

LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Graciela Medina

1. Introducción¹

La adopción es un instituto nuevo en nuestra legislación, ya que fue incorporado en nuestro ordenamiento positivo en el año 1948, casi a los 100 años de vigencia del Código Civil, el que en su redacción originaria no lo contemplaba.

La primera norma que legisló sobre el instituto fue la ley 13.252/48, que otorgaba la adopción a quienes tuvieran 40 años u 8 años de casados, preveía un periodo de guarda de dos años y contemplaba un solo juicio para lograrla.

En el año 1971, la ley 13.252 fue reemplazada por la ley 19.134, que disminuyó tanto la edad para ser adoptante (de 40 a 35 años), como el plazo de casados (de 8 a 5 años), al mismo tiempo bajó el plazo de guarda (de 2 años a 1 año) y mantuvo la necesidad de un solo proceso para obtener la filiación adoptiva.

En el año 1997 la ley 19.134 fue cambiada por la ley 24.779, que disminuyó tanto la edad para ser adoptante (de 35 a 30 años), como el plazo de casados de 5 a 3 años, bajó el tiempo de guarda (de 1 año a 6 meses ó 1 año, según el caso) y aumentó la cantidad de procesos para lograr la adopción; mientras antes se requería solo el juicio de adopción, a partir de la vigencia de la ley 24.779 se necesitan dos procesos, el de guarda con fines de adopción y el de adopción.

Ya en el siglo XXI, en el año 2004, se dicta la ley 25.854 que crea el Registro Único de adoptantes que fue reglamentado por los decretos 383/2005, 1022/2005 y 1328/2008.

Si observamos la evolución de la legislación adoptiva vemos que: por un lado se **disminuyen** tanto los **requisitos** objetivos que se requieren a los adoptantes como el plazo de guarda con fines de adopción, al tiempo que se **aumentan los números de procesos** judiciales para lograr la adopción y se **agregan procesos administrativos**.

Estos cambios legislativos no han dado ningún resultado positivo en orden a la eficacia práctica, porque año a año crecen tanto los niños en situación de abandono, como las personas que desean adoptar y no lo logran.

Así, ni la disminución de condiciones relacionadas con la edad y el estado civil de las partes, ni el aumento de trámites judiciales y administrativos que se obliga a realizar a los pretendidos adoptantes han mejorado la situación de los niños en condición de desamparo, ni han contribuido a lograr su “interés superior” de vivir en una familia.

La probada ineficacia del sistema argentino de adopción motivó que uno de los fines tenidos en cuenta en el proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de la Nación sea mejorarlo.

El motivo de estas líneas es describir cuáles son las reformas propuestas al instituto en la legislación proyectada para lograr el fin propuesto.

2. Enumeración de los cambios más importantes en la legislación proyectada.

El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación propone múltiples cambios en materia de adopción que previo a explicarlos, los vamos a enumerar:

- a) Incorporación de una parte general en materia de adopción con principios generales.
- b) Definición limitada de uno de los cuatro tipos de adopción que acepta el código.
- c) Regulación de cuatro tipos diferentes de adopción: de menores, de mayores, de integración y en el extranjero.
- d) Fortalecimiento del derecho a conocer sus orígenes.
- e) Establecimiento de cuatro procesos para llegar a la adopción. Uno administrativo y tres judiciales.
- f) Administrativización de los procesos judiciales para lograr la adopción. Intervención en calidad de parte del órgano administrativo.
- g) Regulación de la declaración de adoptabilidad.

¹ Sobre el tema de la ver Ursula C. Basset.” Adopción en la Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación La Adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial” en RFyP julio 2012 p. 139 Lidia B. Hernáandez “Una primera mirada a la institución de la adopción plena en el Proyecto”, en RFyP julio 2012 159

- h) El abandono deja de ser una causal de entrega en guarda con fines de adopción.
 - i) Los convivientes pueden adoptar conjuntamente.
 - j) Se permite la adopción conjunta por divorciados.
 - k) Se disminuye la edad para adoptar de treinta, a veinticinco años.
 - l) Se suprime la condición de duración de tres años en el matrimonio.
 - m) Se suprime la esterilidad matrimonial para legitimar la adopción, sin la edad legal.
 - n) Se disminuye la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 18 a 16 años.
 - o) El mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado.
 - p) Se regula la adopción de integración.
 - q) Regulación de las relaciones con la familia biológica.
 - r) Disminución del plazo de guarda con fines de adopción de un año a seis meses.
 - s) Aceptación relativa de las guarda de hecho.
 - t) Intervención judicial de oficio en juicio de adopción.
 - u) La adopción plena se relativiza y se mantienen los lazos con la familia de origen.
 - v) En la adopción plena se permite la investigación de la filiación biológica a los fines de los impedimentos matrimoniales y de los derechos sucesorios.
 - w) Se regula la adopción internacional.
- Intentaremos explicar brevemente todos estos puntos.

3. Parte general

El Proyecto de Código Civil y Comercial contiene un Título Preliminar y luego una Parte General para todo el Código, así como partes generales para las diversas instituciones que regula.

El dictado de partes generales en cada institución, que fue la técnica utilizada en el Proyecto de 1998, tiene como objeto establecer conceptos normativos, que luego se especifican, y señalar los principios generales a los que se debe acudir en caso de duda en la aplicación de la norma.

Este es el sistema seguido en materia de adopción, donde se redactó un capítulo general que contiene la definición y los principios generales. Así el Libro Segundo, dedicado a las Relaciones de Familia, contiene el Título VI referido a “La Adopción”, que tiene un Capítulo 1 de “Disposiciones Generales” donde encontramos el concepto en el artículo 494 y los principios generales en el artículo 595.

Resulta muy importante el establecimiento de una parte general en materia de adopción porque ella determina los principios y las finalidades de la institución, que son pilares imprescindibles a la hora de la interpretación y de llenar las lagunas del ordenamiento positivo.²

Los principios generales en materia de adopción cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley.

Como fuente, los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres.

Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico.

Cabe señalar que los principios generales de adopción por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando exista una laguna del derecho positivo.

Por otra parte como elemento de interpretación de la ley, los principios generales sirven para:

- solucionar las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas.
- dar la clave para interpretar una disposición que ofrece dudas.

Habiendo explicado cuál es el fin e importancia de la parte general de la adopción, nos parece importante reseñar cuáles son los principios que contiene.

4. Principios generales sobre adopción

² En orden a valorar la función que cumple la parte general en materia de adopción hay que tener en cuenta que el artículo 2 del proyecto establece que “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”.

Según el artículo 595 la adopción se rige por los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño;
- b) el respeto por el derecho a la identidad;
- c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
- d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
- e) el derecho a conocer los orígenes;
- f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años.

Cabe señalar que ninguno de estos principios puede ser interpretado aisladamente, sino que se interrelacionan y se integran con todo el ordenamiento jurídico, así por ejemplo la prioridad a la adopción de grupos de hermanos debe ser realizada en tanto ello beneficie el interés superior del menor; si por el contrario un menor viola y abusa de su otro hermano, flaco favor se le hará a la víctima priorizando su adopción conjunta con quien lo viola.³

De estos principios generales, interesa destacar el tercero:

4.1. El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada

La permanencia del niño en su núcleo familiar es un principio que está contemplado en la Convención de Derechos del Niño, en el artículo⁴ 9, que dice

“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”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica se ha ocupado extensamente sobre los derechos del niño y la protección a la familia en su Opinión Consultiva 17. En ella ha establecido que el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas⁵.

Pero el Máximo Tribunal Americano de Derechos Humanos de América se ha preocupado por señalar que el derecho de permanencia con la familia de origen no es un principio absoluto. Y por ende, si existen motivos fundados, el niño debe ser separado de su familia, ya que el Estado debe preservar su interés superior.⁶

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aclarado que la permanencia en la familia de origen no es un derecho absoluto señalando que:

4.2. El disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia.

³ Ver el caso C. n° 55.454 – “Á. F. A. y Á. C. A. y Á. M. Á. s/ Protección y Guarda de Personas” – CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL (Buenos Aires) – SALA I – 20/10/2011, en el cual el hermano mayor violaba a los tres hermanos menores, que comenté en “Declaración de preadoptabilidad. Responsabilidad del Estado por pérdida de chance de adopción por extensión indebida de la institucionalización.”

