



**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

***“LA GUARDA PREADOPTIVA Y LA POSIBLE  
REVOCACIÓN POR ARREPENTIMIENTO DE LOS  
PADRES BIOLÓGICOS”***

**Carrera:** Abogacía.

**Autor:** Nincevic, Anahí.

**Año:** 2014

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se analiza el supuesto de la revocación de la guarda pre-adoptiva por arrepentimiento de la madre-padre biológico a la luz de la legislación, doctrina y de los principios que regulan el instituto.

Se realiza una descripción detallada de la legislación que define el análisis del instituto jurídico de adopción considerada como una institución de derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la decisión del juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima.

El análisis de la jurisprudencia nacional, internacional y provincial, en complemento con la definición de las normas del derecho comparado, permiten establecer las bases que sustentan la posibilidad de revocar la guarda del menor por arrepentimiento de los padres biológicos, frente a los derechos de la familia adoptante y la conciliación del interés superior del niño.

### **Abstract**

In this paper the case of the revocation of the pre - adoptive saved by repentance of the biological mother and father in the light of the legislation, doctrine and principles governing the institute analyzed.

A detailed description of the legislation defining the analysis of the legal institute of adoption considered a private institution founded in an act of will of the adoptive parent and born of the judge's decision , under which it is established between two people is done a relationship analogous to filiation legitimate.

The analysis of national , international and provincial law , in complement with the definition of the rules of comparative law , allow to establish the bases that support the possibility of revoking the custody of the child by repentance of biological parents against the rights of the adoptive family and the reconciliation of interests of the child .

## INDICE

INTRODUCCIÓN .....	7
OBJETIVOS .....	10
Objetivo general.....	10
Objetivos específicos .....	10
CAPÍTULO 1: LA ADOPCIÓN.....	11
1.1. ANTECEDENTES LEGALES, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES	12
1.2. Concepto .....	16
1.3. Etimología de la palabra. ....	17
1.4. Naturaleza Jurídica.....	17
1.4. Fundamentos .....	18
1.5. Origen histórico del instituto de la Adopción .....	19
1.6 Evolución .....	20
1.7. Caracteres.....	24
1.8. Requisitos para la Adopción .....	28
1.9. Origen de la Ley 24.779.....	30
1.10. Documentación necesaria para la adopción .....	31
1.11. Aspectos cuestionables de la Ley de Adopción .....	34
1.12. Clases de Adopción.....	37
1.13.- El Juicio de Adopción.....	41
1.14. La Adopción en la Convención sobre los derechos de los Niños .....	47
1.15. Conclusiones parciales .....	48
CAPITULO 2: LA GUARDA PRE-ADOPTIVA .....	50
2.1. Concepto. ....	51
2.2. Naturaleza Jurídica.....	51
2.3. Fundamento.....	52
2.4. Origen.....	53
2.5. Evolución .....	53
2.6. Caracteres.....	54
2.7. Competencia en materia de guarda .....	55
2.8. Valor de la guarda concedida con anterioridad a la LEY 24779 .....	56
2.9. Requisitos para otorgar la guarda con fines de adopción.....	57

2.10. Trámite para otorgar la guarda.....	60
2.11. La necesaria fijación de un plazo en la guarda con fines de adopción. Consecuencias.....	62
2.12. Derechos y deberes derivados de la guarda .....	63
2.13. Extinción de la guarda.....	65
2.14. Conclusiones parciales .....	67
<b>CAPITULO 3: CONSENTIMIENTO PREVIO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS..</b>	<b>69</b>
3.2. Formas y modos del consentimiento.....	71
3.3. Vicios que afecten el consentimiento otorgado por los padres biológicos .....	72
3.4. Análisis del artículo 317 inc. a segundo párrafo sobre el adecuado derecho de defensa en juicio.....	73
3.5. Conclusiones parciales .....	75
<b>CAPITULO 4. DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR .....</b>	<b>78</b>
4.1. Definición del derecho a la identidad. ....	79
4.2. Ley 26061 De Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes .....	80
4.3 Obligación de hacer conocer al adoptado su realidad biológica .....	81
4.4. Marco jurídico.....	83
4.5. El Derecho a la Identidad en la Constitución Nacional .....	87
4.6. El Derecho a la Identidad en la Convención sobre los Derechos del Niño .....	88
4.7. Conclusiones parciales .....	90
<b>CAPITULO 5: ANALISIS JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>92</b>
5.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Forneron e Hija vs Argentina. Sentencia del 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) .....	93
5.3. CJ. San Juan. G., A. V. LA LEY, 1998-F, 64- 1998/04/01 .....	96
5.4. Cámara de Apelaciones Civil y Com. de Azul, LLBA, 1997-1368 - DJBA, 154- 593- 1997/10/30 .....	97
5.5. CSJN, G., H. J. y D. de G., M. E., 19/2/2008 .....	98
5.6. Cámara de Apelación. Juzgado de Familia nº 2. Sala III - "T.,L.C S/ GUARDA PREADOPTIVA" (Expte. Nº 34427/8)(2008). ....	100
5.7. Conclusiones parciales .....	102
<b>CAPITULO 6: DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>104</b>
6.1. La adopción en el derecho romano .....	105
6.2. La adopción en el antiguo derecho español .....	107
6.3. La adopción en el derecho francés .....	108

6.4. Diferencias con las figuras afines en el Derecho Comparado .....	108
6.5. Adopción en la legislación latinoamericana .....	110
6.6. Conclusiones parciales .....	114
CAPITULO 7: CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN .....	115
CONCLUSIONES .....	122
BIBLIOGRAFIA .....	125

## ***INTRODUCCIÓN***

El instituto jurídico de adopción ha adquirido suma importancia debido a los innumerables problemas de infertilidad que padecen las parejas para poder procrear por métodos naturales.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del instituto jurídico de adopción, lo cual implica reconocer que se trata de una institución de derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la decisión del juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima.

El nuevo régimen, establecido por la Ley 24.779, mantiene una estructura similar al que reemplaza introduciendo el requisito de la guarda previa, judicialmente otorgada. Salvo en el caso de los mayores de edad, de los menores emancipados o el caso de adopción del hijo del cónyuge, sólo es posible adoptar al menor cuya guarda ha sido previamente otorgada judicialmente al solicitante.

La guarda previa con fines de adopción adquirió una trascendencia socio-jurídica debido a que aparece como uno de los medios integrantes de la protección del menor que precede en subsidio de la máxima institución protectorial constituida por la patria potestad. El artículo 317 inciso a) de la ley de adopción dispone la citación de los progenitores del menor con la finalidad de evidenciar que el menor se encuentra en condiciones de ser adoptado y que dicha institución protectoria es más adecuada y conveniente, conforme a la situación del menor. Se trata de una declaración previa de situación de adoptabilidad que encuentra sustento en razones prácticas que procuran evitar o disminuir los obstáculos que suelen presentarse para construir el nuevo estado filial adoptivo.

Sin embargo la declaración realizada por los padres biológicos del menor para el otorgamiento de la guarda previa con fines de adopción no garantiza un arrepentimiento posterior pretendiendo revocar la guarda.

La ley 24.779 ha tratado de contemplar en algún sentido el derecho del niño a conocer su identidad, por lo que obliga a que en la sentencia que otorgue la adopción, sea plena o simple, conste que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptivo su realidad biológica aunque no se regulan los mecanismos para asegurar que tal compromiso se cumpla. También establece que el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al conocimiento del contenido del expediente de su adopción a partir de los dieciocho años. Es posible que la inclusión de estas normas en la ley de adopción haya tenido como objetivo estar a tono con la evolución de la producción social operada en los últimos veinticinco años y adecuarse a las regulaciones de la Convención de los Derechos del Niño, que registra jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994. La ley 26061 define el derecho a la identidad en el artículo 11 estableciendo que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes 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 arts. 327 y 328 del C. Civil

En el desarrollo del presente trabajo se analizan las bases que sustentan la vigencia del instituto de la adopción, identificando las herramientas jurídicas para garantizar el respeto a los derechos del menor, evitando conductas antijurídicas de quienes dieron sus hijos en guarda per-adoptiva y luego intentan lucrar frente al lazo afectivo que une a los adoptantes con el menor, amenazando a éstos con la retractación de su consentimiento.



Existe una multiplicidad de alternativas frente a la retractación del consentimiento y los efectos que produce sobre la guarda pre-adoptiva, así como el respeto al Derecho a la Identidad del menor. En tal sentido, en el presente trabajo se identifican las bases que sustentan los fundamentos para definir la factibilidad de la revocación de la guarda pre-adoptiva por arrepentimiento de la madre - padre biológico. Asimismo, como consecuencia del análisis de la jurisprudencia, legislación y derecho comparado, se define una posición frente al tema bajo estudio sobre la base de argumentos que sostienen tal criterio profesional.

El contenido del presente trabajo, con las conclusiones arribadas resultan de un importante valor para la comunidad académica y la sociedad en general ya que contribuyen al conocimiento y comprensión del instituto adoptivo como recurso de protección del menor con inmenso valor debido a que se instituye como un remedio social, ético y jurídico a la problemática de la niñez abandonada, generando producciones discursivas con múltiples decodificaciones, cuyo juego de significación no admite una única fijación de sentido.

## OBJETIVOS

### *Objetivo general*

Analizar el supuesto de la revocación de la guarda pre-adoptiva por arrepentimiento de los progenitores a la luz de la legislación, doctrina y de los principios que regulan el instituto.

### *Objetivos específicos*

- Identificar los aspectos que definen el instituto de la Adopción en la Argentina.
- Explicar el instituto de la guarda pre-adoptiva, sus diferentes significados y los requisitos previos para que sea otorgada.
- Desarrollar los caracteres de la guarda judicial con fines de adopción y la competencia correspondiente en dicha materia.
- Analizar la posibilidad de retractar el propio consentimiento dado por los padres biológicos para otorgar la guarda pre-adoptiva y los vicios de la voluntad que pueden afectar dicho consentimiento.
- Analizar el artículo 317 inc. a segundo párrafo si cumple con el adecuado derecho de defensa en juicio (art 18 C.N) y con la Convención sobre Derechos del Niño respecto a sus derechos e intereses, ante conflictos de índole familiar.
- Distinguir el criterio seguido por la jurisprudencia nacional en relación a la revocación o no de la guarda.
- Explicar y analizar las diferencias con las figuras afines en el Derecho Comparado.

## **CAPÍTULO 1: LA ADOPCIÓN**

### *1.1. ANTECEDENTES LEGALES, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES*

El Estado argentino demoró más de ochenta años luego de sancionarse el Código Civil (1869) para obtener la primera legislación en materia de Adopción. El anteproyecto de Bibiloni mantuvo la postura de Vélez Sarsfield respecto a la innecesidad de crear una institución que no está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni ha sido utilizada por los particulares. Este pensamiento requiere una comprensión del momento que fuera expuesto.

Tras la carencia de regulación legal, motivó a gran número de iniciativas con miras a introducir en nuestro derecho tal institución. En el año 1933 el senador Ramón S. Castillo presenta un proyecto que incluía la adopción de menores huérfanos y abandonados, menores de 18 años, y en 1938 redacta su proyecto el doctor Jorge Eduardo Coll con contenidos similares (D' Antonio, 1997).

El Proyecto del Código del Niño del diputado José A. Cabral, del año 1940, contemplaba la adopción de menores de 15 años y este proceso de iniciativas que se suscitaron durante más de quince años, culmina en el año 1948 con la sanción de la ley 13.252 que incorpora la adopción en nuestro ordenamiento jurídico positivo, si bien limitándola a la modalidad simple, en tanto el adoptado no adquiriría vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación (art 12) y consagraba la revocabilidad del nuevo estado (art. 18) (D' Antonio, 1997. p 31)

El instituto adoptivo fue incorporado a la legislación nacional recién en 1948, tras las consecuencias derivadas del terremoto de San Juan sucedido en 1944 que dejó numerosos niños huérfanos. Más adelante, con la reforma de 1971, bajo el gobierno de facto, se incorpora la adopción plena y su irrevocabilidad. A diferencia de la adopción simple, la adopción plena, expresada en el artículo 14 de la Ley 19.134,

“confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta...”. Así, se avanza un paso en la conculcación de derechos, toda vez que la ley permite borrar el vínculo con la familia de origen sin la obligación para el juez de citar a los padres al juicio de adopción bajo supuestos de “*abandono moral y material*” (art 11, Ley 19.134) y, permitiendo como segunda aberración, la entrega por escritura pública, legitimando expropiaciones que la historia posterior irá revelando.

Con la vuelta de la democracia, en 1983, el centro del debate y la reglamentación apuntan a privilegiar el derecho de los niños por sobre el de los adoptantes, intentando facilitar que el menor permanezca con su progenitores. Pero pese al entusiasmo, las expectativas no se cumplieron y la ley 24.779, actualmente vigente, no modificó esencialmente la antigua norma. La reforma se limitó, lo cual no es menor, a prohibir la entrega por acto administrativo o escritura pública, prescribiendo la necesidad de un proceso judicial e incorporando una instancia previa al otorgamiento de la adopción denominada guarda pre-adoptiva. Sin embargo, se ratificó la adopción plena bajo las mismas condiciones y se adicionó que el adoptado pueda acceder al expediente una vez cumplidos los 18 años de edad.

En 1990 la Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño a través de la sanción de la Ley 26.061 sobre “Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”; y en 1994 la incorpora a la Constitución Nacional en su art.75 inc.22, junto a otros tratados de Derechos Humanos, otorgándoles así la máxima jerarquía existente en el ordenamiento jurídico interno. De este modo, nuestro país asumió el compromiso de garantizar el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de modificar las legislaciones y prácticas que no se adecuaran a ella

(Rondano y Salvadores, 2011, p. 4). La misma obliga a reformular radicalmente la ley de adopción, dado que muchas de sus disposiciones vulneran los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes por la nueva normativa. Por lo tanto, la sanción de la ley 26.061 es una nueva oportunidad para adecuar definitivamente la ley de adopción a la Convención Internacional de Derechos del Niño.

La actual ley 24.779 fue sancionada el 28/2/97, promulgada el 26/3/97 y publicada el 1/4/97. Con la misma se ha incorporado al Código Civil los arts. 311 a 340 y con ello el instituto de la adopción de menores. La ley introduce el requisito de la guarda previa, judicialmente otorgada, salvo en el caso de los mayores de edad, de los menores emancipados o el caso de adopción del hijo del cónyuge, sólo es posible adoptar al menor cuya guarda ha sido previamente otorgada judicialmente al solicitante. En la anterior legislación, si bien se exigía una guarda previa (La ley 19134 requería una guarda previa de un año mientras que la ley 13252 requería un plazo de dos años), con ello se aludía a una situación de hecho ya que no se exigía que fuera otorgada en sede judicial.

El artículo 317 inciso a) del Código Civil establece la necesidad de citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción, encontrando sustento en razones prácticas que procuran evitar o disminuir los obstáculos que suelen presentarse para constituir el nuevo estado filial adoptivo.

En principio la retractación del consentimiento por sí solo no produce efectos sobre la guarda pre-adoptiva salvo que medien vicios de la voluntad en el acto o el interés del menor se vea seriamente comprometido. En tal sentido, resulta de aplicación el Derecho a la Identidad del menor que se encuentra regulado en el artículo 328 del Código Civil. A la luz de los derechos humanos, el derecho a la

identidad lo tiene todo ser humano como algo inherente a su propia condición, por tratarse de un sujeto único, irrepetible e histórico. El derecho a ser el ser que auténticamente se es, es el derecho al reconocimiento de la propia identidad. (Pierini, 1993, p.9)

Este derecho, que constituye una garantía constitucional, se revela muy recientemente en el ámbito jurídico para alcanzar una transcendencia acorde a un mundo donde el ser humano adquiere cada vez mayor significado como sujeto reconocido en su real dimensión.

La ley 24779 ha tratado de contemplar en algún sentido el derecho del niño a conocer su identidad, por lo que obliga a que en la sentencia que otorgue la adopción, sea plena o simple, conste que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptivo su realidad biológica aunque no se regulan los mecanismos para asegurar que tal compromiso se cumpla. También establece que el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al conocimiento del contenido del expediente de su adopción a partir de los dieciocho años.

Es posible que la inclusión de estas normas en la ley de adopción haya tenido como objetivo estar a tono con la evolución de la producción social operada en los últimos veinticinco años y adecuarse a las regulaciones de la Convención de los Derechos del Niño, que registra jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994. La ley 26061 define el derecho a la identidad en el artículo 11 estableciendo que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes 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 arts. 327 y 328 del C. Civil.

## 1.2. *Concepto*

La adopción puede ser definida como “el medio tutelar por el cual un tercero sin derecho de representación, o un organismo ejecutivo de protección, se convierte en tenedores de un menor para darle asistencia integral y proveer a la formación integral de su personalidad” (D` Antonio, 1994. p 412)

En su significado, que ha ido cambiando con el correr del tiempo, podemos destacar un factor común que se ha mantenido con cierta estabilidad que es el carácter legal de conferir y crear entres dos personas un vínculo de filiación y que éstas no están unidas por un vínculo biológico.

Desde el punto de vista de las disposiciones legales encontramos innumerables definiciones de adopción, que hacen referencia, como dice López del Carril (1984), a una “institución social y jurídica”, la misma como parte del Derecho de Familia y aparece el eje común que es “que puede funcionar independientemente o en concurrencia en el vínculo biológico”. Podemos rescatar las concepciones desde el punto de vista jurídico que la toman como institución, pero también compartimos con Graciela Medina (1998) que existen tres sentidos diferentes en los que podemos usar a la palabra adopción.

En el primero de los sentidos nos referimos al ACTO JURIDICO, ya que crea entre dos personas un parentesco civil del que surgen relaciones jurídicas similares a las que surgen de la filiación. Aquí la adopción aparece como una fuente creadora de derechos y obligaciones entres las personas.

En el segundo sentido que podemos mencionar la adopción aparece como un ESTADO o la situación jurídica que se encuentran las partes; es decir, existe un estado de filiación adoptiva que surge de ese acto. Como tercer punto de vista, la



adopción toma la forma de un Proceso, concatenado de actos que se realizan para alcanzar un objetivo, que es adquirir el estado de adoptado y adoptante de las partes.

### *1.3. Etimología de la palabra.*

La palabra Adopción Proviene del latín “adoptio” que significa “adopción”, la cual remitía al mismo uso que le damos actualmente: recibir como hijo al que biológicamente no lo es, cumpliendo con los requisitos de la ley. Mientras que la palabra “adoptar” procede del latín “adoptare”, “ad” y “optare”, quiere decir “desear a”, quiere expresar un deseo de concretar algo.

### *1.4. Naturaleza Jurídica.*

La disquisición en cuanto al significado jurídico de adopción que hicimos precedentemente, nos sirve para determinar cuál es su NATURALEZA JURIDICA.

La adopción como ACTO dice Díaz de Guijarro (1958) “es el acto voluntario lícito, familiar-procesal que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de filiación adoptiva”. En la doctrina se lo llama ACTO JURIDICO COMPLEJO ya que requiere de tres elementos para su constitución.

En primer término se requiere la voluntad del adoptante, y solo en el caso de mayor de edad el consentimiento del adoptando (art. 311 C.C.). Como segundo elemento aparece el cumplimiento de los requisitos legales, como son el consentimiento de los padres, estado de abandono, la guarda previa o estado de hijo del cónyuge; y por último para que se formalice el acto jurídico complejo se requiere la intervención del órgano jurisdiccional, que implica el control de la legalidad y conveniencia.

Al entender que la Adopción tiene asimismo el significado de estado de familia, creemos que es un régimen que comprende a los padres adoptantes y los hijos adoptados, y que tiene como antecedente el acto jurídico de la guarda previa.

Finalmente como proceso, la adopción adquiere la naturaleza de proceso judicial que tiene como finalidad obtener una sentencia de adopción.

#### *1.4. Fundamentos*

Podemos mencionar diferentes finalidades que el legislador ha tenido en miras al establecer las disposiciones relativas a la adopción. Inicialmente, encontramos fundamento en la protección de la niñez abandonada, siendo la fundamentación más relevante con sustento en la normativa nacional e internacional.

La Convención sobre los Derechos de los Niños proclama, en el art 3 inc 1, el “*interés superior del niño*” como máxima a considerar en todas las medidas que respecto a los menores se tomen.

Otro de los fundamentos que podemos enunciar corresponde a dar hijos a quienes no tienen, ya que se considera como un deseo de paternidad que debe ser satisfecho y que corresponde a la esfera más íntima y que aspira a completar a la persona humana.

Integrar a la familia, como objetivo de un estado, ya que permite la adopción del hijo del cónyuge por ejemplo, en lo que se fomenta en la unión familiar y promueve la familiar como primer núcleo fundamental de la persona. También legitimar una situación de hecho es una de las finalidades de la adopción, ya que si durante la minoridad se ha dado el trato de hijo adoptivo, tenga en la situación de mayor de edad el derecho a ser adoptado. Podríamos afirmar que la adopción tiene la finalidad de dar una forma jurídica a ciertas exigencias humanas, como es toda institución del derecho, pero que este caso roza los deseos más profundos y naturales de las personas de ser padres.

