



**IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCIÓN PLENA Y
DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA NUEVA LEY DE
ADOPCION**

Tierra, Leonardo Raúl.

Abogado

Tutor: Dutto, Ricardo.

Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho

Marzo 2003, Rosario.

Índice:

| | |
|--|----|
| Resumen..... | 5 |
| Objetivos..... | 6 |
| Objetivo general..... | 6 |
| Objetivos específicos..... | 6 |
| Agradecimiento..... | 7 |
| Historia de la adopción | 8 |
| Edad antigua..... | 8 |
| Los pueblos hebreos, griegos, romanos y egipcios..... | 10 |
| La adopción en el derecho moderno. | 14 |
| Régimen legal de la adopción modificación al código civil..... | 18 |
| Antecedentes..... | 18 |
| Convención sobre los derechos del niño..... | 20 |
| Características de la ley 24.779..... | 20 |
| Reformas a objetar..... | 21 |
| De la adopción. | 21 |
| Disposiciones generales. | 21 |
| Presupuestos sustanciales de ambas especies. | 21 |
| Adopción simultánea por más de un adoptante..... | 24 |
| Adopción de varios menores. | 26 |
| Existencia de descendientes del adoptante..... | 27 |
| Requisitos del adoptante. | 28 |
| Guarda. | 32 |
| Forma. | 33 |

| | |
|--|----|
| Requisitos para otorgar la guarda..... | 33 |
| Guarda por el tutor. | 37 |
| Adopción conjunta por las personas casadas. | 37 |
| Adopción del hijo del cónyuge..... | 39 |
| Reglas generales. | 39 |
| Obligación de hacer conocer la realidad biológica..... | 43 |
| Efecto retroactivo..... | 45 |
| Adopción plena. | 46 |
| Distinción fundamental con la adopción simple. | 46 |
| Naturaleza..... | 46 |
| Caracteres..... | 47 |
| Fallecimiento de uno de los cónyuges..... | 49 |
| Requisitos. | 50 |
| Apellido del adoptado. | 52 |
| Inadmisibilidad del reconocimiento por padres biológicos. | 53 |
| Derecho a la identidad. | 54 |
| ¿Que pasa con las partidas de los adoptados? | 55 |
| Adopción simple. | 57 |
| Naturaleza..... | 57 |
| Derechos y deberes. | 59 |
| Apellido del adoptado. | 60 |
| Herencia. | 60 |
| Revocación. | 61 |
| Revocación de la adopción simple. | 61 |

| | |
|--|----|
| Reconocimiento por los padres biológicos. | 63 |
| Nulidad e inscripción..... | 64 |
| Nulidad absoluta. | 64 |
| Nulidad relativa. | 64 |
| Adopción conferida en el extranjero..... | 65 |
| Ley aplicable..... | 65 |
| Conversión en adopción plena..... | 66 |
| La adopción internacional..... | 66 |
| La adopción y el derecho internacional privado. | 67 |
| Identidad personal, pertenencia social y autorización para estar en juicio. | 69 |
| La extinción de la adopción en el derecho vigente..... | 86 |
| Revocación de la adopción simple..... | 85 |
| Sobre la irrevocabilidad de la adopción plena..... | 88 |
| Conclusión..... | 92 |
| Bibliografía..... | 94 |

Resumen.

Se intenta por medio del presente trabajo analizar al instituto de la adopción con especial referencia a la problemática del derecho a la identidad y la situación derivada de la irrevocabilidad de la adopción plena.

Asimismo se realiza un somero recorrido histórico y evolutivo legal de la adopción en nuestro ordenamiento.

Objetivos.

Objetivo General:

- La evolución legal de la adopción en nuestro país.

Objetivos Específicos:

- Analizar la problemática del derecho a la identidad biológica y pertenencia social .
- El estudio de la irrevocabilidad de la adopción plena.

Agradecimiento

Quiero agradecer muy especialmente a mi familia que fue la que hizo posible acceder, continuar y finalizar esta carrera.

Tambien a los compañeros y profesores que supieron estar en este proceso educativo que no fue nada fácil, pero si muy ameno y divertido.

HISTORIA DE LA ADOPCIÓN

EDAD ANTIGUA

Su origen debe hallarse en las prácticas religiosas de los pueblos antiguos sin lugar a dudas. La hipótesis más fundada quizá, establece que esta se originó en una institución según la cual la mujer viuda sin hijos debía unirse sexualmente al hermano de ella o al pariente más próximo al marido, y se consideraba al así engendrado como hijo del extinto, lo que permitía la continuación y perpetuación del culto doméstico.

No obstante hay quienes aun sostienen que el origen de la institución fue desde la época del Código de Hammurabi, este expedido en el siglo XX antes de la era cristiana y fue en los pueblos asirios y babilonios donde primero vio la luz. Posteriormente con el transcurso del tiempo, dicha práctica se hizo universal. Igualmente, otro sector de la doctrina atribuye su origen a los pueblos Judíos, arguyendo el hecho histórico de la adopción hecha por José en la persona de Jesús. Sin embargo, es contundente la prueba de las disposiciones mesopotámicas; las cuales zanján la discusión.

El Código de Hammurabi es una mezcla de un régimen punitivo bárbaro y primitivo con algunas normas un tanto liberales y como si no fuera poco, también consagra normas encaminadas a darle protección a cierto tipo de individuos que en virtud de su condición de inferioridad, merecen de especial protección por la normatividad legal sin esto rayar con el carácter individualista de la misma codificación. Por ejemplo merecían protección los individuos adoptivo como podemos verlo en los siguientes casos:

Cuando el adoptivo debe regresar a la casa paterna:

Si el artesano no le ha enseñado el oficio, el menor podrá regresar a la casa paterna.

Si alguien adopta a un menor, pero no le cuenta entre sus hijos, éste podrá regresar a la casa paterna.

Si después de adoptado, el menor se vuelve contra sus padres adoptivos, deberá regresar a la casa paterna.

Cuando no podrá ser reclamado el adoptivo

Si alguien adopta a un menor y lo educa, nadie podrá después reclamarlo.

El hijo de un favorito del Palacio, o de una prostituta, no podrá ser reclamado.

Si un artesano adopta a un menor, y le enseña su oficio, el joven podrá ser reclamado.

Sanciones impuestas al adoptivo

Si el hijo de un favorito de Palacio o de una prostituta dice a sus padres adoptivos "Ustedes no son mis padres", se le cortará la lengua.

Si el hijo de un favorito de Palacio o de una prostituta, después de conocer la casa paterna, reniega de la casa adoptiva y regresa a aquella, se le sacarán los ojos.

Si un hijo golpea a sus padres, se le cortarán las manos.

Se sostiene que la adopción que sucedía en las tribus norteamericanas, tenía lugar cuando se reemplazaba por el adoptivo a un legítimo fallecido dado que la pérdida de un individuo por causa de muerte era una pérdida demasiado grave que debía ser reparada de inmediato subrogando al individuo que hace falta por otro o otros varios dependiendo de la importancia del fallecido en el círculo social.

Por otra parte hay quienes relatan instituciones similares a estos tipos de adopción o encaminadas a fines muy parecidos como en el caso de los

Benkulais quienes practicaban la adopción en los casos en los que las parejas que habían contraído nupcias no tenían hijos. Esta ceremonia se llevaba a cabo en el Marga y era de índole religioso. Además, jurídicamente tenía los mismos efectos que la filiación legítima sobretodo en las sucesiones.

LOS PUEBLOS HEBREOS, GRIEGOS, ROMANOS Y EGIPCIOS

Hacia los adentros de la sociedad hebrea existieron al mismo tiempo dos figuras bastante parecidas la una de la otra denominadas el Levirato y la adopción propiamente dicha.

El primero, el Levirato, no tenía como fin sino perpetuar el nombre del varón bajo el supuesto de no haber dejado descendencia, de manera que dicha persona conservaba el derecho a la progenitura y el mismo patrimonio del occiso.

Incluso son varios los pasajes bíblicos que nos mencionan el Levirato. Desde el Génesis se cuenta como Juda uno de los hijos de Jacob, se casó con Sue hoja de Cananeo, con quien tuvo tres hijos, Her, Onan, y Sela; que posteriormente Juda casó a su primogénito con Tamar, muriendo Her sin dejar descendencia. Juda dijo a Onan: "Cásate con tu cuñada, a fin de dar descendencia a tu hermano". El histórico Onan, sabiendo que así cohabitase con Tamar, la descendencia no sería suya sino de su hermano y evitó siempre que esta concibiere. Acto seguido por su abominable acción, el Señor le hirió de muerte.

El instituto del levirato se reglamenta en el libro de los Números; incluso si el hermanos del difunto se negaba a casarse con la viuda, estos dos comparecían ante el Consejo de los Ancianos del Pueblo y se

reconvenía para que se casara con la viuda. Si se volvía a negar, la viuda procedía a descalzarlo y a escupirlo en la cara demostrándole que esa era la forma de tratar a quien no hace revivir el nombre de su hermano.

Descalzarlo era una de las peores humillaciones en el pueblo hebreo para hombre alguno dado que así era que andaban los limosneros, leprosos y menesterosos, los esclavos y los locos penitentes. Y de la pena de facultar a la viuda para escupir a la cara del hermano del muerto, aun sigue siendo una grave humillación pero con el agravante que las culturas hebreas aun concebían el estado de inferioridad de la mujer frente al varón.

Más ejemplos bíblicos de esta institución que no vale la pena traer a cuento se encuentran en los pasaje de Noemí cuando iba a disponer de las heredades de su hermano Elimelec.

Ahora daremos paso a la explicación misma de la adopción para los pueblos hebreos. Esta vez es también la Biblia la que nos habla de esta interesante institución y casualmente en el libro del Génesis también y dice: "Después de que José contrajo matrimonio con Asenté hija de Putiphare, de la cual tuvo dos hijos llamados Efraín y Manases, los cuales fueron posteriormente adoptados por Jacob (abuelo)".

Esta adopción, fue aclarada con las palabras que dice Jacob a José: "...los hijos que te han nacido en tierra extraña, antes de que yo viniera acá, quiero que sean míos. Ephrain y Manases serán reputados tan míos como Rubén o Simeón.

Igualmente, los egipcios consagraron dentro de sus prácticas y usos la figura de la adopción que es nuestro asunto *sub lite*. Es más, nuestra primera fuente sigue siendo la Sagrada Biblia para ejemplificar puesto que en el libro del Éxodo en el capítulo segundo, se relata como es que Moisés después de haber sido un niño expósito, este fue adoptado por la hija del Faraón, una vez ya crecido. E incluso fue ella quien le puso por nombre Moisés, significando con ello; "lo saqué del agua".

Este pasaje bíblico nos muestra los dos sentidos que tenía la institución en estudio para los egipcios; la cual primeramente era para suplir la carencia de descendiente mayormente varones en los hogares puesto que eran estos últimos los llamados a perpetuar el nombre de sus padres (adoptivos) y en segunda medida, nos muestra como sirve la adopción como medio para ayudar a otorgarles una protección a los desvalidos y a los menos favorecidos dentro de la misma sociedad con todos los derechos y deberes de cualquier hijo legítimo.

Mientras tanto en Grecia, también existía la adopción como tal, sobretodo con el objetivo de tributarle y rendirle culto a las almas de aquellos muertos de manera que se perpetuara el culto familiar. No todas sino algunas de las ciudades griegas conocieron la adopción como tal.

En el caso de los espartanos, estos no llegaron a conocer la adopción como institución de protección a los desvalidos porque en virtud de las leyes de Licurgo, el Estado no servía al individuo sino al revés, y además, dado que Esparta era un pueblo guerrero; éstos acostumbraban a despedir a los desvalidos por la *porphyra*.

Sin embargo, en ciudades estado como la célebre Atenas, la institución si gozó de protección jurídica y además de gran importancia y trascendencia. Es más, tenían su propia voz (*poitos*) para denominar al hijo adoptivo y al sucesor testamentario. Encontramos las siguientes normas como las principales:

El adoptado no podía volver a la antigua familia natural, sin antes haber dejado un hijo en la familia adoptiva.

El adoptado debía ser hijo de padre y madre atenienses.

Solamente quienes no tenían hijos podían adoptar.

La ingratitud del adoptado hacía posible la revocación del título adoptivo.

El adoptado soltero no le era permitido contraer matrimonio sin el permiso del Magistrado competente.

Todas las adopciones se llevaban a cabo íntegramente en presencia del Magistrado; formalidad que pasará a Roma y aun tiene vigencia.

Con todo, es a los romanos a quienes le debemos nuestra tradición jurídica de Occidente, y sería un error no mencionarlos con el conocimiento de que ellos consagraron dentro de sus ordenamientos las raíces de la actuales adopciones.

En Roma se usó el mecanismo adoptivo para dotar a quienes carecían de herederos de personas que en virtud de su pertenencia a un estamento social, necesitaba que se le garantizara la continuación de su linaje por lo cual prohijaban a otra persona. También hubo una causa religiosa puesto que los romanos al igual que los griegos, prohijaban para garantizar la continuidad del culto a los muertos.

Como ejemplos encontramos las adopciones de Augusto primer emperador, hecha por Julio Cesar, a su vez Augusto adoptó a Tiberio y Nerón también fue hijo adoptivo del emperador Claudio I.

Hubo dos clases de adopciones:

La *adrogatio*: adopción de alguien no sometido a ninguna clase de potestad.

La *adoptio*: adopción de alguien sometido a otra potestad. Esta es la verdadera adopción.

Los efectos de ambas eran similares puesto que quedaban bajo la patria potestad del adoptante, se separaban de su familia biológica y si se emancipaban, no podían adoptársele de nuevo.

Respecto de la masa de bienes, tanto el adoptado como el adrogado adquirían vocación sucesora y se desvinculaban absolutamente de su familia de origen. De ahí se deriva la famosa "Cuarta Ateniana". Vale decir

que el adrogado o el adoptado según fuese el caso, tenían derecho a la cuarta parte de la herencia del causante ya fuese adoptante o adrogante.

Cuando estas dos figuras se aplicaban al caso de los impúberes, había modalidades especiales puesto que se requería la autorización de los tutores del impúber quien al momento de la emancipación adquiría el derecho a que se le devolvieran los bienes. Cuando el adoptado llegaba a la mayoría de edad; tenía derecho a recibir los bienes del adoptante.

La adopción daba los derechos de agnación pero no los de cognación, razón por la cual el adoptado terminaba pariente de la familia del adoptante y de él mismo pero no de la esposa ni de la familia de ella, de manera que la esposa no era la madre del adoptado.

LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO MODERNO

La verdad de las cosas es que la institución de la adopción tuvo su más grande apogeo causado catastróficamente por las guerras mundiales de principios de siglo pasado. Por razones de solidaridad, se fomentó la figura de la adopción para poderle tender la mano a un sinnúmero de personas desvalidas víctimas de la primera guerra mundial quienes terminaron en la completa miseria y muchos menores en la orfandad a causa del encuentro bélico.

Es así como surge la adopción tal y como la conocemos de manera que se aplica mayormente a los menores de edad de manera tal que desaparecen todos los vínculos con su familia primitiva mientras que en virtud del acto jurídico, este queda bajo la potestad de sus padres quienes lo adoptaren.

Los cuerpos de leyes de los Estados modernos le han venido dando a la adopción fines espirituales, morales y sociales de manera que comienza a desaparecer ese tipo de móvil "egoísta" que llevaba antiguamente a adoptar sino que se volvió una manifestación de solidaridad social y de benevolencia con los menos favorecidos de la sociedad.

En el año de 1917, se promulga la primera ley positiva que consagra la adopción con ese carácter social y no individual. Fue promulgada por el estado de Minesota, Estados Unidos.

