUCES%20Y%20SOMBRAS%20SOBRE%20LA%20VOZ%20DEL%20NINO%20EN%20SU%20ADOPCION.htm](http://www2.jus.mendoza.gov.ar/organismos/registro_adopcion/ponencias/LUCES%20Y%20SOMBRAS%20SOBRE%20LA%20VOZ%20DEL%20NINO%20EN%20SU%20ADOPCION.htm)

<https://www.lanacion.com.ar/sociedad/el-abogado-del-nino-la-figura-del-nuevo-codigo-civil-que-protege-al-chico-ante-una-disputa-parental-nid2052398>

Iñiguez, Marcelo D., “Adopción internacional”. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 58, marzo de 2013.

LEY 13.252: La adopción de menores (B: O: 29/09/48), Sanción: 15 de septiembre de 1948. Promulgación: 23 de septiembre de 1948.

Ley 19.134, “Ley de adopción, BUENOS AIRES, 21 de Julio de 1971.

Ley 26.99., Sancionada: Octubre 1 de 2014, Promulgada: Octubre 7 de 2014.

LEY N° 24.779.Sancionada: Febrero 28 de 1997.Promulgada: Marzo 26 de 1997.

Medina Graciela, La guarda de hecho y el necesario respeto a los derechos humanos de la mujer, en DFYP 2012 (enero y febrero), del 1-1- 2012

Medina, Graciela, La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación, en [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085\\_MEDINA\\_Graciela\\_LA\\_ADOPCION.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085_MEDINA_Graciela_LA_ADOPCION.pdf) (compulsada el 24-2-2013).

Medina, Graciela, La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación, en [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085\\_MEDINA\\_Graciela\\_LA\\_ADOPCION.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/085_MEDINA_Graciela_LA_ADOPCION.pdf) (compulsada el 24-2-2013).

Medina, Graciela, La adopción, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Méndez Romina A., *El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Agosto de 2016. Jurisprudencia Argentina 2016 - III, fascículo n. 8, AbeledoPerrot S.A.; Id SAIJ: DACF160521

Muñiz Javier, *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 58. Marzo 2013.

Muñiz, Javier, “Participación de niñas, niños y adolescentes en el proceso de adopción. Un camino largo y lleno de contradicciones, que se llana desde la doctrina de los derechos humanos”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 58, Marzo de 2013.

Tarducci, Mónica, “Algunas discusiones sobre antropología de la adopción”, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, no 58, marzo de 2013.

Tavip, Gabriel E. Los principios generales de la adopción en el nuevo Código Civil y Comercial, 2015. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. RDF 69-67 (D)

Viviana H. De Souza Vieira (2018):“Procedimiento de adopción: entre la realidad y la norma” (2018/06/09) Año XVII - Edición 308. Derecho al día. <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/procedimiento-de-adopcion-entre-la-realidad-y-la-norma>.

ED, 192-170, con nota cit. de Molina, Alejandro C.  
Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, año 2006-II, p. 46.  
CCiv. de Neuquén, sala I, 31-3-2009, “G., C. Z.  
CFam. De Mendoza, 19-3-2011, “D. F. A. p/Medida tutelar”, publicado por el Instituto de Derecho de Niñez y Adolescencia, Colegio de Abogados de Morón  
Conf. Doctrina de Fallos: 328:2870, consid. 8°, 13-3-2007, A. N° 418, L. XLI, “A., F. s/Protección de persona”; consid. 9° in fine, 19-2-2008, “G. H. J. y D. G. E. s/Guarda preadoptiva”.

Conf., CApel. CC de Concordia, Sala I, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año VI, n° 6, julio de 2014, p. 57

CSJN, 16-9-2008, “G., M. G.”, L. L. 2008-F-59 y ss., 2008-2-1766; L. L. del 9-2-2009, p. 7.  
SCJBA, 11-4-2012, “S., M. s/Medida de abrigo”. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012VI-121 y ss.

SCJBA, 11-4-2012, “S., M. s/Medida de abrigo”. Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012VI-121 y ss.

SCJBA, 11-4-2012, c. 115.696, “N. N. o A., G. M. s/Medida de abrigo”, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012-VI.

SCJBA, 2-4-2003, “R., L. A. y D., A. C.”, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004III-75 y ss.

SCJBA, Ac. 73814 S, 27-9-2000, “G., J. s/Guarda”, D. J. B. A. 159-193; Ac. 84418 S, 19-6-2002, “A., S. s/Art. 10, ley 10.067”, JUBA B25491.

STJ de Misiones, 28-4-2003, “G.-T. En: «L. V. G. s/Entrega en guarda del menor R. L.»”, L. Litoral 2004 (septiembre), p. 890.