⁴ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_242_esp.pdf CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS □ CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE LA SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2012

(Fondo, Reparaciones y Costas)

⁵ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 67 y 71.

⁶ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 72, 75 y 77.

4.3. La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la **evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales**, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos.

Por nuestra parte, queremos poner de relieve que es importante que los jueces tengan claro que **el Estado es responsable ante los menores tanto si los priva indebidamente de vivir en su familia de origen, como si priva a los niños de su derecho a vivir en una familia adoptiva por exagerar la búsqueda de la familia de origen y dejar pasar el tiempo de la niñez sin otorgarlos en adopción.**

Sobre el tema cabe recordar que en el caso “Forneron”, la Argentina ha sido condenada a reparar a un padre biológico porque el Estado entregó a su hija en adopción sin su consentimiento y con su oposición, privando a la niña de vivir en su familia de origen.⁷

También hay que tener en cuenta los casos en que el Estado es responsable por excederse en la búsqueda de la familia biológica y pasar años antes de dictar el estado de adaptabilidad, lo que contraría el interés superior del menor al prácticamente impedirle la adopción.

Es por eso que el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada debe hacerse en los plazos establecidos por la ley y teniendo en cuenta el interés del niño.

En este sentido la Corte Americana de Derechos Humanos ha sostenido que, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades⁸.

5. Definición de uno de los cuatro tipos de adopción

En el primer artículo de la parte general se da una definición incompleta del instituto de adopción porque sólo se refiere a la adopción de menores, siendo que el Código regula cuatro tipos de adopción: la de niños, la de integración, la de mayores y la adopción en el extranjero.

En el artículo 594 se define a la adopción diciendo que *“La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.*

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

Evidentemente, el concepto no incluye a la adopción de integración ya que alude a niños que carezcan de una familia que pueda satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, y cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente no se da tal situación de desamparo.

La definición tampoco comprende a la adopción de mayores de edad, porque se refiere a niños, niñas y adolescentes y no a mayores.

Y finalmente, la conceptualización tampoco comprende a la adopción conferida en el extranjero o adopción internacional, que se rige por las leyes del lugar de su otorgamiento.

En definitiva hay que tener en cuenta que la definición del artículo 594 se dirige a conceptualizar sólo la adopción de menores de edad otorgada en la Argentina, que no sea una adopción integrativa.

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2012, (*Fondo, Reparaciones y Costas*).

⁸ Cfr. *Asunto L.M.* Medidas Provisionales respecto de Paraguay. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16.

6. Regulación de cuatro tipos de adopción

Se distinguen y regulan de manera diferenciada cuatro tipos de adopción

1. Adopción de menores, la que a su vez puede ser plena o simple
2. Adopción de mayores, establecida en el art. 597 inc. a y b
3. Adopción de integración, contemplada en la sección 4ta arts. 630 a 633
4. Adopción en el extranjero, arts. 2635 a 2638

7. Se establecen cuatro procesos para llegar a la adopción de menores. Uno administrativo y tres judiciales.

La Ley 24.779 del año 1997 sobre adopción, establece dos procesos para llegar a la adopción: la guarda de hecho, que dura de seis meses a un año y, el juicio de adopción, que otorga la filiación adoptiva.

El proyecto agrega dos nuevos procesos a los existentes.

En la legislación proyectada, previo a todo, hay un procedimiento administrativo de adoptabilidad (art. 607), luego un juicio de declaración de adoptabilidad (608 a 610), en tercer lugar, hay un proceso de guarda judicial preadoptiva (capítulo 3 “Guarda con fines de adopción”, arts. 611 a 614) y en cuarto lugar se lleva a cabo el juicio de adopción (capítulo 4, “Juicio de adopción”, arts. 615 a 618).

Esta cuádruplicidad procedimental, busca dar certeza al procedimiento de adopción y cumplir con la obligación establecida en la convención de preservar el derecho del niño de permanecer en su familia biológica.

Difícilmente dos procesos de declaración de situación de adoptabilidad, un proceso de guarda preadoptiva y un juicio de adopción, contribuyan a dar celeridad al instituto de la adopción, máxime cuando también se da participación a multiplicidad de partes, con intensa participación obligatoria del órgano administrativo y cuando en todos estos juicios se dictan resoluciones que pueden ser revisadas por otros órganos superiores y sentencias que pueden ser apeladas, en general con efecto suspensivo.

Por otra parte, en otros casos, previo a la guarda con fines de adopción, se requiere que tenga lugar el proceso de privación de la responsabilidad parental, el cual es un proceso ordinario y con plazos extendidos.

Lo que en definitiva queremos destacar es que siempre se requieren cuatro o tres procesos para lograr una sentencia de adopción

7.1 Tipos de procesos requeridos para obtener la adopción de niños

Ya hemos señalado que el Código Civil y Comercial distingue cuatro tipos de adopciones

- ☞ Adopción de mayores
- ☞ Adopción de menores
- ☞ Adopción integrativa
- ☞ Adopción en el extranjero

La adopción de menores se puede obtener de diferentes maneras.

- ☞ Por pérdida de la responsabilidad parental
- ☞ Por declaración judicial de situación de adaptabilidad
- ☞ Por entrega directa de los progenitores en casos limitados.

La declaración judicial de situación de adoptabilidad se puede obtener siempre previo a una declaración administrativa de adoptabilidad que tiene diferentes requisitos según se trate de:

- ☞ Supuesto de niños huérfanos
- ☞ Supuesto de niños entregados en adopción
- ☞ Supuesto de niños en que las medidas excepcionales tendientes a que permanezcan en su familia de origen o ampliada no han dado resultado en un plazo de 180 días.

7.2 Proceso de declaración administrativa de preadoptabilidad en el caso de huérfanos o niños sin filiación acreditada

En el caso de los niños huérfanos, sin filiación acreditada, la autoridad administrativa debe agotar la búsqueda de los familiares de origen por un plazo de 30 días prorrogables por otros 30 días (art. 607).

Si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y el pedido es considerado adecuado, no se puede dictar la declaración de adoptabilidad.

Si por el contrario, se agotó el plazo sin que se encontraran a los familiares de origen, o éstos no se hacen cargo del menor, se debe dictar la declaración administrativa de adoptabilidad.

La norma no señala el plazo que tiene el órgano administrativo para su dictado, solamente establece que debe emitirse el acto administrativo una vez vencidos los plazos de búsqueda de la familia de origen. Naturalmente debe existir un plazo prudencial para dictaminar, esperemos que la administración no sea morosa en su dictado, porque no vemos quién podría plantear un “Pronto despacho”.

Advertimos que basta con que un referente afectivo ofrezca asumir la guarda de un niño huérfano o sin filiación acreditada para que se imposibilite su adopción. Esto es muy grave porque la guarda, ni crea lazos de parentesco, ni genera claros deberes alimentarios, ni suscita derechos sucesorios. Por ende, la autoridad administrativa deberá ser muy cuidadosa en este sentido y explicar claramente cuál es el fundamento por el cual impide la adopción mediante una decisión en la que prioriza otorgar la guarda a “un referente afectivo” que no ofrece adoptarlo. Además la autoridad administrativa deberá fundar en qué contribuye ello al interés superior del niño, circunstancia que en abstracto no se justifica ni se entiende.

Llama la atención que no se haya previsto ningún tipo de apelación o revisión judicial para la decisión administrativa de denegar el estado de adoptabilidad de un menor huérfano o sin filiación acreditada cuando un referente afectivo ofrezca asumir la guarda del niño. Creemos que esta decisión debe ser revisada por el juez, porque priva al niño de un emplazamiento definitivo en una familia.

7.3 Proceso de declaración administrativa de adoptabilidad de niños entregados en adopción por sus padres

Si los padres tomaron la decisión libre e informada de que su hijo sea adoptado, hay que distinguir si los progenitores son mayores o menores.

✂ Entrega en adopción por progenitores mayores de edad

En el supuesto de que la madre decida entregar a su hijo en adopción, su decisión solo puede ser tomada después de los 45 días de nacido el niño; en este caso, el organismo administrativo competente debe agotar las medidas tendientes a que el niño o niña permanezca en su familia de origen o ampliada, durante un plazo de 180 días; vencido el término sin resultado positivo, se puede dictar la declaración administrativa de adoptabilidad, siempre que un referente afectivo no decida asumir la guarda (art. 607).