### *1.5. Origen histórico del instituto de la Adopción*

Podemos afirmar que el origen de la adopción lo encontramos en los de la humanidad misma, teniendo en cuenta que se ha ido desarrollado según las finalidades y objetivos, en las distintas sociedades y lugares.

Asimismo, la finalidad de la adopción para comunidades de la antigüedad la encontrábamos en el ámbito religioso ya que constituía un medio para asegurar el culto a los antepasados, que estaba reservado a los hijos legítimos varones, por lo que en el caso que no tuviera se autorizaba la adopción para poder cumplir con ese mandato.

En Babilonia encontramos una de sus primeras regulaciones a través del Código de Hammurabi (2283 a 2241 a C.), en el pueblo Hebreo podemos mencionar la institución de El Levirato, regulada en el libro IX de las leyes de Manú, por medio de la cual se aseguraba descendencia a un hombre muerto que no había tenido hijos. El hermano del muerto debía tomar a su mujer y el primogénito que tenga con ella llevaba el nombre del muerto para que el nombre no desaparezca.

En el derecho Griego, la adopción también reconoció fundamentos que estaban unidos a la transmisión hereditaria, en la India, también encontramos a la institución como forma de otorgar una persona encargada de realizar el sacrificio en honor a los difuntos.

En el Antiguo Testamento podemos encontrar también la figura de la adopción, ya que se asimilaba a la condición de hijo a quienes no lo eran, por ejemplo en el Génesis, 29, 5 y 25, 20, en el que Labán es considerado hijo de Najor, siendo hermano de Rebeca, hija de Batuel. Podemos mencionar el caso de Moisés que “tratado como hijo” por parte de la hija del Faraón. (Exodo, 2,10).

En el antiguo Irán, podemos mencionar como origen del instituto de la adopción el Yoyan-Zan y Satar-Zan, según el cual el primer hijo que tenía una mujer tras su matrimonio no pertenecía a su marido, sino al padre o al hermano de la esposa, muerto sin hijos varones.

### *1.6 Evolución*

En el Derecho Romano encontramos significatividad del instituto de la adopción, siendo la primera manifestación en ese sentido. Así, la adopción extinguía la relación entre el adoptado y su familia sanguínea, teniendo dos formas de adopción: - la adrogación (*adrogatio*): era la más importante, y se configuraba cuando el adoptado era Sui Juris, quien tenía capacidad jurídica independiente. El Estado y la religión estaban interesados en esta clase de adopción, y se requería el consentimiento del adoptado. La otra forma que existía en el Derecho Romano era la *mancipatio* o la *in jure cesio* si se trataba de un Alieni Juris, que se celebraba entre particulares.

En el Derecho Justiniano se utilizan e incorporan nuevos conceptos como la división entre adoptio plena y minus plena, según la no continuidad o continuidad de los vínculos con la familia natural.

En el Derecho Germánico la institución comenzó a ser utilizada para transmitir los bienes por testamento.

En Francia, el Código de Napoleón la incluyó teniendo el carácter de un vínculo contractual, ya que se requería el consentimiento del adoptado. Era una figura utilizada para los mayores de edad, ya que los menores de edad abandonados tenían una tutela oficiosa.

Pero fue después de la Primera Guerra Mundial cuando la adopción adquirió una relevancia inusitada, las secuelas desastrosas, la infancia sin futuro, niños sin

hogar, hicieron que este instituto fuera de vital importancia a la hora de restablecer la sociedad.

En el Derecho Español encontramos como antecedentes a la figura del prohijamiento, que tenía una raíz de beneficencia y que ubicaba al alumno en la situación de hijo, sin incorporarlo a la familia del “nutridor”. Contemplada en el Fuero Real (Libro 4, t.23) y en las Partidas (Partida IV, tit. 20).

### **Posición de Vélez Sarsfield**

Vélez Sarsfield no receptó en el Código Civil la institución de la adopción, en la nota enviada al Ministro de Justicia, Culto, e Instrucción Pública de la Nación. El Codificador expresó: “He dejado de lado también el Título de la Adopción. Cuando de esta materia se ocuparon los juristas franceses, al formar el Código de Napoleón, reconocieron, como se ve en sus discursos, que trataban de hacer renacer una institución olvidada en la Europa y que recién había hecho reaparecer el Código de Federico II. Cuando ella había existido en Roma, era porque las costumbres, la religión, las leyes la hacían casi indispensable, pues el heredero suyo era de toda necesidad aun para el entierro y funerales del difunto.”

Asimismo Vélez estimaba que no era ventajoso ni posible, en concordancia con legisladores prusianos y franceses, incorporar un individuo en una familia que la naturaleza no había colocado en ella. Además de establecer, citando a Portalis, la innecesidad de introducir una institución que no está en nuestras costumbres, ni ha sido utilizada ni es exigida por un bien social (D´Antonio, 1997)

Respondiendo a la necesidad de incorporar la adopción a nuestro Derecho Argentino, recién en el año 1948 con la sanción de la ley 13.252 se alcanza ese objetivo. Se limitaba a la modalidad de simple, en tanto que el adoptado no adquiriría

vínculo familiar con los parientes del adoptante, era revocable, ni adquiriría derechos sucesorios por representación.

En el año 1971, se produce la primera reforma y se pone en vigencia la ley 19.134, que incorpora el doble régimen de adopción, manteniendo la simple e incorporando la plena. Así queda considerada la plena como residual en el caso que el juez no encuentre en el caso cumplidos los requisitos legales para otorgar la adopción plena.

Luego en febrero de 1997 se sanciona la ley Nacional N° 24.779/97, que incorpora al Código Civil el Título IV de la Sección Segunda, Libro Primero. Disposiciones Generales. Adopción Plena y Simple. Nulidad e Inscripción. Efectos de la adopción conferida en el extranjero. Deroga la Ley N° 19.134 y el artículo 4050 del Código Civil.

Esta reforma trascendental suprime el carácter extrajudicial de la guarda, dando carácter estrictamente judicial. Se suprime expresamente la guarda otorgada por escritura pública u órgano administrativo. Establece un desdoblamiento del proceso judicial: - a) procedimiento judicial para la guarda pre-adoptiva - b) procedimiento juicio de adopción.

Se incorpora la intervención obligatoria del Defensor Público de Menores, se crea el Registro de Aspirantes a guarda con fines de Adopción y propone la creación de un Registro único de adoptantes.

Además de establecerse la exigencia de un tiempo mínimo de residencia en el país (5 años), la edad de los 18 años para que el adoptado tenga acceso a su expediente judicial, proclamándose también que deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica.

La LEY NACIONAL N° 25.854/03 sancionada en diciembre de 2003 crea el registro Único de Aspirantes a guarda con fines de adopción cuya Autoridad de Aplicación sería el Ministerio de Justicia de la Nación. Asimismo estableció que las provincias, previa firma y convenios dispondrán de una terminal de enlace informático con el Registro. La inscripción en el registro no será necesaria cuando se trate de adopción integrativa.

La ley establece que toda inscripción se efectuará por los peticionantes en el "Libro de Aspirantes" ante los profesionales idóneos del organismo designado por cada jurisdicción correspondiente a su domicilio, con la apertura del legajo respectivo.

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.

Por el año 2005 se sanciona la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Esta normativa establece en su artículo 11:

*“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 contraríe 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.”*

En el artículo 39 de la misma ley, en protección de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, se admite la aplicación de medidas excepcionales cuando los menores se encuentren temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuando un interés superior exija la no permanencia en el mismo. En tal sentido, se autoriza a la autoridad local de aplicación a decidir respecto del procedimiento a seguir, quedando abierta la posibilidad de otorgar la guarda con fines adoptivos, lo cual queda a cargo de la decisión del juez, quien evaluará particularmente cada caso y sus circunstancias.

### *1.7. Caracteres*

Para caracterizar la Adopción como instituto jurídico, podemos recurrir a la utilizada por Medina Graciela (1998) en la que se destacan los siguientes caracteres:

- Internacionalización

Los fines que tiene la institución hace años han dejado de ser objetivos de los países en forma individual, se ha llegado al estado de cosas en el que todos los Estados propenden con su legislación a aunar esfuerzos para contener y atender a la niñez abandonada, como así también para crear lazos filiatorios entre quienes no se encuentran unidos por el vínculo biológico. Así mismo podemos destacar los esfuerzos que realizan los Estados en la cooperación Internacional para generar un



marco de contención y combatir la niñez desolada, los abusos, el tráfico y el maltrato de menores. Por ejemplo la Convención de los Derechos de los Niños, año 1989, receptada por nuestro país a través de la ley 23.849 (1990), Tráfico Internacional de Menores, México 1994, Convención de la Haya relativa a la competencia de autoridades, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en materia de adopción de 1965. En fin, innumerables esfuerzos de la comunidad internacional contribuyen a darle el carácter de internacional a la Adopción.

- Control judicial de oportunidad, legitimidad y conveniencia

La jerarquía e importancia que el instituto tiene en la sociedad hace imperiosa la presencia de un órgano imparcial e independiente que tenga el cometido de decidir y controlar los procesos de la adopción. Así, el órgano llamado a realizar tal tarea es el Poder Judicial, quien a través de sus Jueces no solo va a realizar el llamado control de legalidad y legitimidad en cuanto a los requisitos de procedencia, sino que realizará y discernirá la adopción teniendo en cuenta los criterios de oportunidad y conveniencia, siguiendo la premisa fundamental de respetar y hacer respetar el Interés Superior del Menor. Los procesos de la adopción (guarda previa y adopción) requieren de Jueces y auxiliares que actúen a la luz de esos principios.

- Conocimiento de la realidad biológica

En la actualidad se reconoce y ha sido receptado en las legislaciones el derecho que tiene el adoptado a conocer sus orígenes, su calidad de adoptado, asimismo el adoptado puede acceder a su expediente y así conocer en profundidad su realidad, de acuerdo a su derecho fundamental a la identidad. Es considerado también el compromiso de los padres adoptantes del deber de hacer conocer al hijo su calidad y no ocultarle el acto de adopción.

Se ha discutido, al debatirse en el Congreso de la Nación la redacción del inciso h), del artículo 12 del Dictamen de las Comisiones sobre la naturaleza jurídica de esta obligación, desde quienes sostienen que se trata de un simple compromiso de orden moral, y por ende, ajeno al Derecho, hasta quienes afirman que se trata de una verdadera obligación de hacer en cabeza de los padres adoptivos que deberán cumplir en determinado momento de la vida de su hijo adoptivo. Solo podemos decir, siguiendo a Graciela Medina (1998), que la norma contenida en el art. 321 inc. h C. Civil no debe ser cumplida en un término perentorio, pero así como la ley les exige que no engañen al menor adoptado sobre su filiación, ellos son plenamente libres en cuanto a elegir la forma que estimen más adecuada de revelar la verdad, de acuerdo con el nivel de comprensión y madurez que paulatinamente adviertan en el hijo adoptivo. En definitiva, la falta de cumplimiento de este compromiso asumido por los padres adoptivos importará un indebido ejercicio de la potestad adoptiva pudiendo los adoptantes ser pasivos de las respectivas sanciones.

- Se recepta la adopción de menores

Otra de las características es que históricamente como vimos la adopción era un término reservado para la minoridad abandonada, sin embargo existen casos en los que deja de ser una institución tuitiva del menor para también cumplir otros fines y permitir la adopción de personas mayores. Ya sea que se trate de legitimar una situación de hecho en la que se le ha dado el trato de hijo en la minoridad y luego cuando es mayor de edad se procede a la adopción, también en concordancia con los fines de la integración familiar referida en este trabajo, se permite la adopción del hijo del cónyuge.

- Se requiere reglamentar la adopción prenatal

Existen lagunas en cuanto a que sucede con embriones congelados no implantados ya sean huérfanos o abandonados, es una situación en la que las legislaciones deben enfocar la mirada actual en materia de adopción considerando el avance de la ciencia en ese sentido. El derecho debe dar respuesta y contemplar las diferentes situaciones que puedan suscitarse.

- Necesaria participación del menor en el juicio de adopción

En concordancia con el respeto a los derechos fundamentales de la persona, en especial de los Derecho de los Niños, estos tienen el derecho a conocer, participar, a ser oídos en el proceso. El juez debe hacer participar al menor siempre teniendo en cuenta el grado de madurez del mismo y a su vez valorando como premisa a seguir el Interés Superior del menor.

El artículo 12 de la CDN garantiza al menor que está en condiciones de formarse un juicio propio “el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten...La autodeterminación en las decisiones relativas a la salud y al cuerpo, es un derecho personalísimo, y como tal debería asegurarse al niño la posibilidad de manifestar su opinión.”

- Interés Superior del Menor como principio primordial en la resolución de conflictos e interpretación de las normas.

Esta gran premisa es aquella que debe guiar a los actores de este proceso singular y trascendente que es la adopción, y que se encuentra receptado legislativamente por lo que se hace aún más fuerte su exigencia. Ya sea en cuanto a

procesos, requisitos, modalidades, como así también a interpretaciones y decisiones que afecten a la vida del adoptado y modifiquen su estado. La Convención de los derechos del Niño ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Obtener entonces la máxima satisfacción de los intereses y deseos del menor debe ser la guía rectora de la adopción.

### *1.8. Requisitos para la Adopción*

El artículo 315 del C. Civil nos acerca a los requisitos para la adopción estableciendo las cualidades requeridas en los adoptantes como así también se refiere quienes se encuentran legalmente excluidos de poder serlo.

#### a. Aptitud para ser adoptantes.

La legislación argentina no exige un estado civil determinado para poder adoptar, entendiéndose igualmente que ella propende a la integración y unidad familiar. El adoptante puede ser soltero, casado, viudo, separado personalmente o divorciado vincularmente.

El principio general establecido es el de adopción unipersonal, es decir que una persona no puede ser adoptada simultáneamente por más de una persona, salvo que éstos sean cónyuges. Exigiéndole la ley expresa y taxativamente las condiciones personales que deben cumplir las personas para poder adoptar.

Es necesario entonces una persona que en primer término, tenga la capacidad necesaria para prestar el consentimiento requerido para formar el acto de la adopción.

No podrá prestar consentimiento para la adopción (Medina, 1998):

- Insanos: ya que si por sentencia ha sido declarado demente y no puede dirigir su persona ni sus bienes difícilmente pueda hacerse cargo de la responsabilidad que engendra el cuidado de un hijo. Asimismo piensa que si la incapacidad era notoria, aunque no hubiese sentencia judicial que así lo declare, el Juez debe rehusarse a otorgar una adopción a quien no se encuentra en condiciones de hacerlo.

- Sordomudos: en este caso debemos distinguir dos situaciones. Los sordomudos que pueden darse a entender por escrito, haciendo que pueda también desempeñarse en la vida, para Graciela Medina (1998), opinión que compartimos, no habría impedimento para que el juez otorgue la adopción en favor de un sordomudo de esas características. En cambio los que no saben darse a entender por escrito, tal como lo establece el art. 153 del Código Civil son considerados insanos y no pueden adoptar. Se los equipara a los dementes.

b. Residencia mínima en el país

Otro de los requisitos para ser adoptante es que acrediten de manera fehaciente e indubitable la residencia como mínimo de cinco años anteriores a la petición de la guarda. Esta exigencia incorporada por la reforma del año 1997, ley 24.779, fue una respuesta a una realidad que azota a los estados y que existe necesidad de evitar y penalizar como es el tráfico de menores con destino a otros países. Se debe a una lucha contra el tráfico internacional de niños. La ley 24.410 es dable mencionar ya que modificó el Código Penal Argentino y que penaliza el tráfico de niños vino también a sumarse a esta lucha.

c. Edad mínima del adoptante.

Se establece que la persona adoptante debe tener 30 años como mínimo, pero cabe la pregunta del momento en el cual la persona debe tener la edad mínima, si es cuando se le otorga la adopción o si también es requisito para solicitar la guarda del menor. Medina Graciela (1998) opina que no habría contradicción en otorgar por ejemplo una guarda a un matrimonio que tenga 29 años de edad, ya que como la guarda judicial previa tiene el término máximo de un año, al momento de otorgar la adopción ya tendrían la edad exigida por la ley. A diferencia de lo que sostuvo la legisladora Leguizamón según surge de los antecedentes parlamentarios de la Ley 24.779, que afirmó su conformidad con que las personas o matrimonios que tengan 30 años de edad podrán iniciar la guarda con fines de adopción.

#### *1.9. Origen de la Ley 24.779.*

Fue largo el trayecto recorrido por la reforma que fue sancionada en febrero de 1997. Ya que estuvo doce años recorriendo ambas cámaras el tema de la adopción.

La Convención Internacional de los derechos de los Niños tuvo un gran impacto en la protección y legislación argentina en lo referente a la protección de la niñez, la legislación sobre adopción y la construcción del derecho a la identidad y el interés superior del niño. En el plano legislativo, varios son los avances en Argentina en materia de normativa interna respecto de los derechos de los Niños. A partir de la reforma constitucional de 1994, se incorporó los tratados internacionales de derechos humanos en nuestra legislación y se les otorgó estatus constitucional. Se sancionó la Ley N°24.779 de adopción, que dio lugar a la derogación de la ley de adopción N°19.134.

Contiene cuatro aspectos fundamentales con respecto a la anterior: - se establece el carácter judicial de la guarda a fin de darle seguridad al procedimiento, -

establece un Registro de aspirantes a guarda con fines de adopción con el fin de evaluar la idoneidad de los futuros adoptantes y tratar de darle una familia lo más apta posible a este niño/a.

Se introduce la exigencia de un tiempo mínimo de residencia en el país, para poder adoptar: El art. 315, primer párrafo, de la ley señala: "Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código, cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda".

Se compromete, mediante la correspondiente sentencia, a hacerle conocer al menor su realidad biológica: El art. 321 inc h) dispone que: "deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica".

#### *1.10. Documentación necesaria para la adopción*

En la Argentina, regulan este instituto jurídico dos normas: Una de fondo y otra de forma.

- Ley 24.779, también llamada de fondo, es la que determina las condiciones generales para adoptar

- Leyes de Forma o de Procedimientos, que señala, cómo se realiza un trámite, formularios y requisitos que se deben presentar, que quedan reservados como derechos, exclusivos de las provincias, por ello, observaremos, que no en todas las provincias los trámites o formularios son los mismos.

- La ley 24.779, expresa, que todos los trámites, son **gratuitos, personales y judiciales**.

La ley N° 25.854 crea la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (D.N.R.U.A.). “La D.N.R.U.A. propone construir una Red de Registros que interconecte los registros de postulantes a adopción. Para ello, propicia la creación de registros donde aún no existan y brinda apoyo técnico, informático y/o profesional, cuando sus autoridades lo soliciten.<sup>1</sup>”

Por ejemplo por LEY PROVINCIAL N° 13.326 /05, la Provincia de Buenos Aires, adhiere a la Ley Nacional 25.854, que crea el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos

Particularmente Graciela Medina y Héctor Daniel Fernandez, en su trabajo “Proceso de Adopción”<sup>2</sup> definen las etapas para acceder a la guarda de un menor con fines de adopción. En tal sentido, la persona o personas (en caso de matrimonio) solicitantes, deben estar inscriptas en el Registro Único de Aspirantes a la Adopción instituido en el art. 2° de la ley, marcando la incorporación de un sistema que ya constituía práctica usual en distintas jurisdicciones. La incorporación al texto legal tiene por origen la pretensión de constituir en un registro único y uniforme para todo país.

En el citado trabajo queda expresado que en la Provincia de Buenos Aires ya existía el “Registro de aspirantes a guardas con fines de adopción”, estableciendo los requisitos y las pautas para su funcionamiento. Esta reglamentación pone a cargo de la Subsecretaría del Patronato de Menores de la Suprema Corte de Justicia, y de la Secretaría de la Procuración General, la formación, mantenimiento y actualización del registro. Contiene, por un lado, la lista de postulantes a recibir menores en guarda y por otro, la nómina de menores que se encuentran en situación de adoptabilidad.

---

<sup>1</sup>Extraído de <http://www.jus.gob.ar/registro-aspirantes-con-fines-adoptivos.aspx> Fecha de Consulta 20/05/2014

<sup>2</sup> Extraído de <http://www.graciamedina.com/assets/Uploads/Proceso-de-adopcin.doc> Fecha de Consulta 20/05/2014.



La relevancia del mencionado registro se implementa a través de los magistrados del fuero de menores que deben remitir, los datos de los postulantes y de los menores dentro de las 48 horas de producida la inscripción o de haberse determinado la situación de adoptabilidad, respectivamente.