A continuación, pasaré revista sobre los aspectos más básicos de los sistemas de adopciones hoy por hoy, sobretodo aquellos que tienen diferencias bastante marcadas. Por ejemplo, en los Estados Unidos existe la corriente que la legislación está ostensiblemente orientada a la protección de los derechos de los menores de edad y por ende, hay legislación encaminada a la protección de los niños desvalidos. El sistema norteamericano consagra dos procedimientos:

En el primero, la colocación del menor la hace una autoridad del Estado competente para este tipo de funciones. Este organismo asume la custodia del menor encomendándolo temporalmente a un hogar hasta que resulten unos padres que reúnan los requisitos para adoptarle. Estos requisitos son algunas veces más rigurosos que los que imponen los Tribunales.

El segundo, consiste en la entrega del menor tan pronto como nace a sus padres adoptivos.

En cambio en Francia, el estudio de la adopción es mas complejo por la serie de conflictos que surgieron después de la revolución francesa y los debates de si era o no conveniente instaurar en la Nación la institución de la adopción.

El pensamiento Napoleónico, acorde con las corrientes de la época, rescató muchos postulados del Derecho Romano y en términos generales de las raíces grecorromanas de la civilización de Occidente.

Fue así como en un principio en Francia se acogieron casi los mismos principios que consagraban las leyes romanas con respecto a la adopción. Es así como el adoptado tenía que ser mayor de edad para dar su consentimiento y no se desprendía de su familia biológica. En cambio, actualmente el adoptado puede dar su consentimiento si es mayor de quince años. Si es menor, el del Consejo de Familia.

En Francia hay dos formas de adopción:

La adopción propia que no da al niño los derechos de hijo legítimo y que puede o no romper los vínculos con su familia biológica.

La legitimación adoptiva, que da al adoptado los derechos de un niño nacido del matrimonio. Se denomina adopción plenaria.

El artículo 356, 358 y 359 del Código Civil francés establecen que el hijo adoptivo pierde todo tipo de vínculos con su familia biológica y que adquiere la calidad de hijo de sus padres adoptantes. También dice la normatividad pertinente que tanto el hijo biológico como el adoptivo, gozan de los mismos deberes y obligaciones y por último que la adopción plena es definitiva e irrevocable.

Y además establece también que la edad mínima para adoptar son 35 años y que la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado debe ser igual o mayor a 15 años.

Al igual, en España, aparece por primera vez consagrada en el Fuero Real de manera que se consagraron de la misma manera que en la legislación romana estaba con sus mismas divisiones *-adoptio* y *adrogatio*. Posteriormente en el Código Civil español, la adopción se volvió solamente una y está consagrada en los artículos 173 y ss.

Los requisitos para adoptar en España son ser mayor de cuarenta y cinco años, ser plenamente capaz, tener más de quince años de diferencia con el adoptado y no ser clérigo.

REGIMEN LEGAL DE LA ADOPCIÓN MODIFICACION AL CODIGO CIVIL

ANTECEDENTES.

En nuestro país, en 1948, se sancionó la **ley 13.252**, bajo la influencia del terremoto de San Juan que patentizó repentina y dolorosamente, el drama e la infancia desvalida; esta ley acogió en términos generales, la forma que hoy se conoce como adopción simple.

En 1971 la adopción fue incorporada por la ley N° 19.134, en el Código Civil, que estuvo en vigencia por más de veinticinco años, demostrando las virtudes de la adopción plena pero advirtiendo defectos en cuanto a su aplicación u omisiones que hacían imprescindible encarar la tarea de la reforma. Aspectos como el período de guarda previa a la adopción, la cantidad de años de casados de los cónyuges adoptantes, la edad mínima de quienes pretenden adoptar, etc., parecían aspectos de orden menor, pero aparecieron como de real trascendencia.

En otro orden la ley fue alcanzada por reformas al Derecho de Familia durante toda su vigencia, introduciendo modificaciones al sistema.

Más tarde con la ratificación por parte de la Argentina de la Convención de los Derechos del Niño Ley N° 23.849, incidió sobre este tema en cuanto el art. 21 inc. a), dispone: Que los Estados deben velar porque la adopción sea otorgada “en vistas de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes o representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”.

La guarda previa del menor fue otro de los puntos que generó dificultades al no prever el modo de otorgarla, lo cual fue subsanado posteriormente.

Consolidándose la idea de la conveniencia de establecer una guarda preadoptiva, otorgada judicialmente para colocar al menor en la llamada situación de preadoptabilidad, con debida intervención de los padres biológicos que hubiesen reconocido al niño que se pretende a adoptar.

La Convención reafirma también en su art. 8° la necesidad de asegurar y resguardar el derecho del niño a conocer su identidad biológica, exigiendo así la necesidad de garantizarlo por medio de la ley interna, lo cual no fue hecho por la ley 19.134.

Es por todo lo expresado anteriormente que desde el año 1984 se fueron sucediendo proyectos legislativos de reforma de la mencionada ley, coincidiendo en general en cuestiones como la adopción plena y simple, pero con intentos de flexibilizar los requisitos o suplir deficiencias advertidas en la aplicación de la ley.

Dada la unanimidad de criterios en cuanto a estos dos tipos de adopción es que la ley 24.779 que vino a reformar la ley 19.134 mantiene la adopción plena y simple, por la plena se emplaza al adoptado en un verdadero estado de familia sustituyendo al consanguíneo originario, en caso de que lo haya habido con anterioridad a tal adopción, en cambio la adopción simple se limita a crear un estado de hijo que, en principio, se circunscribe a las relaciones entre adoptante y adoptado sin trascender, como la adopción plena, a la familia de aquél.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Con la ratificación por Argentina y su jerarquización posterior por la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22 Const. Nac.) nos replantea la institución de la adopción con especial énfasis en la adopción plena.

La Convención declara, el derecho del niño a vivir con sus padres, y a ser cuidado por ellos en la medida de lo posible; el compromiso del Estado a respetar los Derechos del Niño a preservar su identidad y las relaciones familiares, sin injerencias ilícitas y a velar porque el niño no sea separado por su padres contra la voluntad de estos, salvo que ello sea indispensable para preservar el interés superior del niño.

Hacer operativas todas estas disposiciones constituyen un compromiso político por parte del Estado, para evitar experiencias padecidas por muchos niños que son abandonados por familias carenciadas, por no poder hacerse cargo de su crianza y educación .

CARACTERÍSTICAS DE LA LEY 24.779

1. Mantiene el *doble sistema de adopción*
2. Permite la adopción de *mayores y emancipados*
3. Sólo *guarda judicial*
4. Se disminuyen los años de los adoptantes y los casados; también en los de la guarda.
5. No se necesita la guarda para adoptar el hijo del cónyuge
6. Puede modificar su opinión (60 días)
7. Para la guarda: hay que citar a los padres bajo pena de nulidad

8. A los 18 años el adoptante puede pedir revisar su expediente
9. Residencia mínima permanente: 5 años
10. La adopción simple es revocable por nuevas causales (negativa de dar alimentos y petición del adoptado con posterior acuerdo)
11. Registro único de aspirantes a la adopción

REFORMAS A OBJETAR.

1. El doble régimen de adopción (porque va contra el régimen de la ley)
2. Rigurosidad extrema en cuanto a los extranjeros. El tema es que se confundió el tráfico de niños con la adopción internacional, dejando esta última sin efecto.
3. Organización de un Registro Único de aspirantes a la adopción, el cual no se creó. Tiene que ver con el sistema federal, ya que de crearse estaría todo centralizado en Buenos Aires, y las provincias no quieren ceder poder.

DE LA ADOPCIÓN.

DISPOSICIONES GENERALES

PRESUPUESTOS SUSTANCIALES DE AMBAS ESPECIES

Derogada la ley 19.134 por la Ley de Adopción N° 24.779, sancionada el día 28 de febrero de 1997, e incorporada al Código Civil

como título IV de la Sección Segunda, L. I, incorporándose los arts. 311 a 340 y creando en el orden nacional y provincial un registro único de aspirantes a la adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios.

El art. 311 del Código Civil establece que “la adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante”, manteniendo el mismo criterio que en la sustituida ley en cuanto a la edad para ser adoptado, menor de 21 años no emancipados, habría sido oportuno que esta ley hubiese aclarado que al hablar de emancipación se refiere sólo a la emancipación por matrimonio, ya que por habilitación de edad no implica el cese de la minoridad, ni integra los supuestos de extinción de la patria potestad.

El menor no debe haber cumplido veintiún años al tiempo en que el Juez otorgue la guarda a los fines de la adopción.

La adopción sólo se otorga mediante sentencia judicial, por lo que cabe aceptar la creación del estado de familia que otorga la misma, sea a través de un contrato ni de una disposición de última voluntad, como sucedió históricamente en la evolución del instituto.

No innova en cuanto a mantener esta exigencia de la adopción otorgada judicialmente a instancia del o de los adoptantes.

Por excepción al principio, se admite la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado, mediando consentimiento del mismo en dos casos:

- 1.- Se trate del hijo del cónyuge del adoptante, está la posibilidad de adoptar al hijo del cónyuge siendo éste menor de edad, mayor de edad o emancipado, supuesto éste que sirve para la integración familiar de quien habido contraído matrimonio con persona que tiene hijos y a los que trata como tales. Integrando la familia y permitiéndole al adoptado heredar al cónyuge adoptante.

Debemos interpretar la norma en sentido amplio pues podría darse el caso de la adopción de un hijo adoptivo del otro cónyuge. En todos estos casos la adopción exigirá el consentimiento del adoptado mayor de edad.

2.- Exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial. Este supuesto sí bien parecería indicar, en su lectura literal, la necesidad de que exista estado de hijo, lo que implicaría un emplazamiento filial, lo que descartaría la posibilidad legal de la adopción, hay que interpretarlo a la luz de la intención del legislador, que supone que alguien ha gozado cuando aún era menor, no del estado de hijo, sino tan sólo de la posesión del estado de hijo, es decir el denominado estado aparente de familia, respecto a quien o a quienes, pretendan cumplida la mayoría de edad, adoptarlo. Situación no prevista en la anterior ley de adopción, no obstante la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la adopción en este supuesto.

3.- Un tercer caso, aunque no expresamente contemplado en el artículo en estudio, surgiendo de la interpretación íntegra de la ley, es el de la adopción acordada respecto del mayor de edad cuya guarda fue otorgada a los adoptantes cuando aún era menor, sería el caso, de que habiéndose otorgado una guarda judicial con fines adoptivos siendo menor de edad, éste al tiempo de la sentencia de adopción hubiese cumplido la mayoría de edad.

4.- Otro caso es pretender adoptar un mayor de edad incapaz, existiendo un precedente en el que se resolvió la admisibilidad de la adopción del demente interdicto mayor de edad por su curador, teniendo en cuenta que a los fines de la ley es un incapaz asemejándolo en cuanto a su capacidad jurídica a un menor impúber.

En cada uno de los casos considerados anteriormente debemos distinguir al carácter de la adopción, tratándose de la adopción del hijo del cónyuge esta siempre será adopción simple, como lo dispone el art. 313 in

fine, es lógico que así sea pues no tiene sentido extinguir el vínculo con la familia biológica, ya que sólo se busca la integración familiar, además de que el adoptado no se hallará en las situaciones previstas que habilitasen la adopción plena.

En el caso de quien gozó del estado de posesión de estado de hijo, respecto de los adoptantes durante la menor edad, pretendiendo ser adoptado después de llegar a ser mayor o, de quien es mayor al tiempo de la sentencia, pero era menor a la fecha del otorgamiento de la guarda, podrá ser plena sí en su origen, la guarda fue otorgada en algunas de las situaciones previstas en el art. 325 del C.C., pero también podría ser simple sí el Juez o el Tribunal interviniente considera que ella es más conveniente en vista a las relaciones de familia.

ADOPCIÓN SIMULTÁNEA POR MÁS DE UN ADOPTANTE.

El art. 312 nos dice: "nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor. El adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto".

La primer parte de este artículo al establecer que "nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges", mantiene lo que disponía la anterior ley con el agregado de la palabra "simultáneamente" lo que oscurece aún más el sentido de este párrafo, pues haciendo una interpretación literal de este artículo significaría que son posibles sin límites las adopciones sucesivas,

aunque continuasen vigentes las anteriores. Lo que se trata es de aplicar una regla de vigencia universal, no se conciben adopciones simultáneamente vigentes. La adopción conjunta de un menor por dos personas no unidas en matrimonio está vedada en función de esta norma, lo que llevaría a su nulidad absoluta.

A esta prohibición general se añade que "en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una misma adopción sobre el mismo menor". Se mantuvo la misma relación que lo establecido por la ley N° 19.134, pues se consideró muy importante, aún en los casos que no hubiera fallecido el adoptante, pero sí hubiere desatendido al menor o incurriere en conductas que provocasen la pérdida o suspensión de la patria potestad.

Esto ha planteado el interrogante de sí la norma ha limitado la posibilidad de la segunda adopción al supuesto de la muerte del adoptante o de los cónyuges adoptantes, o sí, en cambio, constituye la confirmación del criterio de la prohibición de adopciones simultáneas, pero no así de las sucesivas.

Nada impedirá al Juez la admisión de adopciones sucesivas, tomando un criterio amplio, teniendo en vista satisfacer las necesidades del menor, cuando no ha obtenido los beneficios esperados en la anterior adopción, pues no hay que caer en una interpretación formalista o rigurosas de las normas positivas que impidan consolidar desde el núcleo o imponer pautas éticas específicas.

El último párrafo del artículo nos da la exigencia de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la que en ningún caso podrá ser menos de dieciocho años mayor que el adoptado.

Con la ley N° 24.779 al reducir la edad mínima para adoptar, a treinta años y, cualquiera que sea su edad se autoriza a adoptar a los cónyuges con más de tres años de casados, e incluso antes de este término sí acreditan la

imposibilidad de tener hijos, esta prohibición de la diferencia de edad implica la aptitud para ser padre impuesta por la naturaleza misma, para ejercer con madurez afectiva y humana.

Y la excepción estaría dada porque el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptivo del premuerto, siempre que en los hechos haya vivido una relación paterna o materna que importe ser mantenida por sí misma.

Hay autores que sostienen que al establecer legalmente la diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado, sujeta a los Tribunales a pautas matemáticas que en ciertos casos pueden dar soluciones equivocadas, en vez de dejar el margen dentro de la apreciación judicial conveniente para la adopción.

ADOPCIÓN DE VARIOS MENORES.

El art. 313 del C.C. nos dice "Se podrá adoptar a varios menores de uno u otro sexo simultánea o sucesivamente. Si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo. La adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple".

En cuanto al número de adoptados es ilimitado, salvo el límite dado por el interés familiar, que será evaluado por los adoptantes y en su caso por el Juez.

Se admite la adopción de varios menores de uno u otro sexo simultánea o sucesivamente, pero el artículo añade que "sí se adoptase a varios menores, todas las adopciones serán del mismo tipo", lo cual nos establece el principio de la uniformidad de las adopciones, quizás teniendo en miras la integración de la familia compuesta por varios hijos adoptivos, evitando diferenciar distintas calidades de hijos.

Pero no podemos olvidar que quizás la situación de un hijo no es la misma que la del otro, por lo que quizás sería más conveniente otorgarle la adopción simple a uno y la plena al otro, no habiendo razón para que en ambos casos los adoptantes no puedan ser los mismos, sí el Juez advirtiere que existe una adecuada integración en el núcleo familiar.¹

Además los adoptantes que lo han hecho por adopción plena, en el futuro no podrán hacerlo por adopción simple, porque la ley se lo prohíbe expresamente, y quizás el menor no cumple los requisitos para ser adoptado plenamente, lo que impediría a esta persona poder adoptarlo, por contrario sensu quien ha adoptado por adopción plena, luego no podrá hacerlos por la adopción simple.

Y como la adopción del hijo del cónyuge será siempre de carácter simple, la persona que ha adoptado plenamente, al contraer matrimonio, no podrá adoptar el hijo de su cónyuge, y el que haya adoptado el hijo del cónyuge, no podrá adoptar plenamente a nadie.