Insistimos en que optar por entregar la guarda a un referente afectivo en contra de la voluntad de los progenitores de darlo en adopción es muy grave, porque la guarda no genera parentesco, ni crea obligación alimentaria idéntica a la filiatoria, ni establece derechos sucesorios, por ello la decisión que deje de lado la voluntad materna de entregar al niño en adopción para ponerlo bajo guarda de un mero “referente afectivo” no pariente, que ni lo adopta, ni asume las obligaciones de tutor, debe ser específicamente fundada.

✂ Entrega en adopción por progenitores menores de edad. Asentimiento de uno de los titulares de la responsabilidad parental del adolescente.

Los padres menores de edad no pueden entregar a sus hijos en adopción sin el asentimiento de quienes tienen su responsabilidad parental de conformidad a lo dispuesto por el artículo 644 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En caso de que una madre adolescente decida entregar su hijo en adopción la autoridad administrativa deberá tratar de obtener el asentimiento de al menos uno de los progenitores del adolescente para completar su consentimiento, ya que no obstante el reconocimiento de su capacidad progresiva, la legislación proyectada no los ha considerado absolutamente capaces para entregar a sus hijos en adopción sin el asentimiento de quienes ejercen la autoridad parental.

El Código no ha determinado un plazo para lograr este asentimiento, pero creemos que el término no puede superar los 180 días, dentro de los cuales se deberán tratar de agotar las medidas tendientes a que el niño o niña permanezca en su familia de origen o ampliada, o se deberá lograr el asentimiento de quien detenta la responsabilidad parental del progenitor adolescente que quiere dar a su hijo en adopción.

Vencido el plazo de 180 días sin que se haya encontrado al titular de la responsabilidad parental que pueda dar el asentimiento para que el adolescente entregue a su hijo en adopción, o cuando este asentimiento es negado, el juez debe decidir por el procedimiento más breve previsto por la ley local.

Cabe señalar que el juez en este caso sólo decide sobre la posibilidad de que la autoridad administrativa dicte la declaración administrativa de adoptabilidad, pero no sobre la declaración judicial de adoptabilidad, que requiere una decisión administrativa previa. La triplicidad de procesos (judicial, administrativo y judicial) constituye un absurdo y una pérdida de tiempo, que debería evitarse, directamente con la declaración judicial de adoptabilidad.

7.4. Proceso de declaración administrativa de adoptabilidad en el supuesto que las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada no a dado resultado en un plazo de 180 días

Cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, se pueden tomar medidas excepcionales tendientes a que el niño permanezca en su familia de origen o ampliada, por un plazo de 180 días; si estas medidas no dan resultado, el juez debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad y comunicárselo al juez en el plazo de 24 hs. (artículo 607 del Código Civil y Comercial).

7.5. Conclusiones sobre el proceso administrativo de situación de adoptabilidad

El juicio administrativo de declaración de adoptabilidad está lleno de escollos para el menor, a quien le será muy difícil que se le otorgue ese estado, además que se ignora cuál es la ley procedimental que se le aplicará en la determinación de plazos, recursos y posibles nulidades. Ante este silencio, entendemos que se regirá por la ley de procedimiento administrativo que por ser local que varía de Provincia en Provincia.

No se entiende porqué el proyecto prefiere dejar al niño en guarda simple con un referente afectivo a darle una filiación estable.

No se entiende porqué el referente afectivo no adopta al niño, niña o adolescente y se obliga con los deberes que surgen de la responsabilidad parental, otorgándole derechos sucesorios.

No se entiende tampoco porqué la ley opta por impedir al niño la adopción en aras de que el niño quede “guardado” por una persona cuyos deberes se desconocen porque no es su tutor.

No se entiende tampoco porqué si la madre y el padre deciden dar el hijo en adopción la ley se empecina en que un órgano administrativo lo impida y busque parientes que pueden ser los abuelos, quienes deberán vivir con una madre que no quiere a su hijo, pero que tiene la responsabilidad parental, que no quiere ejercer.

No existen plazos para que la autoridad administrativa emita los dictámenes, ni consecuencias si no los emite.

8 Declaración judicial de adoptabilidad. Administrativización del procedimiento judicial

Luego de obtenido que un órgano administrativo dictamine sobre si el niño, niña o adolescente se encuentra en estado de adoptabilidad, se deben elevar las actuaciones para que un órgano judicial lo vuelva a declarar en igual estado.

No se trata de una revisión del pronunciamiento administrativo sino de un nuevo proceso.

8.1 Juez competente en el juicio de declaración judicial de adoptabilidad

El artículo 609 establece que tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales.

Puede ocurrir que no hayan existido medidas excepcionales, en este caso la regla que fija la competencia es la establecida en el artículo 716, que especialmente dice que: *“En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.”*

8.2 Intervinientes en el juicio de declaración judicial de adoptabilidad

El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, según el artículo 608, requiere de la intervención de:

- a) con carácter de parte: el niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;
- b) con carácter de parte: los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescente;
- c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;
- d) del Ministerio Público.

El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.

8.3 Procedimiento de declaración judicial de adoptabilidad

Se aplican al procedimiento para obtener la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, las siguientes reglas:

✍ es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita;

✍ la sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción.

Cabe señalar que en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se suprimieron dos incisos que se encontraban establecidos en el anteproyecto que daban agilidad a la adopción. Los incisos suprimidos establecían que *c) la notificación ficta sólo procede si se han agotado todos los medios posibles y razonables para localizar a los padres;*

Y que e) la sentencia es apelable sin efecto suspensivo, excepto que el juez disponga lo contrario fundado en el interés superior del niño.

La supresión de la notificación ficta debe ser suplida por las reglas procesales ordinarias que establecen que esta notificación ficta se realiza cuando se han agotado los medios para lograr una notificación personal

Así, se debe notificar por edicto en los casos previstos por el artículo 145 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dice *“procederá la notificación por edictos cuando se tratare de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore. En este último caso, la parte deberá manifestar bajo juramento que ha realizado sin éxito las gestiones tendientes a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar. Si resultare falsa la afirmación de la parte que dijo ignorar el domicilio, o que pudo conocerlo empleando la debida diligencia, se anulará a su costa todo lo actuado con posterioridad, y será condenada a pagar una multa de PESOS CINCUENTA (\$ 50) a PESOS QUINCE MIL (\$ 15.000).”*

A los fines ejemplificativos vamos a recordar el procedimiento chileno que prevé la presunción de conformidad con la adopción si los padres no concurren a la audiencia y la forma de la notificación ficta. Así la ley chilena sobre adopción N° 19.620 establece en su artículo 14 *“Recibida la solicitud precedente, el juez, a la brevedad posible, citará a los ascendientes y a los otros consanguíneos del menor, hasta el tercer grado en la línea colateral, siempre que la filiación estuviere determinada, para que concurren a la audiencia preparatoria a exponer lo que sea conveniente a los intereses de aquél, pudiendo oponerse a la solicitud, bajo apercibimiento de que, si no concurren, se presumirá su consentimiento favorable a la declaración de que el menor es susceptible de ser adoptado. Asimismo, deberá citarse al menor, en su caso, a la o las personas a cuyo cuidado esté y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto, que hubieren sido mencionados en la solicitud.*

La citación se notificará personalmente a los padres del menor, y por carta certificada a las demás personas; todo ello, en cuanto tuvieren domicilios conocidos. Para este efecto, si no se conocieran los domicilios, el tribunal requerirá, en los términos a que se refiere el párrafo segundo del número 2 del artículo 9º, al Servicio Electoral y al Servicio de Registro Civil e Identificación que le informen, dentro de quinto día, el último domicilio de dichas personas que conste en sus registros.

De no establecerse el domicilio de alguna de ellas, o de no ser habido en aquel que hubiere sido informado, el juez ordenará de inmediato que la notificación se efectúe por medio de un aviso que se publicará gratuitamente en el Diario Oficial el día 1 ó 15 de un mes o el día hábil siguiente si aquél fuese feriado. De igual forma se citará a los ascendientes y consanguíneos del menor de edad cuya filiación no esté determinada. El aviso deberá incluir el máximo de datos disponibles para la identificación del menor. La notificación se entenderá practicada tres días después de la publicación del aviso.

A las personas que no comparecieren se las considerará rebeldes por el solo ministerio de la ley, y respecto de ellas las siguientes resoluciones surtirán efecto desde que se pronuncien”.