Con relación a los primeros, se debe consignar a) Número de orden b) Fecha de inscripción c) Nombre, edad, sexo, domicilio real, estado civil, fecha de matrimonio, lugar de trabajo y antigüedad en el mismo, bienes que posean, descendencia, si la hubiere, del o los postulantes. d) Edad y número de niños que estarían dispuestos a adoptar. e) Constancia de la realización de los estudios jurídico-médico-psicológico-social efectuados por el Juzgado. Cada tribunal debe inscribir a los aspirantes que posean domicilio real en el departamento judicial respectivo, pero dicho asiento tendrá validez en cualesquiera de los restantes Juzgados de Menores de la Provincia.

Debe señalarse que las inscripciones efectuadas en el libro de aspirantes los juzgados de la Provincia de Buenos Aires, tienen una vigencia de un año al cabo del cual deberán ratificarse personalmente por los interesados, operándose en caso contrario la exclusión automática de los mismos.

Tal como se menciona en el trabajo de Medina y Fernandez<sup>3</sup> mediante este sistema se pretende que quienes aspiren a una adopción, se presenten ante los tribunales competentes en la materia para su evaluación por intermedio de los correspondientes gabinetes interdisciplinarios. Una vez comprobada su idoneidad, se quedarán inscriptos en la lista de espera para recibir en guarda pre-adoptiva. Los citados autores han observado la constitucionalidad de esta norma en la medida que podría significar un avance sobre las autonomías provinciales. No obstante, dado que

---

<sup>3</sup> Op cit, nota 2.

el art. 2º de la ley indica que el funcionamiento del registro se coordinará mediante convenios, constituye en realidad una invitación a las provincias a participar en el sistema y no una imposición.

La incorporación a este Registro no implica la adquisición de derechos a una futura adopción, sí importa el de ser considerado como aspirante potencial para cada caso en particular. En la guarda con fines de adopción, el Magistrado interviniente en la causa debe elegir entre distintos postulantes a tal fin, hayan o no promovido expresamente actuaciones judiciales, o simplemente sobre la base de legajos elaborados por organismos e instituciones especializados en la materia. La selección realizada no puede agravar a quienes no fueron escogidos, en tanto no se haya opuesto reparo alguno respecto de la idoneidad de los guardadores designados<sup>4</sup>.

### *1.11. Aspectos cuestionables de la Ley de Adopción*

En el procedimiento previo para la entrega del niño en guarda con fines de adopción (Art. 317 CC) en cumplimiento de las normas de jerarquía constitucional, el juez tiene el deber de procurar la permanencia del niño junto a su familia de origen. A tal fin, con el apoyo de un equipo interdisciplinario especializado, deberá determinar si existen otras alternativas en el caso concreto que aseguren la crianza del niño y no impliquen su separación definitiva del grupo familiar (Art. 7, 8 y 9 Convención sobre los Derechos del Niño). (Grossman, 2000.)

Toda adopción que sea discernida sin agotar las instancias administrativas de acceso a políticas públicas tendientes a que el niño pueda permanecer con su familia de origen es ilegal por vulnerar sus derechos fundamentales.

---

<sup>4</sup>C. Nac. Civ., sala A, 15/3/1999, - B., H.N. y B., I.F. s/ GUARDA

Otro aspecto que merece revisión a la luz de la Constitución Nacional es el relativo a los requisitos previos para el otorgamiento de la guarda preadoptiva y adopción, en aquellos supuestos en los que no resulta obligatoria la citación a la familia de origen, y que enuncia así: “cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubiesen desentendido totalmente del mismo durante un año, o cuando el desamparo material o moral resultare evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiere sido comprobada por la autoridad judicial”. Estos supuestos convalidan la sustitución de la filiación de sangre sobre la base de meras suposiciones respecto del proceder de la familia, permitiendo la adopción de niños que tienen familia, sin que estos tengan oportunidad de ejercer en el marco de un debido proceso constitucional su derecho de defensa. Tanto el mencionado “desentendimiento” como la categoría del “desamparo material o moral”, constituyen un sistema harto peligroso –resabios de la derogada ley de Patronato - pues, lo que puede aparecer como justificado para un juez o tribunal, puede no serlo para otro, dada la vaguedad, ambigüedad e indeterminación de estas categorías, lesionándose los principios constitucionales de legalidad y reserva.

La adopción plena recurre a una ficción jurídica -la sustitución de la filiación de origen- que se contrapone a un derecho humano fundamental, la identidad, impidiendo la procedencia de la posibilidad de reconocimiento por parte de los padres biológicos, como el derecho del adoptado a entablar acción de filiación.

En este sentido, una figura rígida, inmodificable e irrevocable, como dice expresamente la ley 24.779, no se adecua a la normativa de jerarquía suprema como la Convención sobre los Derechos del Niño (Herrera 2008).

En similar perspectiva crítica, advierte Belluscio (1998) que: “A partir de la asignación de valor constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos,

se plantea un nuevo problema: la posible colisión entre la adopción plena y el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño”. Cuestiona, el citado autor, a la luz del derecho a la identidad, la validez de la supresión absoluta de los vínculos familiares.

Sin embargo, vale aclarar que no alcanza sólo con conocer los orígenes. El derecho a la identidad no se resguarda con la sola posibilidad de conocer la condición de adoptado. Muy por el contrario, requiere la posibilidad de búsqueda de los orígenes y vinculación con la familia biológica, a fin de preservar las relaciones familiares, según lo establece el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto, no se trata solo de conocer la historia si no de lograr su continuidad.

Cobra relevancia entender que la identidad no incluye solamente preservar las relaciones con miembros de la familia nuclear sino también la ampliada.

En este sentido, establece el artículo 41 inciso a) citado de la ley 26.061 que en el supuesto de niños separados de su medio familiar, se deberá proceder a la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según las costumbres locales y en todos los casos, teniendo en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo resulta de importancia resaltar, en este análisis y crítica a la legislación sobre adopción, la necesidad de respetar la expresa previsión del artículo 33 de la ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que establece que: “La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”.

En forma rotunda referido a la improcedencia de la adopción por cuestiones de pobreza ha dicho la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires que “Las circunstancias comprobadas en autos de pobreza y de dificultad por las que ha transcurrido su existencia la madre biológica, no aparecen en autos identificadas con una situación de abandono que pueda descalificar su oposición a la adopción (artículo 317 inciso 2, parte segunda, Código Civil), y no sirven de fundamento para desplazar su maternidad de origen, ello en virtud del principio de prioridad de la propia familia siendo la adopción subsidiaria fundada en una situación de desapego y desamparo que en la especie no se ha configurado, de otro modo se estarían comparando posiciones económicas y personales relativas frente a hechos de maternidad biológica y de identidad personal, lo que es inadmisibles, debiendo entonces rechazarse la adopción solicitada” (Del voto del Dr Negri, SCBA, 1998, LLBA, 1999, 465).

#### *1.12. Clases de Adopción*

En el régimen vigente de la adopción, coexisten, como habían existido en la derogada ley 19.134, dos tipos de adopciones legales: la adopción simple y la adopción plena, que funcionan de modo paralelo. Se ha dicho que esta distinción responde a que el Juez debe tener en cuenta las circunstancias del caso para otorgar una u otra adopción, teniendo en mira la finalidad tuitiva de la ley<sup>5</sup>.

##### a.- ADOPCION PLENA

La adopción plena tal como ha sido concebida, responde a un criterio para dar una respuesta a esos matrimonio sin hijos, respecto de niños huérfanos o abandonados, en los cuales se rompe el vínculo con la familia biológica (excepto los

---

<sup>5</sup> Cam. Nac. Civ., sala C, 20-11-85, L.L. 1986 B-616, 37.223-S; Cám. Nc, Civ., sala A, 20-3-79, E. D. 85-155.

impedimentos matrimoniales) y el niño se incorpora a la nueva familia con todos los derechos de un hijo legítimo de los dos, además de las seguridades que esto implica<sup>6</sup>.

Ya desde el Derecho Canónico se mantiene a la adopción como un impedimento matrimonial, en este caso la adopción plena se convierte en impedimento.

Los vínculos que se generan entre el adoptante y el adoptado se asemejan a la situación de la paternidad y la filiación legítima.

El criterio que ha tomado la ley 24.779 es que la adopción plena sustituye a la filiación de origen y que se trata de una adopción irrevocable, así con esta garantía la adopción plena se constituye en un instrumento que otorga seguridad jurídica y estabilidad. En cuanto a los alimentos, se produce el cese de la obligación alimentaria entre el adoptado y su familia de origen y viceversa.

Cesando el parentesco también cesa, por consiguiente, la transmisión de derechos hereditarios entre el adoptado y su familia de origen, asimismo se extinguen cualquier tipo de derecho previsional, sea de pensión o jubilación.

Como hemos dicho la adopción plena implica una ruptura en los vínculos entre el adoptado y su familia biológica, por consiguiente el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres respecto de los hijos (denominada patria potestad) se extinguen de pleno derecho con este tipo de adopción.

Prescribe el art. 325 del C.C. que la adopción plena solo podrá ser otorgada respecto de menores, que se encuentren en algunas de las situaciones previstas en la ley. Es el caso de huérfanos de padre y de madre, donde la adopción cumple su finalidad de manera más acabada ya que al no existir los progenitores es lógico que los menores encuentren contención y atención en otras personas. También en el caso

---

<sup>6</sup> Cam. Apelaciones de San Martín, sala I, 29-10-81, E.D. 101-466.

de menores sin filiación establecida, ya que no existe tal estado, por ejemplo porque no ha sido reconocido por ningún padre.

El caso paradigmático de adopción plena procede cuando se trata de menores abandonados y ese abandono fue comprobado judicialmente. Se trata de un abandono material como moral y espiritual, los padres se desentienden del menor, dejándolo expuesto a la suerte. Esta repudiable actitud de los padres debe ser comprobada por un órgano técnico-administrativo que para poder tener una acaba prueba de ese desamparo.

Otra de las situaciones que hace procedente la adopción plena la encontramos en aquellos casos de desamparo, en el que los padres dejan a los menores un centro médico- asistencial, desentendiéndose completamente de ellos y no manteniendo contacto. Se justifica asimismo que los si los padres del menor están privados de la patria potestad por medida judicial el menor quede en condiciones de adoptabilidad plena.

La manifestación de la voluntad paterna de entregar a sus hijos menores en adopción es otro supuesto para que proceda la adopción plena, este consentimiento debe ser prestado ante el Juez. Se trata de dilucidar cuál sería el juez competente para realizar dicha manifestación. Hay una postura por la cual se entiende que la manifestación de la voluntad puede realizarse ante cualquier jurisdicción, incluso ante jueces de paz legos, en aquellas circunscripciones en los que aun existen (D`Antonio, 1997).

#### b.- ADOPCION SIMPLE

En este caso, el adoptado no rompe los lazos de parentesco con la familia biológica, sino que se crea un nuevo estado en relación con el adoptante, no funciona de la misma manera con la familia biológica de este. Los hijos adoptivos de un mismo

padre serán considerados hermanos entre sí, pero no en relación a los hijos biológicos del adoptante.

Los impedimentos matrimoniales que se establecen en la legislación tiene como finalidad proteger ciertas situaciones y áreas que de no ser delimitadas llevarían al escándalo jurídico sobre todo en aspectos sensibles de la sociedad. En cuanto a la adopción simple, la ley establece minuciosamente los casos en los que existe en el impedimento matrimonial, destacando que en el caso de la adopción plena se equipara a los hijos biológicos. Por ejemplo como es el caso de prohibición del matrimonio entre adoptado y adoptante, adoptado y descendiente o cónyuge del adoptante, entre hijos adoptivos de una misma persona. Asimismo, estos impedimentos subsisten en tanto no sea revocada la adopción simple. Por lo que esos vicios podrían subsanarse si se obtiene la revocación judicial de la adopción, habiendo cesado el impedimento.

Se establece que la adopción simple tiene un carácter supletorio en nuestra legislación y que los jueces deben velar por una total inclusión del adoptado en la familia del adoptante, por lo que debe propender a la adopción plena, dejando subsidiariamente cuando se den situaciones particulares la procedencia de la adopción simple. Graciela Medina, en su libro *La Adopción* (1998), Ha expresado con énfasis “... que la misma implica una inserción parcial en la familia del adoptante, con la consecuente restricción en el vínculo que se crea con el núcleo familiar del adoptante y con el inconveniente que tiene para el hijo tener una doble familia”.

La ley establece los casos en los que solo procede la adopción simple, como es el caso de la adopción del hijo del cónyuge, y la adopción de un hijo por un adoptante que ya tenga otro u otros hijos adoptados por adopción simple. Asimismo se flexibiliza el criterio ya que el juez debe analizar las circunstancias del caso y valorar si es más conveniente otorgar la adopción simple.



La jurisprudencia en general también se ha expedido en este sentido diciendo que: “La decisión del tipo de adopción no puede estar condicionada a pautas rígidas, a priori o en abstracto. [.....] Las circunstancias “excepcionales” que aconsejan la adopción simple deben ser juzgadas en concreto, a la luz de lo que fuere más conveniente para la menor [...]”<sup>7</sup>

Se ha otorgado la facultad a los futuros adoptante la posibilidad de que puedan exigir la adopción simple, lo cual va a someterse al análisis por parte del juez.

### *1.13.- El Juicio de Adopción*

#### a.- Tipo de Proceso.

Se ha señalado de este particular proceso que no podemos encasillarlo en algún compartimento estanco de la legislación. El proceso de adopción es judicializado por lo tanto hay un poder del estado, en este caso, el Poder Judicial el que tiene la potestad para otorgarla válidamente.

Afirmado el carácter judicial de la adopción se trata de dilucidar ahora qué tipo de proceso es el que se lleva a cabo. Las legislaciones si bien tienen algunas normas procesales en materia de adopción donde podemos encontrar propiamente dichas normas relativas al proceso es en los códigos procesales que corresponden dictar a las jurisdicciones provinciales. En la provincia de Córdoba es la ley 7676, con sus consiguientes modificaciones la que rige en materia de Creación y Función del Fuero de Familia. Que en su artículo 16 inc. 11 establece que los Tribunales de Familia tendrán competencia en la adopción de personas.

Durante el debate previo a la reforma sobre adopción en el año 1996, el Senador Agundez propuso incorporar la norma por la cual el proceso de adopción

---

<sup>7</sup> Cam. 5° de Córdoba, 16-11-84, L. L. 985-490; Cam. Nac. Civ., sala C, 14-7-83, L.L. 1984-A-270

debía ser sumarísimo, con carácter verbal y actuado<sup>8</sup>. La doctrina ha acogido estos criterios como así también algunas jurisdicciones locales en sus códigos de procedimiento, en la Provincia de Córdoba el proceso adquiere un carácter que importa el impulso procesal de oficio, con actuaciones reservadas y con acceso fácil y rápido a la justicia.

b.- Partes intervinientes en el Juicio.

Entraremos a estudiar quienes son los que intervienen en este juicio de adopción, es decir quiénes son titulares de pretensiones que quieren hacer valer ante el Juez.

Vamos a comenzar con el ADOPTADO, quien es a nuestro criterio el principal protagonista y será a quien afecte la medida a adoptar por el Juez, siempre siguiendo el principio rector por el cual debe atenderse especialmente al INTERES SUPERIOR DEL MENOR.

Emplazamos en la calidad de adoptado al menor de edad. No se incluyen a los menores emancipados ya que estos adquieren un cúmulo de derechos y obligaciones que pueden ejercer libremente y nada tienen que ver con los menores sujetos a la patria potestad. Se hace la salvedad de aquel mayor edad que ha sido tenido en guarda durante su minoridad y en la adopción del hijo del cónyuge.

En cuanto a la situación jurídica del menor la ley establece que debe encontrarse en situación de abandono, material y moral, la que debe ser comprobada judicialmente, por lo que se trata de una categoría jurídica al calificarlo en estado de adoptabilidad.

La naturaleza de la intervención del menor es un tema muy discutido, se ha dicho que no es parte ya que en la ley solo se les reconoce esa calidad al adoptante y

---

<sup>8</sup>Antecedentes Parlamentarios ley 24779, La Ley, Año IV, N° 4, Mayo de 1997, p.996, 168.

al Ministerio Público de Menores. Tampoco consideramos al menor como un medio de prueba, ya que es el destinatario principal de la sentencia de adopción, sus calidades y situación son analizadas con el objetivo de protegerlo no convertirlo en un objeto.

Modernamente con la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño, cuya jerarquía es constitucional, hemos como nación aceptado las concepciones en ella contenidas. En el art. 12, segundo párrafo, establece que al niño deberá dársele la “oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo” que lo afecte. Por lo que es una exigencia constitucional escuchar al menor en el proceso de adopción más allá de que legislación deje a criterio del Juez la evaluación de que si el menor habrá o no de ser oído.

El ADOPTANTE, también adquiere el carácter de partícipe fundamental en la adopción, ya que es el que va a aportar ese sentido de protección, al que apunta la institución. Se entiende que el adoptante será preferido si se encuentra unido en matrimonio, es decir cuando existen dos personas legalmente unidas que manifiesten el deseo de adoptar debe ser preferida antes que una persona sola. Expresa Mazzinghi (1981) que el presupuesto básico debería ser la adopción por parte de los matrimonios mientras que la adopción unipersonal solo configuraría una situación excepcional.

Se discute acerca de la idoneidad para ser adoptante, pero no se establecen criterios rígidos en cuánto a situación social, moral, económica del futuro adoptante, lo que si se entiende que existen criterios o situaciones negativas en las que no es conveniente otorgar la adopción a determinadas personas. No se debe tener en cuenta solamente la capacidad económica, también se valoran actividades de los adoptantes, sus cualidades morales, la edad no es óbice para la adopción. Siempre que se respete los mínimos establecidos por la ley.

El Ministerio Público de Menores, interviene en toda cuestión judicial o extrajudicial en la que se trate de temas referidos a la persona o bienes de incapaces, en este caso los menores. En el caso de menores emancipados se entiende que no procede esta participación.

Al momento de votarse la reforma al régimen de la adopción se dejó de lado como parte a los padres biológicos del adoptado, ya que estos, se por haber abandonado o sea por haber perdido la patria potestad nada tenía que hacer en el proceso adoptivo. En cuanto a la doctrina encontramos que requieren esa participación en el proceso, el mismo Senador Menem en la explicación de por qué no se habían incorporado como parte a los padres en proceso citó un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en donde se destaca que el padre o la madre del menor tienen un interés motivado y suficiente “ en el juicio en calidad del parte legítima y esencial..” y que “ ...no se puede dejar de dar intervención a los padres en el juicio de adopción..”<sup>9</sup>.

c.- Reserva de las actuaciones.

Ha establecido la legislación vigente tal como se receptaba en la anterior legislación el carácter de reserva y secreto de las actuaciones relativas a este particular proceso que es el adoptivo. El secreto del expediente se entiende que se refiere a terceros extraños ya que las partes intervinientes y sus letrados pueden acceder a él. Esta directiva no se extiende más allá de este razonable secreto del expediente, ya que la imposición no está destinada a ocultar al origen de la filiación que la adopción crea ni a ocultar datos al adoptado. Parte de la doctrina se manifiesta en contra de este carácter secreto de las actuaciones y se proclama por un expediente público tal como

---

<sup>9</sup> Antecedentes Parlamentarios ley 24779, La Ley, Año IV, N° 4, Mayo de 1997, p.977, 93

acontece con los civiles. López del Carril Las Nuevas Leyes de Adopción 19.134 y 19.216. Análisis. Crítica. Consecuencias (L. L. 144-994) afirma que “no se trata de la legitimación adoptiva, donde el principio es evitar la posibilidad de que el menor se entere que no es hijo de los legítimamente adoptantes. A qué viene el secreto si al menor le basta, en su oportunidad, pedir una partida al Registro Civil para saber que es adoptado pleno o simple. Para Goyena Copello (L.L. 143 – 980) “no existe explicación alguna que justifique semejante misterio”.

d.- Efecto retroactivo de la sentencia.

La sentencia de adopción tiene un carácter constitutivo ya que opera constituyendo derechos, en el caso, creando un vínculo de filiación que tiene origen en esa sentencia y no biológicamente. El art. 322 Cód.Civ. consagra que la sentencia de adopción tiene efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda.

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

E - Inscripción de la sentencia.

La sentencia debe ser inscripta en el Registro Civil y de capacidad de las personas. En caso de que se refiera a inscripciones ya registradas, los oficios deberán contener la parte dispositiva de la resolución, especificando nombres completos, oficina, libro, año, folio y acta de la inscripción que se modifica. En el caso de inscripciones originales, es decir menor cuyo nacimiento no se hubiera inscripto, se consignarán la parte dispositiva de la sentencia, con todos los requisitos que deben contener las inscripciones, consignándose fechas, autos, juzgados y secretaría interviniente.

f.- Recursos

Los recursos que se pueden interponer contra sentencias de adopción estarán regulados por los códigos de procedimientos de las distintas jurisdicciones. En la provincia de Córdoba proceden el recurso de Apelación: (arts. 147, 148 y s.s. de la ley 7676) dentro de los cinco días siguientes al de la notificación recurrida en los siguientes casos:

- 1) Contra los autos interlocutorios que resuelvan incidentes, siempre que causen gravamen que no pueda ser reparado por la sentencia definitiva;
- 2) Contra las providencias que cambien el procedimiento prescripto para la acción entablada;
- 3) Contra las providencias que importen la paralización del juicio o del incidente;
- 4) Contra las demás resoluciones que la ley declara apelables.