EXISTENCIA DE DESCENDIENTES DEL ADOPTANTE.

El art. 314 del C.C. dispone "La existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, pero en tal caso aquellos podrán ser oídos por el Juez o por el Tribunal, con la asistencia del Asesor del Menor si correspondiere".

Históricamente se prohibía la adopción por quien tuviera descendientes, el fundamento estaba dado en que se tomaba la adopción

¹ De acuerdo: LEVY, Régimen de adopción, Ley 24.779, p. 34 y 35, Conf. Fanzolato, Filiación Adoptiva, p. 69 y 70.

como los medios para procurarse hijos a quienes no los tuvieran o no pudieran tenerlos.

Con la sanción de la ley N° 19.134 se les acuerda la facultad de ser oídos a los descendientes de los adoptantes, siempre y cuando estos fuesen mayores de ocho años de edad. La norma vigente ya no establece el límite de edad fijado por la norma anterior, lo objetable de la misma es que mantiene a esta audiencia como facultativa, lo que tendría que haberse transformado en una obligación para el Juez o el tribunal, la de oír a los descendientes de quien pretenda adoptar.

REQUISITOS DEL ADOPTANTE .

El art. 315 establece "Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e ineludible, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

No podrán adoptar:

- a) Quienes no hayan cumplido 30 años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Aún por debajo de este término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos.
- b) Los ascendientes a sus descendientes.
- c) Un hermano a sus hermanos o medios hermanos.

Los requisitos que establece este artículo en cuanto al estado civil del adoptante, podrá ser cualquiera, es decir se admite, la adopción

unipersonal por parte del divorciado o viudo, de más está decir siempre y cuando cumpla las demás exigencias, edad mínima, diferencia de edad mínima con el adoptado, cumplimiento del período de la guarda judicial previamente otorgada, etc.

Pero en el caso, de que se trate de personas casadas la adopción deberá ser hecha por ambos cónyuges conjuntamente, salvo los casos excepcionales previstos en el art. 320 del C.C.

Como bien se ha señalado, “la adopción matrimonial, que por propia definición debe ser formalizada conjuntamente, constituye la mejor respuesta para el logro de las finalidades de la adopción como institución proteccional de la minoridad”.²

En cuanto a la residencia permanente del adoptante o de los adoptantes en el país, el art. prevé la exigencia de que los mismos la acrediten de manera fehaciente e indubitable. Es la primera aparición de una norma de este tipo en el derecho positivo vigente, esto explica las reservas hechas por nuestro país en ocasión de ratificar la Convención de los Derechos del Niño a la denominada Convención Internacional. La Convención prevé el reconocimiento de las adopciones internacionales de menores en el caso de que estos no puedan ser colocados en un hogar de guarda o entregados a una familia adoptiva o ser atendidos de manera adecuada en el país de origen.

La Argentina ratifica esta Convención pero formula reservas a la aplicación de estas disposiciones, temiendo que de la aplicación de los mismos se favorezca el tráfico internacional de niños, además introduciendo la exigencia de los cinco años de residencia en el país para impedir a los extranjeros o personas domiciliadas en el extranjero adoptar aquí, menores nacidos en la Argentina o menores trasladados ilegalmente a otros países.

² D'ANTONIO, Régimen legal de la adopción, Ley 24.779, pág. 111.

Además de sostener que los niños adoptados por extranjeros sufrirán el desarraigo de su medio natural, lo cual podría repercutir negativamente en su propia identidad. Por lo que nuestra ley se aparta de la tendencia mundial de aceptar la adopción internacional al consagrar la prohibición general.

A mi criterio esta prohibición que en principio busca evitar el tráfico internacional, no hace otra cosa que fomentarlo indirectamente, ya que a ningún extranjero se le va a ocurrir venir a residir a nuestro país por cinco años para adoptar a un niño, pero sí podría darse la posibilidad de que en sectores más pobres como podría ser el norte argentino, en el cual por una pequeña cantidad de dinero se pueda acceder a la compra de un menor y por el escaso control fronterizo sacarlo fácilmente de nuestro país.

Para probar la residencia en el país de manera fehaciente e indubitable, esa residencia mínima a la petición de la guarda, se habrá de transformar en un obstáculo a toda adopción, ya que no se sabe a ciencia cierta si bastará con acreditar la constancia del domicilio en el país, en el documento nacional de identidad, teniendo en cuenta que éste podría haberse ausentado durante varios años del país, sin que ello conste en el documento.

En el caso de los extranjeros y parecería que la respuesta es muy fácil, pues bastaría acreditar la residencia legal en el país, obtenida por medio de las autoridades migratorias. Pero no lo es en el caso de los argentinos, pues la prueba será más dificultosa, entonces podríamos pedirle el pasaporte, para verificar si han salido del país en los últimos cinco años, y en el caso de haberlo hecho por qué lapso, pero todos sabemos que a los países limítrofes no es necesario salir con pasaporte por lo que parecería que al ser el adoptante de nacionalidad argentina bastaría en la constancia en el documento nacional de identidad del domicilio en el país y dos

testigos, que declaren el conocimiento que tienen de quien o quienes pretenden la guarda.

Quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados, no podrán adoptar, salvo que acrediten la imposibilidad de tener hijos.

La edad mínima del adoptante no se exige cuando es peticionada conjuntamente por los cónyuges, lo que sí se exigirá es el término mínimo desde la celebración del matrimonio, salvo que estos prueben fehacientemente antes de cumplir dicho plazo que se encuentran imposibilitados de procrear.

En cuanto a la prohibición de adoptar los ascendientes a sus descendientes impuestas por el inc. b) del art. 315 del C.C., hay doctrina que entiende que esta prohibición está derogada por incompatibilidad por la norma de jerarquía constitucional que implica el art. 21 inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional, por lo que solicitada la adopción del nieto por los abuelos debería ser sometida a decisión judicial, para que, conforme al interés superior del niño en el caso determinado, la adopción sería o no concedida, apreciando el tribunal la conveniencia de la adopción por el menor, guiándose sólo por el interés de éste.

En cuanto a la prohibición de la adopción entre hermanos entendemos que no hay razón para impedirla, cuando la situación de hecho se consolide jurídicamente en un caso en que la gran diferencia de edad entre hermanos, los padres fallecidos en el nacimiento del menor y que éste reciba el trato de hijo del hermano mayor y su cónyuge criándolo como un hijo más del matrimonio.

GUARDA

El art. 316 del C.C. establece: "El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año, el que será fijado por el Juez. El juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurrido seis meses del comienzo de la guarda. La guarda deberá ser otorgada por el Juez o Tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo. Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge".

Históricamente al tratarse de la adopción simple no se exigía la guarda del menor previa a la adopción, pero en la actualidad todos coinciden en la necesidad de una guarda previa a la adopción.

La ley 24.779 introduce por primera vez en el derecho nacional un proceso judicial previo a la adopción propiamente dicha, en el que el Juez deberá discernir la guarda a quien o a quienes pretendan adoptar al menor en el futuro, estableciendo en el artículo que la guarda no deberá ser menor de seis meses ni mayor de un año, la que será fijada por el Juez, permitiendo a éste de acuerdo a las circunstancias del caso graduar el lapso dentro del máximo y el mínimo, asegurándose además es que sea otorgada judicialmente pues el mismo artículo que establece que "el juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurrido seis meses del comienzo de la guarda. La guarda deberá ser otorgada por el Juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo".

FORMA

Concordantemente el art. 318 prohíbe expresamente la entrega de la guarda de menores por escritura pública o acto administrativo, en clara alusión a evitar lo ocurrido durante la vigencia de la ley 19.134 en tráfico de menores.

Esta guarda que constituye una medida de protección de la persona del niño no dará en todos los casos como resultado la adopción pues muchas veces es conferida a instituciones públicas y/o privadas de protección a la minoridad por medio de diversos programas de tutela.

Quienes pretendan adoptar deberán esperar como mínimo los seis meses de guarda, en el caso de que el Juez haya dado un período mayor de guarda previa podrán comenzar el juicio una vez vencido este término mínimo, sin perjuicio de que el tiempo faltante deba completarse antes de que se acuerde la adopción.

El Juez competente para discernir la guarda preadoptiva será el Juez o Tribunal del domicilio del menor o en el lugar donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono.

REQUISITOS PARA OTORGAR LA GUARDA

El art. 317 del C.C. establece "a) 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 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 incs. a, b y c bajo pena de nulidad".

Discernir judicialmente la guarda preadoptiva constituye un proceso autónomo previo a un ulterior juicio de adopción constituye un control de legalidad y mérito tendiente a determinar si dicho menor es susceptible de ser adoptado en el futuro, definiendo la situación del menor en dos aspectos:

1.- Los vínculos que aún mantiene o no el menor con sus progenitores y en general, con su familia biológica.

2.- La conveniencia o no del menor en guarda previa a su adopción por quien o quienes así lo han solicitado.

La citación de los progenitores al proceso de guarda preadoptiva no implica desvinculación con el menor, lo que se busca es evitar la separación del niño de sus padres contra la voluntad de éstos y acordar la adopción en atención a la situación del menor en relación a sus padres, parientes y representantes legales.

Es por ello que el artículo establece el deber del Juez de citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el

otorgamiento de la guarda con fines de adopción. Siempre y cuando el menor tenga filiación acreditada y estos estén vivos.

En el caso de que la madre, el padre o ambos sean menores de edad no emancipados, también deberá ser citado el padre o la madre que ejerce la patria potestad o sus tutores. Los padres menores no emancipados no están en condiciones de consentir, sin más en la adopción de su hijo sin la asistencia de sus representantes legales, quienes a su vez, deben autorizarlo a estar en juicio. (Arts. 264 quater inc. 5, y 282) .³

Esto indicaría un requisito nuevo para el otorgamiento de la guarda e indirectamente para la adopción ya que aquél es previo, el consentimiento de los padres, lo que constituiría una injustificada regresión a la relación contractual.

A quienes mantienen la opinión de que no es admisible que la falta de conformidad de los padres sean obstáculo para la adopción, aunque se trate de la adopción simple, pues no se compadece con el interés superior del niño.

Ante la falta de comparecencia de los progenitores, debidamente citados en principio, su silencio deberá interpretarse a favor de la guarda preadoptiva en trámite, sin embargo el Juez deberá disponer todas las medidas conducentes a establecer, el interés del menor, la procedencia de la guarda requerida con fines de la posterior adopción.

En cuanto al conocimiento personal del adoptante por parte del Juez, que es exigido por el artículo tiende a garantizar la intermediación respecto del Juez con el menor, además de ser escuchados en los casos en que por su edad tienen posibilidad de haberse formado un juicio propio.

El inciso c) exige el conocimiento por parte del Juez "de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo

³ Cciv. y Com. de Junín, 9/3/94, JA, 1995- I-47; CA pel C del Uruguay, Sala Civ. Y Com., 22/12/94, JA, 1995- IV- 27. Conf. LEVY, Régimen de Adopción. Ley 24.779, pág. 77.

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.

Es evidente, que esta exigencia hace a la formación de criterio del Juez en cuanto al conocimiento de los futuros adoptantes a quienes dará la guarda preadoptiva, interviniendo el Ministerio Público como representante promiscuo del menor de acuerdo a las normas generales.

El Juez está facultado también al conocimiento de las circunstancias relativas a la familia biológica del menor, que pongan de manifiesto la conveniencia de otorgar la guarda, pudiendo citar a otros parientes, realizar informes ambientales, etc.

Finalmente el Juez dictará resolución y concederá o denegará la guarda preadoptiva, la que contendrá una declaración de certeza acerca de la situación preexistente del menor que, a juicio del magistrado funda su decisión en uno u otro sentido, sí es por el de conceder la guarda, además declarará que el menor está en condiciones de ser adoptado por quienes lo reciben en guarda preadoptiva, simultáneamente, declarará que los guardadores son aptos para solicitar la adopción, fijará también el plazo de la guarda previa.

En la última parte del artículo establece que serán nulos las resoluciones dictadas sin obedecer las reglas de los incisos a) b) y c).

El art. 318 establece que "Se prohíbe expresamente la entrega de guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo". Como ya hemos adelantado este artículo constituye una reacción contra la posibilidad de la entrega extrajudicial de la guarda del menor, en contra de ciertas prácticas observadas durante la vigencia de la ley anterior, en la que se concedían guardas sin el control judicial previo desprendiéndose que en todo caso la guarda preadoptiva deberá ser por el Juez competente, como dispone claramente el art. 316 del C.C.

GUARDA POR EL TUTOR

El art. 319 del C.C. establece: "El tutor sólo podrá iniciar el juicio de guarda o adopción o de su pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela.

La exigencia de que estén rendidas y aprobadas las cuentas de la tutela, por quien pretende adoptar más tarde a su pupilo, no constituye una novedad legislativa, ya que esta exigencia es mantenida de legislaciones anteriores.

El tutor podrá, cumplido todos los requisitos exigidos por la ley, adoptar a su pupilo, siempre que estén extintas las obligaciones emergentes de la tutela.

El sentido es evitar que a través de la adopción este pretenda liberarse de las responsabilidades emergentes de la administración de la tutela, desnaturalizando el fin mismo de la institución.

ADOPCIÓN CONJUNTA POR LAS PERSONAS CASADAS

El art. 320 del C.C. establece: "Las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, excepto en los siguientes casos: a) Cuando medie sentencia de separación personal.

b) Cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores.

c) Cuando se declare judicialmente la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge.

Comenzamos por establecer que quien pretenda adoptar siendo casado deberá hacerlo por ambos cónyuges conjuntamente.

Tratando de que ambos asuman de común acuerdo la responsabilidad que implica la adopción del menor, evitando que uno de ellos quede ajeno a la relación familiar que se crea.

Este principio reconoce algunas excepciones tal es el caso, de los cónyuges separados personalmente por sentencia judicial, la que sí bien no disuelve el vínculo matrimonial, determina el cese de la convivencia, lo que es lógico que no impida la adopción por cualquiera de ambos.

Otra excepción es la del adoptante casado con un insano, el que no podrá hacerlo con su cónyuge, pues éste carece de discernimiento y es considerado incapaz absoluto de obrar, sí es exigible en esta hipótesis escuchar al curador y al Ministerio Público de Menores, aunque hay que señalar que la oposición del curador de poco valdría, sí corresponde al Juez hacer un análisis minucioso de la conveniencia o no de la adopción del menor, sobre todo en los casos de quien mantiene convivencia con el cónyuge insano.

En el caso del adoptante casado con un ausente, puede ocurrir que quien pretenda adoptar esté casado, y el cónyuge se encuentre ausente declarado judicialmente, ya sea la ausencia simple, una ausencia con presunción de fallecimiento o con desaparición forzada, no tendría sentido mantener la exigencia de la adopción con ambos cónyuges conjuntamente.

Por último tenemos el caso que los cónyuges separados de hecho, caso que esta ley no prevé como así lo hacía la anterior ley en la cual no exigía del asentimiento del otro para la adopción.

Dada la situación de que han interrumpido la cohabitación, sería ilógico pensar que van a pedir conjuntamente la adopción, a lo que deberíamos exigirle que primero tramiten el juicio de divorcio vincular o cuanto menos el de separación personal.

ADOPCIÓN DEL HIJO DEL CÓNYUGE

El art. 320 no menciona este supuesto que, sin duda debe interpretarse como una excepción más al artículo que se comenta.⁴

REGLAS GENERALES.

El art. 321 establece: "En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas:

- a) La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda.
- b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores;
- c) El juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme el derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor.
- d) El juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes; así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado.
- e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes.
- f) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados, sus apoderados y los peritos intervinientes.

⁴ LEVY, Régimen de Adopción, Ley 24.779, pág. 93.

- g) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor.
- h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica.
- i) El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor.