Lo que resulta realmente lamentable es que la apelación tenga efectos suspensivos, porque impide la entrega en guarda con fines de adopción y mientras el expediente recorre las instancias judiciales, el niño consume su niñez.

9 Se administrativizan los procesos, dándole intervención en calidad de parte al órgano administrativo.

El proceso de adopción, el juicio de guarda con fines de adopción y el de declaración de adoptabilidad se administrativizan al dársele intervención en calidad de parte al órgano administrativo que participó en la etapa extrajudicial.

Hasta el presente, el trámite de adopción en la Argentina es judicial y el órgano administrativo no tiene intervención, ni en el proceso de guarda preadoptiva, ni en la declaración de adoptabilidad y es el Poder Judicial quien tiene que controlar los requisitos de legalidad y oportunidad de la adopción, estando reservado a los jueces la búsqueda y selección del guardador según el mejor interés del menor.

Mientras que en la actualidad, tanto en la guarda preadoptiva, como en el juicio de adopción son parte sólo los padres biológicos, los pretendientes adoptantes y el Ministerio Público, en el régimen proyectado se le da calidad de parte al órgano administrativo.

En el sistema que se propone, en el juicio de declaración de adoptabilidad el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que dictó las medidas excepcionales, debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad y dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de 24 horas (art. 607).

Por otro lado, el órgano administrativo es parte en el juicio de declaración de adoptabilidad, sin que se aclare cuáles son sus funciones en ese proceso (art. 608).

El organismo administrativo también es parte en el proceso de guarda preadoptiva y participa en la selección de los registros de adoptantes; a estos fines es convocado a una audiencia en el proceso de guarda con fines de adopción (art. 609).

10 El abandono y el desamparo dejan de ser una causal de entrega en guarda con fines de adopción.

El actual artículo 317 del Código Civil establece que el niño, niña o adolescente puede ser entregado en guarda preadoptiva 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.

En el Código Civil, la comprobación del desamparo no necesita una declaración previa de pérdida de la patria potestad de los menores, pero tal comprobación debe ser realizada por el Poder Judicial, y al hablarse de desamparo, se comprende tanto el abandono material como espiritual, es decir, aquellas situaciones en que el menor no está protegido como necesita en esa etapa de su vida.

En el régimen proyectado desaparece toda alusión al desamparo y al abandono como situaciones autorizantes de la guarda preadoptiva y de la adopción.

El “abandono” sólo es mencionado en la privación de responsabilidad parental en el artículo 700, que establece que cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo la custodia del otro progenitor o la guarda de un tercero.

Por otra parte, al mencionarse a las personas que pueden ser adoptadas se hace referencia a quienes se encuentran privados de la autoridad parental. De allí que, a diferencia del régimen vigente, en el sistema que se propone, cuando media abandono del hijo hace falta un juicio de privación de la patria potestad, o deberá acudirse a las leyes locales de protección al niño, niña o adolescente como lo es a nivel nacional la ley 26.061, pero no se puede obtener directamente la guarda preadoptiva.

11 Determinación de pautas para la elección del guardador con fines de adopción

Cabe señalar que el proceso de guarda con fines de adopción tiene los siguientes objetos:

- ✔ la elección de la persona del guardador con fines adoptivos cuando esta elección no haya sido realizada por los progenitores biológicos, por razones afectivas o de parentesco.
- ✔ la toma de medidas para vincular al niño, niña o adolescente con el guardador con fines de adopción.
- ✔ el control de la relación entre los pretendientes adoptantes y el niño durante un tiempo determinado que permita presumir que esta vinculación va a contribuir de un modo permanente y satisfactorio al desarrollo pleno del niño, niña o adolescente.

La reforma contempla pautas claras para la selección de los futuros adoptantes en el artículo 613, donde se dice que se deberá tener en cuenta:

- ✔ las condiciones personales del o de los pretendientes adoptantes;
- ✔ edades del o de los pretendientes adoptantes;
- ✔ aptitudes del o de los pretendientes adoptantes;
- ✔ su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado;
- ✔ educación;
- ✔ sus motivaciones y expectativas frente a la adopción;
- ✔ el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.
- ✔ la opinión del niño, niña o adolescente según su edad y grado de madurez.

12 Determinación de los intervinientes en el juicio de guarda con fines de adopción. La participación de los progenitores biológicos.

En el juicio de guarda con fines de adopción intervienen

- ✔ Los guardadores con fines de adopción.
- ✔ La autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración de situación de preadoptabilidad.
- ✔ Los niños, niñas o adolescentes.
- ✔ El ministerio público que en el caso de adopción tiene una participación principal.⁹

⁹ ARTÍCULO 103.- **Actuación del Ministerio Público.** La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b) Es principal:

(i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;

(ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;

(iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

Pensamos que en este proceso no son partes los padres biológicos que ya fueron escuchados en el procedimiento administrativo y en el juicio de declaración de adoptabilidad. Pero también somos contestes que el artículo 317 del Código Civil establece “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”. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia coinciden en citarlos y la innecesariedad había quedado en letra muerta.

13 Aceptación de la guarda de hecho.¹⁰

La posibilidad de que los progenitores biológicos entreguen directamente en guarda de hecho a sus hijos ha sido largamente discutida en la doctrina y la jurisprudencia nacional. Mientras que en la legislación ha tenido diferentes posturas.

¹⁰ ÁLVAREZ, José A., *La guarda de menores con fines de adopción*, en *Cuadernos de Familia*, Buenos Aires, 1981, vol. I; BALIERO DE BURUNDARENA, A.; CARRANZA CASARES, C. A. y HERRERA, M., *La elección por la madre biológica de los futuros padres adoptivos a la luz del interés superior del niño*, en L.L. 2001-F-1101; CARIDE, Esteban, *El abuso de la guarda de hecho y el fraude a la ley*, en L.L. del 12-4-2002; CHECHILE, A. M., *Guarda de hecho y adopción*, en J.A. 2000-IV-35; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, *La guarda con fines de adopción*, en J.A. 1998-II-772; MEDINA, Graciela, *La guarda de hecho y la adopción*, en J.A. 1998-III-956; MEDINA, Graciela y FERNÁNDEZ, Daniel, *El proceso de adopción*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2002-1, *Derecho Procesal de Familia – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; MIZRAHI, M. L., *La guarda de hecho, los aspirantes a la adopción y el interés del niño*, en J.A. 2001-I-171; MOLINA, Alejandro C., *La guarda para la adopción. El dolor de los niños sin familia y la deficiencia de los servicios del Estado. Algunas pautas para mejorar las cosas*, en E.D. 192-171; PITRAU, Osvaldo F., *La guarda de menores*, en *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 4, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; WAGMAISTER, A., *Por una adopción segura*, en L.L. 1925-C-967 y *Declaración en estado de adoptabilidad*, en L.L. 1981-D-919; ARIZA DE MIGUEL, Graciela del Valle, *Los problemas personales de las uniones de hecho en la ley procesal de familia en Córdoba*, en L.L. Córdoba-Buenos Aires, año 14, N° 3, marzo de 1997; BELLUSCIO, A., *Adopción. Homosexualidad. Adopción individual por soltero homosexual*, en L.L. 2002-D-1197; BAZÁN, Víctor, *El interés superior del niño como criterio de atribución de la tenencia de los hijos*, en L.L. 1997-C-659; BASSO, Silvia Mariana, *Niñas o adolescentes que entregan a sus hijos en guarda con fines de adopción y la efectividad de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 17, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; VENTURA, Adrián, *Apuntes sobre el enjuiciamiento de magistrados*, en L.L. 2003-A-209; MEDINA, Graciela, *La guarda de hecho y la adopción*, JA 1998-III-959; TAMBORENEA, Gabriel; MENDEZ, Luis M.; PIERRI ALFONSIN, Milagros, *Aspectos procesales de la guarda*, DFyP, enero/febrero 2010, Editorial La Ley, febrero 2010, Provincia de Buenos Aires, p. 19;(SIN FIRMA), *Investigación jurisprudencial sobre aspectos procesales de la guarda*, DFyP enero/febrero 2010, Editorial La Ley, febrero 2010, Buenos Aires, p.100; MEDINA, Graciela, *Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Un correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor*, DFyP 2009(diciembre), 110; (SIN FIRMA), *Investigación de jurisprudencia sobre la adopción de los niños por nacer*, en DFyP 2010 (abril), 93; MEDINA, Graciela, *La guarda de hecho y el necesario respeto a los derechos humanos de la mujer*, en: DFyP 2012 (enero-febrero), 65; IGNACIO, Graciela, *Derecho de la madre biológica de elegir los guardadores. Medida de abrigo. Restitución de la menor*, DFyP 2011 (octubre), 141; LOYARTE, Dolores, *Adopción unipersonal por el cónyuge separado de hecho*, RDF nro. 49, 63, Abeledo Perrot; JÁUREGUI, Rodolfo G., *La guarda de hecho y la adopción: necesidad de reforma del Código Civil*, RDF nro. 52, p. 117, noviembre 2011, AbeledoPerrot; TERRAGNI, Martiniano, *A propósito de la competencia de los juzgados de menores: nuevos argumentos para un debate que se acerca a su fin*, en RDF 2011-IV, pág. 43, agosto 2011, Editorial Abeledo Perrot.