En caso que la resolución impugnada se hubiera dictado sin sustanciación podrá aplicarse el recurso de reposición. Asimismo, resulta inadmisibile la apelación contra las resoluciones dictadas por la Cámara de Familia.

Otro recurso previsto por la legislación es la anulación (art. 158 ley 7676), atacando aquellas resoluciones dictadas en violación de las formas o solemnidades que prescriben las leyes, o se hayan omitidos las formas sustanciales del juicio, entre otras. Puede que se declare nulo por vicio de procedimiento y sea devuelto al Juez para que se tramite por la forma establecida o si se trata de un vicio en la forma de la resolución la Cámara la declarará nula y resolverá sobre el fondo del asunto. También procederán los recursos de casación (art. 162 ley 7676) en contra de sentencias definitivas dictadas por las Cámaras de Familia y el recurso de revisión ante el Superior Tribunal. (art. 174 ley 7676).

#### *1.14. La Adopción en la Convención sobre los derechos de los Niños*

Con la reforma del año 1994 nuestro país se incorporó de manera contundente a la regulación y derecho internacional ya que reconoció con carácter constitucional a tratados internacionales (art. 75 inc.22 C.N.), entre ellos a la Convención sobre los Derechos de los Niños. La cual fue aprobada por la ley 23.849 del año 1990.

Estableciéndose un sistema tutelar de menores en estado de desamparo, abandono y peligro. La consagración está vinculada al “estándar jurídico” que es el INTERES SUPERIOR DEL MENOR, en cuanto en todo proceso adopción los estados deberán velar para que ese principio sea respetado a rajatabla.

El artículo 3 inc.1 establece uno de los primeros objetivos y fundamentales donde se asienta el estándar jurídico, diciendo 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.”

Por otra parte, la identidad personal como derecho queda definida en la Convención de los Derechos del Niño consagrando el derecho a la identidad de los menores -a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7°); a preservar su identidad y las relaciones familiares (art. 8°).

En relación al tema que nos ocupa, el artículo 9 de la mencionada Convención prescribe entre sus principios el derecho del menor a no se separado de sus padre contra la voluntad de estos, excepto cuando la misma responda al interés superior del niño.

### *1.15. Conclusiones parciales*

La normativa que rige el instituto de la adopción en Argentina, tiene antecedentes desde 1948, año en que se incorpora a la legislación nacional. El proceso de implementación de los procedimientos relativos a la concreción de la adopción lleva varios años, hasta adaptar la legislación a las condiciones en que se encuentra en la actualidad. Es importante destacar el avance en la materia como consecuencia de la incorporación, con rango constitucional la “Convención sobre los derechos del Niño” y otros tratados internacionales vinculados con la protección de los Derechos Humanos.

A partir de la incorporación de las normas de derecho internacional, cobra importancia el principio del “interés superior del niño” establecido en el artículo 3 de la Convención. Resulta relevante considerar el impacto del mismo en la legislación nacional, teniendo en cuenta el criterio de garantía que define el mismo, en relación al ejercicio de los derechos que asisten al menor.

En relación al citado principio, surge la aplicación del Derecho a la Identidad del menor consagrado en la misma Convención de los Derechos del Niño. Ambos constituyen las bases que deben respetar el Estado, las instituciones públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y demás órganos intervinientes, cuando se trate de la definición de medidas tendientes a definir derechos de los niños.

En tal sentido, la legislación relativa al instituto de la adopción atravesó un proceso de modificación necesario para que las normas guarden coherencia con los principios establecidos en las convenciones internacionales ratificadas con rango constitucional por nuestro país.



Uno de los procedimientos relevantes tendientes a garantizar el respeto del principio vinculado con el interés superior del niño es el otorgamiento de la guarda pre adoptiva como requisito indispensable para concretar la filiación del menor con padres que no mantienen un vínculo biológico. En tal sentido, entran en contraposición los derechos a la identidad y a la preservación de la familia biológica con el mencionado interés superior, que tiende a la valoración de los derechos del menor y el libre ejercicio de los mismos. En este aspecto se originan las diferencias de criterios respecto de la sustitución a la familia biológica una vez otorgada la guarda preadoptiva, frente a los derechos del menor y de la familia adoptiva, quienes se encuentran entablando un vínculo que va más allá de los procesos jurídicos.

En general, podemos afirmar que el proceso de adopción debe resultar del análisis exhaustivo que realice un juez para cada caso en particular, definiendo las condiciones de adoptabilidad antes de la entrega del menor en guarda preadoptiva, con el fin de valorizar las circunstancias del caso e identificar las necesidades y derechos del menor, frente a la situación de la familia biológica, potenciando los efectos de la posible filiación sobre el menor, desde el punto de vista emocional y psicológico, siendo la guía del proceso el sostenimiento del interés superior del niño.

En el próximo capítulo se identifican los procesos que hacen a la instancia de la guarda preadoptiva para la protección de los derechos del menor.

**CAPITULO 2: LA GUARDA PRE-ADOPTIVA**

### *2.1. Concepto.*

Para poder establecer un concepto de guarda es necesario aclarar que se trata de un concepto que tiene diferente acepciones o que se puede referir a varias situaciones. Coincidimos con Medina Graciela (1998) sobre las acepciones de la palabra.

En primer término decimos que guarda se refiere a la situación de cuidado y protección que se le dispensa a un menor por parte de una o más personas.

En cuanto a las acepciones que podemos encontrar de la palabra guarda, encontramos la que se refiere a guarda como “acto jurídico”, es decir el acto por el que se entrega a otra u otras personas el cuidado y custodia de un menor. También nos podemos referir al “estado o situación jurídica” que se deriva de ese acto entre las personas que lo celebran. Por último podemos referirnos al “proceso” de guarda, como aquella serie de actos enlazados para llegar a un fin. Como es el otorgamiento de la adopción.

En cuanto a la GUARDA CON FINES DE ADOPCION, se entiende y con acierto que se refiere al tiempo que la ley otorga a la partes para que puedan conocerse y se establezca una relación entre ellos para que pueda considerarse que existe el afecto de tal magnitud que haga procedente la filiación civil. Se trata de un cúmulo de deberes y derechos que el Juez pone en cabeza de determinadas personas para que cumplan durante un período de tiempo en el que serán evaluados en su idoneidad.

### *2.2. Naturaleza Jurídica.*

Según consideremos a la guarda como acto jurídico, esta se va a configurar como un acto jurídico, donde interviene la voluntad de dos o más partes para formar

ese acto voluntario y lícito. Del cual van a emerger derechos y obligaciones recíprocas.

Ese acto jurídico podemos decir que puede ser:

- Unilateral: cuando un menor abandonado es acogido por una persona.
- Bilateral: se da cuando los padres biológicos de un menor dan el consentimiento para que el menor sea otorgado en guarda de hecho.
- Complejo: cuando un funcionario legaliza el acto de la guarda, ya sea que se trata de una guarda simple o de una judicial.

Para que válidamente se forme este acto y produzca los efectos deseados por las partes deben concurrir tres elementos fundamentales como son: \* la voluntad del guardador, se entiende que si manifiesta su voluntad de ser adoptante contribuye a formar el acto jurídico y es un elemento constitutivo del mismo. \*\*Otro de los elementos que podemos mencionar es: el consentimiento de los padres biológicos, el estado de abandono o la privación de la patria potestad, que constituyen un presupuesto necesario para la procedencia de la adopción. \*Por último es necesario la intervención del órgano jurisdiccional, sin el cual el proceso no tiene validez.

La guarda como “estado” encuentra sustento en el cúmulo de derechos y obligaciones que genera la guarda y que encuadra a los partícipes en alguna de las categorías jurídicas, sometiéndolos a la legislación que regula la adopción.

Finalmente la guarda entendida como proceso se refiere a los actos procesales tendientes a obtener la guarda judicial.

### 2.3. *Fundamento.*

La guarda tiene finalidades importantes como es la de integrar o procurar integrar al menor en estado de abandono a una nueva familia, realizando un proceso

de adaptación paulatino. Se señala también, que mediante la guarda se respetan los derechos constitucionales de las partes, en cuanto a la identidad, también al conocimiento de las partes para que en el futuro no sientan inseguridad en cuanto al camino que han tomado. En cuanto a la seguridad se trata de garantizar a los adoptantes que los padres han tomado conocimiento de la guarda y no se han opuesto al proceso.

#### *2.4. Origen*

La necesidad del contacto y conocimiento entre esos niños abandonados o en situaciones de desamparo con la familia que tenía interés en protegerlos y cobijarlos hizo imperiosamente necesario la regulación de la guarda con fines adoptivos.

Encontramos que desde el año 1981 en Argentina se plantea la necesidad de controlar la guarda con fines adoptivos. Ya que se necesitaba un órgano independiente e imparcial que llevara tal tarea, y que no se podía dejar a la suerte de particulares, reñido esto con las aspiraciones que tiene la adopción.

Por ellos se estableció la Judicialización del proceso de Guarda, el Juez aparece como el garante y quien tiene la responsabilidad de “colocar” a los menores en familias que demuestren las condiciones necesarias para poder proteger al menor.

#### *2.5. Evolución*

Encontramos en el Derecho Español, instituciones protectorias, que podemos considerar como antecedentes a la guarda, tal como hoy la conocemos. La institución del ACOGIMIENTO, por el cual se incorpora a la familia a un menor de edad, con la consiguiente obligación de alimentarlo, educarlo y darle integralmente un ámbito de vida sano e instruido. También se exige el consentimiento de los padres del menor cuando estos sean conocidos. Otro instituto regulado por el Derecho Español lo encontramos en la figura de la guarda de hecho, cuando una persona (guardador) se

hace cargo de un menor o incapaz, ejerciendo potestades propias de un tutor sobre la persona y bienes del menor.

En la ley 19.134 del año 1971 se aceptaba la entrega en guarda mediante escritura notarial, a partir del año 1981 se comenzó a hablar en nuestro país de la necesidad de darle a la guarda un carácter judicial.

En el régimen de la ley 24.779 se prohibió la entrega en guarda mediante escritura pública. El plazo de guarda está previsto para demostrar en un periodo de tiempo acotado la idoneidad de los guardadores y probar la relación entre pretendientes adoptantes y niños desamparados. El régimen de la ley 24.779 establece en el artículo 316 del Código Civil que el adoptante deberá tener al menor bajo su guarda por un plazo no menor de seis meses ni mayor de un año, estableciéndose un desdoblamiento del proceso judicial. Así existen dos etapas en las que interviene el Poder Judicial y que son las que se debe seguir para la adopción, como es la guarda preadoptiva y la adopción propiamente dicha.

## *2.6. Caracteres*

Este cúmulo de derechos y deberes que los jueces ponen en cabeza de las personas que tienen que ocuparse de la educación, crianza y desarrollo de un niño, presentan los siguientes caracteres:

- Es derivada: ya que no se debe a obligaciones derivadas de la patria potestad, el conjunto de obligaciones y derechos encuentran su origen en un acto jurídico y es preciso que no existan otros obligados o no puedan ejercer esa potestad.
- Funcional: esto significa que genera deberes al guardador pero no convierte en representante del menor y menos aún en su heredero.

- **Atribuida judicialmente:** en la actualidad a la guarda la otorga un Juez, quien va a valorar la necesidad y conveniencia de otorgarla, siempre teniendo en miras al interés superior del menor. La guarda de hecho, es decir la que ejerce en los hechos una persona respecto de la persona de un menor pero que no tiene consecuencias jurídicas, y en caso la persona que esté interesada en la adopción deberá solicitar como primer medida la guarda judicial.
- **Tutelar:** el objetivo principal de la guarda lo encontramos en la necesidad de protección y atención frente a menores que se encuentran en peligro, en estados de desprotección y desamparo.
- **Intransmisible:** la guarda que ha sido conferida judicialmente tiene el carácter de indelegable por lo que la persona del guardador no puede ser sustituida por otra. Descontado esta que el guardador pueda tener personas que lo auxilién en cuanto al ejercicio cotidiano de la guarda.
- **Fuera del Comercio:** conforme a lo dispuesto por el art. 844 del Código Civil la guarda se encuentra fuera del comercio y no puede ser objeto de transacciones, es nula cualquier transacción al respecto.

### *2.7. Competencia en materia de guarda*

En este caso el juez competente para resolver el otorgamiento de la guarda con fines de adopción es el juez o tribunal del domicilio del menor o por ante la jurisdicción en la cual se hubiere declarado el abandono. Según el art. 90 inc. 6 del código civil los menores tienen el domicilio que corresponde a sus representantes, pero en el caso que estos hayan abandonado a los menores procede el lugar donde se hubiese constatado el abandono.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado porque el juez competente en materia de adopción no es el juez del domicilio de los padres, que es el lugar que normalmente determina la competencia en caso de menores sujetos a patria potestad, diciendo que:

- *"En cuanto a la competencia de la acción por adopción, el art. 321 inc. a) del Código Civil (t.o. ley 24779), impide aplicar la doctrina según la cual el domicilio de los padres determina la competencia para entender en cuestiones vinculadas a la patria potestad, ya que la norma dispone en forma expresa una solución que, a los fines de radicar la causa subordina los intereses de los padres que han dejado de tener la guarda de sus hijos, la de proteger a los últimos y los adoptantes, con quienes conviven, por lo que corresponde asignar la radicación atendiendo a tal principio<sup>10</sup>".*

#### *2.8. Valor de la guarda concedida con anterioridad a la LEY 24779*

Las guardas otorgadas bajo la vigencia de la ley 19134 mediante escritura pública o acto administrativo no las podemos considerar imperfectas, ya que los fines de esa guarda no eran adoptivos. Con la sanción de la ley 24779 ha cambiado radicalmente el régimen la guarda, debiéndose aplicar la nueva ley para el futuro no rige para las guardas anteriores a su entrada en vigencia consecuentemente no puede exigirse un requisito que no tenía consagración legislativa. Por lo tanto se debe computar a los fines del cómputo del término fijado por el art. 316 del Código Civil el tiempo que el menor estuvo en guarda judicial con anterioridad a la ley 24.779<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> CSJN, "Miranda, Eduardo Daniel Alberto s/ adopción – PROCESO ESPECIAL", Fallos 323:2227 24/08/2000.

<sup>11</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala I, G., S. D.LLBA. 1997/10/09, 1998-775, idem



## 2.9. Requisitos para otorgar la guarda con fines de adopción

Los requisitos para otorgar la guarda con fines de adopción, se sintetizan claramente en el artículo 317 de la ley de adopción:

**Art. 317:** *Son requisitos para otorgar la guarda:*

*a) citar a los progenitores del menor a fin de que presenten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación.*

*No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.*

*b) tomar conocimiento personal del adoptado;*

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

*d) iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica.*

*El juez deberá observar las reglas de los incisos a, b y c bajo pena de nulidad.*

Se ha consagrado tal como afirma D'Antonio (1997) la declaración judicial de adoptabilidad como requisito para el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos. Esta implica que el juez debe comprobar en el caso el abandono material y moral del menor, y de allí resulte la condición de adoptabilidad del menor. Lo que se quiere afirmar que esta comprobación judicial puede tener en miras igualmente otros fines, como por ejemplo causar un impacto en los padres biológicos para que recuperen el vínculo y en un futuro puedan ejercer plenamente sus funciones, como tomar medidas cautelares y tutelares respecto de la situación de menores. Si bien en el desarrollo que hacemos nos referimos a la declaración de adoptabilidad como presupuesto para la procedencia de la adopción. El juez en el caso va a contar con pruebas y situaciones que le permitan valorar en un futuro la situación al tener que decidir acerca de la adopción.

Tal declaración puede peticionarse al momento de ser requerida la adopción, como así también puede que se cuente con una declaración de abandono previa, la que puede tener virtualidad si no ha mediado un tiempo excesivamente largo que hiciera perder actualidad a esos datos.

La doctora Nora Lloveras (1994) reconoce que la constatación judicial del abandono habilita la adoptabilidad del menor que padece dicho estado, pero no debe desconocerse que la adopción no es la única y principal solución para el desamparo, sino que en primer orden deben agotarse las posibilidades de reinserción del niño en su propia familia o en su grupo de pertenencia, tal como surge de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

La entrega en guarda con fines de adopción significa, como casi segura consecuencia, la privación de la patria potestad de los padres biológicos. Por lo que se debe citar a los padres biológicos a fin de que presten su consentimiento para otorgar

la guarda preadoptiva. Gozan de los derechos de presentar pruebas, de ser escuchados y tenidos en cuenta a la hora de decidir.

Para D'Antonio (1997) la finalidad de esta norma se cumple realizando la citación a los padres biológicos del menor, pero que este no será vinculante sin que deberá valorar especialmente la conducta y las razones expuestas por los padres.

A su vez se establecen los casos en los que no será necesario el consentimiento, como es el caso de que se hubiese comprobado el abandono del menor entre otros. Para Graciela Medina (1998) la norma que analizamos aparece en contradicción no sólo con el art. 18 C.N. sino también con la Convención sobre los Derechos del Niño que, a partir de la reforma de 1994 tiene garantía constitucional (conf. art. 75 inc. 22 C.N.).

El art. 9 de la Convención dispone: *“1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párr. 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones...”*

La entrega en guarda de un menor con fines de adopción, al habilitar la acción de adopción, acarrea como consecuencia indirecta la pérdida de la patria potestad de los padres y la de todo vínculo jurídico con el hijo, con la excepción de que subsisten

los impedimentos matrimoniales (art. 323). Semejantes efectos requieren un marco procesal que permita el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Una vez corroborado el abandono y el consentimiento de los padres de sangre con la entrega del menor, se limitará a evaluar a la familia de los guardadores a quienes les otorgará primero la guarda provisoria la que, una vez realizadas aquellas evaluaciones, convertirá en definitiva con fines de adopción. De mediar oposición de los padres biológicos, deberá permitírseles un marco procesal amplio que les garantice el adecuado derecho de defensa.

A su vez se consagra la obligación del juez del conocimiento del adoptado, quedando respaldada esta exigencia en las normas de derecho internacional como internas en cuanto se trate de protección de derechos de los niños. Implica algo más que “ver” al menor, leer el expediente, implica ejercer sus facultades tutelares.

#### *2.10. Trámite para otorgar la guarda.*

La persona o las personas que quieran acceder a la guarda de un menor con fines de adopción deben inscribirse en el Registro único de aspirantes a la adopción, el cual va a estar coordinado con las distintas jurisdicciones locales que tendrán que adecuar sus registros a este. En la guarda con fines de adopción, el Magistrado interviniente en la causa debe elegir entre distintos postulantes a tal fin, hayan o no promovido expresamente actuaciones judiciales, o simplemente sobre la base de legajos elaborados por organismos e instituciones especializados en la materia. La selección realizada no puede agraviar a quienes no fueron escogidos, en tanto no se haya opuesto reparo alguno respecto de la idoneidad de los guardadores designados<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> C. Nac. Civ., sala A, B., H.N. y B., I.F. s/ GUARDA. 15/3/1999, -

La incorporación a este Registro no implica la adquisición de derechos a una futura adopción, sí importa el de ser considerado como aspirante potencial para cada caso en particular.

Entre los requisitos formales encontramos:

-Petición escrita, en idioma nacional, firmado por los interesados o por el apoderado., con patrocinio letrado.

-Datos de identidad de los presentantes y constitución de domicilio real y procesal.

-Objeto de la petición, relación sucinta de los hechos.

Si se trata de una guarda de hecho: debe contener el nombre de los progenitores, identificación y domicilio, partidas de nacimiento de los adoptantes y del niño a adoptar y partida de matrimonio si los peticionantes fueren casados.

Certificados de residencia, de aptitud psicofísica, de buena conducta, de ingresos, que acrediten nivel de estudios cursados de los peticionantes.

Ofrecimiento de prueba instrumental que acredite la entrega en guarda efectuada por los progenitores del menor, goce de obra social, etc.

Además de ofrecer pruebas que demuestren la guarda de hecho.

Si se trata de una petición de guarda común se requerirá:

- nombre del/los progenitores, identificación y domicilio.
- Inscripción en el Registro de Adoptantes y N° de orden.
- Partidas: de nacimiento de los adoptantes, de matrimonio si los peticionantes fueren casados.

- Certificados de residencia, de aptitud psicofísica, de buena conducta, de ingresos, que acrediten nivel de estudios cursados de los peticionantes.