A los fines de otorgar la guarda preadoptiva con fines de adopción, el Juez deberá tener en su poder los antecedentes relativos tanto a la historia familiar del menor como la de sus guardadores.

Esto no ocurría anteriormente con la ley 19.134 ya que la guarda no era necesariamente discernida judicialmente, podría ser una situación de hecho que se daba por primera vez al solicitar la adopción ante el juez, tendiendo a garantizar en un único proceso la conveniencia de la adopción.

En el inc. a) permite al adoptante optar entre el juez o tribunal de su domicilio o el del lugar donde se otorgó la guarda, que es lo que se da habitualmente, ya que quien se encuentra en esta situación con respecto a la entrega del niño a adoptar, recurre generalmente a la institución o al tribunal de su propio domicilio, y si así no lo hiciese deberá instar la acción ante el Juez competente según el domicilio del menor.

El inc. b) dispone que "son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores". De éste último no cabe ninguna duda en cuanto a su calidad de parte de ser el representante promiscuo del menor.

Son partes también el adoptante o los adoptantes, como solicitantes de la adopción, en cambio el menor que se pretende adoptar no es formalmente parte -en el sentido procesal- ya que se encuentra

representado por el defensor, sin perjuicio de que puede ser oído personalmente por el Juez, si este último así lo requiriese.

No son partes los progenitores del adoptado, ya que al haber recaído resolución definitiva con fuerza de cosa juzgada a su respecto, en lo relativo a la adoptabilidad del hijo, es por ello que en el juicio de adopción propiamente dicho no deben replantearse cuestiones definitivamente decididas.

Por lo dicho anteriormente, no corresponde hacer apreciaciones absolutas, pues de acuerdo a las circunstancias de cada caso, los progenitores podrían poner en conocimiento del juez -sin que eso signifique considerarlo como partes- situaciones impeditivas para se acuerde la adopción a los guardadores en razón de circunstancias quizá sobrevinientes y no conocidas por el tribunal.

Pero por otra parte la exclusión de los padres está justificada cuando han prestado expreso consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción o cuando han sido privados de la patria potestad, pero de todas maneras no oírlos durante la entrega de la guarda ni para la adopción, podría importar violación de la garantía constitucional de la defensa en juicio como lo establece el art. 18 de al Const. Nac.

El inc. c) hace necesario oír personalmente al menor, a pesar de que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño manda garantizar los derechos del mismo, en cuanto a dar su opinión libremente en todos aquellos asuntos que lo afectan en función de su edad y madurez, dándole así la oportunidad de ser escuchado personalmente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

En el inciso anteriormente citado también se da la opción al juez de oír a "cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor". Asimismo "el juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que

estimen convenientes", como podrían ser todas las opiniones vertidas por todas aquellas personas allegadas al menor como pueden ser sus maestros, el médico, psicólogo infantil, sus preceptores y/o aquellas persona que por razones de su función conocieron al menor en el caso de que hubiese estado albergado en alguna institución tutelar.

Con todo este material del que hablamos anteriormente, a los que se les puede sumar informes ambientales que serán requeridos a los fines de evaluar el proceso adaptativo del menor, los sentimientos de arraigo que en él se vayan despertando, hacen que el juez pueda así con la mayor cantidad de elementos de valoración y precisión posibles resolver la cuestión planteada.

Todo este proceso tiende a ilustrar al Juez "si la adopción en conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes" (inc. d), a tal fin privará el interés superior del menor (inc. i).

El inc. f establece que "las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto" y en este punto se incurre nuevamente en un vicio establecido en la ley 19.134, en cuanto a que una cosa es lo privado y reservado, razones inherentes a todas las causas de familia que por su índole exigen preservar la intimidad del menor y de los adoptantes; otra cosa es el "secreto" ya que no hay expedientes secretos.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente la ley dispone que el expediente de adopción "solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados, sus apoderados y los peritos intervinientes".

Pero esta reserva tiene un límite, ya que sí se diera la necesidad de investigar la comisión de delitos de acción pública, no se podría negar la remisión del expediente a un juez de instrucción sí así lo solicitare, aunque él mismo se estuviera tramitando o hubiese finalizado.

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 si realmente se cumple.

OBLIGACION DE HACER CONOCER LA REALIDAD BIOLÓGICA.

¿ES OBLIGACION DEL ESTADO CITAR A LOS HIJOS ADOPTADOS A LOS 18 AÑOS PARA COMUNICARLES QUE SE ENCUENTRA A SU DISPOSICION EL ACCESO AL EXPEDIENTE JUDICIAL?

La cuestión radica en determinar cuál es la manera precisa en que el Estado debe preservar el derecho a la identidad personal y también cuál es el límite de injerencia de éste frente a la patria potestad paterna.

Nos preguntamos si a los fines del acceso al conocimiento de su identidad biológica y con ánimos de asegurar el fiel cumplimiento de los progenitores adoptantes del compromiso de hacer conocer al adoptado su propia realidad biológica (art. 321 inc. h) el juez debe de oficio notificar al adoptado que se encuentra a su disposición el acceso al expediente judicial.

Arias de Ronchietto señala que tal comunicación no es obligatoria porque vulnera la posición subsidiaria del Estado frente a la patria potestad de los padres; expresamente dice: “tal medida a veces sugerida es abiertamente invasiva de la vida familiar adoptiva cuyo control se ejerció, igual que en la familia por naturaleza, al momento de su constitución (...) es indispensable exigir desde la ley, que el adolescente y sus padres soliciten

el acceso al expediente sí así lo deseen, y de ninguna manera, que tal información sea impuesta por el Estado a través de una citación judicial al cumplir la mayoría de edad el hijo por adopción”.

Hemos señalado que en materia de derecho a la identidad lo importante es tutelar que el daño no se produzca y en su caso reparar el daño causado y también hemos dicho que no bastan las sanciones penales ni la reparación dineraria, esta enunciación teórica debe verse acompañada de soluciones eficaces para lograr su resultado. En tal orden de idea nos preguntamos si esa tutela pretendida se logra con una comunicación forzosa al hijo adoptado de la existencia del expediente de adopción. Creemos que no y además pensamos que ése no ha sido el espíritu de la ley, ni de la Convención sobre los Derechos del Niño, por las siguientes consideraciones:

- a) La ley 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, porque así como hay derecho al conocimiento, también hay derecho al olvido.
- b) Si la ley obligatoriamente impusiera a los jueces el deber de comunicar l posibilidad del acceso al expediente al menor vulneraría el derecho al olvido de los sujetos y ocuparía el lugar de los padres, ya que son éstos los que se encuentran obligados a comunicar la realidad adoptiva.
- c) Interpretar que el juez debe comunicar al adoptado su posibilidad de acceder al expediente es presumir que los padres no han cumplido su obligación de informar al menor establecida legalmente, y hacerle asumir al Estado funciones inherentes a los progenitores, en una clara intromisión en el derecho a la privacidad del ser humano.

- d) Una cosa es otorgar elementos idóneos para garantizar el conocimiento de la realidad biológica y otra muy distinta el obligar a adquirirlo.
- e) La medida las más de las veces será ineficaz porque se desconocerá el domicilio del adoptado ya que en dieciocho o en veintiún años éste
- f) naturalmente habrá cambiado y aparece como aberrante y contraria al derecho a la identidad la notificación edictal para que una persona tome conocimiento de que es hijo adoptivo.
- g) El uso y difusión de un dato verdadero puede ser violatorio de la intimidad cuando ha transcurrido mucho tiempo.

EFFECTO RETROACTIVO

El art. 322 establece que: " La sentencia que acuerde la adopción tendrá efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda. Cuando se trate del hijo del cónyuge el efecto retroactivo será a partir de la fecha de promoción de la acción".

El antes citado hace mención a que la adopción tendrá efecto retroactivo a la fecha en que fue otorgada la guarda, a diferencia de la ley anterior que disponía el efecto retroactivo a la fecha de promoción de la adopción.

Esta diferencia se basa en el hecho de que en la ley anterior la guarda no era otorgada por el Juez, en cambio con la reforma de la Ley 24.779 el Juez otorga la guarda a quienes la solicitan con fines de adopción, y la fecha que se tiene en cuenta es desde la cual en los hechos se establece, aunque lo sea sólo en expectativa, el vínculo paterno filial.

Distintos es el caso de la adopción del hijo del cónyuge, donde no se exige un plazo para la guarda, y entonces la sentencia de adopción producirá efecto retroactivo a la promoción de la acción intentada.

Queda en blanco la adopción de mayores de edad o de menores emancipados con posesión de estado filial anterior a la emancipación, en los cuales la guarda judicial carece de sentido, con todo lo cual tomaríamos el ejemplo del párrafo anterior donde la adopción tendría efecto retroactivo al día de la promoción de la acción.

ADOPCIÓN PLENA

DISTINCIÓN FUNDAMENTAL CON LA ADOPCIÓN SIMPLE

La adopción simple es revocable, y permite el reconocimiento de los padres biológicos.

Por otro lado, la adopción simple permite el ejercicio de la acción de reclamación de filiación matrimonial y extramatrimonial.

Finalmente, el adoptado no adquiere vínculo familiar con la familia del adoptado, a pesar de que con los hijos del adoptante.

Además del apellido del adoptante, puede agregar el suyo propio a partir de los 18 años.

NATURALEZA

Es emplazatoria desplazatoria.

CARACTERES

El art. 323 establece que: "La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico".

Al afirmarse que la adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, se colige la naturaleza emplazatoria y desplazatoria que respecto del estado de familia, asume la sentencia que acuerda la adopción.⁵

La adopción plena implica indirectamente el desplazamiento del estado determinado por la filiación consanguínea del adoptado. Se disocia, el presupuesto biológico de esa filiación para atribuir el vínculo jurídico al emplazamiento creado por la adopción, es decir el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta y por ende sus efectos jurídicos.

En consecuencia:

- a) La adopción es irrevocable
- b) Impide, una vez acordada, todo reconocimiento del adoptado por sus progenitores biológicos o el ejercicio de acciones de reclamación de filiación (art. 254 Cód. Civil) de aquél contra esto, salvo "que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del art. 323" (art. 327; ver su comentairio 1 y 2).

⁵ La acción de adopción como acción de estado (ver DIAZ de GUIJARRO, Enrique, Las acciones de estado de familia, JA, 1954- IV- 7, secc. Doctrina, y El Acto Jurídico de emplazamiento en el estado de familia, JA, 1955-IV-12-secc. Doctrina).

- c) La patria potestad corresponde al adoptante, y si el menor fuese adoptado por los cónyuges, su ejercicio corresponde a ambos (art. 264 Cód. Civil según ley 23.264).
- d) El adoptado adquiere en la familia consanguínea del adoptante o de los adoptantes idénticos vínculos de parentesco a los que establece la filiación biológica y, por ende, los mismos deberes y derechos (art. 367 y ss. C.C.). Se le aplicarán las normas atinentes a los impedimentos matrimoniales (art. 166 C.C. texto según ley 23.515) vocación hereditaria (arts. 3565 y 3566), transmisión del apellido del adoptante (art. 3269, llamamiento a la tutela o curatela (art. 390) derecho y obligación alimentaria (art. 367 y ss.) titularidad del ejercicio de las acciones de estado cuando se confiere a los herederos (art. 258) incapacidades de derecho resultantes de la filiación (art. 1361 inc. 1º) etc.

La irrevocabilidad se justifica en el hecho de que la adopción plena sustituye los vínculos del menor con su familia biológica por los nuevos vínculos que se crean respecto de la familia del o de los adoptantes en la que el adoptado tiene "los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico".

Esto no impide el ejercicio de la nulidad, pero igualmente se podría admitir la acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta, pues lo que se excluye es la revocación a pedido de las partes, no la solicitada por terceros afectados por el fraude.

Debe destacarse que el principio de irrevocabilidad de la adopción plena constituye la solución que continúa integrando el ordenamiento legislativo (art. 359 Cód. Civil francés; art. 180.1, Cód. Civil español, etc.)

Durante la adopción plena se sustituye la filiación de origen del adoptado; éste deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con sus integrantes, el adoptado adquiere en la familia

del o de los adoptantes los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES

El art. 324 establece que: “Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completará después de la muerte de uno de los cónyuges podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio”.

La guarda debe ser discernida en favor de ambos cónyuges, puesto que las personas casadas sólo pueden adoptar conjuntamente. Así sí durante el transcurso de la guarda se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges, podrá otorgarse la adopción al que subsistiese y la misma tendrá efectos también sobre el prefallecido, aunque la norma no es categórica en este sentido, por cuanto el viudo podría solicitar la adopción sólo a su respecto, y la norma será aplicable aún en los casos donde el fallecimiento de uno de los cónyuges se produjera después de otorgada la guarda y por ende antes de iniciarse el juicio de adopción, o aún cuando se ha iniciado éste último pero no se haya dictado sentencia.

Parece, no obstante, que la norma no es imperativa ⁶, por cuanto el viudo o viuda podría solicitarla finalmente la adopción sólo a su respecto.⁷

⁶ Comp.. LEVY, Régimen de adopción, Ley 24.779, Comentario al art. 324, pág. 117.

⁷ Conf. Juzgado Civil y Comercial N° 5 Rosario, firme, 8-7-94, JA, 1996-III-37, secc. Índice.

REQUISITOS

El art. 325 establece que: “ Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores:

- a) Huérfanos de padre y madre.
- b) Que no tengan filiación acreditada.
- c) Cuando se encuentren 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.
- d) Cuando los padres hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.
- e) Cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

En todo los casos deberán cumplirse los requisitos previstos en los arts. 316 y 317.

Para poder adoptar a un menor en adopción plena, él mismo deberá encontrarse en una situación de hecho de desamparo respecto de su familia biológica, ya que la adopción misma sirve más que al amparo, a una conveniente integración del menor con su familia adoptiva.

Aquellos menores cuyos progenitores hayan fallecido, y estos hayan quedado sujetos a tutela o guarda por parte de familia, extraños o instituciones públicas y/o privadas, no quedan excluidos de la posibilidad de la adopción plena por parte de terceros.

También se puede adoptar plenamente aquellos menores que no tengan “filiación acreditada, es decir los hijos de padres desconocidos” que han sido internados en instituciones públicas o privadas.

Asimismo pueden adoptarse aquellos menores cuyos padres hubiesen sido privados de la patria potestad, donde los menores han quedado “bajo el patronato del estado nacional o provincial”.

La situación de abandono debe ser comprobada judicialmente. He aquí algunos problemas que se pueden presentar:

- a) La comprobación de abandono no supone, necesariamente, previa privación de la patria potestad, es decir el Juez debe comprobar el estado de abandono, pero inevitablemente lo que se necesita es la sentencia que declare la privación de la patria potestad.
- b) Se advierte que no solamente se hace necesario la previa sentencia de privación de la patria potestad, pudiendo haber confiado a los menores a un establecimiento público o privado, sino comprobar que los progenitores se hayan desentendido totalmente de ellos; igual es el caso de aquellos menores que hubiesen sido desamparados material o moralmente o cuando hubiesen sido abandonados en la vía pública o sitios similares, ante todo lo cual el Juez deberá comprobar todas estas circunstancias, para poder así otorgar la adopción plena.

El inc. e) prevé la manifestación expresa y voluntaria por parte de los padres, de entregar al hijo para ser dado en adopción, esta manifestación deba ser hecha judicialmente como lo dispone los arts. 316 y 318, admitiendo que los padres presentándose ante la autoridad judicial consientan la adopción precidida por el otorgamiento de la guarda con ese fin.

El primer párrafo excluye la posibilidad de adoptar plenamente a mayores edad con excepción de las previstas en el art. 311 segunda parte.

APELLIDO DEL ADOPTADO.

El art. 326 establece que “El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges , a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En uno y en otro caso podrá el adoptado después de los dieciocho años solicitar esta adición. Si la adoptante fuese viuda cuyo marido no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido de aquélla, salvo que existieran causas justificada para imponerle el de casada”.