En la ley 19.134 se aceptaba la entrega en guarda mediante escritura notarial, mientras que en el régimen de la ley 24.779 se prohibió la entrega en guarda mediante escritura pública.

En el proyecto se adopta una posición intermedia. Por un lado se acepta la entrega en guarda cuando existan lazos de parentesco o una relación de afecto y por otra parte, se prohíbe toda otra guarda de hecho para evitar la comercialización de niños.

Concretamente se dispone “*Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.*”

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su 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. Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”.

14 Fundamento de la aceptación de la guarda de hecho

Es absolutamente coherente con el sistema del Código Civil y Comercial el respeto de la voluntad de los progenitores de entregar su hijo en adopción a una persona y no a otra cuando esta reúna los requisitos para ser adoptante, ya que el nuevo Código prioriza la autonomía de la voluntad personal y respeta las conductas autorreferentes cuando no sean violatorias de la moral y las buenas costumbres.

Así, en un sistema que establece como tercera forma de filiación la “voluntad procreacional” y que acepta los convenios de gestación por otro y respeta que la madre gestante entregue su hijo a la madre social por voluntad de ambas, no puede negarse a respetar la voluntad de la madre biológica de entregar su hijo en adopción a la persona de su elección, al menos cuando la una un vínculo de afecto o parentesco.

Notese que en el supuesto de la mujer gestante que entrega un niño a la madre social no se exige que la una lazos de afecto ni parentesco mientras en el supuesto de entrega del hijo en adopción sí se requiere que exista lazo de parentesco o de vínculo afectivo.

La cuestión está en determinar cuál es el lazo afectivo que se solicita para validar la guarda. Por nuestra parte, creemos que siempre que no se encierre el comercio de un menor y los adoptantes estén inscriptos en el registro se debe respetar la voluntad materna y paterna.

Por otra parte, el Código permite la delegación de la responsabilidad, ello así no vemos por qué no se puede respetar la voluntad materna de entregar un niño en adopción a una persona en lugar de a otra, cuando esta protege al menor.

Entregar la guarda de un niño por lazos de afecto o intereses culturales o religiosos no es un hecho ilícito, ya que antijurídico es el acto que contradice el ordenamiento jurídico entendido éste no sólo como la ley positiva, sino como el conjunto de normas legales y de principios jurídicos.

Si repasamos la totalidad del ordenamiento jurídico, considerado desde una visión integral, no encontramos ninguna norma positiva, ni ningún principio de derecho que prohíba a una mujer elegir, por afecto, por intereses culturales, o familiares a quién va a entregar su hijo con miras de adopción.

Muy por el contrario, la madre tiene el deber de proteger a su hijo y es en esta regla del derecho natural que encuentra fundamento su derecho a entregarlo en guarda y a quién quiera y por los motivos que ella quiera, mientras sean lícitos y no hagan peligrar al niño.

No son los jueces quienes deben juzgar las causas íntimas por las que una mujer entrega su hijo en adopción, ya que el Estado no les ha dado poder para juzgar ni los pensamientos, ni las intenciones de las madres que no ponen en peligro a sus hijos, ni pierden en vista su interés superior.

Los jueces deben encargarse de proteger al niño examinando si los elegidos por la madre tienen los requisitos necesarios para ser sus padres adoptivos. Es en los futuros adoptantes donde debe estar puesta la mira y el celo de los magistrados porque ellos son los que educarán al niño y no en la mujer que entrega a su hijo.

La potestad que el Estado ha dado a los jueces de familia les ha sido entregada para que protejan a los niños del abandono o de la violencia de sus progenitores. Pero cuando los niños no se encuentran en ninguna forma de desprotección, ni de peligro, el Estado no se encuentra legitimado para intervenir en aras del interés del menor, cuando éste no se encuentra comprometido.

Los jueces no pueden, ni deben juzgar a la mujer que entrega el niño en adopción, ya que carecen totalmente de derecho para victimizar a la mujer juzgando su conducta como si se tratara de una pecadora o de una delincuente.

Ninguna mujer se merece que por entregar a su hijo en adopción, prefiriendo a una persona y no a otra, sea considerada una violadora del orden jurídico, máxime en la actualidad cuando están dadas todas las facilidades para que los niños se aborten. **Así los jueces deberán ser amplios al juzgar las razones afectivas que mueven a una mujer a entregar un niño a determinada persona.**

Una madre que no aborta, lleva adelante su embarazo y entrega a su hijo en guarda preadoptiva es una mujer que merece un doble reconocimiento: el de dar a luz y el de proteger a su hijo al entregarlo a otro para que lo crie, en lugar de abandonarlo.

Presuponer que una mujer que entrega a su hijo en adopción vende al niño o comercia con personas es presuponer la mala fe y ésta por principio no se presume.

De allí que la prohibición de la guarda de hecho contenida en el artículo 611 debe ser entendida como prohibición de comercializar con un niño, niña o adolescente, lo que es absolutamente reprochable.

15 La jurisprudencia de la CSJN

La CSJN ha convalidado muchas veces la entrega de niños en forma directa aún a personas que no se encontraban inscriptas en el Registro de adoptantes señalando en el año 2008, en el caso G.,M.G , que *"a los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cual es el interés superior de éste, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias"*¹¹.

16 Disminución del plazo de guarda con fines de adopción de un año a seis meses.

El plazo de guarda está previsto para demostrar en un periodo de tiempo acotado la idoneidad de los guardadores y probar la relación entre pretensos adoptantes y niños desamparados.

En este periodo de tiempo se hace el seguimiento de la nueva familia para que, antes de emplazarlos jurídicamente en una nueva filiación, se verifique si los adoptantes tienen condiciones para ejercer la responsabilidad parental sobre ese niño determinado.

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.

El artículo 614 del proyecto establece que "El plazo de guarda no puede exceder los SEIS (6) meses", con lo cual deja abierta la posibilidad que el plazo sea menor a los seis meses.

Consideramos que el plazo de seis meses es un periodo mas que suficiente para determinar las aptitudes de los guardadores, quienes por estar inscriptos en el registro de adopción ya tienen realizados todos los tests de aptitud necesarios y los estudios socio ambientales requeridos en abstracto para adoptar y que el periodo de la guarda preadoptiva probará en concreto su aptitud

¹¹ CSJN; 16/09/2008; "G., M. G." LA LEY, 2008-F, 59, nota de Jáuregui ; DJ, 2008-II, 1766 - LA LEY, 2009-A, 450, con nota de Silvia E. Fernández, AR/JUR/7453/2008; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Nominación de Santiago del Estero, 09/03/2010, B., S. B. y Otro, LLNOA, 2010-669, AR/JUR/27353/2010. En igual sentido Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Nominación de Santiago del Estero; 19/02/2010; "Castro, Norberto Javier y Benedetti, Claudia Hortensia s/guarda con fines de adopción de la menor Aguirre, Lucía Abigail", La Ley Online; AR/JUR/18623/2010.

frente a la situación individual y especial de ese niño en particular.

En algún caso el plazo podrá ser menor al requerido, de acuerdo al interés superior del niño, ejemplos de un plazo menor podría ser el haber adoptado a otro hermano del menor o el haber tenido largo tiempo en guarda de hecho al niño.

17 Las reglas procedimentales del juicio de adopción.

Se establecen reglas especiales para el juicio de adopción, entre ellas cabe destacar que no son partes los padres biológicos que ya intervinieron en el proceso administrativo, en el juicio de declaración de adoptabilidad y en la guarda con fines de adopción.