Ofrecimiento de prueba instrumental, testimonial, pericial, informativa, etc.

Composición del grupo familiar y petición expresa de las características o preferencias del niño a adoptar.

### *2.11. La necesaria fijación de un plazo en la guarda con fines de adopción.*

#### *Consecuencias.*

El plazo aparece en con la ley 13.252 del año 1948, donde el adoptante debía probar que había tenido bajo su cuidado durante dos años antes de la promoción de la demanda. Luego la ley 19.134 dispuso que el plazo de guarda debía ser de un año, sin necesidad de iniciar el juicio de adopción una vez transcurrido dicho plazo sino que se podía iniciar antes del vencimiento de ese plazo pero la sentencia produciría efectos a partir del vencimiento del plazo.

En la actual legislación el adoptante debe tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año. Pero el juicio de adopción solo podrá iniciarse una vez transcurridos los seis meses del comienzo de la guarda.

Es el juez quien va a establecer el plazo de duración de la guarda preadoptiva. Se trata de comprobar si se ha producido la integración real del menor en el ámbito familiar como también si se han cumplido con las obligaciones a cargo de los guardadores.

Entendemos que si el juez ha fijado un plazo menor al año pero mayor a los seis meses, una vez vencido este puede ampliarlo siempre que no se extienda más allá del año establecido por la ley. El juez va a valorar las circunstancias que rodean a la guarda y podrá tener en cuenta situaciones particularísimas. Como sería el caso del divorcio de los guardadores y uno de los cónyuges se niega a la adopción, creemos

que sería lógico que el juez pudiera ampliar el plazo de la guarda hasta que se decreta el divorcio.

Es necesaria la fijación de un plazo para la guarda, ya que establece un período en el que es fundamental analizar la situación del menor en el grupo familiar y el juez pueda cerciorarse que va a realizar lo que más beneficie al menor.

Pero puede ocurrir que el plazo no se haya establecido, en este caso compartimos lo decidido por la Cámara de Concepción del Uruguay, en el sentido de:

*“La falta de fijación del plazo con que fue otorgada la guarda de un menor configura una desprolijidad cuyos efectos quedan enervados por el efectivo transcurso del término de seis meses exigidos por el art. 316 del Cód. Civil para la promoción del juicio de adopción<sup>13</sup>”.*

## 2.12. Derechos y deberes derivados de la guarda

### a. Responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por el menor

Se trata de dilucidar qué clase de responsabilidad le cabe a los guardadores en relación a los menores que tengan a su cargo. Es de destacar que ni en el Código Civil ni en la normativa positiva vigente se regula la responsabilidad de los guardadores, ya que no se los menciona en el art. 1114 ni tampoco en el art. 1117.

*Artículo 1114: “El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor.”*

---

<sup>13</sup> CApelConcepciondelUruguay,SalaCivilycom, R., O. D. y otra (2000) LL Litoral, 2001-429.

*Artículo 1117: “Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo. Rige igualmente respecto de los directores de colegios, maestros artesanos, por el daño causado por sus alumnos o aprendices, mayores de diez años, y serán exentos de toda responsabilidad si probaren que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y con el cuidado que era de su deber poner.”*

Graciela Medina (1998) dice que en el caso la responsabilidad de los guardadores respecto de los hechos ilícitos cometidos por los menores es una responsabilidad subjetiva, con presunción de culpa. Asimismo refuerza su teoría la opinión de Jorge Gamarra (1989) que estima que la presunción de culpa surge del deber de garantía de los actos de los menores que están bajo su cuidado.

Para Mosset Iturraspe (L.L. 1979-B-523) desobligar a los guardadores preadoptivos implica dejar a la víctima sin reparación, ya que los progenitores no responden en virtud de lo dispuesto por el artículo 1115 del Código Civil.

También se ha afirmado que la responsabilidad de los guardadores tiene fundamento en la *culpa in vigilando*, y como la guarda está destinada al cuidado y protección del menor es lógico que los guardadores deban responder cuando no han cumplido ese mandamiento de vigilancia y control sobre el menor.

Cuando la guarda es concedida a un matrimonio, hay coincidencia en la doctrina en que la responsabilidad por el hecho dañoso se atribuirá solidariamente a ambos cónyuges.

#### b. Alimentos y educación

Este deber que incumbe a los guardadores no difiere del que surge de la patria potestad. Abarca la subsistencia, habitación, vestuario, gastos de salud, esparcimiento,



etc. Conforme al artículo 267 del Código Civil. Esta obligación es innegable y está incita en la guarda preadoptiva.

c. Respeto y obediencia

Este deber que existe en los hijos biológicos también se encuentra en los menores sujetos a guarda. Implica un desenvolvimiento normal de la familia con las pautas que ella misma haya establecido, respetando los principios y conductas tacitas o expresamente establecidas.

*2.13. Extinción de la guarda*

Cuando se ha producido el vencimiento del plazo de la guarda, la consecuencia natural es el inicio del proceso de adopción propiamente dicho por parte del guardador. Asimismo una vez transcurrido seis meses del otorgamiento de la guarda los guardadores pueden iniciar la adopción pero la sentencia tendrá efectos a partir del vencimiento del plazo por el que fue otorgada la guarda.

Se suscita un vacío legal que debe ser completado prudentemente por el Juez de acuerdo a la normativa internacional y constitucional que rige el instituto en la Argentina, cuando se venció el plazo de la guarda y los guardadores no han solicitado la adopción. Decretar la caducidad del proceso de guarda sería atentar contra los fines tuitivos de la institución, como así también iniciar el juicio de adopción de oficio por parte del juez.

La guarda puede extinguirse por las mismas causales que extinguen la patria potestad, así como el fallecimiento del guardador o el niño. También por haber llegado a la mayoría de edad y por no prestar consentimiento para la adopción como consecuencia de la emancipación del niño. Como así también si los guardadores incurren en conductas que puedan calificar para que sea extinguida la patria potestad respecto de un progenitor.

También se extingue por la declaración de incapacidad de los guardadores, por decisión judicial cuando la guarda no sea beneficiosa para el menor, por decisión de los guardadores, por decisión de los padres biológicos debiendo alegar y justificar las causas.

Aunque se encuentra discutido si el arrepentimiento de padres biológicos que han dado su consentimiento para otorgar la guarda puede revocarla con una manifestación de la voluntad en contrario y ello pueda generar daños irreparables en el menor. En el caso de que los padres hubieran sido privados del ejercicio de la patria potestad por sentencia judicial se entiende que no pueden pedir la extinción de la guarda.

El juez competente es el que otorgó la guarda, igualmente en el caso de fallecimiento del menor la guarda puede ser extinguida de oficio por el juez.

Los legitimados para instar la extinción de la guarda pueden ser: los guardadores en caso de que la guarda no sea beneficiosa para el menor o por propia decisión no quieren continuar con la guarda. Los menores, a través del asesor de menores pueden exigir la extinción en caso de muerte del guardador o cuando la guarda no sea beneficiosa. También el juez puede extinguir de oficio la guarda en casos como la emancipación del menor, por alcanzar la mayoría de edad, etc.

Se trata de un trámite incidental dentro del proceso de guarda, el juez debe resolverla y si hace lugar a la cesación debe establecer cuál será el destino del menor, si se reinserta en la familia de origen o quede a disposición de la justicia para su posterior adopción.

El auto final puede ser atacado a través de recurso de apelación en forma abreviada.

Cualquier modificación sustancial en los supuestos que llevaron al otorgamiento de la guarda, debidamente acreditada frente al juez debe hacer reflexionar acerca la decisión anterior.

#### *2.14. Conclusiones parciales*

En tal sentido resulta importante destacar el proceso a cargo del sistema judicial argentino, antes del otorgamiento de la guarda preadoptiva. Esta instancia guarda relación con la posibilidad de otorgar a las partes el derecho a decidir si realmente se encuentran en condiciones de adoptar a un niño, cuyo vínculo no resulta de factores biológicos, y respecto del niño se realiza un proceso de adaptación paulatina tendiente a la adaptación al seno familiar frente a la situación de abandono por la que atraviesa. Asimismo, es necesario considerar que el juez a cargo del proceso, asistido por un equipo interdisciplinario, debe arbitrar los medios para identificar la real intención de la familia biológica y las condiciones socio económico y emocional en las que se encuentra. Es decir, antes del otorgamiento de la guarda preadoptiva, el juez debe obtener el mayor grado de certeza respecto de la manifestación de la voluntad de adoptar de la familia biológica, con el fin de evitar un daño mayor sobre el menor, quien se encuentra en situación de abandono y en proceso de readaptación en una nueva familia, con vínculos que exceden las relaciones biológicas.

En síntesis, si bien el juez del proceso debe velar por el cumplimiento de los derechos del niño en relación a no ser separado de sus padres biológicos, y mantener su identidad, resulta relevante el ajuste de los procedimientos previos a la entrega del menor en guarda preadoptiva, evaluando minuciosamente las causas y consecuencias de tal decisión sobre la familia adoptiva, la familia biológica y por sobre todas las

circunstancias, el interés superior del menor. En el próximo apartado se analiza el proceso de manifestación de la voluntad adoptiva de la familia biológica.

**CAPITULO 3: CONSENTIMIENTO PREVIO DE LOS PADRES  
BIOLÓGICOS**

### *3.1. Análisis del artículo 317 inc. a primer párrafo del Código Civil*

No existe uniformidad de criterios en cuanto al requisito que establece el inc. a del artículo 317 del Código Civil para el otorgamiento de la guarda judicial. La misma establece que el Juez deberá: *“Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación. No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviere en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad Judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado Judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.”*

Belluscio (1997) por su parte entiende que el requisito establecido en esta disposición comprende el consentimiento de los padres, que debe ser prestado para el otorgamiento de la guarda.

D'Antonio (1997) expresa que el requisito es la citación mas no el consentimiento. El senador Menem, en la discusión parlamentaria de la reforma expresó que era no era necesario que los progenitores dieran su consentimiento cuando han hecho abandono del menor, en ese caso el consentimiento no sería necesario. Pero que no se puede dejar de lado el deber de citarlos, ya que si no se realiza se estaría afectando al derecho de defensa, según quedan expresados en los antecedentes parlamentarios de Ley 24779.

Si no tienen interés no concurrirán y desde luego no generará un problema para que el proceso de la guarda siga en marcha. Sería de manera inconstitucional un proceso de guarda en el que se deje sin participación a los padres biológicos.

La citación debe ser exclusivamente de carácter judicial, por los medios previstos en las legislaciones procesales. Deberá serlo al domicilio denunciado, eventualmente citarse por edictos. En el caso de incomparecencia a la citación, debe evaluarse con suma prudencia, teniendo en cuenta que la finalidad de la citación es darle el pleno ejercicio del derecho de defensa, puede el juez como director del proceso disponer la citación bajo apercibimiento según las circunstancias del caso.

El consentimiento debe ser prestado ante el juez, en el caso que sea otorgado por escritura pública o acto administrativo solo tendrá efectos si es convalidado por el otorgante ante el Juez a requerimiento de este.

### *3.2. Formas y modos del consentimiento*

#### *a. Personal y por apoderado*

Se entiende que cuando el legislador quiso establecer que el consentimiento fuera expresado personalmente lo dispuso expresamente. Por lo que podemos afirmar que el consentimiento de los padres biológicos puede ser expresado personalmente o mediando poder especial presentado en el momento que el juez lo requiera. Para que proceda esta forma es necesario que la fecha de otorgamiento del poder sea contemporánea a la citación judicial.

#### *b. Personal por presentación escrita*

Nos preguntamos si la manifestación del consentimiento por escrito es válida. En el caso de que sea sin patrocinio letrado la manifestación debe ser firmada ante el funcionario judicial competente, con la previa constatación de las identidades.

#### *c. Negativa a prestar el consentimiento.*

Esta negativa debe ser evaluada con suma prudencia por el juez, teniendo siempre como pauta de orientación los mandatos de la Convención de los Derechos sobre los Niños. Las razones que se pongan de manifiesta para negarse a prestar el consentimiento quedan a luz de la evaluación y valoración más íntima del juez.

### *3.3. Vicios que afecten el consentimiento otorgado por los padres biológicos*

El consentimiento para ser válido debe ser realizado con plenitud de los elementos que lo componen; tiene tres elementos constitutivos como son: La intención, la libertad y el discernimiento. Así el consentimiento que los padres biológicos expresen ante el juez respecto del otorgamiento de la guarda debe reunir los requisitos anteriormente mencionados. Dándose contemporáneamente con la celebración del acto. En principio se presume que dado el consentimiento en sede judicial goza de validez, quien invoque que ha sido viciado debe probarlo por las vías correspondientes.

#### a. Error

Afecta a la intención del acto y se trata de la falsa representación de la realidad determinada por la ignorancia, es decir, por no haber tenido conocimiento de todas las circunstancias que influyen en el acto concertado, o por la equivocación, por no haber valorado exactamente la influencia de dichas circunstancias. Consecuentemente para que los padres biológicos puedan expresar una voluntad válida, deben conocer las consecuencias jurídicas que este acto acarrea como así también las condiciones futuras a las que se someten.



b. Violencia y fraude.

Afecta a la libertad, se trata de una fuerza, o violencia física cuando se emplea contra el sujeto "una fuerza irresistible". La intimidación, o violencia moral, "cuando se inspire a uno de los agentes, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendentes, legítimos o ilegítimos". (art. 937).

Tanto la fuerza como la intimidación importan el vicio genérico de violencia, que obsta a la libertad como elemento del acto voluntario (1º parte del art. 936).

Por lo que el consentimiento de los padres biológicos no puede estar sujeto a ningún tipo de intimidación por parte de un tercero, porque estaríamos frente a un consentimiento inválido.

La expresión de la voluntad de los progenitores mediante fraude o en perjuicio de los derechos de otra persona, mediante una maniobra tampoco tiene validez y genera un acto que es susceptible de anulación.

*3.4. Análisis del artículo 317 inc. a segundo párrafo sobre el adecuado derecho de defensa en juicio.*

Se señala que no será necesario el consentimiento de los padres biológicos cuando exista desamparo moral o material evidente, manifiesto y comprobado por la autoridad judicial. Para estos casos la ley puso en cabeza del juez una tarea ardua y precisa, que va a ser resultado de un conocimiento minucioso de la situación del adoptado, de su familia de origen, como así también de la cultura y educación de los mismos.

El juez competente para comprobar ese desamparo es el juez con competencia tutelar (juez de familia) que corresponda al domicilio de menor, o bien el que va a entender en la guarda preadoptiva sin no coinciden.

Este trámite debe ser abreviado, y debe contar con la participación necesaria del Ministerio de Menores y la citación obligatoria de los progenitores o de quien ejerza la representación legal del menor.

El juez tiene facultades para indagar las causas del desamparo material y/o moral, como de utilizar todos los medios arbitrados por las leyes procesales, como son los pedidos de informes, inspecciones judiciales, para llegar a una acaba conclusión de que si el menor se encuentra en estado de adoptabilidad o no. Asimismo ahondamos en el tema, ya que la comprobación judicial de ese abandono material o moral puede dar lugar a conductas ilícitas que constituyan delitos, por lo que el juez debe recabar y valerse de la mayor cantidad y calidad de pruebas para concluir y resolver en uno u otro sentido, y en el caso, investigar o hacer investigar los posibles ilícitos.

La privación de la patria potestad, implica en si misma una medida judicial grave, en la que se excluye la necesidad del consentimiento pero no la citación.

La manifestación Judicial de los progenitores de entregar al menor en adopción. Se pueden dar diversas situaciones como son:

- La presentación autónoma y espontánea ante el juez: el o la progenitora se presentan ante el juzgado competente y manifiestan su voluntad de dar en adopción al menor. Aquí debería funcionar una suerte de consentimiento informado donde los padres sean inequívocamente asesorados acerca del alcance de su decisión, una vez recibido el consentimiento que se deja plasmado en un acta con todas las formalidades, datos y documentos necesarios. Como lo es la partida de nacimiento, por ejemplo. Se debe comunicar urgentemente a los registros de adoptantes o a las listas donde consten los postulados.

- Por manifestación expresa en el curso de otro proceso: como la manifestación otorgada en un proceso cuya guarda judicial ha fracasado o ha sido revocado. Es el caso en el que la guarda preadoptiva no haya concluido con el inicio de la demanda de adopción, sino que por otras causas ha fracasado. Se entiende que se puede incorporar ese documento debidamente certificado al nuevo expediente de guarda.

- Por manifestación en un juicio donde se discuten cuestiones relativas a las relaciones entre progenitores e hijo, representantes legales, e incapaces, como por ejemplo los procesos de pérdida de la patria potestad, filiación, tenencia, etc.

- Manifestación otorgada en testamento presentado para su aprobación o protocolización judicial. La última voluntad de una persona de dar al hijo en adopción podrá ser plenamente válida si en el testamento donde se manifiesta expresamente dicha decisión ha sido presentado a la justicia para su aprobación o protocolización

### *3.5. Conclusiones parciales*

Antes del otorgamiento de la guarda con fines de adopción el juez debe citar a los progenitores antes de la entrega del menor en guarda preadoptiva, excepto en los casos de manifiesto abandono o cuando el menor estando en un establecimiento ajeno a su hogar no haya mantenido contacto con miembros de la familia biológica durante el plazo de un año corrido.

Esta norma presenta importantes desfasajes respecto de los aspectos formales que hacen a la manifestación de la voluntad de los padres biológicos respecto de la entrega del menor en adopción. Tal es así, que nuestra legislación considera taxativamente las diversas situaciones y requisitos previos a la entrega en guarda

preadoptiva, sin determinar en qué condiciones debe encontrarse el menor respecto de la posibilidad de ejercer sus derechos en el marco de las garantías que otorga la Convención internacional de los derechos del niño.

Tal es la inconsistencia legal que se produce en esta instancia, que la misma puede ser tomada como un proceso rutinario por el cual el juez a cargo cita a los padres biológicos para informarles la situación de adopción del menor, sin solicitar su consentimiento expreso. Más aún, si no se presentan los padres, o se presenta uno de los progenitores, el proceso de guarda preadoptiva seguirá su curso, excepto que alguno de los mismos manifiesten su negativa.

Quedan muchos interrogantes en esta instancia, por ejemplo, que ocurre si uno de los progenitores no ha sido informado respecto de la adopción de su hijo menor, cual es la situación de la familia política y aquellos que guardan relación de parentesco en algún grado con el menor (hermanos, tíos, abuelos, etc), pueden manifestar la negación? Son temas que la legislación no define y sientan las bases que traen como consecuencia el “arrepentimiento” posterior reclamando la restitución del menor a la familia biológica. ¿Cuáles son las garantías a los derechos de la familia adoptante? ¿Cuáles son los derechos del menor, frente a la situación de abandono en la que debió comenzar un proceso de adaptación en un seno familiar y luego volver al vínculo biológico?

Estos interrogantes se suman a las situaciones de menores que se encuentran en establecimientos de guarda, tales como orfanatos o entidades sin fines de lucro para la protección de la niñez. En tales casos debe transcurrir un plazo de un año sin contacto con la familia biológica para que se encuentren en condiciones de ser entregados en guarda preadoptiva. Ahora, resulta arbitrario el plazo de un año, toda vez que la ley no define en qué condiciones el familiar se acerca el menor, o

manifiesta su interés. Seguramente si el niño se encuentra en estos establecimientos será porque las condiciones familiares no son acordes con el respeto y garantía de ejercicio de sus derechos fundamentales. Aún en estas condiciones, corresponde otorgar el derecho a la familia biológica potenciando el respeto al derecho a la identidad y al sostenimiento del vínculo, o resulta conveniente el otorgamiento de nuevas posibilidades en el seno de una familia adoptiva?

Particularmente se adhiere a la posición de respetar los derechos del niño garantizando el interés superior, y este se encuentra en la posibilidad de otorgar la posibilidad de reinserción en el seno de una nueva familia, en condiciones para brindar la libertad suficiente en el ejercicio de los derechos del niño, respetando la identidad pero protegiendo los valores de la infancia, con las consecuencias sobre la vida adulta del niño.

En todo caso, será el juez quien tiene a su cargo la tarea de evaluar las condiciones en que se encuentra el menor y la familia biológica priorizando el interés superior del niño. No obstante, considerando el efecto psicológico sobre las partes intervinientes, será necesario evitar el otorgamiento de la guarda preadoptiva ante la posibilidad de arrepentimiento de los padres biológicos. A tal fin considero una violación a los derechos fundamentales de las personas la imposibilidad de fijar una identidad determinada sobre el menor, como consecuencia de las decisiones contradictorias de sus padres biológicos. En el próximo apartado se desarrollan los principios que definen este derecho fundamental.