Se ha definido el apellido como un atributo de la persona en función de su estado de familia o estado civil.⁸ Es por ello que la adopción plena al poner al adoptado en la misma situación que un hijo biológico, tiene respecto de la familia adoptiva los mismos derechos de este último.

Como la adopción plena supone la extinción del vínculo con los padres biológicos, conlleva la pérdida de este apellido, y la consiguiente obligación de adoptar el apellido de los padres adoptivos.

En el caso de la adopción plena efectuada por cónyuges recibirá en principio el primer apellido del marido, como lo establece el art. 4° de la ley 18.248, que establece que “los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido del padre”. A pedido de los progenitores podrá inscribirse el apellido compuesto del padre o agregarse el de la madre. Sí el interesado desee llevar el apellido compuesto del padre o de la madre, podrá solicitarlo ante el Registro del estado Civil desde los dieciocho años. Una vez adicionado, el apellido no podrá suprimirse.

⁸ Ver ZANNONI, Eduardo A., Apellido y estado civil, LL., 130-957, y ss., N° II.

En el caso de que la adopción sea efectuada por hombre o mujer soltera, el adoptado llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación.

Cuando la adoptante es viuda y el marido no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido de la adoptante, salvo que determinadas causas justifiquen imponer el de casado.

Estas causas excepcionales, serían los casos en que el cónyuge fallecido hubiese dado al menor trato de hijo, o hubiese tenido la intención de adoptarlo, y la cónyuge adoptante así lo solicitase y demostrase.

INADMISIBILIDAD DEL RECONOCIMIENTO POR PADRES BIOLÓGICOS.

El art. 327 establece que: “Después de acordado la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquello, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del art. 323”.

Prevé la hipótesis que el adoptado no haya sido reconocido voluntariamente, ni haya sido declarada la filiación en el momento de dictada la sentencia que acuerda la adopción, negando a aquellos la posibilidad de reconocerlos con posterioridad.

Al sustituirse el vínculo familiar biológico al acordar la adopción plena se extingue el parentesco con su familia biológica y todos sus efectos jurídicos.

Distinto es el caso en el que se investiga en un proceso penal, la sustitución de estado del que el menor habría sido víctima, tal es el caso de

los hijos de padres desaparecidos que fueran entregados en guarda como si se tratara de menores sin filiación acreditada.

Es el art. 337 del C.C. inc. 1° del C.C. quien prevé la nulidad absoluta de la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiere sido víctima él mismo y/o sus padres.

Puede darse el caso también que sus padres reconozcan al adoptado y aleguen la nulidad de la adopción, es lo que veremos cuando comentemos el art. 337 del C.C.

Una excepción es el reconocimiento que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial, admitiéndose tanto el reconocimiento voluntario como las acciones de reclamación ejercidas por el adoptado contra sus progenitores.

DERECHO A LA IDENTIDAD.

El art. 328 del C.C. 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.

Este derecho 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.

A los dieciocho años este podrá acceder al expediente de la adopción facilitando el conocimiento de su realidad biológica, hay quienes sostienen que debería poder ver el expediente a partir de los catorce años, edad en la que adquiere discernimiento para los actos lícitos, pero debemos interpretar que antes de los dieciocho años podrían hacerlo con autorización de sus representantes, hay también quienes sostiene que el Juez tendría que notificar de oficio cumplidos los dieciocho años que está a disposición el expediente de adopción, pero hay quienes creen que se estaría entrometiendo en la intimidad familiar.

¿ QUE PASA CON LAS PARTIDAS DE LOS ADOPTADOS?

Como todos sabemos la adopción plena es igualada por la ley a la filiación biológica, es por ello que el art. 241 del Código Civil establece que “el registro del estado civil y capacidad de las personas expedirá únicamente certificado de nacimiento que sean redactados en forma que no resultare de ellos, sí la persona ha sido o no concebida durante el matrimonio o ha sido adoptado plenamente”, y tiene como fin evitar situaciones estigmatizantes para el propio interesado y su familia que quieran guardar para sí los orígenes filiatorios, lo mismo ocurre con los certificados de nacimiento, lo que hace que el único modo de enterarse por parte del adoptado de su filiación, es exclusivamente por sus padres adoptivos, compromiso que el adoptante ha tomado en la sentencia de adopción de hacer conocer al adoptado su realidad biológica, salvo que promueva la investigación sobre su origen, que tiene como derecho según el art. 328 del Código Civil, a partir de los 18 años de edad.

Los Registros anotarán en la primera partida la filiación biológica, que luego marginalmente se dará cuenta de la adopción, la cual será

posteriormente unificada por una partida que informará sobre la filiación de la persona figurando como padres los adoptantes, siendo ésta la única partida de la cual podrá expedirse fotocopia certificada o un certificado.

Esto no es lo que ocurre en la práctica, La Dirección Provincial del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, por ejemplo, no labra una partida unificada. Expide sólo certificados donde consta la filiación adoptiva, y también lo hace de las partidas originarias, con la filiación biológica y la anotación marginal de la adopción plena.

Otro ejemplo, es el Registro Nacional de las Personas que para obtener o renovar el documento nacional de identidad exige la partida originaria, de modo tal que un adolescente o un niño que aún no ha cumplido los 18 años, es prácticamente obligado, coactivamente, a conocer su filiación, con todos los efectos que esto acarrea, tratándose de una violación de las normas legales.

Por lo que se hace necesario el control de todos los registros civiles y el Registro Nacional de las Personas, para que sólo requieran la partida unificada o un certificado equivalente.

En cambio en nuestra provincia se respeta, con la creación del Registro de Adopción, con asiento en las ciudades de Santa Fe y Rosario.

El Juez interviniente remitirá un oficio en duplicado, a la oficina del Registro Civil que corresponda y deberá ser acompañado por copia o fotocopia íntegra de la sentencia que ordena la adopción, y por el certificado nacional de identidad de la persona adoptada, cuando correspondiere y obrase en poder de los interesados. Recibido éste la Dirección General ordenará se practique la nueva inscripción en los libros de nacimiento que correspondan al lugar donde este ocurriera, si fuere dentro de la provincia, o en los libros de cualquier seccional de Santa Fe o Rosario, en la que se consignarán como padres del inscripto a los

adoptantes y que no surja de la misma ni la filiación adoptiva ni diferencia alguna con aquellas inscripciones comunes.

La Dirección General ordena la inmovilización de la inscripción del nacimiento, y se solicita al Registro Nacional de las Personas la pertinente rectificación de certificado nacional de identidad.

En Rosario un adoptado por adopción plena al solicitar una partida de nacimiento, no va a poder verificar que tipo de filiación posee, para tener contacto con la anterior partida sólo podrá hacerlo por orden judicial.

En caso que la adopción sea simple el Registro para evitar el efecto estigmatizante, que pudiera provocar esta partida, poniendo de manifiesto la calidad de adoptado, lo soluciona extendiendo certificado de nacimiento.

ADOPCION SIMPLE

NATURALEZA

Se limita a crear un status filli.

El art. 329 del C.C. establece que: “La adopción simple confiere el adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en este Código. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí”.

La relación que crea entre adoptante y adoptado es como la del hijo biológico, pero en principio sin trascender a la familia de sangre del adoptante, y es en principio pues el artículo deja a salvo los efectos expresamente determinados.

- a) En lo relativo a los impedimentos matrimoniales se consagran expresamente en carácter de dirimentes los que origina la adopción.
- b) En cuanto a los derechos sucesorios se admite el derecho de representación de los descendientes del adoptado, y el de éste, en la sucesión de los ascendientes del adoptante, aunque no en carácter de heredero forzoso y en carácter de legitimarios a los descendientes del adoptado en la sesión del adoptante.
- c) Transferencia al adoptante del ejercicio de la patria potestad, el usufructo y administración de sus bienes, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge.
- d) En cuanto a la vocación hereditaria el adoptante la tiene, excepto en los bienes que el adoptado hubiese recibido a título gratuito de su familia biológica.
- e) En la adopción simple en contraposición de la plena es revocable en los casos que determina el art. 335; no impide el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos ni el ejercicio de acciones de reclamación de acción matrimonial o extramatrimonial; aunque no adquiere vínculo con los familiares del adoptante llevará su apellido, al que podrá adicionar el de sus padres biológicos a partir de los dieciocho años.

El último párrafo establece que los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí, es por ello que operan los impedimentos matrimoniales, la obligación alimentaria, actualizarán su vocación hereditaria, gozarán del derecho a ser tutores legítimos de su hermano adoptivo.

La nulidad de la adopción o la revocación deja sine fecto el vínculo de parentesco creado por la adopción.

El art. 330 establece que: “El Juez o el Tribunal, cuando sea más conveniente para el menor o a pedido de parte en pedido fundado, podrá otorgar la adopción simple”.

Establece el carácter subsidiario de la adopción simple en cuanto a la adopción plena en los casos que de la extinción de los vínculos pudiera favorecer el interés del menor, aún cuando éste pudiese encontrarse comprendido en alguno de los casos que autoricen la adopción plena.⁹

DERECHOS Y DEBERES.

El art. 331 establece que: “Los derechos y deberes que resultan del vínculo biológico del adoptado con quedan extintos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge.

El adoptado tiene una familia anterior a la que no puede desconocer, la cual tiene derechos y deberes que no extingue la adopción.

Por la adopción se transfiere la patria potestad de los padres biológicos a los adoptantes, extinguiendo la que tenían los padres biológicos, no necesariamente definitiva pues sí la adopción es anulada o revocada la patria potestad podría restaurarse.

Transferida la patria potestad es lógico que se asuman los derechos y deberes que de hecho de ella emanan. Es por ello que el adoptante va a tener la administración de los bienes del usufructo por el adoptante, la

⁹ Ver el caso que resuelve, por mayoría, La C.N.Civ., Sala L, 13-10-94, LL, 1995-D-419, con nota de Mizrahi, Mauricio L., El doble rango de la adopción simple en la ley 19.134.

realidad no muestra casos en los que se hayan adoptado menores con fines especulativos o económicos.

Distinto es el caso cuando el adoptado es el hijo del cónyuge, la que no implica transferencia de la patria potestad pero sí que ella sea compartida por ambos cónyuges y ejercida según las mismas reglas en el caso de la filiación extramatrimonial.

APELLIDO DEL ADOPTADO.

La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los dieciocho años.

La viuda adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su esposo premuerto si existen causas justificadas.

HERENCIA.

El adoptante hereda ab-intestato al adoptado y forzoso en las mismas condiciones que los padres biológicos. es heredero

- pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia biológica
- ni la familia biológica hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de adopción.

En los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres biológicos.

El adoptado y sus descendientes heredan por representación a los ascendientes de los adoptantes, pero no son herederos forzosos.

Los descendientes del adoptado heredan por representación al adoptante y son herederos forzosos.

REVOCACIÓN.

El art. 335 establece que: “Es revocable la adopción simple:

- a) Por haber incurrido el adoptante en indignidad de los supuestos previstos en este Código para impedir la sucesión.
- b) Por haber negado alimentos sin causa justificada.
- c) Por petición justificada del adoptado mayor de edad.
- d) Por acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad”.

La revocación extingue desde su declaración judicial y para lo futuro todos los efectos de la adopción.

REVOCACIÓN DE LA ADOPCIÓN SIMPLE.

Revocar es dejar sin efecto, al revocar una adopción estaríamos dejando sin efecto la misma, que fue eficazmente concedida.

Demás estar decir que no podríamos aceptar como causal de revocación el cambio de afectos de adoptante y adoptado, sino que la causa

debe ser legalmente prevista y enumerada en el art. 335 del Código Civil, las que analizaremos a continuación.

1. Haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad de los supuestos previstos en el Código Civil para impedir la sucesión, esta causal nos remite a los arts. 3.291, 3.292, 3.293, 3.295. 3.296 y 3.296 bis. del mismo cuerpo legal, que son la omisión de la denuncia de la muerte violenta del causante, conocida por el heredero mayor de edad, en el término de un mes si no se ha procedido de oficio y siempre que el mentado heredero no se encontrara exento de la obligación de denunciar; acusación o denuncia del causante por delito penado con prisión; no haber cuidado del causante demente y abandonado; haber estorbado con violencia o fraude que el causante testare o revocare el testamento o haberlo forzado a testar o haber sustraído el testimonio; no reconocimiento del hijo extramatrimonial durante su minoridad o no haberle prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.

Esto implica que la acción podrá ser entablada en vida del adoptante o el adoptado o después de la muerte de alguno de ellos.

2. Haberse negado alimentos sin causa justificada, los alimentos debidos entre adoptantes y adoptado son como si fueran padre e hijo biológicos.
3. Petición justificada del adoptado mayor de edad. Al no haber restricciones legales del adoptado mayor de edad, deberán ser interpretadas con amplitud, por lo que podrán tratarse, razonablemente, de inconductas por parte del adoptante que sí bien no configuran causales de indignidad sucesorias, ni consistan en la privación de alimentos al adoptado, revistan la entidad suficiente para dificultar el cumplimiento de las finalidades de la institución, no pensemos que es una posibilidad abierta al arbitrio del adoptado

porque ha de invocar y demostrar causales no descriptas legalmente, pero sometidas al criterio judicial que deberá apreciarlas teniendo en cuenta los efectos decisivos de la revocación.

4. Acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad. Resabios de la concepción contractualista de esta institución, se manifiestan en esta hipótesis de revocación, pues sí bien la adopción no es contractual en nuestro derecho, ni lo ha sido, la petición por presentación conjunta tiene efectos prácticamente decisivos.

La norma a diferencia de lo estipulado para la petición unilateral del adoptado, no exige causales que justifiquen el pedido conjunto por adoptante y adoptado, opinión doctrinaria que parece privar, que el Juez debe limitarse a homologar el acuerdo y ordenar la inscripción pertinente, llegando Borda a considerar que tal función del Juez hubiera podido ser cumplida por escribano público.

Pero nos rehusamos a un rol meramente pasivo del juzgador, pues entendemos que tiene facultad para tomar contacto con el adoptante y el adoptado, oírlos y proceder en consecuencia ordenando la inscripción de la revocación si entiende que las razones expuestas evidencian el uso correcto y la facultad que la ley le confiere.

RECONOCIMIENTO POR LOS PADRES BIOLÓGICOS.

Después de la adopción simple es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de filiación. Ninguna de estas situaciones alterará los efectos de la adopción establecidos en el artículo 331.

NULIDAD E INSCRIPCIÓN.

El art. 337 establece que: “Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código:

NULIDAD ABSOLUTA.

1) Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación de los preceptos referente a:

- a) La edad del adoptado.
- b) La diferencia de edad entre adoptante y adoptado.
- c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres.
- d) La adopción simultánea por más de una persona salvo que los adoptante sean cónyuges.
- e) La adopción de descendientes.
- f) La adopción de hermanos y de medio hermanos entre sí.

NULIDAD RELATIVA.

2) Adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a:

- a) La edad mínima del adoptante.
- b) Vicios del consentimiento.

Del artículo precedente nos remitimos a lo comentado oportunamente.

Al admitir la caracterización genérica efectuada por el art. 944 del C.C., es incontestable que la adopción como acto está sujeta eventualmente a la declaración de su nulidad, entendida ésta como la ineficacia dispuesta por la ley en razón de defectos o vicios constitutivos.¹⁰

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad, sólo hacemos referencia a los casos de nulidad relativa, pues si fuese absoluta serán imprescriptible. El plazo común será de diez años, salvo plazo menor establecido por ley, en cuanto a los vicios de consentimiento o ausencia de éste que anulan la adopción, podrá demandársela hasta dos años después de que el vicio hubiese sido conocido y en caso de dolo, violencia o intimidación desde que este hubiese cesado.