Solo intervienen en calidad de parte los pretensos adoptantes, el pretense adoptado que cuenta con edad y grado de madurez, el Ministerio Público y la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad; el pretense adoptado debe contar con asistencia letrada.

En el juicio de adopción el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez; y el pretense adoptado mayor de DIEZ (10) años debe prestar consentimiento expreso. Por otra parte hay que tener en cuenta que las audiencias son privadas y el expediente reservado.

Lo más novedoso es que el juicio de adopción puede ser promovido de oficio por el juez o por la autoridad administrativa, lo que es contradictorio con el principio de inherencia personal de las acciones de estado de familia.

Cabe recordar que la adopción es una acción de familia y estas son acciones de inherencia personal que solo las puede ejercer la persona y no se transmiten a sus herederos.

Así no se entiende bien cómo va a promover el juez ante sí mismo la acción de adopción, ya que el juez no puede ser juez y parte al mismo tiempo, y tampoco puede el magistrado adoptar la representación del pretense adoptante.

El propósito de la ley al decir que el juez puede promover la adopción, es evitar que se eternicen las guardas con fines de adopción y que no se finalicen por desidia los procesos, pero la forma elegida no parece la mejor, ya que insistimos, un juez no puede ser juez y parte, ni puede representar a las partes que litigan en su tribunal; a lo sumo el juez podrá intimar a las partes a que continúen con el proceso de adopción e inclusive podrá hacerlo bajo algún apercibimiento, pero lo que no puede es iniciar por ellos la adopción.

18 Los convivientes pueden adoptar conjuntamente.

Mientras que en el sistema actual la adopción conjunta solo esta permitida para los cónyuges, en el anteproyecto se posibilita la adopción conjunta de la pareja homo o heterosexual que se encuentre en una unión de hecho.

En ello el régimen es coherente con la equiparación de la unión convivencial al matrimonio como forma de evitar toda desigualdad entre la familia matrimonial y extramatrimonial y como manera de aceptar los diferentes modelos de familia que conviven en nuestra sociedad.

Por otra parte, ésta había sido la postura mayoritaria de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en los años 2007 en Lomas de Zamora,¹² ámbito donde se solicitó la modificación del primer párrafo del art. 312 del CC en el sentido de admitir la adopción conjunta por parte de los convivientes heterosexuales, acreditada la convivencia estable, pública y permanente

Además nada justifica la adopción conjunta a la pareja matrimonial, cuando ésta a partir del divorcio incausado y la disminución de los deberes personales entre los cónyuges no ofrece mayores garantías de estabilidad jurídica que la tornen preferente a la unión convivencial en orden al otorgamiento de la adopción.

19 Los divorciados pueden adoptar conjuntamente

¹² COMISION N° 5: FAMILIA Presidentes: Gustavo A. Bossert- Adriana Waigmaister- Graciela Medina Vicepresidentes: Eduardo Fanzolato y Robinson Rodríguez Coordinadores Nacionales: Enrique Muller y Manuel Cornet Secretarios: Marta Pascual y Alicia Taliersio Relatores: Vilma Vanella.

El artículo 604 del Código proyectado dispone: “Adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial. Las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de edad, pueden adoptarla conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión. El juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño”.

Esta norma viene a solucionar un problema que no tiene solución positiva en el Código Civil, que es el de posibilitar la adopción conjunta de personas que tuvieron al menor en guarda adoptiva y durante el trámite se divorciaron o finalizaron la unión convivencial.

El supuesto constituye una excepción al impedimento de adoptar en forma conjunta a las personas que no están casadas o viviendo en unión convivencial y se dicta teniendo en cuenta el interés superior del menor.

La jurisprudencia Argentina ya había otorgado adopciones conjuntas a padres separados o divorciados, por ejemplo la Cámara de Familia de Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba, dictó sentencia en los autos caratulados “**R.B.E. Y E.F. -ADOPCIÓN-**”, otorgando a los Sres. B.E.R. y E.F. la adopción plena del niño F.D.R., aun cuando al momento de la sentencia los padres adoptivos se encontraban, separados de hecho, en el caso se valoró que habían detentado la guarda de hecho desde el año 2005.¹³

20 Se disminuye la edad para adoptar de treinta, a veinticinco años.

El Código Civil vigente contempla como uno de los requisitos para ser adoptante a la edad mínima que debe tener el adoptante, que es de 30 años. Con esta norma se ha reducido la edad mínima que exigía la anterior Ley de Adopción 24.779, que era de 35 años.

En la legislación proyectada se opta por disminuir la edad a 25 años.

Por nuestra parte, pensamos que la ley no debe establecer edades mínimas para adoptar, correspondiendo al juez valorar en el caso concreto¹⁴, ya que en nada garantiza el éxito de la relación paterno-filial que se constituirá el hecho de que una persona tenga más de 25 años.

Debemos señalar que esta modificación en la legislación ha obedecido, en gran medida, a una tendencia que se advierte en las legislaciones extranjeras a reducir la edad mínima requerida al adoptante.

Así el artículo 175.1 del Código Civil español establece como requisito de edad mínima en el adoptante la de 25 años, habiendo sido este requisito de 30 años antes de la última modificación. También podemos señalar que en Honduras la edad mínima requerida es la de 30 años, y en El Salvador, Nicaragua y Costa Rica, de 25 años.

21 Se suprime la condición de duración de tres años en el matrimonio y la imposibilidad de tener hijos.

En el sistema actual se establece a modo de excepción que aunque los cónyuges no cumplan con el requisito de edad mínima, igualmente podrán adoptar si tienen más de tres años de casados, y aun por debajo de este término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos.

Ambos requisitos son suprimidos en el proyecto donde la imposibilidad de tener hijos no invalida la necesidad de tener 25 años y la duración del matrimonio tampoco. Ello se justifica porque en el caso del matrimonio homosexual siempre existe imposibilidad de tener hijos en forma conjunta con lo cual de mantenerse este requisito, ellos podrían adoptar sin necesidad de acreditar ninguna edad mínima, además se suprime la esterilidad matrimonial para legitimar la adopción, sin la edad legal.

22 Se disminuye la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 18 a 16 años.

El artículo 312 del Código Civil introducido por la ley 24.779 establece la diferencia de edad

¹³ Cámara de Familia de la Nominación de Córdoba R.B.E. y E.F. • 16/12/2008, Publicado en: DFyP 2010 (octubre), 103 Cita online: AR/JUR/32957/2008, con comentario de Gitter, Andrés, en “ADOPCIÓN PLENA, SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS PETICIONANTES Y SUPERIOR INTERÉS DEL NIÑO”

¹⁴ D’ANTONIO, Daniel Hugo “Régimen Legal de la Adopción” Ley 24779 p. 61.

de dieciocho años entre adoptante y adoptado, como requisito para el otorgamiento de la adopción.

Creemos que el cumplimiento del requisito de la diferencia de edad es ineludible, ya que mediante la adopción se pretende generar un vínculo paterno-filial natural, en el cual, normalmente, existe una cierta diferencia de edad entre los progenitores y su hijo.

Si bien no puede determinarse cuál es la diferencia de edad exacta que debe existir entre padre o madre e hijo, el legislador de todos los países ha establecido una diferencia de edad mínima que debe existir entre adoptante y adoptado para que se haga lugar al otorgamiento de la adopción.

En el texto proyectado la diferencia de edad se baja de 18 a 16 años de esta forma se reconoce que bastan 16 años de diferencia de edad para establecer una relación paterno-filial madura para el ejercicio consciente de los roles de cada uno en la familia que se establece con la adopción.

23 El mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado.

El niño, niña y adolescente es parte en todo el proceso de adopción y debe ser oído de acuerdo a su capacidad, que se indica como progresiva. Pero a partir de los 10 años, no solo debe ser oído y su opinión tenida en cuenta, sino que debe prestar su consentimiento para que se perfeccione el acto.

Adviértase que dar el consentimiento es mucho más que oír al menor, ya que si este no consiente el juez no puede ignorar su opinión siendo el consentimiento un requisito ineludible para la celebración del acto.