## **CAPITULO 4. DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR**

#### *4.1. Definición del derecho a la identidad.*

Cada sujeto tiene un interés merecedor de tutela jurídica como es el de ser presentado en su vida social, general y particular con la debida diligencia y buena fe, de modo que no se altere o desnaturalice su propio patrimonio intelectual, religioso, ideológico, etc. Se trata de un derecho de la persona de ser distinguida, diferenciada de otros por sus calidades o cualidades que hacen que cada persona sea distinta una de otra (Alpa, Bessone y Boneschi, Padova, 1981)

Podemos definirlo de la manera en la que lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia<sup>14</sup>”. También se refiere allí la Corte a la existencia del “derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad”.

Comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

---

<sup>14</sup> Corte interamericana de derechos humanos caso Contreras y otros vs. El Salvador .- sentencia de 31 de agosto de 2011.

#### *4.2. Ley 26061 De Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*

La ley 26061 sancionada el 28 de septiembre de 2005 y promulgada de hecho el 21 de Octubre de 2005 fue un paso trascendental para operativizar y regular específicamente con legislación nacional aspectos que ya habían sido reconocidos y adoptados por la Argentina con la incorporación de los Tratados sobre Derechos Humanos a la Constitución Nacional, art. 75 inc. 22.

El objetivo de la ley esté contenido en el pleno goce y ejercicio efectivo por parte de niños y adolescentes de la Argentina del cúmulo de derechos y prerrogativas que la legislación internacional concentra.

En el artículo 3 encontramos la base que fundamenta todo el sistema de protección y que será el estándar jurídico rector de la adopción como es el interés superior del menor. “INTERES SUPERIOR. 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.”

Se establecen el cúmulo de derechos reconocidos a los niños, los medios que debe arbitrar el estado para garantizar ese goce pleno.

Asimismo la virtud de esta ley es incorporar la creación de organismos públicos como son la Secretaría Federal de la Niñez, adolescencia y de la Familia y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, de gran importancia en cuanto a la realización, control y promoción de políticas públicas entorno a los menores, son órganos especializados y tiene a la unificación de criterios ya que mientras mayor sea el consenso se pueden lograr resultados óptimos en las áreas de trabajo. Se creó la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien tendrá a su cargo velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la



Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales. “Invitando” a las jurisdicciones provinciales a formar dichos organismos y regular así de manera uniforme para toda la nación su funcionamiento.

La ley establece que cuando las estrategias de revinculación familiar, ya sea con la familia de origen o de la familia ampliada, resultan poco satisfactorias o inexistentes, la autoridad local de aplicación debe solicitar a la instancia judicial competente en materia de familia otorgue la guarda con fines adoptivos de los niños en el marco de la normativa vigente en materia de adopción.

#### *4.3 Obligación de hacer conocer al adoptado su realidad biológica*

##### *a. Derecho subjetivo e interés minoril*

La ley Argentina en cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza el derecho del hijo adoptado a conocer su realidad biológica, mediante el acceso al expediente de adopción, Pero no obliga a acceder al expediente de adopción. Asimismo consagra la obligación del adoptante de hacer conocer su realidad biológica, conforme al artículo 321, inc. h del Código Civil. El inciso h) establece que en la sentencia de adopción deberá constar la obligación del adoptante y/o adoptantes, hacer conocer la verdad biológica al menor, ya que la responsabilidad de los adoptantes es la de no engañar al adoptado acerca de su origen, sobre todo en los casos donde se otorga la adopción plena, lo que en la realidad se hace ulteriormente muy difícil al Juez de poder controlar sí realmente se cumple

Esta obligación viene a consagrar una vía para hacer efectiva en los hechos el derecho a conocer sus orígenes y que se encuentra consagrado en el art. 11 de la ley 26061:

*“ARTICULO 11. — 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.”*

Para la doctrina que concede primacía al interés tutelado, tales derechos subjetivos constituyen verdaderos medios de protección de un interés individual. A partir del año 1994, con la incorporación de los tratados sobre derechos humanos, como con la sanción de la ley 23.849 de aprobación de la Convención sobre los Derechos de los Niños dicho interés individual minoril, resguardado por el respectivo derecho subjetivo, ha pasado a ser delineado por el concepto de “interés superior del niño”.

b. Naturaleza jurídica

Para D’Antonio (1997) el interés superior del menor es concebido como un estándar jurídico, es decir, en la concepción de Pound (citado por D’Antonio, 1997), como una “medida media de conducta social correcta.”

Spota (1960) ha sido quien mejor ha desarrollado la idea de estándar jurídico, expresando que entre la regla de Derecho (límite externo- heterónomo de la voluntad del juez) y la decisión judicial que importa la creación de una norma individualizada hay un camino donde median standards y directivas que implican un límite “autonómico” de esa voluntad.

Estos estándares tienen la característica de ser cambiantes, flexibles, evolutivos de acuerdo a las contingencias particulares de cada momento histórico y lugar determinado. Se ha afirmado, con acierto que estos estándares no solo se aplican o utilizan por el órgano judicial sino que también se exigen a las instituciones públicas

o privadas de bienestar social, autoridades administrativas, órganos legislativos, conforme lo establece la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños

c. Alcance

Se trata de determinar en qué consiste esa preeminencia del interés del niño y como funciona en juego con otros intereses. Para Grosman Cecilia (1993), entiende que dicha concepción del “interés superior del Niño” se encuentra sujeto a las situaciones de lugar y tiempo histórico determinado. De modo alguno afirma, implica desconocer intereses de los otros componentes del grupo familiar, debiendo armonizarse.

Es dable considerar que la preeminencia se refiere al derecho subjetivo minoril en su confrontación con otros derechos subjetivos que pudieran menoscabarlo o desvirtuarlo, o respecto de normas o disposiciones de las que pudieran resultar dicho menoscabo.

Para el resguardo de los derechos subjetivos minoriles la Convención consagra una tutela genérica, a través de los cuales el interés del menor encontrara su respeto y reconocimiento.

Viene a otorgar, como afirma acertadamente D’ANTONIO (1998), la solución a la disociación existente en un caso particular entre la norma y la administración o realización fáctica de la misma.

*4.4. Marco jurídico*

a. Legislación argentina

Tanto en el Derecho nacional como en el Derecho comparado, la práctica de la adopción estaba signada por tres elementos interconectados: secreto, anonimato y registros cerrados. La adopción se fue desarrollando en un ambiente de ocultamiento

en sus orígenes, secreto de los procedimientos, e instrumentaciones de dudosa constitucionalidad.

La identidad y su protección aparecen con el transcurso del tiempo a partir de los reconocimientos internaciones de los derechos; como presupuesto de la propia personalidad, que atañe a los orígenes del hombre y a su pertenencia primaria, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad y demás componentes de su ser.

En el marco de la legislación nacional podemos mencionar el art. 328 del C.C. que establece: “El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente a partir de los dieciocho años de edad”.

Este derecho- deber conferido a los adoptados plenamente y deber de los padres adoptivos pues estos asumen este compromiso en la sentencia que acuerda la adopción; existe en todo tiempo, no debe ser interpretado que lo tiene a partir de los dieciocho años, no es tan sólo el conocimiento de qué es adoptado sino de poder interiorizarse de su origen biológico, a través de partidas por ejemplo, y de todo tipo de registros.

El niño tiene derecho a acceder al expediente de adopción(a partir de los 18 años) y demás registros que figuren datos de su realidad de origen, cuando así lo solicite, a la luz de su derecho a la ser oído y a la capacidad progresiva, contemplado en los artículos 3, 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño y 11 y 12 de la ley 26.061.

Los adoptantes están obligados a hacer conocer la realidad biológica y los orígenes del adoptado, si bien la ley no establece la forma que debe cumplir con esta relevante obligación.

#### b. Jurisprudencia

En la jurisprudencia Nacional encontramos que los caminos que ha tomado el derecho a la identidad en las resoluciones resultan diversos.

La CSJN en una importante causa se proclamó por la existencia de un derecho de toda persona conocer su propia génesis, su procedencia, en lo cual está comprometida la dignidad personal<sup>15</sup>. El Dr. Petracchi, desarrolla el tema del derecho a la identidad, en su voto en disidencia en este caso, afirmando que: “Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado -aprehendido- permita reencontrar una historia única irrepetible (tanto individual como grupal) es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura”. Y continúa: "La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica "verdad personal", es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permite optar por los proyectos de vida, elegidos desde la libertad". Y más adelante: "...justamente, por el carácter medular de la aspiración del ser humano a conocer quienes lo han engendrado, son tan devastadoras las consecuencias de las vallas puestas en el camino de acceso a la verdad.

La Corte Suprema de Santa Fe, afirmó también que el derecho a la identidad constituye un derecho que tiene su fundamento constitucional pero no está enumerado. En el caso comentado se estableció la presunción en contra de quien se negó a someterse a la prueba de ADN en un juicio de filiación<sup>16</sup>

#### c. Legislación comparada

El Derecho Francés encontramos un caso paradigmático en donde se discute la procedencia del “Parto Anónimo”, una figura establecida por la legislación de ese país, donde se podía ocultar los orígenes biológicos de una persona dada en adopción

---

<sup>15</sup> C.S.J.N., Muller, Jorge s/denuncia (1990), L.L. 1991-B-470, CON NOTA DE JORGE MAZZINGHI.

<sup>16</sup> C.S.J. SANT A FE, 19-9-1991, L.L. 1992-D-536

El caso en análisis es "Odievre v. France", resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La cuestión planteada en el caso fue la siguiente: la Sra. Odievre formuló un reclamo contra Francia ante la negativa de dicho país en permitir el conocimiento de los datos relativos a su nacimiento, a su origen y a la identidad de su progenitora.

La posición de Francia se sustentaba en que Odievre había sido entregada en adopción mediante el procedimiento de parto anónimo, que Francia ha regulado con la finalidad de evitar abortos. En el caso planteado la Sra. Odievre manifestó que su única intención era "conocer" a su familia de origen, pero no cuestionar la adopción. Francia respondió que no podía revelar los datos requeridos en razón del respeto a la confidencialidad que amparaba los datos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se inclinó hacia el interés general consistente en evitar el aborto y proteger los nacimientos no deseados (fundamento del sistema francés), manifestando que perdería efectividad de admitirse la revelación de datos cuyo secreto se garantizó a la madre al momento del alumbramiento; consideró que la solución del sistema francés realizaba un adecuado equilibrio entre los intereses en juego y otorgó prioridad al derecho de la madre.

Otro de los casos que podemos mencionar es el de Holanda, la Cámara de Apelaciones de Arnhem (Holanda) con fecha 05/10/1994. En dicha causa la hija había demandado a su madre para que esta le revelara la identidad de su padre fundando la acción en su derecho a la identidad. La sentencia fue la que privilegió el derecho a la intimidad de la madre, al considerar que no procedía la acción de la hija ya que la madre la había concebido como consecuencia de una violación.

Podemos mencionar a los Tribunales de Münster (Alemania) que resolvieron en 1990 que la madre de un hijo de 18 años de edad debía informarle el nombre de los

cuatro varones con quienes había tenido relaciones en la época de la concepción, para que aquél pudiera investigar su origen biológico.

La línea entre ambos derechos es tan delgada que también en un caso resuelto por la jurisprudencia holandesa el 15/04/1994 ("De Ruyter C. Valkenshorst"), se hizo lugar al pedido de una hija extramatrimonial en 1935 nacida en una institución a cargo de una fundación católica cuya objeto principal era el de asistir y proteger a madres solteras y a sus hijos, fundación que — en este caso— resulta demandada para que le proporcione los datos de su filiación en poder de dicha institución.

#### *4.5. El Derecho a la Identidad en la Constitución Nacional*

Encontramos antecedentes en la originaria Constitución Nacional del año 1853 sobre el derecho a la identidad, aunque es actualmente cuando este ha tomado un acabado desarrollo legislativo. Ya en los artículos 8, 14, se reconocen derechos como son la garantía del goce todos derechos a los habitantes de las diferentes provincias, como también el reconocimiento de derechos esenciales como son la libertad de expresión, de ideas, de circular, etc. Se destacan también las previsiones sobre el derecho a la propiedad (art. 17), defensa en juicio y debido proceso (art.18).

La incorporación del art. 14 bis trajo también el reconocimiento de derechos vinculados al trabajo, como el de trabajar, de ser compensado de manera correcta, tener descansos diarios y anuales, el derecho a la asociación, etc.

En el año 1994 con la reforma constitucional se plasmaron “nuevos derechos y garantías” que vinieron a sentar bases en lo que se refiere al derecho a la identidad. Ya que se reconocieron derechos y se reglamentaron procedimientos que benefician y tienen como principal objetivo respetar la dignidad y la identidad del hombre como tal, con su propia condición de hombre. Podemos mencionar, también el art. 12 del

art. 75 por el que se puede obtener la naturalización o nacionalidad argentina, lo cual integra un aspecto esencial de la identidad de la persona.

Es en el art.75 inc. 17 y 19 del texto constitucional reformado donde encontramos exponentes máximos en cuanto a la protección de la identidad. Así en el inc.17 se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y se garantiza el respeto a su identidad y el derecho a la educación bilingüe e intercultural. Además de medidas en cuanto a la gestión de sus propias tierras e interese.

En el inc. 19 establece que corresponde al Congreso “proveer lo conducente al desarrollo humano”, y “dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural.” De igual manera se establece que será el Congreso de la Nación el encargado de legislar y promover medidas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

El derecho a la identidad del menor encuentra sustento Constitucional entonces con la incorporación en el art. 75 inc. 22 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, que le otorga operatividad además de considerarla de la misma jerarquía que la propia Constitución Nacional.

#### *4.6. El Derecho a la Identidad en la Convención sobre los Derechos del Niño*

Nuestro país adhirió a esta importante Convención a través de la ley 23.849 del año 1990. Encontramos diversas y múltiples referencias al Derecho a la Identidad del menor, en primer término lo encontramos en Preámbulo, ya que establece que se han tenido en cuenta la importancia de tradiciones y valores de los pueblos para la protección y desarrollo armonioso del niño.



Podemos mencionar el artículo 8, en el cual se consagra en su primer inciso que: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” y en el inciso 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”. Aquí se produce la consagración de este derecho y la manera en la que se debe asegurar su efectiva vigencia.

En juego armonioso con el art.7 constituyen un núcleo esencial de la identidad como presupuesto de la personalidad. Haciéndose referencia al nombre, a la nacionalidad, al conocimiento de la familia biológica.

En el art. 12 de la Convención se consagra el derecho del menor a ser oído, por sí mismo o por medio de representantes en los procesos judiciales, administrativos en los que se encuentren en juego sus intereses.

De manera excepcional se regula la situación en la que el niño deba ser sacado de su ámbito familiar de origen, propendiendo siempre a que se crie con su familia biológica. También establece que en los caso que proceda esa exclusión deberá verificarse lo siguiente: “Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.”

El art. 20.3 por su parte, que establece en caso de ser colocados en instituciones de guarda se debe dar particular atención a las conveniencias de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

#### *4.7. Conclusiones parciales*

Las normas argentinas reconocen expresamente el derecho a la identidad que se sustenta en el principio del interés superior, considerado como rector del sistema jurídico en materia de garantías otorgadas a los menores y adolescentes. Este marco normativo guarda coherencia con la incorporación de los tratados internacionales en protección de los derechos humanos, los cuales fueron ratificados expresamente por la legislación nacional, a través de la sanción de la ley 26.061.

En este sentido, las normas que rigen los procesos de adopción deben respetar los derechos humanos fundamentales originados en tal normativa siguiendo la referencia de sostener el interés superior del niño. Tal es así que la familia adoptiva asume la obligación de comunicar el origen biológico del menor, respetando y dando a conocer toda la información necesaria para el sostenimiento de sus raíces parentales. En este sentido, el derecho a la identidad de las personas es considerado como la posibilidad de consignar un nombre que otorgue una característica distintiva y única, manteniendo su patrimonio intelectual que lo diferencia del resto de los individuos.

Para la instrumentación de los medios que permitan la libertad de ejercicio del derecho a la identidad el estado argentino ha dado nacimiento a una serie de instituciones que tienen por objeto la aplicación de los procedimientos que garanticen el ejercicio de tales derechos por parte de los menores. En tal sentido, se han esbozado políticas públicas tendientes a la armonización de los criterios a nivel nacional, provincial y municipal, considerando la importancia de la adopción de ciertos procesos y prácticas que garanticen los derechos del menor.

Asimismo, en materia del proceso de adopción, particularmente en la instancia del otorgamiento de la guarda preadoptiva, si bien el juez cuenta con un equipo interdisciplinario para la evaluación de cada caso, existen deficiencias en cuando a los

criterios para definir la eficacia del acto en el que se manifiesta el consentimiento de los padres biológicos, y las condiciones del contexto que definen la posibilidad del menor en el ejercicio de los derechos fundamentales que lo asisten.

Como consecuencia de esta indefinición en los criterios y prácticas adoptadas por el juez a cargo de la decisión de entregar la guarda preadoptiva del menor, es probable que la familia biológica manifieste su arrepentimiento, frente a lo cual el magistrado se encuentra nuevamente evaluando la condición del menor y la posibilidad de ejercer los derechos fundamentales, considerando la posibilidad de restituir la tenencia a los padres biológicos. En tal sentido, no existen procesos determinados para calificar el sentido de las decisiones y dilucidar el real interés de las partes frente a estos cambios de opinión, lo cual vulnera el derecho a la identidad del menor, quien se encuentra en un proceso de reinserción con la familia adoptiva.

Por las razones expuestas, considero apropiado realizar un minucioso análisis de la situación del menor antes del otorgamiento de la guarda preadoptiva, para no dañar los derechos fundamentales como consecuencia de las modificaciones que resulten en la voluntad de los padres biológicos, lo cual ocasiona efectos psíquicos y emocionales indeseados para las partes intervinientes. De hecho, resulta necesario el análisis de la legislación actual incorporando las modificaciones necesarias que otorguen las facultades al juez para limitar la posibilidad de arrepentimiento de la familia biológica, frente a la garantía de ejercicio de los derechos fundamentales del menor y sus padres adoptivos.

## **CAPITULO 5: ANALISIS JURISPRUDENCIAL**

*5.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Forneron e Hija vs Argentina. Sentencia del 27 de abril de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)<sup>17</sup>*

El caso bajo análisis consideró a nivel internacional el análisis de la situación de una menor entregada en adopción por su madre cuya tenencia fue reclamada por el padre biológico.

Del análisis del caso se desprende la vulnerabilidad de los procedimientos realizados por el Estado nacional en su sistema jurídico tendientes al ejercicio de los derechos fundamentales de la menor y su padre. Particularmente la dilatación de los procesos y el desarrollo de procedimientos burocráticos que impidieron el contacto de la menor con su padre biológico representan una grave falta al cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado Nacional en materia de derechos humanos.

Evidentemente, la situación por la cual la niña entregada en guarda preadoptiva no pudo acceder al contacto con su padre biológico, guarda coherencia con el sostenimiento del interés superior del niño, considerando el daño psicológico que hubiera generado la restitución al padre en el marco de un proceso de adaptación que se desarrollaba en la familia adoptiva.

Ahora bien, es de considerar el origen de la situación de fondo, ya que los jueces a la hora de valorar el contexto en el que se encuentra el menor y su familia biológica, no dispone de herramientas jurídicas que le permitan identificar la realidad de los hechos, determinando por ejemplo la existencia de intereses económicos de los padres frente a la real necesidad de reinsertar a la menor en un núcleo familiar basado en sus orígenes biológicos.

---

<sup>17</sup> Extraído <http://www.csjn.gov.ar/dbej/iinews/Sentencias/cidhForneron.html> Fecha de consulta 20/05/2014.

El caso Forneron representa un antecedente fundamental a la hora de considerar la posibilidad de reincorporar al menor en el seno familiar una vez otorgada la guarda preadotiva, ya que corresponde al juez y al sistema jurídico argentino la obligación de arbitrar por todos los medios los mecanismos previos al vínculo con la familia adoptiva para dar garantías de no reversión frente a la decisión tomada por los padres biológicos.

Evidentemente la manifestación del consentimiento frente a la citación previa a la guarda preadoptiva no resulta un mecanismo eficiente, ya que fácilmente las partes pueden revocar el acto argumentando la existencia de vicios en la voluntad de los padres biológicos. Corresponde al juez la tarea de dilucidar la real intención de las personas que deciden entregar en adopción a un menor y valorar los efectos sobre el niño y sus consecuencias para la vida en sociedad, respetando el interés superior y principalmente el derecho a la identidad.

En tal sentido, adherimos a la posición del organismo internacional frente a la responsabilidad del Estado en el otorgamiento de las garantías necesarias a las partes para el correcto ejercicio de los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño. Asimismo, no es suficiente el resarcimiento generado sobre el padre con una indemnización frente a un caso que manifiestamente ha generado graves daños a la identidad del menor y la posibilidad de ejercer libremente sus derechos.