El art. 338 del C.C. establece: “La adopción, su revocación o nulidad deberán inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

ADOPCION CONFERIDA EN EL EXTRANJERO

LEY APLICABLE (art. 339)

La situación jurídica, los derechos y deberes del adoptante y adoptado entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción, cuando ésta hubiera sido conferida en el extranjero.

¹⁰ Cfr. LOPEZ OLACIREGUI, José M. , De la nulidad de los actos jurídicos, en “Lecciones y ensayos”, N° 17, pág. 14.

CONVERSIÓN EN ADOPCIÓN PLENA (art. 340)

La adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley de domicilio del adoptado, podrá transformarse en el régimen de adopción plena en tanto se reúnan los requisitos establecidos en este Código, debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado. Si este último fuese menor de edad deberá intervenir el Ministerio Público de Menores.

LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción internacional es un fenómeno relativamente nuevo que se da cuando el domicilio o la nacionalidad de los adoptantes no coincide con la de aquellos adoptados.

Actualmente países desarrollados y altamente industrializados y de baja natalidad, se interesan por incorporar niños en adopción provenientes de países en vías de desarrollo y de alta natalidad, donde el problema de la infancia abandonada adquiere dimensiones importantes. A menudo en estos países los mecanismos de integración a un hogar sustituto se encuentran poco desarrollados y la adopción internacional puede presentarse como una solución.

Aunque es cierta y muchos están de acuerdo con esta posición, han afirmado los sociólogos de las dificultades que presenta la adopción internacional, razón por la cual es mejor acudir en primera instancia a la adopción nacional.

Claramente el Estado y la sociedad deben velar por los derechos de los menores de edad y porque estos crezcan en ambientes propicios para su

crianza y su desarrollo integral; algo inmerso en la teoría de los derechos humanos. Por esto es la comunidad internacional la última que debe ser llamada a solucionar este tipo de problemas cuando estas obligaciones no sean cumplidas.

En cuanto a este tipo de adopciones, existen varios institutos y ONGs dedicadas a mediar entre los ciudadanos que van a hacer adopciones internacionales tales como Adopt.org, BuscAdopt (en España) e InterAdopt.

LA ADOPCIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En los casos de las adopciones internacionales, es necesario establecer qué normatividad ha de ser aplicada en cada caso concreto y además, los efectos que cada una de las sentencias lleguen a tener por cuanto estas diferencias pueden llegar a trancar el desarrollo de esta institución.

Por las anteriores consideraciones, se han celebrado tratados de derecho internacional privado para evitar estos inconvenientes, y, concretamente a manera de ejemplo han sido:

- a. La Convención de La Haya.
- b. El Tratado de Montevideo de 1889 (Suscrito por Colombia, Bolivia, Argentina, Paraguay, Perú y Uruguay)
- c. Sistema de Convención Europea sobre adopción de niños (Suscrita por el Consejo de Europa en pleno para ajustar la legislación al tratado)
- d. El Tratado de Montevideo de 1940 (Aprobado el 19 de marzo de 1940 en Montevideo por Argentina, Paraguay y Uruguay.)

- e. El Código Bustamante (El código de Derecho internacional privado aprobado en La Habana en 20 de febrero de 1928 por Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, RD, El Salvador y Venezuela)
- f. Restatement of the law of the conflict of laws.
- g. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores. (Suscrita en La Paz - Bolivia el 24 de mayo de 1984. Ratificada por Colombia el 26 de abril de 1988)

Igualmente, las Naciones Unidas, y mas específicamente la **UNICEF**, han venido auspiciando seminarios y reuniones internacionales sobre adopción entre las que pueden mencionarse algunas:

- a. 1957. Grupo de expertos sobre adopción entre países. Ginebra, Oficina de la Naciones Unidas.
- b. 1960. Seminario europeo sobre adopción entre países. Leysin (Oficina europea de las Naciones Unidas)
- c. 1965. La Convención de La Haya sobre jurisdicción, ley aplicable y reconocimiento de los decretos relacionados con la adopción.
- d. 1978. Proyecto de declaración sobre los principios sociales y jurídicos en materia de adopción y de colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional, preparado por el grupo de expertos de Naciones Unidas, reunido del 11 al 15 de diciembre de 1978, Ginebra.

IDENTIDAD PERSONAL, PERTENENCIA SOCIAL Y AUTORIZACIÓN PARA ESTAR EN JUICIO.

La Convención reconoce en su art. 7mo. a los niños el derecho relativo a conocer a sus padres (su identidad de origen), que por lo general se ejerce a través de la acción de filiación que tiende a establecer un vínculo.

Pero puede darse el caso que una persona intente conocer su identidad biológica, y no ejercer una acción de filiación. Teniendo como fin simplemente saber si es portador de enfermedades hereditarias; sí puede casarse con tal o cual persona o tal vez para conocer su origen.

Hay legislaciones en las que se prevé esta posibilidad, en especial en las que regulan la fecundación asistida, en las cuales está prohibida establecer vínculos filiatorios, caso contrario no habría donantes.

Cualquiera sea la motivación que tenga esa persona de conocer su origen, dado los avances científicos, culturales, de comunicación, etc. es posible que lo logre.

Es por ello que las legislaciones en esta materia deben ir evolucionando acorde a los avances, en ese orden de ideas el nuevo artículo 328 del C.C. Ley 24.779, reconoce al adoptado el derecho subjetivo, de conocer su realidad biológica, su historia, su origen.

El art. 321 inc. h) establece que en la sentencia de adopción deberá constar el compromiso asumido por los padres de hacer conocer su realidad biológica.

Es en este marco que también nos plantea el art. 397 del C.C., de proveerles tutores especiales a los menores “cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentran”.

En los casos en que sea necesario autorizar judicialmente a menores de edad para accionar por cuestiones relativas a su realidad biológica e histórica sí bien esta situación es presupuesto necesario para obtener un emplazamiento de un estado de familia, no en todos los casos esta autorización a través de tutor especial, se solicitará para producir un consecuente desplazamiento de estado para el menor en cuestión.

El art. 285 del C.C. intenta poner vallas a la posibilidad de demandar a sus padres, por parte de los hijos, sino fuere en defensa de sus intereses propios, y aún en este caso, se le exigirá la autorización judicial previa del Juez competente y al final agrega “aún cuando tengan una industria separada y sean comerciantes” en situaciones referidas por lo general a menores adultos.

Entonces todo menor podrá estar en juicio demandando a sus padres siempre y cuando tenga autorización judicial y esté defendiendo intereses propios a la parte demandada y que esta acción pudiera poner en tela de juicio intereses entre quienes tienen el título de estado y también los intereses de un tercero vinculados a la historia biológica del demandante.

No obsta esta conclusión que se trate de permitir el ejercicio de acciones que pongan en juego los presupuestos fácticos relativos a la justificación de un emplazamiento de un determinado estado de familia, no se trata de negar un atributo de la personalidad respecto del menor; respetando siempre su dignidad personal, pues la pretensión es que el estado de familia que se le reconoce se corresponda con la protección del bien jurídico a tutelar.

Este bien jurídico no está identificado con el atributo en sí mismo, porque no buscamos proteger el estado, sino el interés legítimo de la persona en que el emplazamiento que se le atribuye sea el adecuado según las circunstancias del caso.

Cabe distinguir la identidad genética, que responde a una historia biológica; y la pertenencia social, relativa ésta a una integración grupal determinada por el peso de presiones socioculturales que crea realidades vivenciales de cada individuo dentro de un grupo social que las reconoce como propias y cuyos integrantes la reconocen como miembro.

Ha quedado explicado a través de la opinión de juristas notables que el “derecho a conocer la identidad de origen opera en otro nivel, de rango constitucional, que trasciende lo concerniente al estado de familia y revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, su irrepetible historia, que no le puede ser amputada o escamoteada”.¹¹

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Santa Fe tiene un pronunciamiento uniforme en el sentido de jerarquizar el derecho de identidad sin perjuicio de tener en cuenta la opinión de sus ministros en cuanto al carácter relativo de este derecho, que debe complementarse con los derechos a la libertad, integridad física y la no autoincriminación.

El individuo, ser único e irrepetible frente a otros, hay ciertos aspectos externos como el nombre, la filiación que permanecen en el tiempo pero hay otras características esencialmente mutables como las intelectuales, morales, profesionales y como la misma identidad.

Esto se construye a lo largo de toda la vida, permitiendo a las personas distinguirse y diferenciarse dentro de la sociedad.

La identidad hace referencia no sólo a la inquietud normal y natural de conocer su historia, sus orígenes, por parte del individuo, sino que también establece un sentido de pertenencia de un grupo determinado.

Sin dudar la familia es el primer grupo en el cual el niño desarrolla este sentido de pertenencia, a través de la convivencia, las relaciones sociales en las cuales está inserto el niño quiere la formación sociocultural,

¹¹ C.S.J.N., del voto del Dr. Petracchi, nov. 13-1990.L.L. 03-05-1991.-

el cual va continuamente afectando su comportamiento y desarrollo, esta relación recíproca y continua entre contexto y el niño va a ir construyendo su propia identidad.

Todo esto tendrán que tenerlo en cuenta por quienes se ocupen de este tipo de situaciones, en especial en las que se encuentren involucrados los menores, teniendo en cuenta este concepto de identidad, fundamentalmente en las cuestiones de tenencia y en los casos conflictivos evaluando la situación en particular, la realidad histórica sociológica económica, biosicológica y cultural del menor.

Se ha sostenido que los tratados internacionales en materia de derechos humanos “definen con clara precisión que toda norma tiene como fin el pleno desarrollo del hombre, como unidad físico-física, puesto en situación social marcando la tendencia de valorizar al hombre en concreto por encima de la ley, en cuanto ésta afecte el mínimo de libertad necesaria para que ese hombre se desarrolle como persona”.

La dinámica social conforma la escala valorativa que determina los conceptos que prevalecen en un tiempo y en un espacio determinado.

Es por ello que en la época que nos toca vivir a los integrantes de esta comunidad, no podemos desconocer el principio de autonomía de quien puede o no desear estar respondiendo a un encasillamiento respecto a su estado, sin encontrar necesariamente afectación por la situación social.

La importancia está en determinar sí en este conflicto entre lo público y lo privado, planteado por la interrelación del sujeto con los otros componentes de su situación social, genera perjuicios de intereses colectivos de tal entidad que sean la justificación para cercenar la libertad individual de hacer prevalecer la pertenencia como cuestión autónoma de la identidad.

Cabe considerar sí el emplazamiento obligatorio en un Estado responderá a rigorismos legales, internos, tornados ineludibles y pasando por la consideración de lo biológico como elemento determinante y único.

Desde hace ya muchos años se ha reconocido que la mayor parte de las ideas y valores que uno tiene no han sido elaborados ni elegidos por uno mismo, sino simplemente aceptados. Esta aceptación llega a ser tan perfecta que uno termina por creer que realmente piensa así, es por ello que comúnmente uno piensa según su religión, su partido político, su clase, su raza, su país, uno piensa según el círculo al que pertenece, sí así no lo hiciera será marginado, inadaptado, rebelde, perturbador, o simplemente enemigo.

En esta línea de pensamiento se ha llegado a sostener que el interés familiar no colisiona con el interés particular en la medida que el individuo reconozca como propios los roles originados por la posición que ocupa en la familia.

Todo esto posibilita, agotada esta necesidad del individuo de encontrar una identidad, que le permita conocerse a sí mismo, no resulte necesario ni para él ni para su comunidad, desplazarlo a éste de la pertenencia que le ha sido asignada en virtud de habersele reconocido en un determinado rol dentro de ella, no se justifica la necesidad de cambios que no se deseen ni por el sujeto ni por los demás miembros de la comunidad.

Todo esto no significa dejar de lado el derecho de todo ser humano a su personalidad jurídica, a su integridad física y moral de encontrarse protegido contra las ingerencias que lo agredan, siendo la filiación y el apellido atributos de la personalidad que no cuadra desconocer. Tratando de despejar este camino para interpretar cuales son las ingerencias ilegítimamente agresivas para una persona.

No se desconocen que los menores de edad merezcan un tratamiento tuitivo por fueros especializados dentro de la estructura del poder

jurisdiccional, pero que estos no deben ser discriminados y tener acceso a todas las posibilidades reales que le permitan manejar los conceptos de identidad y pertenencia.

Es por ello que cuando analizamos el ejercicio de la acción por parte del menor en procesos en eventual colisión de intereses con los de quien ostentan la paternidad, hemos sostenido que: tal acción no necesariamente deberá estar dirigida a obtener un desplazamiento de un estado de familia para constituirse en presupuesto necesario para que se designe judicialmente tutor especial, posibilitando así la legitimación procesal en la existencia de contradictorio entre padres e hijos.

El supuesto previsto en el párrafo anterior no priva la designación de este tipo de tutores en acciones que aunque no comprometan el estado de lo relacionado por los vínculos filiatorios, ponen en situación de posibles conflictos sus recíprocos intereses.

Lo que debe resolver la jurisdicción es la petición de que sea designado tal tutor especial, resulta ajustado a la petición del bien jurídico que pretende tutelar la ley.

Dicha tutela recae sobre el interés superior del menor, el cual sería el bien jurídico que la ley objetiva pretende proteger.

Es opinión de Zannoni que: “nos parece que en ningún caso sería la madre quien podría accionar; su actuación debería limitarse a solicitar que, con intervención y conformidad del Ministerio Público se designe al menor un tutor especial sí, a juicio del representante promiscuo, el Asesor de Menores el desconocimiento de la paternidad conviene a los intereses del hijo”.¹²

¹² ZANNONI, E., en Derecho de Familia, Tomo II A. 1989, pág. 417.-

También la Cámara se ha pronunciado señalando que la designación a los menores de un tutor ad-litem se constituye en una facultad privativa del juez.¹³

Transcribiendo a Krasnow en referencia al voto del Dr. Fayt en el fallo citado plantea un interrogante novedoso “¿cuál es la zona de intimidad que se protege en los incapaces de hecho? Manifiesta que los derechos de los representantes encuentran límite en el interés del menor al que representan y lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional en el sentido de que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe, presenta para su interpretación y aplicación una especial dificultad en el caso de los incapaces de hecho.