La ley 26.061 estableció la asistencia letrada del niño/a y adolescente en todo proceso administrativo o judicial que lo afecta, como una garantía mínima de procedimiento que el Estado debe asegurar. Dicha garantía a su vez posibilita el cumplimiento de otras garantías mínimas previstas en el mismo texto legal que se refieren al derecho del niño/a y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas primordialmente en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, debiendo participar activamente en dicho proceso.

La efectivización de esa garantía es responsabilidad del Estado, el cual debe adoptar una serie de medidas a tal fin. La designación de un abogado que asista al niño/a o adolescente es una actividad que la puede realizar por sí mismo, en función de su discernimiento y madurez, o puede ser suplido por una persona adulta, función que debe serle vedada a los progenitores si se trata de conflictos intrafamiliares. El rol de abogado del niño debe recaer en profesionales especializados en la materia que integren los cuadros de organismos de control externo de la administración pública o que sean contratados por dichos organismos a tales fines, y que se desempeñen en organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados y/o universidades.

24 Se regula la adopción de integración

La adopción del hijo del cónyuge constituye un subsistema dentro de la adopción, con pautas diferenciadas, que debía ser regulado integralmente.

*Así lo había declarado las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Lomas de Zamora 27, 28 y 29 de Septiembre de 2007 diciendo “ es necesario legislar sobre la adopción integrativa del hijo del cónyuge, determinar su naturaleza jurídica, que supuestos la integran y los efectos que producen ”.*¹⁵

Siguiendo esta recomendación se regula la adopción de integración con las siguientes características, a) el adoptado puede ser mayor de edad (art. 597); b) el adoptante puede prescindir de la diferencia de edad si adopta a hijo del cónyuge o del conviviente (art. 599); c) el cónyuge y el conviviente adoptan en forma unilateral y no conjunta, lo que constituye una excepción a las pautas previstas para la adopción conjunta (art. 603); d) la adopción de integración no requiere de guarda preadoptiva (art. 632 *in fine*) El adoptante no requiere estar inscripto en el registro de adoptantes (art. 632 Inc. b); e) el cónyuge y el conviviente del adoptante no pierde el ejercicio de la responsabilidad parental ni la administración de los bienes de sus hijos (art. 631, Civ.).

¹⁵ COMISION N° 5: FAMILIA Presidentes: Gustavo A. Bossert- Adriana Waigmaister- Graciela Medina

En cuanto a la forma en que se concede la adopción de integración: a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b) el juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, 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 vínculos jurídicos con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

25 Las adopciones plena y simple se relativizan. manteniéndose lazos con la familia de origen en la primera y creándose lazos con la familia del adoptante en la segunda. Regulación de las relaciones con la familia biológica.

El proyecto opta por no crear sistemas rígidos de adopción, y por privilegiar el mantenimiento de las relaciones con la familia biológica aun en el supuesto de adopción plena.

Así el artículo 621 dispone que:...” cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, 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. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.”

Creemos que el supuesto más común en el cual se mantendrán los lazos con la familia de origen en la adopción plena será en el caso de hermanos. Puede ser que un grupo de hermanos no puedan ser dados todos en adopción a una misma familia, ya sea porque no se encuentre esta familia o porque algunos niños no quieran ser adoptados y otros sí. En estos supuestos, puede resultar conveniente tanto la adopción plena como el mantenimiento de los lazos fraternos y es correcto que la norma no impida la adopción plena por beneficiar el lazo de los hermanos, ni viceversa, cuando se puede dejar a estos persistentes al tiempo que se adopta plenamente.

26 Acción de filiación o de reconocimiento posterior a la adopción.

El proyecto acepta que en la adopción plena exista una acción de filiación o de reconocimiento del adoptado. Este artículo hay que conjugarlo con el artículo 621 que establece que “La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen”.

Parece en principio contradictorio que si se extinguen los vínculos con la familia de origen se permita el reconocimiento del adoptado por su familia de sangre o que el adoptado intente una acción de filiación contra sus progenitores biológicos.

Notese que el supuesto es diferente al caso de la acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes, en este caso se trata de una acción de filiación intentada por quien se encuentra adoptado plenamente contra sus progenitores de origen.

Al respecto es de tener en cuenta que según el artículo 624 “La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción”.

27 Acción autónoma para conocer sus orígenes.

Entre los derechos del ser humano se encuentra el derecho a conocer su propia identidad, o el derecho a conocer su realidad biológica. Este derecho es independiente de las acciones de filiación y de las consecuencias que de éstas deriven. Con el fin de proteger ese derecho inescindible al ser humano de conocer la familia de origen genético, se debe reconocer la

posibilidad de iniciar en forma autónoma e independiente a la acción de filiación la acción para conocer sus antecedentes genéticos.

No existe ningún obstáculo legal para el ejercicio judicial de la acción de conocimiento de la realidad biológica, ya que ello no se contradice con el artículo en comentario, que solamente prohíbe el ejercicio de la acción de filiación y el reconocimiento. La acción de conocimiento de la realidad biológica no tiene como objeto el emplazamiento o el desplazamiento en un estado familiar, por lo que no puede ser considerada una acción de filiación, sino que tiene como objeto el conocimiento de la identidad personal, derecho este último de clara raigambre constitucional.

Es que si no se permite el ejercicio de la acción en forma autónoma difícilmente se vaya a poder conocer el origen biológico de la persona en los supuestos de filiación desconocida o en el supuesto de filiación conocida sólo de uno de los progenitores.

El desdoblamiento entre el conocimiento de la realidad biológica y la acción de filiación no es nuevo en el moderno derecho, ya que en las técnicas de procreación asistida heterólogas – realizadas con material genético de un tercero, por ejemplo, mediante la dación de esperma– muchas legislaciones permiten el conocimiento del nexo biológico, sin que ello conlleve los derechos y deberes que devienen de la filiación.

Tampoco es ajeno al sistema del Código Civil y Comercial proyectado porque en la filiación por voluntad procreacional se desdobra la posibilidad de conocimiento de los datos de los padres biológicos del conocimiento de su identidad (art. 564).

Muchas veces existen razones médicas que hacen imprescindible dicho conocimiento, ya que solamente mediante el conocimiento de las características hereditarias pueden combatirse, prevenirse o descartarse ciertas enfermedades. En otros casos, sólo existe interés de carácter moral o personal en ese conocimiento, que también es merecedor de protección.

Existen algunos antecedentes jurisprudenciales, que resolvieron cuestiones destinadas a hacer valer el derecho a conocer los orígenes, tal como el resuelto por el Juzgado de Familia de Córdoba nro.4¹⁶. En ese precedente, el Tribunal afirmó que "... La acción declarativa puede ser entablada a fin de obtener certeza respecto de la propia realidad biológica por quien goza de emplazamiento filial aunque no persiga modificarlo si existe verdadera incertidumbre respecto de la cuestión". Por otra parte, se sostuvo que la acción meramente declarativa era un medio idóneo para superar el estado de incertidumbre respecto de la realidad biológica y del derecho a la identidad.

El caso tenía como antecedentes los siguientes hechos: "... Una mujer, con filiación paterna acreditada, inició una acción declarativa de certeza contra una ex pareja de su madre pues tenía sospechas razonables de que era su progenitor biológico. Su pretensión se limitó a conocer su identidad genética sin que se peticionara la creación de vínculo jurídico alguno con el demandado. La cuestión fundamental con la que se enfrentó el juzgador era si la pretensión era viable, es decir, que si probada la carga biológica que acreditaba que el requerido era el progenitor, tal declaración se agotaba en sí misma sin producir ningún efecto jurídico...".¹⁷ El Juzgado, consideró que la pretensión era susceptible de ser aceptada e hizo lugar a la demanda de declaración de certeza, declarando que la accionante tenía un vínculo biológico de hija respecto del sr. J.C. G, sin modificar el estado de familia ni el reconocimiento de derechos y obligaciones que son propias de las relaciones de familia.¹⁸

¹⁶ Juzgado de Familia de Córdoba nro.4, "F. C. ", 7/9/2005, con nota de Chechile, Ana María, *El derecho humano de acceder a la verdad biológica sin generar vínculos jurídicos*, RDF 2006-III, Directora: Cecilia P. Grosman, Ed. LexisNexis- Abeledo Perrot, Provincia de Buenos Aires, septiembre 2006, p. 159.

¹⁷ Conf. Fallo citado nota anterior Comentario anterior, de Chechile, Ana María.