*5.2. Cámara de Apelación Civ. y Com. Azul, sala II -G., S. P. A. - C., E., LLBA, 2001-79 - ED, 189-115- 2000/03/16*

Encontramos asimismo una postura trascendental por la cual se deja de considerar a raja tabla el derecho a permanecer con la familia biológica cuando existen circunstancias que ponen en evidencia su total desinterés y desprecio por el

menor. Quedando plasmado en este fallo que expone: “Es improcedente restituir la menor a su progenitor –en el caso concedió la guarda con fines adoptivos a un matrimonio, con quienes la niña convivía a partir de su nacimiento vía guarda provisoria-, pues su **interés** se ve mejor tutelado en manos de sus guardadores, lo cual no importa la renuncia, abdicación o denegación de su realidad biológica estática sino preferencia por la “realidad afectiva” en el marco de una arraigada y consolidada estabilidad familiar en el hogar provisto”<sup>18</sup>.

En los considerando, la cámara dejó claramente delimitada su postura al resolver los casos de arrepentimiento de los padres biológicos que entregaron en guarda al menor: “...no obstante la solicitud de restitución de la madre biológica, si el niño se integró afectiva, social y familiarmente a los guardadores, pues la restitución podría generarle un conflicto personal contrario al interés superior que resguarda el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) máxime si manifestó su intención de no abandonar a los adoptantes, y sin perjuicio de la fijación de un régimen de visita a favor de la madre biológica.”

Nuevamente queda evidenciado en este caso la ausencia de mecanismos adecuados para determinar la real intención de las partes respecto del acto de adopción y las consecuencias del mismo sobre el menor y el ejercicio de sus derechos fundamentales. Este caso fundamenta la necesidad de una renovación en el ordenamiento jurídico que otorgue garantías de ejercicio de los derechos fundamentales.

---

<sup>18</sup> CCCom. De Azul, sala II, G.S.P.A.-C.E. (2000), LLBA 2001-79, p.304.

5.3. *CJ. San Juan. G., A. V. LA LEY, 1998-F, 64- 1998/04/01*

Este caso nos demuestra que también en Tribunales Provinciales Superiores se ha tomado la postura, acertada a nuestro criterio, en cuanto al reclamo posterior de un padre biológico que ha expresado su consentimiento de otorgar al menor en adopción o que se ha desentendido de la atención y cuidado del mismo por un tiempo prolongado y continuo, provocando graves consecuencias negativas al interés del menor. Se considera arbitraria entonces la sentencia que autorice la restitución del menor cuando en el caso se han comprobado los extremos anteriormente mencionados.

En este sentido en el fallo comentado ha quedado plasmado de la siguiente manera: *“Resulta arbitraria la sentencia que ordena la restitución de un menor a sus padres biológicos ya que, conforme las constancias reunidas en la causa, con ello podría causársele un daño psicológico o espiritual al niño. Tal decisión implica un apartamiento injustificado de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693), introducida como norma positiva constitucional desde la reforma del año 1994, en el art. 75, inc. 22, atento que el interés superior del menor, sólo quedaría resguardado manteniendo su situación”*.

Nuevamente, la restitución del menor a los padres biológicos ocasiona un daño a la niñez y sus potenciales como adulto. Asimismo, la Convención sobre los derechos del Niño asume en su artículo 9 que el niño no debe ser separado de sus padres contra la voluntad de estos, siempre priorizando los derechos superiores del niño. En tal sentido, si el juez arbitra los mecanismos previos, necesarios antes de la entrega de la guarda preadoptiva evitamos la violación a este derecho fundamental. Si es posterior y el menor ya se encuentra en proceso de reinserción, entra en juego el



derecho a la identidad, aquella que se está construyendo en el seno del grupo familiar adoptivo, lo cual no debe ser interrumpido porque naturalmente el daño sobre el menor será mayor.

*5.4. Cámara de Apelaciones Civil y Com. de Azul, LLBA, 1997-1368 - DJBA, 154-593- 1997/10/30*

Este fallo viene a considerar la situación de una madre menor de edad, cuyas condiciones de vida y sociales no le permitieron poder elegir libremente y expresar un consentimiento válido para otorgar la guarda de su hijo. Salvo en excepcionalísimas circunstancias se ha aceptado el reintegro del menor a la familia de origen después de haber consentido la entrega en guarda con fines de adopción, como en el supuesto de madres menores, y con la libertad afectada en orden a la realización del acto jurídico.

En este caso se resolvió que: *“Debe hacerse lugar al cambio de guarda peticionado procediendo a la restitución del menor a la madre biológica cuando se trata, como en el caso, de una adolescente que le tocó vivir su estado de embarazo en un marco de desamparo y soledad no contando con ayuda de su grupo conviviente y tampoco apoyo espiritual ni psicológico, lo que la llevó a abandonar al recién nacido, y teniendo en cuenta que surge de la causa que al momento de solicitar el cambio de guarda la situación familiar y personal aparece revertida pues por sobre todas las cosas debe tenerse en cuenta el bienestar del menor y los derechos del mismo consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) que contempla el de conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.”*

5.5. *CSJN, G., H. J. y D. de G., M. E., 19/2/2008*

En este caso el Supremo Tribunal revocó la sentencia del Tribunal Superior de Chaco, y ordenó la inmediata restitución de un menor de cuatro años a sus guardadores, quienes ejercían la guarda desde su nacimiento. Ante ello, creyeron que provocarle a M. una nueva pérdida, cuyas consecuencias son hoy incalculables, solo por la mera posibilidad de estar mejor con otros, resulta irrazonable y contrario a su interés superior.

En el fallo que pronunció el Tribunal Chaqueño se invocó que “la renuncia de la madre biológica por razones económicas o culturales, no es libre por estar condicionada a esos factores, pero que ello no debe influir al juzgador, quien deberá respetar y valorar en cada caso concreto los principios liminares del sistema regidos por el interés superior del niño, estándar jurídico que tiene fundamentalmente una finalidad interpretativa. Luego de reseñar las normas locales relativas a la implementación del Registro Centralizado de Adoptantes, se refirieron al artículo 2° de la Ley 24.779 en cuanto dispuso la organización en el orden nacional y provincial de un registro único nacional de aspirantes a adopción afirmaron que, en la especie, los aspirantes a la adopción, conscientemente obviaron el circuito legal a fin de alcanzar la condición de padres adoptivos. El marco legal les imponía la obligación de inscribirse en el Registro de Adoptantes de la Provincia. Añadieron que también los constreñía a respetar los derechos esenciales de la niña, en especial el debido proceso legal que permitiera trabajar con su familia biológica con el fin de reubicarla en su medio de origen y le asegurare su derecho a la identidad.

Enfatizaron que la Convención de los Derechos del Niño exige de los Estados Partes acciones que garanticen el derecho de los niños a ser criados en el seno de su familia biológica, con sus padres de sangre.

Los apelantes incoaron el Recurso Extraordinario, que fue denegado y procedieron a la queja directamente ante la C.S.J.N. Estableció la Corte que la “Verdad Biológica” no es un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, considerando que vínculo filiatorio que se crea con la adopción tiene un contenido axiológico que tutela asimismo el interés superior del menor. Estimó que debe otorgarse la guarda con finalidad adoptiva al matrimonio actor, a quienes no se le han comprobado patologías psicológicas y que el menor reclama y pregunta por ellos.

*“... Sin embargo, el requisito de inscripción en tales registros... no puede constituirse en un requerimiento a tener encuentro con rigor estrictamente ritual ... La creación de un centro nacional nos va a dar la posibilidad de tener un panorama más claro de la situación de la niñez abandonada en nuestro país y protegerla de manera más eficaz ... por lo que resulta inadmisibile 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 ...”.*

Ahora bien, cualquiera sea la interpretación que los tribunales competentes otorguen al artículo 317, ella no puede incluir una regla tal que impida a los jueces llevar a cabo el balance entre el interés superior del niño y otros intereses individuales o colectivos que puedan entrar en juego y que, de acuerdo con la

jurisprudencia mencionada en el considerando anterior, debe otorgar neta precedencia al primero.

En definitiva, los jueces deberán examinar, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, cuál es la decisión más favorable para el desarrollo vital del niño, tomando en cuenta todos los aspectos relevantes. Por otra parte, dado que dicho examen viene impuesto constitucionalmente, la interpretación de las cláusulas legales, tales como las contenidas en el Código Civil, debe dejar suficiente espacio para que ello pueda ser efectivamente puesto en práctica.

*5.6. Cámara de Apelación. Juzgado de Familia n° 2. Sala III - "T.,L.C S/ GUARDA PREADOPTIVA" (Expte. N° 34427/8)(2008).*

En estos autos, llevados a consideración de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, sala III de Neuquén, se plantea la situación de apelación por parte de la madre biológica de un menor ante la decisión del Juez de declarar la adoptabilidad del menor, privar de la patria potestad a sus padres y entregárselo a sus tíos para que le brinden los cuidados necesarios mediante una guarda judicial.

La decisión del a quo encuentra su fundamento en la voluntad de los padres expresada en sentido de la entrega de la menor, como así también el señalamiento de parientes cercanos al padre para que llevaran a cabo el cuidado de la niña. La madre no puede alegar entonces que debe primar en la crianza la familia biológica, ya que ellos mismos expresaron en sede judicial su voluntad de entregarla a otra familia para su cuidado.

Se fundamenta en el art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño donde expresamente se contempla que: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. [...]”. De esta manera, si bien se debe propender al mantenimiento del menor en el ámbito de la familia biológica en este caso la manifestación de dar al menor en adopción y desentenderse totalmente del mismo constituye una excepción a la que la justicia no puede hacer caso omiso teniendo en consideración el *Interés Superior del Menor*.

Para reforzar el decisorio el Tribunal expresó que el artículo 30 de la ley 2.561 (Regula el Registro Único de adoptantes de la Provincia de Neuquén) dispone: “Excepciones. El juez podrá apartarse del orden remitido por el Registro a través de resolución fundada, en los siguientes casos: ..b) Cuando la guarda con fines de adopción fuere solicitada por miembros de la familia extensa. ..”(cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 47 de la Const. Prov.; 306 inc. 5 del Cód. Civil; art. 22 y ss. de la ley 2.561).

Ha quedado demostrado entonces en los autos que la adoptabilidad ha quedado claramente comprobada, contando con el aval expreso de ambos padres biológicos y encontrándose la niña hace más de un año con los guardadores.

Existe jurisprudencia Nacional que avala la resolución de la Cámara<sup>19</sup> y la jurisprudencia nacional ha sostenido en casos similares que: “Frente a las normas que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquellos,

---

<sup>19</sup> G., C. Z. S/GUARDA PREADOPTIVA", EXP. Nº 38.066/8, sala I

constituye la excepción la situación de la menor que exhibe integración óptima al grupo familiar de los guardadores -donde permaneció desde su nacimiento- y desarrollo evolutivo y emocional excelente, pues el interés superior del niño consiste en no modificar su actual situación fáctica a fin de evitar el perjuicio que le originaría el trasplante, en tanto la madre biológica prestó su consentimiento de entregarla con fines de adopción y el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento sino impuesto por la presión familiar, sin que madre e hija hayan establecido vínculo afectivo alguno.<sup>20</sup>”.

Se rechazó la apelación considerándose que no existían agravios a la apelante que hicieran modificar o revocar la decisión del a quo.

#### *5.7. Conclusiones parciales*

Evidentemente los casos analizados presentan diversos tratamientos al arrepentimiento de los padres biológicos luego de entregada la guarda preadoptiva. Estas situaciones tienen su origen en el ejercicio de la posibilidad que asiste al juez en la evaluación de las condiciones particulares del menor y su familia antes y después de la manifestación de la voluntad previa a la entrega de la patria potestad del niño/a.

Asimismo, la inexistencia de normas específicas que permitan dilucidar los intereses implícitos que llevan a los padres biológicos a la decisión de entregar al menor en adopción ha generado graves perjuicios sobre el menor, violando el compromiso asumido por las normas internacionales que tienen su origen en las ineficiencias del sistema jurídico argentino y su instrumentación.

---

<sup>20</sup> Autos: S. C. s/ adopción. Tomo: 328 Ref.: Interés superior del niño. Mayoría: Petracchi, Belluscio, Maqueda. Disidencia: Abstención: Exp.: S. 1801. XXXVIII. - Fecha: 02/08/2005-LDT

En el próximo apartado analizamos el tratamiento del tema en el derecho comparado.

## **CAPITULO 6: DERECHO COMPARADO**



En virtud de la necesidad de hacer un somero análisis del instituto de la adopción en el Derecho Comparado, podemos decir que se va consagrando el abandono en las legislaciones de lo que se consideró como legitimación adoptiva, que se conoce en la doctrina como la ficción legal que lleva a considerar como hijo legítimo al que no lo es por la naturaleza; es decir, a quien no ha sido engendrado por los que aparecen como sus padres, sino al amparo de la adopción. Así el vínculo biológico es totalmente sustituido por otro, pero se considera a esos menores hijos legítimos. Se constituye entonces una nueva fuente de legitimidad a través de un proceso judicial que cumplimente las normas sustanciales y procedimentales correspondientes.

Asimismo observamos que en los Derechos de los Estados comienza a existir una incipiente uniformidad. Por ejemplo en el caso de la adopción plena, que queda establecida como tipo adoptivo básico.

Otra de las razones para afirmar esta tendencia a la internacionalización y uniformidad lo encontramos en que las legislaciones procuran armonizar sus contenidos con los derechos esenciales consagrados por la Convención de los Derechos de los Niños. Haciendo hincapié en respeto al derecho a la identidad, y las garantías que deben rodear a la adopción, siempre teniendo como guía y estándar jurídico al “Interés Superior del Menor”

### *6.1. La adopción en el derecho romano*

En el Derecho Romano la institución de la Adopción tenía como fundamento dotar de herederos a aquellos que no los tenían, y que por su pertenencia a un determinado estamento social se necesitaba garantizar la continuación de su linaje.

También hubo un fundamento religioso por el cual la adopción servía para garantizar la continuidad del culto a los muertos.

Cuando en una familia romana no existían descendientes se trataba de adoptar para no perder la posición en la vida política, para prolongar a la persona, transmitir el patrimonio y para proseguir el culto de los antepasados.

Existían entonces dos sistemas:

- Adrogación – *adrogatio*: cuando un *sui iuris* de más de 60 años no tenía descendientes varones podía adrogar a otro *sui iuris*, que se sometía a la potestad del adoptante. No solo el adoptado se sometía a esa potestad sino que también incluía a la familia de adrogado, hijos, cónyuge, etc. Este pasaba con todo su patrimonio a conformar parte de la familia del adoptante, se debía seguir un procedimiento, donde el que adopta es *rogado*, es decir interrogado si quiere que el que va a adoptar sea para él hijo según derecho y el adoptado es preguntado si consiente que así se haga. Luego de preguntas cuyas respuestas debían votar las curias, los pontífices procedían ante el Comicio a la *detestatio sacrorum*, que era el acto solemne por el cual se extinguía todo vínculo entre el adrogado y su antigua *gens* (Arias de Ronchietto, 1997)

- Adoptio: regulada en sus dos formas, plena y menos plena.

Recaía sobre un *alieni iuris* (sobre quien está bajo la potestad de un tercero (ascendiente, descendiente u adrogante). Al tratarse de un *alieni iuris*, al Estado no interesaba este tipo de adopción. El adoptado ingresaba a la familia del adoptante, pero no hacían lo mismo sus descendientes, y dejaba sus bienes en la familia originaria. La adopción podía ser plena, o menos plena.

Se denominaba plena cuando el hijo era adoptado por un ascendiente de sangre. En la adopción menos plena el hijo era dado en adopción a un extraño, el vínculo del adoptado y su familia de sangre no sufre modificación, solo la adopción se limita a otorgarles vocación hereditaria en la sucesión del adoptante sin reciprocidad.

Si bien en la actualidad la finalidad de la adopción no la encontramos en la necesidad de transmitir el patrimonio ni de mantener el culto a los muertos, etc. Pero podemos rescatar la esencia que se refiere al vínculo paterno- filial de origen legal independiente de la naturaleza.

## *6.2. La adopción en el antiguo derecho español*

Fue receptado en sus orígenes en los años 1252 y 1255 en el fuero real promulgado por Alfonso el Sabio, quien le dedica el Título 22 del Libro IV.

En las Partidas se reprodujeron prácticamente el derecho Justiniano sobre la adopción, a la cual llamaron prohijamiento.

Se estableció que el prohijamiento es una manera de ser hijos aunque no lo sea naturalmente, que el prohijado *alieni iuris* debe consentir la palabra callando y que el prohijado *sui iuris* debe hacerlo en forma expresa. Puede prohijar todo hombre libre salido de la patria potestad, que supere al prohijado en dieciocho años y que no sea impotente, las mujeres no podía prohijar salvo que hayan perdido un hijo en la batalla en servicio del rey, en esos casos se requiere licencia del rey.

Los libertos no podían ser prohijados, en el caso que el adoptante no era su abuelo o bisabuelo no pasaba bajo su potestad (adopción menos plena justiniana). En cambio si la adopción la efectúa el abuelo del adoptado este pasa bajo la potestad de él como si fuera hijo legítimo.

### *6.3. La adopción en el derecho francés*

Es a partir de 1789 cuando el instituto aparece. El código civil francés de 1804 si bien admitió la adopción lo hizo con un criterio restrictivo ya que lo hizo para transmitir el apellido y la fortuna. Es por ello que al ser regulado de una manera complicada y confusa en esos períodos hubo un número reducido de adopciones.

Además de la adopción común el código civil francés legisló la adopción remuneratoria y la tutela oficiosa. En la primera se requería que el adoptado hubiere salvado la vida del adoptante y la segunda exigía que el adoptante hubiera sido constituido en tutor oficioso y que hubiera aceptado el cargo (MAZEAUD y JEAN, 1959)

### *6.4. Diferencias con las figuras afines en el Derecho Comparado*

#### a. El prohijamiento, el padrinazgo.

El propósito de esta figura era dejar una persona que herede los bienes de otra. Se conocía con dos formas, una más formal que era la otorgada por el Rey y de más importancia y mayores consecuencias jurídicas, mientras que la otra se realizaba entre particulares y el prohijado seguía estando bajo la patria potestad de su padre biológico.

Se requería la presencia del Rey cuando el adoptado era menor de catorce años, o la adoptante era una mujer o cuando el tutor quería adoptar al pupilo bajo su guarda.

Estas figura jurídicas menos “tajantes” que la adopción y que podrían ser hábiles para dar respuesta a la especial situación en la que se encuentran los jóvenes carentes del cuidado de sus padres. Institutos como el padrinazgo y el prohijamiento

Estas dos figuras integrarían el cúmulo de figuras jurídicas que podríamos rotular de “intermedias” entre el derecho a permanecer en la familia de origen y el derecho a vivir en otra familia a través de la adopción. Así, de manera acertada se ha expresado en el derecho español que “Frente a las tradicionales y casi exclusivas medidas públicas de protección (hospicio y adopción) existentes hasta la implementación del actual sistema de protección de menores aparecen ahora nuevas figuras que tratan de dar una respuesta flexible a la variedad de situaciones de desprotección que pueden afectar al menor” (González Poveda y González 2005, p. 294)

Tanto la figura del padrinazgo como la del prohijamiento han formado parte de algunos proyectos legislativos presentados en la Argentina durante la vigencia de la ley anterior de adopción, la ley 19.134 que tuvo validez entre los años 1971 a 1997.

Así, el Código del Menor presentado por el Poder Ejecutivo en el año 1987, recepitó la figura del padrinazgo en el Capítulo IV del título VI referido a la adopción.

En su art. 237 expresaba que “(...) El padrinazgo se establece a solicitud de cualquier persona que por razones afectivas, de colaboración, de participación comunitaria o de solidaridad social desee establecer con un menor de edad en situación irregular declarada, una relación personalidad consistente en prestarle ayuda, asistencia, consejo, afecto o protección general”.

Por su parte, la figura del prohijamiento fue propuesta también en el mencionado proyecto de Código del Menor. En el capítulo tercero de la sección quinta se refería al prohijamiento, la cual era definida como aquella consistente en “establecer a convivencia con un menor, a los fines de brindarle alimentación, educación, vivienda, vestido, atención de la salud y recreación fundado en la

comprensión y el respeto recíprocos, el marco de alegría y afecto que asegure la promoción del menor a un futuro que estuvo seriamente amenazado.”

Asimismo, se preveía una duración mínima de un año o mayor por el tiempo que restare para que el menor alcanzase la mayoría de edad (art. 203). Sin embargo, esta figura presentaba serios problemas al disponerse la facultad y no obligatoriedad de prohijar a más de un niño cuando ellos sean hermanos o el nulo contacto con la familia de origen.