Esto es porque su voluntad propia no resulta decisiva en la producción de actos jurídicos para lo cual la ley los provee de representantes... los menores sólo pueden ser titulares de derechos, a cuya protección acuden sus representantes, el Ministerio Público y los Jueces, y nunca objeto de derechos de terceros, sean éstos sus padres o sus adoptantes”.¹⁴

En relación a este voto se ha señalado que “enseña que la ley privilegia el interés del menor y de ninguna manera confunde su interés con el de su representante cuyas atribuciones no llegan por otra parte a suplir la voluntad del menor en la producción de actos tales como los personalísimos”.¹⁵

Cabe rescatar aquí también la disidencia del Dr. De Mundo en fallo relativo a acción de filiación en que sostuvo que “Admitir la determinación del vínculo biológico en relación al abuelo lleva a la paternidad legal por

¹³ C. Nac. Civ. S. “C” en “E.D.” Tomo: 16, pág. 462 (fallo del 3-08-66).-

¹⁴ KRASNOW, de PITASNY, Adriana, “Pruebas biológicas y filiación”, obra en colaboración con Marta Bravo Luna y Edita Solís de Landi, Ed. U.N.de Rosario, Año 1996, pág. 76 con referencia a fallo C.S.J.N., 13-11-90, voto del Dr. Fayt.-

¹⁵ DUTTO, Ricardo, en “El mejor interés del niño, la Constitución Nacional y la jurisprudencia”, publicado en Zeus Boletín del 16-10-1996, Nro. 5531 corresponde a T. 72.-

carácter transitivo, algo así como paternidad por participación familiar, con mengua de la legalidad y de la razón, al confundirse el trato jurídico con el hecho sociológico y el simple biologismo . Estos dos últimos son insuficientes para dar apoyo por si sólo a la sentencia, conforme al ejercicio objetivo y reglado de la jurisdicción”, a lo que agregara los conceptos según los cuales “El fin de la jurisdicción no es el de arribar obligadamente a la paternidad sino establecer la justicia como ella resulta del derecho”.-

El mismo De Mundo se ha referido, previo señalar que “el científicismo no es absoluto ni mecánico. Debe ser apreciado en la personalidad de las partes y en las circunstancias del caso” y que la filiación “no se limita al encadenamiento biológico porque es mucho más: la convivencia, el nexa espiritual y los plazos legales del embarazo”; a que deben tomarse en consideración “situaciones equívocas, por ejemplo, la de una mujer que se fertiliza con semen de un tercero, adquirido, individualiza más tarde al hombre de quien provino y pretende el reconocimiento de la paternidad legal acorde con la biológica.”¹⁶

Si bien con reiterada insistencia en la efectividad del art. 255 C.C. se ha reconocido que la problemática de enfrentar intereses de menores con los adultos se presentan en los casos "del niño adoptivo o el nacido de una procreación asistida"¹⁷

En este último caso se ha destacado el cambio de orientación francés señalando que el Consejo de Estado de ese país primero sostuvo el privilegio del anonimato en la procreación asistida, "cambió posteriormente

¹⁶ MENDEZ COSTA, María Josefa en “Visión jurisprudencial de la filiación”, págs. 180 y 181, citando disidencia del Dr. De Mundo, R. C. Editores Santa Fe, 1997.-

¹⁷ GROSMAN, Cecilia en “Significado de la Convención de los Derechos de Familia”, L.L. 1993, B. Sección Doctrina pág. 1094.- “En estos casos aparecen dos intereses contrapuestos: por una parte, el del niño, que tiene derecho a conocer la verdad de su origen, cuyo ocultamiento puede ocasionarle profundas perturbaciones psicológicas y, por la otra, el derecho de sus padres a la intimidad, su derecho al secreto”.-

de criterio y propuso que el secreto pudiese ser revisado si existía una demanda de la persona afectada" ¹⁸

Como venimos enunciando, la adecuación de la situación jurídica de la persona de los menores en relación a los atributos de la personalidad que les son reconocidos, está siempre relacionada con una eventual lesión de su integridad personal con la posibilidad cierta de estar poniendo en juego el bien jurídico salud, lo que debe ser materia de apreciación judicial conforme las circunstancias de cada caso en particular.-

Highton y Wierzba mencionan el caso en que el poder judicial se pronunció favorablemente a la designación de un curador especial a persona por nacer a los efectos de que se manifestara en relación a aceptar o no un tratamiento médico al que, por razones religiosas se oponía la madre embarazada, aceptando el consentimiento prestado por este curador especial a la prestación médica requerida para no poner en compromiso la vida del nasciturus.- ¹⁹

En este sentido se ha sostenido que tanto "...la vida, la integridad física y la salud están considerados en la conciencia social y en el derecho positivo como bienes que revisten interés público y no como derechos subjetivos privados solamente...." ²⁰

En lo personal adhiero a lo afirmado por E. Pellegrino respecto a la identificación de integridad personal con el concepto de salud y he vinculado la consecuente identificación de desintegración de la persona con la noción de enfermedad, sosteniendo que los derechos a la identidad y a la pertenencia, vinculados al conocimiento de la verdad sobre la propia

¹⁸ GROSMAN, Cecilia en "Significado de la Convención de los Derechos de Familia", L.L. 1993, B. Sección Doctrina pág. 1094.

¹⁹ HIGHTON, Elena y WIERZNBA, Sandra en "La relación entre médico y paciente: el consentimiento informado". Ed. AD-HOC 1991, pág. 269.-

²⁰ HIGHTON, Elena y WIERZNBA, Sandra en "La relación entre médico y paciente: el consentimiento informado". Ed. AD-HOC 1991, pág. 274.-

historia individual, configuran parte de la estructuración psíquica de la persona y hacen a su integridad y salud.²¹

Es cierta la afirmación del derecho a reclamar la declaración de existencia de un vínculo biológico entre un menor y sus padres alegados. También es digna la afirmación de la existencia de un derecho al conocimiento del origen y la identidad admitida reiteradamente a lo largo de este trabajo.

Ese derecho a la identificación individual histórica, que en principio contribuirá a comprender y elaborar una pertenencia grupal o a una dimensión social más amplia, tiene una íntima relación con el desarrollo saludable de toda persona. Es que a través del conocimiento de la verdad sobre el origen permite a este sujeto informado reconstruirse y humanizarse, facilitando la construcción y sostenimiento de su integridad personal.

Sin embargo, no hay que caer en el error de identificar el derecho a conocer la verdad sobre el origen y consecuentemente una identidad genética que permita elaborar, aceptar y sostener una pertenencia elaborada en el transcurso de toda la historia personal, con el correlativo deber de proceder a la consagración de emplazamientos de estado por vía de dictado de sentencias judiciales que definan la vida de relación jurídica de los individuos, y esto justificando exclusivamente un orden público invocado cuyos límites difusos son cada vez más difíciles de encerrar en palabras que interpreten adecuadamente un sentir social unívoco.

Por todo esto sí bien en el ánimo del Juez debe estar siempre presente que lo que se procura es establecer la verdad biológica, los objetivos finales no habrán de ser necesariamente los mismos.

El derecho a conocer el propio origen no es reciente, aunque todavía se discute en el campo de la adopción, y adquiere particular resonancia en

²¹ JURIS, 88, pág. 526.-

la técnica de inseminación artificial y fecundación extrauterina, en la actualidad se agrega el campo de la genética.

En los casos en que la obtención de información biológica y médica se transforma en una circunstancia de importancia vital y repárese en que en los Estados Unidos los archivos que contienen información acerca de los donantes de fertilización asistida, sólo podrán ser examinadas sí media orden judicial.

En muchos casos, que hay menores involucrados estos conocen eventualmente esa realidad histórica lo que desviaría la discusión en relación a esa necesidad e intervención judicial tornándola, incluso innecesaria. Lo que se pretende mediante la formulación de determinadas demandas es obtener la posibilidad de un reconocimiento de la verdad sobre el origen individual e histórico como antecedente biológico, el cual será acompañado o no según sí lo plantean las necesidades del caso de un emplazamiento familiar diferente a lo ostentado hasta entonces.

Esta formulación pone en juego el rol que le corresponde a la jurisdicción imponiendo la responsabilidad de dirimir sobre la conveniencia o no de la iniciación de este tipo de acciones, en referencia a sí son beneficiosas para uno o varios menores. Esto en función de considerar los intereses del menor, cuyos antecedentes de emplazamiento filiatorio se habrían de someter a la posibilidad de discusión, autorizando a petitioner a un tutor especial en nombre de quien aún incapacitado para accionar por sí solo y sin asistencia y autorización judicial previa.

Tal responsabilidad está confiada a los jueces por la ley por los arts. 259, 285, 397 inc. 1) del C.C. y demás concordantes.

Esta interpretación no olvida que la propia dignidad de la persona, implica el respeto de otros, dignos también de tutela jurídica en atención a una coherente visualización y comprensión de todos los atributos de la

personalidad, haciendo valer el valor de la justicia cuando se pone riesgo un derecho personalísimo.

Se trata de lograr una relación armónica de lo dispuesto por los arts. 6 y 8 de la declaración de los derechos del hombre, cuando reconocen a todo ser humano su derecho a la personalidad jurídica y a toda persona el derecho a un recurso efectivo ante los Tribunales competentes.

Todo ello guarda íntima relación con las afirmaciones respecto de que “Debe, sin caerse en exageraciones inconducentes, impedirse que la ciencia jurídica quede encerrada en un dogmatismo inmovilizador”²² que es lo que considero desconocer derechos actuales a los menores impúberes, implicando un desconocimiento implícito de los derechos que emanan de su personalidad misma.

Considero a esta altura explicar cuál es el error en que puede caerse al intentar subsunción de los hechos de la realidad probados en todo proceso sometido a una determinada jurisdicción, mediante las normas aplicables a cada caso.

Lores Arnaíz señala una actitud que podría inducir a errores cuando dice que: “Los conceptos nos permiten pensar; pero también nos lo impiden. Fijan los límites a los que dirigimos nuestra atención y al hacerlo, recortan de la multiplicidad un fragmento con sentido; al mismo tiempo, dejan en sombras una riqueza múltiple, cierran nuestro pensamiento y tienden a convencernos de que el recorte es el mundo.

Así nos movemos, atrapados por nuestro propios redes, y lo conceptualizable termina siendo muchas veces lo único pensable. Pero esta construcción no es sólo nuestras; nos incorporamos a un mundo conceptual y aunque lo hacemos nuestro y propio, éste arrastra el sedimento de otras épocas y de ésta, emociones lejanas y próximas, valores nuevos y antiguos.

²² CUNEO, Darío Luis en “Autonomía privada e intervención estatal en los conflictos familiares”, Zeus Boletín N° 4467 de fecha 29 de julio de 1992 corresponde a Tomo 59.-

Armados con nuestros conceptos, aislados de la realidad algunos planos y los llamamos hechos; este bautismo les presta fuerza, solidez. De allí en más, los tenemos delante de nuestros ojos; y lo que verdaderamente tenemos delante de los ojos, nuestra experiencia íntima y personal va perdiendo toda la fuerza que ganan aquellos. Los hechos reclaman métodos apropiados, métodos que no permitan que la investigación se desvíe, métodos que cierren el paso a lo que, de acuerdo con el recorte, no sea fáctico, atrapable, conceptualizable. Al cabo el círculo se cierra; esos “hechos” sólo pueden abordados mediante los métodos “legítimos”.

Romper el círculo implica a mirar nuestros conceptos y nuestra experiencia propia; el punto en que de una realidad amplia y rica, hicimos un recorte y preguntarnos por el recorte y por la realidad que somos capaces de percibir”²³

En la antes citada notamos el riesgo de error que todo ello significa en cuanto pretende limitar el recorte a casos relativos a menores adultos.

La realidad de la persona del menor, poniendo en juego su dignidad personal al ver amenazado cualquiera de sus derechos personalísimos y cada uno de los atributos de la personalidad, pueden llevar a conclusiones erróneas y lesivas respecto de aquella persona cuya dignidad decimos que el Poder Judicial está llamado a defender.

Es necesario afirmar que: “ Se trata de que los tribunales sean capaces de cumplir su actividad jurisdiccional, interpretar y aplicar el derecho, pudiendo distinguir con claridad aquellas pautas de comportamiento socialmente aceptadas que merecen ser consagradas como obligatorias por una sentencia que les otorgue al carácter de normas válidas en un momento histórico y en un espacio dados, respetando la estructura sociocultural de la comunidad en que dichos comportamientos tienen lugar.

²³ LORES ARNAIZ, María del Rosario, “Hacia una epistemología de las ciencias humanas”, Ed. de B. Pág. 173.-

En síntesis habremos de decir que la autonomía privada en materia de composición de litigios familiares habrá de encontrar su límite en la porción de justicia o injusticia que se le atribuya a los comportamientos propuestos por la solución, según la estructura sociocultural de la comunidad más extensa que contiene al grupo familiar en conflicto, pues es esta categorización de justo o injusto lo que posibilitará que, por vías de aceptación generalizada, adquiera eficacia la sentencia que consagre dicha pauta conductural como norma válida”²⁴

Sobre las facultades judiciales para la designación oficiosa de tutores especiales en caso de conflicto de intereses entre menores y sus padres también resulta necesario el dictamen que efectúe el señor Asesor de Menores de Cámara, con lo cual resulta perfectamente proponible la cuestión cuando se convoca a la Jurisdicción desde la persona de un menor aún impúber, admitida la cual resulta ajustado en relación a las pretensiones que se habrán de ejercer por el tutor designado especialmente para ello con el carácter de principales.

Que el menor conoce su historia personal de modo tal que no puede invocarse el desconocimiento de la verdad sobre su origen como motivación de ruptura en su integridad personal en al plano psicológico, provocando la educación desintegración = enfermedad que propone Pellegrino²⁵ surgiría en principio un elemento importante de consideración que no podría dejarse de tener en cuenta, en cuanto se invocare riesgos afectantes en orden a la estructura de personalidad del sujeto cuya protección se tuviere en miras.

Un menor puede verse afectado en el plano corporal por la negativa a que se le de la posibilidad de la representación de un tutor especial, con el

²⁴ CUNEO, Darío Luis en “Autonomía privada e intervención estatal en los conflictos familiares”, Zeus Boletín N° 4467 de fecha 29 de julio de 1992 corresponde a Tomo 59.-

²⁵ PELLEGRINO, Edmund, “La relación entre la autonomía y la integración en la ética médica”, Bol. De la Ofic. Sanit. Panamericana 108 (5 y 6) 1990.-

objetivo de lograr el reconocimiento de una pertenencia de origen distinta a un emplazamiento de estado actual.

En el ámbito tribunalicio, hay generalmente una intencionalidad de borrar completamente todo rastro de las vinculaciones familiares primigenias de imponer al menor una historia que si bien es real y se corresponde con su génesis no resulta del orden de los deseos de éste conocer aún y/o no está preparado para comprender y aceptar en toda su dimensión significativa como marcador de su estructura personal.

Hablamos entonces de conocer y respetar los deseos reales del menor y el grado de tolerancia a la verdad ignorada que, su salud y desarrollo puntual, le permiten absorber sin verse irreparablemente afectado en la relación de equilibrio que representa el concepto de salud al que adhiriéramos.

A través de la historia de una familia los procederes y las formulaciones antiguas de estructuras de relación comprometen los afectos y los modos comunicacionales, construyendo funciones y roles.

A través de las formas del manejo de las relaciones de los adultos que pueden o pudieran conformar el marco de convivencia con el menor, que a través de distintos criterios y parámetros podemos de calificarla de valiosa o no, funcional o no.

Los adultos involucrados pueden no haber logrado terminar con los conflictos que la historia familiar le plantea, tanto a ellos como al menor cuyos intereses ponen en juego al peticionar a la jurisdicción, es de tener en cuenta como para ver con desconfianza la concesión de autorizar una enfrentamiento inmediato, con una historia que, de uno u otro modo, el menor encarará quizás mejor preparado en otro contexto.

No proponemos la inadmisibilidad de designar tutor especial a un menor impúber para iniciar acciones relativas a un cambio en su emplazamiento familiar en todos los casos, pero sí deberá considerarlo el

Jueza un elemento importante a valorar el equilibrio o desequilibrio a lo que aludimos en relación a lo saludable o no y destacando el hecho en que no todas ellas pueden estar necesariamente a obtener un cambio en el emplazamiento de estado.

El conflicto que representa la necesidad de contradecir una historia conocida con otra distinta, agotando previamente una instancia probatoria ante los estrados judiciales, presenta, a toda persona y especialmente a los menores, dificultades que requieren elementos de conocimiento y contención afectiva y muchas veces profesional para resolver esta complicada situación de relación que determina su forma de vincularse.

Se ha dicho que para lograr el pleno desarrollo psicofísico, el niño necesita un entorno psicológico apropiado capaz de satisfacer sus necesidades evolutivas. La matriz de su crecimiento es la familia compuesta por una serie de vínculos cuya nota esencial es el lazo emocional.

Por todo esto se estima que debe tenderse muy especialmente a evitar que la autorización para litigar concedida a un menor llega tan solo a posibilitar que adultos interesados lo utilicen al menor como soporte del mayor peso de las consecuencias de un conflicto no deseado por éste.

Permitir desviaciones sería posibilitar una ingerencia arbitraria en la vida privada del menor, en contradicción con lo dispuesto por lo dispuesto por el superior interés del menor.