¹⁸ Confr. Medina, Graciela, *Modernos problemas comunes de la adopción en occidente (soluciones jurisprudenciales en el derecho comparado*. RDF nro. 27, Directora : Cecilia P. Grosman, Ed. LexisNexis. Abeledo.-Perrot, Provincia de Buenos Aires, mayo 2004, p. 111. Europea de Derechos del Hombre, el tratamiento del derecho a conocer la realidad biológica , con aportes interesantes en cuanto a los conflictos que pueden suscitarse frente al derecho de otro grupo familiar- unido sólo por nexos biológicos- , afectando su intimidad.

El precedente "Odievre", del 3/3/2003, aporta interpretaciones que pueden ser de utilidad a la resolución de conflictos con el tema que nos ocupa, máxime teniendo en cuenta que el tratado de derechos humanos

Por otra parte, podemos citar también el caso “Odievre”, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2003,¹⁹ donde se reconoce el derecho a conocer los orígenes, pero se niega la posibilidad de generar un vínculo jurídico.

Siguiendo esta línea doctrinaria y jurisprudencial, el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en el art 596, último párrafo, establece que *“El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En todo caso debe contar con asistencia letrada.*

28 Adopción internacional

Respecto de la adopción internacional, cabe aclarar que los primeros textos legales, las leyes N° 13.252 y N° 19.134, no establecieron en sus redacciones la prohibición expresa de que personas extranjeras o no radicadas en nuestro país puedan adoptar a menores domiciliados en la República.

Dicha prohibición se estableció, por primera vez, con la reserva que efectuó la República Argentina a los incisos b, c, d y e de la Convención sobre los Derechos del Niño. Tal reserva se fundó en que dichos incisos *“no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta”* (art. 2º, Ley 23.849).

En el mismo orden de ideas, en el año 1994 se sancionó la Ley N° 24.410, por la cual se modificó el Código Penal penalizando el tráfico de niños.

Por último, con la sanción de la Ley N° 24.779 se incorporó el requisito de la residencia permanente mínima de 5 años en nuestro país para todas las personas que deseen adoptar menores argentinos.

En la actualidad el Código Civil prohíbe que extranjeros adopten niños en la Argentina y permite que una persona argentina adopte niños en el extranjero.

de Europa, protege iguales derechos humanos que los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional adoptados por nuestra Constitución.

En este caso, la demandante, Pascale Odievre, pretende que se levante el secreto de su nacimiento a fin de conocer sus orígenes, pues de otra forma se estarían violando derechos otorgados por el Convenio para la protección de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales (arts. 8 y 14).

El caso: Los hechos del caso se remontan al año 1965 cuando su madre, la da a luz, solicitando al servicio social francés se mantenga el secreto del nacimiento. Pascale pasa a ser pupila del Estado francés y en 1969 es adoptada. En diciembre de 1990, Pascale logra obtener algunos datos sobre su madre y la situación en la que ella fue concebida y dada luz. Asimismo, había tomado conocimiento de que sus padres habían tenido un hijo en 1963 y otros dos en 1965. Ninguno de estos datos eran suficientes para identificar a la madre. De esta forma, en enero de 1998 Pascale se presenta ante los tribunales de Francia a fin de que se levante el secreto de su nacimiento, afirmando un perjuicio en sus derechos y sosteniendo un interés legítimo en conocer a sus hermanos naturales. El Tribunal de Gran Instancia no acoge el pedido, afirmando que antes debería recurrirse a los correspondientes tribunales administrativos. Así las cosas, la demandante se presenta ante la Corte Europea de Derechos del Hombre, afirmando la violación a los arts. 8 y 14 del Convenio para la Protección de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales.

El Tribunal Europeo sostiene que la actora pudo acceder a determinados datos relevantes, con lo cual ella no desconoce en forma absoluta sus orígenes. En efecto, Odievre ha podido formar sus raíces respecto de su madre natural y conocer sus datos biológicos, no así la identidad de su grupo familiar: considera que estos datos le son suficientes para salvaguardar sus derechos y que un mayor avance podría vulnerar el derecho a la identidad de todo un grupo familiar que no tuvo, ni tiene ni quiere tener contacto con ella. La Corte Europea de los Derechos del Hombre sostiene que Pascale Odievre no sufrió perjuicio alguno en cuanto a los derechos de los art. 8 y 14, Convenio pre mencionado. Estamos de acuerdo con la solución dada al caso Odievre, ya que la misma logra mantener un equilibrio entre el derecho a conocer la identidad de las personas adoptadas y el derecho a la privacidad de la madre que lo entregó en adopción, que carecía de afecto hacia su hija. Entendemos que el equilibrio se logra porque la adoptada conoce: los motivos de su abandono; los datos biológicos de su familia biológica; la estructura de su familia biológica. Su derecho a la identidad se ve satisfecho de esta manera porque no existe ningún derecho – deber jurídico a ser querido por su familia ni por su madre. Además, se preserva la intimidad de todo un grupo familiar (madre y padre) que se desinteresaron totalmente del ser que dieron a luz y han construido una vida familiar de la cual la niña abandonada no forma parte.

El proyecto de Código Civil y Comercial sigue el mismo criterio y en el libro VI Título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado dedica la Sección 6° a la Adopción, estableciendo en el artículo 2636 que los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado. Y en el artículo 2637 que una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento.

Lamentablemente el proyecto de Código Civil suprimió el segundo párrafo del artículo 2635 que recogía lo resuelto por la jurisprudencia mayoritaria determinando que “Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero”.

La cuestión venía a solucionar el problema de los matrimonios que ante la imposibilidad de adoptar en el país deciden hacerlo en el extranjero y requieren para hacerlo que en la Argentina una autoridad judicial o administrativa les acredite su idoneidad y realicen un seguimiento a la adopción conferida en el extranjero. Estos matrimonios se encontraban con la dificultad que ninguna autoridad en la Argentina parecía dispuesta a realizar estos trámites, con lo cual a los niños extranjeros en condiciones de ser adoptados y a los aspirantes a adoptarlos se les frustraba tal posibilidad.

Afortunadamente la jurisprudencia ha venido a poner solución a la cuestión, primero fue la Suprema Corte de la Provincia de Bs As quien decidió que los tribunales provinciales eran competentes para otorgar tanto el certificado de aptitud de los adoptantes como para realizar el seguimiento de las adopciones conferidas en el extranjero y luego la Cámara Civil de la Capital. Para demostrar la idoneidad adoptiva los pretendientes deben recurrir a un proceso de jurisdicción voluntaria, cuyo objeto es lograr que el órgano judicial local emita un certificado de idoneidad o una declaración de aptitud de los peticionarios a los fines de ser presentado ante las autoridades competentes del país extranjero con el fin de postularse y tramitar allí la adopción internacional de un niño.

Ese certificado o declaración de idoneidad requerido, da fe de la aptitud de los pretendidos padres para adoptar en el extranjero y se emite luego de que el juez valore los informes resultantes de los oficios a librarse y de producida la prueba pericial médica, la psicológica y la socioambiental de los postulantes por peritos designados de oficio, asegurando que reúnen las condiciones morales (v.gr.: por carecer de antecedentes penales); económicas, personales, de salud física y psicológica.

El anteproyecto preveía que tanto las autoridades administrativas como las judiciales pudieran emitir estos certificados que en la actualidad solo lo otorgan los jueces.²⁰

7. Conclusiones

En materia de adopción el proyecto continúa con la tradición argentina en la materia de: por un lado **disminuir** tanto los **requisitos** objetivos que se requieren a los adoptantes, como el plazo de guarda con fines de adopción, al tiempo que **incrementa los números de procesos** judiciales para lograr la adopción y **agrega procesos administrativos**.

Objetivamente no parece que con este aumento procedimental y administrativo se vaya a lograr dar más celeridad ni eficacia al instituto. No obstante lo cual, tenemos esperanzas que al aplicar las normas los operadores del derecho hagan primar el principio del interés superior del menor y optimicen los resultados, para bien de toda la comunidad, y en especial, de todos aquellos que tienen el corazón abierto a ser padres y dar acogida amorosa a quienes tienen la necesidad imperiosa de una familia para desarrollarse.

²⁰ Confr. Quaini, Fabiana Marcela, “La adopción internacional. Una perspectiva desde Argentina”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, La ley, Septiembre de 2011, año III, n° 8, pág. 32).