#### b. La crianza

La crianza, es una modalidad asistencial de protección a la infancia que asegura la alimentación y la educación de un niño en estado de desprotección. En la crianza se distinguía claramente que los destinatarios de ese beneficio, no podían ser sometidos a servidumbre, ni estar exigidos a pagar por lo recibido, dado que esta práctica estaba sostenida por el amor y la piedad de los adultos que la ejercían. Se destaca otra normativa que especifica el castigo de muerte que espera a aquel criado que atacase, acusase o infamare al criador. Esto denota la abierta exposición que el criado tenía ante la imposibilidad de denunciar situaciones abusivas o transgresoras por parte de los adultos, de las disposiciones de la misma institución asistencial. La legislación Alfonsina, asegura sin embargo los derechos del criador sobre la persona de su protegido ante el reclamo de la familia biológica.

### *6.5. Adopción en la legislación latinoamericana*

#### a. Brasil

El Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, del 16 de julio de 1990 regula adopción dentro de la Sección III, Título II capítulo III, destinada a la familia sustituta. Se determina que la edad máxima del adoptando será de 18 años, salvo que

este ya estuviera bajo la guarda o tutela de los adoptantes. Se le atribuye al adoptado la condición de hijo, con los mismos derechos y deberes, inclusive sucesorios, desligándolo de cualquier vínculo con los padres biológicos, salvo los impedimentos matrimoniales.

El adoptante debe tener como mínimo 21 años con independencia de su estado civil. La adopción depende del consentimiento de los padres o representantes legales del adoptado, igualmente a la edad de 12 años el adoptado ya puede expresar su consentimiento respecto de la adopción.

La guarda previa existe en el Derecho Brasileiro pero corresponde al Juez apreciar su plazo de duración. El estatuto establece la irrevocabilidad de la adopción, y que la muerte de uno de los adoptantes no restablece la patria potestad de los padres naturales.

#### b. Chile

La ley chilena que regula la adopción es la 18.703, de 1988, consagra un doble régimen adoptivo. Establece que la adopción simple implica una protección para los menores de 18 años en situación de precariedad económica y necesitada de protección y asistencia.

Entre las causales de extinción de la adopción simple esta la llegada a la mayoría de edad por parte del adoptado.

En tanto, la adopción plena está reservada para los cónyuges no divorciados, con cuatro o más años de casados, mayores de 25 años y menores de 60 años de edad. Se determina la extinción de los vínculos filiatorios con los padres biológicos, y se consagra su irrevocabilidad. La ley chilena autoriza la adopción internacional pero

resuelve que esta deberá ser autorizada por el juez del domicilio del menor rigiéndose la adopción por la ley del país en que se otorgue.

Se requiere previamente la declaración judicial de abandono, y el funcionamiento de un registro de autorizaciones, con individualización del menor, de los futuros adoptantes y del tribunal que autorizó la salida.

#### c. Uruguay

La legislación de este país ha introducido la figura de la legitimación activa, por la cual con el testimonio de la sentencia ejecutoriada de legitimación adoptiva, el adoptante legitimante efectuará la inscripción del menor “como hijo legítimo inscripto fuera de término”. Consiste en una especie de adopción pero con efectos mucho más amplios que los de la adopción simple. Esto es así porque, mediante la legitimación, el adoptado, adquiere la calidad de hijo legítimo (que por naturaleza no lo es) respecto de la familia a la cual se incorpora.

Solamente pueden ejercer la legitimación adoptiva quienes estén o hayan estado unidos en matrimonio, el cual debe tener una antigüedad de por lo menos cinco años. Es decir que no puede legitimar un soltero, solo pueden hacerlo los esposos, el viudo/a y los esposos divorciados. Edad: no inferior a los 30 años. Excepcionalmente, si no mediare oposición del Ministerio Público, se puede conceder aún cuando uno o ambos legitimantes no fueren mayores de 30 años.

En cuanto a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado: el primero debe tener por lo menos 15 años más que el nombrado en segundo lugar. Sin embargo, por motivo fundado y expreso, el juez puede otorgar la adopción aún cuando uno o los dos cónyuges no alcanzaren tal diferencia de edad.



La ley 10.674 dispone que la adopción simple, no obsta a la legitimación adoptiva posterior, es decir que se permite la legitimación adoptiva de menores que, con anterioridad, ya han sido objeto de adopción. Puede darse dos situaciones: a) que la legitimación adoptiva de un menor adoptado sea gestionada por terceros- en este caso corresponde previamente tramitar la pérdida de la patria potestad de los adoptantes; y b) que la legitimación adoptiva posterior quieran llevarla a cabo los adoptantes.

Igualmente se establece el derecho del adoptado a acceder a su expediente a partir de los 18 años de edad.

#### d. El Salvador

La institución de la adopción está regulada en El Código de Familia de El Salvador (dec. 677, del 11-10-93) regula lo que como “FILIACIÓN ADOPTIVA”.

La finalidad está dada en la protección familiar y social, especialmente establecida en el interés del menor. Se contempla a la adopción conjunta y a la adopción individual. Se fija una edad mínima para adoptar de 25 años, exceptuándose a los cónyuges con más de cinco años de casados. También se consagra la necesidad del consentimiento de los padres para otorgar la adopción, el menor a partir de los 12 años debe expresar su conformidad para la adopción.

La adopción procede en el caso de menores de filiación desconocida, abandonados o huérfanos de padre y madre, procurando definir el abandono. Igualmente pueden ser adoptados menores bajo guarda o cuidado, siempre que existan motivos justificados, según apreciación judicial.

Prevé la adopción por extranjeros cuando se hubieren agotado las posibilidades de adopción a nivel local.

Se consagra que toda adopción debe ser autorizada por el Procurador General de la República y el Instituto Salvadoreño de Protección al menor, siendo decretada por el juez competente.

#### *6.6. Conclusiones parciales*

Evidentemente la legislación en el ámbito internacional ha avanzado en el reconocimiento de los derechos fundamentales del menor y los instrumentos para su ejercicio.

La legislación comparada demuestra la existencia de un común denominador “el interés superior del niño” definido y reconocido por la Convención sobre los derechos del niño, siendo este el avance determinante para que la mayoría de los países realice las modificaciones legislativas necesarias para su correcto ejercicio y el otorgamiento de garantías a las partes involucradas.

**CAPITULO 7: CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

Desde el 01 de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ordenamiento que constituye una actualización de las normas a través de la incorporación de criterios jurisprudenciales adaptados a la realidad contemporánea. Entre las principales normas relativas al régimen de adopción podemos citar:

- La adopción es considerada una figura tendiente a satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia, lo cual se encuentra definido en el título VI del Libro segundo del nuevo Código. En este sentido, convenientemente el legislador define a la figura de la adopción como una alternativa para aquellos niños que no pueden vivir en su familia biológica. La reforma en el artículo 594 protege el derecho del niño y adolescentes a vivir en el seno familiar para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, siempre y cuándo ellas no puedan ser proporcionadas por la familia de origen.
- Existe un reconocimiento explícito de los derechos constitucionales-internacionales que sostienen al instituto de la adopción. Así, el art. 595 quedan de manifiesto los principios relativos al interés superior del niño, respeto por el derecho a la identidad, agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, preservación de los vínculos fraternos priorizando la adopción de grupos de hermanos, derecho a conocer los orígenes y especialmente el derecho a ser oído así como su opinión tenida en cuenta hasta el extremo en que a partir de los diez años la adopción requiera del consentimiento del menor. Si bien estos principios ya se encontraban comprendidos en el Código Civil, su declaración en el nuevo texto representa un marco de referencia a utilizar por los jueces frente a un vacío legislativo o laguna propia del derecho. En consonancia con estos principios, el artículo 607 afirma que la condición de adoptabilidad no resulta suficiente “*si algún familiar o*

*referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado en el interés de este” (art. 607).*

- Se reafirma el derecho a conocer los orígenes, flexibilizando su ejercicio aún antes de la mayoría de edad, presumiendo que cuenta con la edad y grado de madurez para ello ante su mera inquietud. Asimismo, se amplía el ámbito, judicial o administrativo en el que se pueda localizar información referida al origen, obligando a resguardar la fuente que permitirá al adoptado conocer su historia así como la disposición de los organismos y personas a asesorar no solo a los adoptados sino también a los adoptantes. Complementariamente se admite el ejercicio de una acción autónoma, sin involucrar el vínculo jurídico creado por la adopción, por medio de la cual con posterioridad a la adopción plena es factible el reconocimiento del vínculo biológico con los progenitores.

- El nuevo sistema adopta un régimen de flexibilidad y coherencia entre la adopción y el sistema de protección integral de derechos de niños y adolescentes regulado por la ley 26.061. Con este marco, se reconoce la posibilidad de decidir la declaración de adoptabilidad de un niño a cargo de un juez cuando un equipo interdisciplinario ha trabajado en la familia de origen y/o ampliada durante un tiempo razonable sin revertir la situación de vulnerabilidad que impide al niño regresar al núcleo familiar. En el marco de flexibilidad que adopta el nuevo régimen, reconociendo el grado de complejidad que conlleva a este instituto, se admite la valoración del juez en torno a la satisfacción de los derechos humanos fundamentales que lo sustentan para determinar la adoptabilidad.

- La reforma otorga especial protagonismo al niño o adolescente en el proceso adoptivo, confirmando el compromiso de considerar al menor como sujeto de derecho en este instituto. Las manifestaciones de esta tendencia se encuentran en el

proyecto toda vez que se requiere del consentimiento del niño a partir de los diez años para consolidar el acto de adopción. Por otra parte, ya comentamos la alternativa de acceder a los datos biológicos antes de asumir la mayoría de edad. Finalmente, queda de manifiesto la consideración del menor en la necesaria participación del niño en la construcción de su apellido como uno de los tantos elementos que integran la identidad (conf. art. 626, 627 inc. d y 629 última parte).

- Con el sistema de adopción incluido en la reforma, se requiere la participación de la familia biológica y/o ampliada como “parte” necesaria, lo cual merece dos interpretaciones. Por una parte se revaloriza el rol de la familia de origen haciendo referencia al derecho del niño a vivir en el seno de la misma. Desde otra óptica la intervención previa consolida el proceso adoptivo, especialmente en lo que respecta a la decisión de entregar al menor a otra familia. Así, el art. 608 de la reforma reconoce la intervención del niño en primer lugar y a sus padres biológicos en segundo lugar, incluyendo a los hermanos, demás parientes y referentes afectivos del menor. Con estas normas, si alguno de los miembros que componen la familia del menor declara la posibilidad de incorporar al menor al seno familiar el proceso de adopción quedará sin efecto, otorgando a tal fin un plazo máximo de 180 días para trabajar con la familia. Asimismo, se faculta a los jueces a otorgar la adopción plena dejando subsistente el vínculo jurídico con algún miembro de la familia, respetándose así desde la ley los lazos afectivos.

- Entre las modificaciones se amplían las personas que pueden adoptar, incluyendo la adopción unipersonal como la bipersonal o conjunta, con total independencia de la orientación sexual de la o las personas pretensas adoptantes. Con estas características, se admite la calidad de adoptante a las parejas no casadas, haciendo referencia a elemento central vinculado al interés superior del niño, por

encima de la formalización o no del vínculo de pareja. Incluso si la pareja se divorcia cuando el niño ya convive en el grupo familiar se mantiene la adoptabilidad y vigencia de los vínculos adquiridos. Además la edad para adoptar disminuye de 30 a 25 años, siendo suficiente que uno de los padres adoptivos cumpla con tal requisito. Otro cambio sustancial se refiere al requisito de permanencia en el país por un lapso de 5 años anteriores a la guarda, lo cual no resulta aplicable para las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país. Finalmente se mantiene el requisito de estar debidamente inscripto en el correspondiente registro de adoptantes.

- La reforma establece modificaciones tendientes a “ordenar” el proceso de adopción y para ello el tiempo cumple un rol fundamental. Las etapas existentes en la actualidad se mantienen, aunque reguladas específicamente bajo principios fundamentales. Así, existe un primer y necesario proceso denominado la “declaración judicial de la situación de adoptabilidad”, lo cual en la actualidad se desarrolla en un silencio legal. El segundo proceso, es el de adopción propiamente dicha que se regula en los arts. 615 a 618. En tal sentido, la guarda preadoptiva forma parte de esta segunda etapa, siendo la figura que se otorga de manera provisoria para evaluar si la familia pretensa adoptante que se selecciona, efectivamente, genera empatía y lazo afectivo con el niño. En tal sentido, la sentencia de privación de responsabilidad parental resulta de la primera fase y equivale a la declaración judicial del estado de adoptabilidad (art. 610). En esta misma línea, el nuevo Código establece de manera expresa que una vez cumplido el período de guarda “*el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción*” (art. 616). Hasta su vigencia esta cuestión no estaba regulada y otorgaba un marco temporal al proceso adoptivo.

- Se mantiene la prohibición de la guarda de hecho al vedar expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo; pero amplía esta prohibición al disponer que se extiende a toda “*entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño*” (art. 611). Pero no se queda en la mera prohibición, sino que avanza al facultar a los jueces a “*separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño*”. El nuevo Código reconoce una ineludible realidad por la que los menores quedan al cuidado de una familia afectiva otorgando al juez la posibilidad de evaluar el caso para determinar la veracidad del vínculo y conveniencia en el marco de los derechos fundamentales del menor.

El Código Civil y Comercial de la Nación propone el abandono de una estructura rígida y para ello, en primer término, admite existen tres tipos de adopción: “*Este Código reconoce tres tipos de adopción: a) plena; b) simple; c) de integración*”(art. 619). Así, la adopción de integración no sólo involucra la adopción del hijo del cónyuge, sino también del conviviente. La segunda novedad sustancial que involucra al juego entre la adopción plena y simple gira en torno a la flexibilidad de ambos tipos adoptivos a través del art. 621 se faculta al juez a decidir según las circunstancias del caso, si se otorga la adopción plena o simple, siempre “*atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño*”. Ahora bien también se lo habilita fundado en el mismo argumento a que “*a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la*



*familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple”.*

Finalmente, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación representa una primera aproximación a la inclusión expresa de los derechos humanos fundamentales del niño en el ordenamiento nacional, lo cual constituye un avance normativo que otorga flexibilidad al proceso al mismo tiempo que establece las bases para la consolidación de un proceso que antes de su vigencia se definía por el solo criterio de los jueces a cargo de cada caso.

## CONCLUSIONES

La adopción como todo proceso que se desarrolla dentro de una estructura social dinámica, está expuesta a cambios en su regulación, finalidades y en sus formas de aplicación y gestión institucional.

Una de las cuestiones que más temores suscita entre los adoptantes es el interrogante si la madre-padre biológica, luego de dado su asentimiento para la guarda pre-adoptiva se arrepiente de su decisión.

Como consecuencia del análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia podemos afirmar que el principio rector en lo que respecta a la protección de los derechos del menor, su familia biológica y los adoptantes se encuentra en la Convención de los Derechos del Niño. En tal sentido, resulta indispensable que las partes intervinientes y los jueces a cargo de los procedimientos se rijan con la celeridad y competencia atendiendo al interés superior del niño.

Nuestro país asumió el compromiso de respetar los derechos de los menores de edad al considerar con rango constitucional las normas que resultan de la Convención Nacional de los Derechos del Niño. A tal fin, el sistema jurídico Nacional y Provincial se encuentra en constante proceso de adaptación y crecimiento para proteger los derechos de las partes, principalmente en lo que respecta a las necesidades del menor. En tal sentido, resulta primordial que los agentes que intervienen en el proceso de administración de la justicia, consideren las siguientes particularidades relativas a la intervención de un menor en el mismo:

- Celeridad en los tiempos
- Consecuencias psicológicas en el menor como consecuencia de las relaciones familiares resultantes de los procesos de guarda pre adoptiva

- Situaciones contextuales en las que los padres biológicos manifiestan la voluntad de entregar al menor en adopción.
- Bienestar del menor en el seno del grupo familiar, sea este biológico o adoptivo.
- Desarrollo de decisiones y procedimientos tendientes a establecer procesos que permitan el respeto del interés superior del niño.

Finalmente, se adhiere a la posición de no restituir al menor a sus padres biológicos como consecuencia del arrepentimiento de los mismos. El sistema jurídico argentino debe instrumentar los procedimientos previos que permitan determinar la real voluntad de los padres que entregan a su hijo menor en adopción, antes de que el menor ingrese al seno de la familia adoptante. En todo caso, quedará a decisión del menor, quien en ejercicio del derecho a la libertad de expresión opte por reingresar al su familia biológica, asistido convenientemente por profesionales idóneos en la materia.

Un importante avance en el marco normativo actual representa el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir del 01 de agosto de 2015. En virtud de las consideraciones vertidas, si bien el ordenamiento no prohíbe expresamente la posibilidad de arrepentimiento de los padres biológicos luego de otorgada la guarda preadoptiva, otorga una estructura inicial en la que se otorga una especial participación al menor y su familia biológica/ampliada. Particularmente considero que esta modificación adquiere especial relevancia toda vez que, en primer lugar se determina la adoptabilidad del menor considerando su contexto y condiciones particulares, otorgando al juez la posibilidad de evaluar la realidad de los hechos que permitan identificar las posibles intenciones de los familiares y el niño respecto de la entrega del menor en adopción. Este proceso otorga cierta garantía para la familia

adoptante, ya que los padres biológicos y parientes no solo manifiestan la aceptación respecto de la adopción, sino que además serán evaluados por un equipo interdisciplinario que definirá la condición de adoptabilidad del menor. La reforma no prohíbe el arrepentimiento de los padres biológicos ni restitución del menor en la guarda preadoptiva, pero el juez dispone de los antecedentes de cada caso para basar sus decisiones con el marco del interés superior del niño como principio fundamental.

En síntesis, el sistema jurídico debe otorgar las garantías suficientes a la familia adoptante que pone a disposición del menor el contexto necesario para el pleno ejercicio de sus derechos, en un marco de contención y fraternidad característico de las relaciones familiares.

## BIBLIOGRAFIA

### Doctrina.

- D' Antonio, D. H., (1997). *Régimen Legal de la Adopción*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.
- Bossert, G. A., Zannoni, E. A., (2004). *Derecho de Familia*. (6º Ed. Actualizada) Astrea, Buenos Aires.
- Medina, G., Galera, E. L., Pérez Lasala, F. (1998). *La adopción*. Bueno Aires: Rubinzal-Culzoni. t I y II.
- Rondano, E. A., Salvadores, A. S. (2011, Noviembre). *Trabajo Científico del Tercer Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia*. Triple frontera, Iguazú, Misiones, Argentina.
- Yuni, J. A., Urbano, C. A., (2003). *Técnicas para investigar*. 2º Ed. Brujas, Buenos Aires.
- Kielmanovich, J, *Garantías procesales en la adopción-* Documento elaborado para el encuentro “Reformulación legal para la adopción a la luz del derecho a la identidad y la sanción de la ley 26.061.
- Belluscio, A., *La adopción plena y la realidad biológica*, 1998-III-1001.
- Chavaneau, Silvia, *La reformulación legal de la adopción a la luz del derecho a la identidad y la sanción de la ley 26.061*. Documento de trabajo del Encuentro sobre Reformulación Legal de la Adopción a la luz del Derecho a la Identidad y la sanción de la ley 26.06 citado.
- Andueza Acuña, E (1979) *Derecho de menores*. Fondo Editorial Común

- Ander Egg, E (1995). *Técnicas de Investigación social*. Ed.

Lumen 24° edición, Buenos Aires.

**Jurisprudencia.**

- CCiv. y Com. Azul, Sala II 2000/03/16-G., S. P. A. - C., E.,

LLBA, 2001-79 - ED, 189-115.

- Corte de Justicia de la Provincia de San Juan.1998/04/01. G.,

A. V.LA LEY, 1998-F, 64

- CCiv. Y Com. Azul- 1997/10/30,LLBA, 1997-1368 - DJBA,

154-593

- Capel. Juzgado de Familia nº 2. Sala III - "T.,L.C S/ GUARDA

PREADOPTIVA" (Expte. N° 34427/8)(2008)

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR  
TESIS DE POSGRADO O GRADO**

**A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

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

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	NINCEVIC, ANAHÍ BELÉN
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	33.299.374

<p><b>Título y subtítulo</b></p> <p><i>(completos de la Tesis)</i></p>	<p><i>“LA GUARDA PREADOPTIVA Y LA POSIBLE REVOCACIÓN POR ARREPENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS”</i></p>
<p><b>Correo electrónico</b></p> <p><i>(del autor-tesista)</i></p>	<p>anahi-nincevic@hotmail.com</p>
<p><b>Unidad Académica</b></p> <p><i>(donde se presentó la obra)</i></p>	<p>Universidad Siglo 21</p>
<p><b>Datos de edición:</b></p> <p><i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i></p>	



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

<b>Texto completo de toda la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)</i> <sup>[1]</sup>	SI
<b>Publicación parcial</b> (informar que capítulos se publicarán)	-

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

**Lugar y fecha:**

\_\_\_\_\_  
Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta  
dependencia.

\_\_\_\_\_  
Firma

\_\_\_\_\_  
Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

\_\_\_\_\_