Teniendo presente la redacción del artículo de la Convención de los Derechos del Niño “en el caso de los niños, adolescentes que aún continúan desaparecidos y son víctimas de los delitos de sustracción, retención y ocultamiento, supresión y suposición de estado, y deberían probar su verdadera identidad” y que, “la gravedad de este problema radica en que a estos niños víctimas de delitos, y no de abandono por parte de sus padres y de sus familiares, se les han negado sus más elementales derechos”. El

derecho de conocer el verdadero origen, entendido a pertenecer y permanecer con su legítima familia. Las cuales en todos los casos les tenían reservado un nombre, un apellido, tradiciones que hacen a la identidad familiar, vínculos que han sido violados por hechos violentos producidos por el Estado, los que deberán ser reparados a través de sus instituciones.

LA EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO VIGENTE

LA REVOCACIÓN DE LA ADOPCIÓN SIMPLE.

Revocar es dejar sin efecto, al revocar una adopción estaríamos dejando sin efecto la misma, que fue eficazmente concedida.

Demás estar decir que no podríamos aceptar como causal de revocación el cambio de afectos de adoptante y adoptado, sino que la causa debe ser legalmente prevista y enumerada en el art. 335 del Código Civil, las que analizaremos a continuación.

5. Haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad de los supuestos previstos en el Código Civil para impedir la sucesión, esta causal nos remite a los arts. 3.291, 3.292, 3.293, 3.295, 3.296 y 3.296 bis. del mismo cuerpo legal, que son la omisión de la denuncia de la muerte violenta del causante, conocida por el heredero mayor de edad, en el término de un mes si no se ha procedido de oficio y siempre que el mentado heredero no se encontrara exento de la obligación de denunciar; acusación o denuncia del causante por delito penado con prisión; no haber cuidado del causante demente y abandonado; haber estorbado con violencia o fraude que el causante testare o revocare el testamento o haberlo forzado a testar o haber sustraído el testimonio; no reconocimiento del hijo extramatrimonial durante su minoridad o no haberle prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.

Esto implica que la acción podrá ser entablada en vida del adoptante o el adoptado o después de la muerte de alguno de ellos.

6. Haberse negado alimentos sin causa justificada, los alimentos debidos entre adoptantes y adoptado son como si fueran padre e hijo biológicos.

7. Petición justificada del adoptado mayor de edad. Al no haber restricciones legales del adoptado mayor de edad, deberán ser interpretadas con amplitud, por lo que podrán tratarse, razonablemente, de inconductas por parte del adoptante que sí bien no configuran causales de indignidad sucesorias, ni consistan en la privación de alimentos al adoptado, revistan la entidad suficiente para dificultar el cumplimiento de las finalidades de la institución, no pensemos que es una posibilidad abierta al arbitrio del adoptado porque ha de invocar y demostrar causales no descriptas legalmente, pero sometidas al criterio judicial que deberá apreciarlas teniendo en cuenta los efectos decisivos de la revocación.
8. Acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad. Resabios de la concepción contractualista de esta institución, se manifiestan en esta hipótesis de revocación, pues sí bien la adopción no es contractual en nuestro derecho, ni lo ha sido, la petición por presentación conjunta tiene efectos prácticamente decisivos.

La norma a diferencia de lo estipulado para la petición unilateral del adoptado, no exige causales que justifiquen el pedido conjunto por adoptante y adoptado, opinión doctrinaria que parece privar, que el Juez debe limitarse a homologar el acuerdo y ordenar la inscripción pertinente, llegando Borda a considerar que tal función del Juez hubiera podido ser cumplida por escribano público.²⁶

Pero nos rehusamos a un rol meramente pasivo del juzgador, pues entendemos que tiene facultad para tomar contacto con el adoptante y el adoptado, oírlos y proceder en consecuencia ordenando la inscripción de la revocación si entiende que las razones expuestas evidencian el uso correcto y la facultad que la ley le confiere.

²⁶ BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia”, N° 806, 9na. Edic., Buenos Aires.

SOBRE LA IRREVOCABILIDAD DE LA ADOPCION PLENA

La adopción plena es irrevocable, en nuestro derecho, desde que fue incorporada por la ley 19.134 que así lo dispuso en el art. 18. El art. 323 del C.C., redacción de la ley 24.779, lo dispone también expresamente y en el primer artículo destinado a esta modalidad de la adopción. Con ello se pretende llevar a su último extremo la asimilación de la adopción plena con la filiación consanguínea y asegurar la permanencia del estado de familia en que adoptante y adoptado han quedado emplazados.

La irrevocabilidad de la adopción plena es lo común en el derecho extranjero. **ZANNONI**²⁷ No ha sido modificada en forma reciente, como

²⁷ Ver ZANNONI, Op. y loc., cit., pág., 1149

“El art. 18 de la ley 19.134, establece la irrevocabilidad de la adopción plena. Lo cual significa que, aun cuando desapareciesen las motivaciones esenciales que supone la institución –hipótesis que para la adopción simple enumera el art. 28- el vínculo jurídico familiar creado por la adopción plena es definitivo, salvo la eventual nulidad que lo afectara (art. 30).

Igual criterio siguen, en la legislación latinoamericana la ley uruguaya (art. 3° in fine); ley chilena de legitimación adoptiva (art. 12); Código boliviano de la Familia (art. 246); bases del anteproyecto de León Feit (ap. H); anteproyecto de López del Carril (art. 13), etc., y en la legislación europea moderna, Código Civil español, modificado por la ley de 4 de julio de 1970 (art. 177); Código de Portugal de 1966 (art. 1982, inc. 1°); art. 359 del Cód. Civil francés según la ley de julio de 1966, etcétera.

Admitir la revocabilidad de la adopción plena –señala Bossert-, introduciría la inquietante y perjudicial perspectiva de que quien hoy, es, en su íntima convicción y en la de los demás, auténticamente hijo legítimo, se vea privado en el futuro de tal estado de familia. No puede haber razones que justifiquen las graves consecuencias que a ese sujeto habría de acarrear tal cambio en cualquier etapa de la vida. Es que, en esencia, desde que la filiación adoptiva ha sustituido a la de origen, extinguiendo todo vínculo o emplazamiento jurídico familiar con los progenitores de sangre y parientes de tal origen, la revocación de la adopción importaría tanto como desplazar el estado de familia sin atribuir, o restituir, como efecto del desplazamiento, un nuevo estado, lo cual no puede admitirse.

En la adopción simple, por el contrario, el vínculo de familia creado se limita, en principio, al adoptante y adoptado –sin perjuicio de los efectos derivados- pero sin que la sentencia que otorga la adopción extinga los derechos y deberes que resultan del vínculo de sangre (cfr. Art. 22). La revocación, por lo tanto, devuelve el ejercicio de la patria potestad y el usufructo y administración de los bienes del menor a los padres, salvo que la hubiesen perdido en los casos del art. 307 del Cód. Civil.

Resulta interesante destacar la llamada tercería u oposición de tercero que preveía el art. 356 del Cód. Civil francés en un último párrafo agregado por la ley 63-215 de 1963, por la cual se admita que todo tercero con interés legítimo demandase, durante el plazo de un año desde la fecha de la inscripción de la adopción, que ésta fuese dejada sin efecto, es decir que fuese revocada. Esta tercería, así concebida, permite en múltiples casos revocar la legitimación adoptiva otorgada sin cumplirse con los requisitos establecidos por la ley.

Al estudiar la eventualidad de que los padres de sangre arguyesen la nulidad de la adopción, vimos cómo, en esta materia, existe un vacío legal en nuestro derecho positivo. En efecto: supóngase que el Juez ha dictado sentencia otorgando en adopción plena a un menor que no se encuentra, respecto de sus padres, en ninguna de las situaciones previstas en los arts. 16 y 11. ¿En qué medida están legitimados éstos para demandar la nulidad de la adopción?. No podemos hablar de revocación, dados los términos absolutos del artículo que comentamos. Pero qué duda cabe de que los progenitores consanguíneos o cualquier otro interesado, deberían estar en condiciones consanguíneas o cualquier otro interesado, deberían estar en condiciones de accionar demandando la nulidad de la adopción de menores que no se encontraban, al

la francesa de 1996 que cambió varias disposiciones sobre la institución. Existe, además, en legislaciones que aceptan una sólo especie de adopción, como la quebequense, pero no en orientaciones legislativas particulares, como la Convención Europea en materia de adopción de niños (Estrasburgo, 1967) que propone una sólo especie con los efectos, en principio, de una adopción plena con posibilidad de atenuaciones.

El principio de la irrevocabilidad de la adopción plena es plausible siempre que no sea acompañada de la improcedencia jurídica de determinar la filiación biológica del adoptado, es decir, sí se salvaguarda su derecho a la identidad filiatoria. Las graves consecuencias prácticas que puede generar la inmutabilidad de un estado civil que no se apoya en la verdad de los hechos son indiscutibles pero son asumidas ab initio por el adoptante. Más bien importante cuando el hijo adoptivo es el afectado por la consecuencias de una situación que no le fue impuesta por la naturaleza y tampoco fue admitida por su voluntad, aunque haya sido oído. Ofrece una amplia gama que excede el mero cambio de los afectos (por ejemplo, los impedimentos matrimoniales surgidos del vínculo adoptivo).

La crítica a la irrevocabilidad a la adopción plena tiene sustentadores prestigiosos. Borda ²⁸ y MAZZINGHI ²⁹ figuran entre ellos y el primero

momento de la demanda, en ninguna de las hipótesis que aquellas normas prevén y que forman parte de los recaudos esenciales exigidos por la ley.

A ello no podrá responderse que las nulidades que establece el art. 30 son taxativas, ya que tales aparecen enumeradas sin perjuicio de las que resulten de las disposiciones del Código Civil. Y, en este sentido, el art. 16 debe interpretarse ampliamente, negando la adopción plena en cualquier hipótesis que escape a sus previsiones siendo, de tal modo, aplicable el art. 1044, Cód. Civil. A pesar del vacío legal a que hacíamos referencia deberá acogerse, en su caso, por parte de los jueces, una demanda de nulidad incoada por los progenitores consanguíneos u otros parientes frente a una nulidad como la ejemplificada. Será labor de la jurisprudencia morigerar los efectos del laconismo del legislador para no transformar la institución en un instrumento peligroso que se vuelva contra sus propios fundamentos. Ante ello, no cabe duda de que el ejemplo del derecho francés merece ser destacado como medio de permitir volver sobre adopciones viciadas de nulidad, a través del expediente de la revocación.”

²⁸ BORDA, op. y loc. cit., N° 795-

“La adopción plena es irrevocable, a diferencia de la adopción simple, que, como la veremos más adelante, tiene carácter revocable. Esta irrevocabilidad, establecida en el art. 18, tiende a ser más plena y completa la asimilación de esta adopción, a la filiación de sangre.

Es un grave error de la ley. Lo que verdaderamente es irrevocable es el hecho biológico de haber sido concebido y nacido de los padres de sangre. Y resulta que ese hecho, irrevocable por naturaleza, pretende ser revocado por una decisión judicial.

La irrevocabilidad de la adopción puede generar en la práctica gravísimas consecuencias. Supongamos que el adoptante abandona al hijo adoptado, éste quedará en peor situación que la del hijo de sangre, que

pronosticaba una reforma legislativa o la apertura judicial de brechas a la regla. No se conocen aportes jurisprudenciales en tal sentido, y como se ve, la reforma reciente ha rehusado el cambio.

Es destacable que la opción del legislador en 1997 ha sido deliberada pues la revocabilidad de la adopción plena apareció en el dictamen de

eventualmente puede tener la esperanza de ser adoptado, en tanto que el hijo adoptivo abandonado no puede ser adoptado por un tercero, dado el carácter irrevocable de la adopción. Además, la ley admite que con tanta facilidad la adopción, permite que ella sea hecha con tanta ligereza que bien es posible que la vida demuestre que ella no era conveniente; que surja un verdadero odio entre el padre y el hijo adoptivo. ¿Qué sentido tiene mantener en estos casos esta filiación contra natura, que no quieren ni el adoptante ni el adoptado, que tal vez les ocasione graves perjuicios? Supongamos todavía que el padre de sangre privado de patria potestad recupere el amor de su hijo, que éste vuelva a la casa paterna, que se reanude de manera plena la relación propia de los lazos biológicos de sangre. Nada significa esto para la ley. El hijo habrá dejado de ser hijo de su padre y por una absurda ficción lo será de alguien del cual se siente espiritualmente desvinculado.

Es grave también que por esa hipótesis se mantienen impedimentos matrimoniales que ya no tienen razón de ser y que pueden provocar graves conflictos de tipo sentimental y moral. Todo ello demuestra cuan grave son las consecuencias de esta soberbia legislativa que pretende modificar los hechos de la naturaleza. Cabe pronosticar que o bien esta ley será prontamente reformada modificando el principio de la irrevocabilidad, o bien los jueces comenzarán sin demoras a abrir fechas en ese principio.”

²⁹ MAZZINGHI, Jorge Adolfo, “La nueva ley de adopción”, en ED., 39-1971, II, a).

“El art. 18 establece que “la adopción plena es irrevocable”.

No comentaré la descuidada redacción del precepto, que contiene una incomprensible remisión al art. 15 para explicar que aunque el adoptante fallezca, antes de la adopción, el adoptado podrá “recibir” el nombre –obviamente quiere decir apellido– del adoptante.

La irrevocabilidad de la adopción plena procura la asimilación entre ésta y la filiación de sangre, que el legislador ha querido establecer en pro de su entusiasta propósito de equipararlas por entero.

La irrevocabilidad de la filiación, no se apoya en una norma. Constituye un hecho biológico, y los hechos no pueden ser revocados.

Pueden, a lo sumo, ser privados de ciertas consecuencias. Tal es lo que ocurre con la pérdida de la patria potestad, es decir con el aniquilamiento de los derechos que la ley reconoce a los padres por el sólo hecho de serlo.

Respecto de la adopción, es evidente que la patria potestad corresponde al adoptante, pues ello surge implícitamente del art. 14, respecto de la adopción plena, y expresamente del art. 22 referido a la adopción simple.

No cabe duda, por lo tanto, que si el adoptante incurriera en las causales previstas por el art. 307 del cod. Civil, perdería la patria potestad, y perdería su ejercicio en el caso del art. 308.

Pero sería más razonable que en estos supuestos la adopción fuera revocable, que al llegar a la mayoría de edad, tal como está previsto respecto de la adopción simple, el adoptado pudiera desembarazarse de un vínculo jurídico y no de sangre, y que por lo tanto puede ser removido, aniquilado, si en vez de cumplir las funciones propias de él, se hubiera transformado en una relación aberrante y corruptora.

Las consecuencias de la irrevocabilidad son graves para el propio adoptado.

Si el adoptante lo abandona, si se aparta ostensiblemente de los deberes que la ley y la moral le imponen, el menor sometido a ese régimen queda en peor situación que la del menor abandonado por sus padres de sangre.

Este último tendría la esperanza de ser adoptado, porque de acuerdo al art. 14, la adopción plena borra los vínculos de sangre, mientras que el primero no podría aspirar a igual tratamiento ya que siendo irrevocable la adopción plena, no podría constituirse un nuevo vínculo adoptivo, en virtud del art. 2° que sólo prevé el caso de muerte del adoptante.

O sea que se llega a la llamativa conclusión de que la filiación es revocable por virtud del art. 14 de la ley 19.134, mientras que la adopción no lo es por imperio del art. 18 de la misma ley.

No hace falta más para mostrar que, como el nadador que se aparta insensiblemente de la playa, el legislador se ha apartado de esa ribera segura y fecunda que es el sentido común.”

Comisión de Diputados por las causales que autorizan la privación de la patria potestad y a la misma se refirieron el miembro informante diputado Dumon y la diputada Maidana, insinuándose una crítica de Fernández Mejjides a la irrevocabilidad. La sanción de diputados coincidió con el mentado dictamen, de manera que la irrevocabilidad hace su aparición con el dictamen de comisión de la Cámara Revisora con casi inexistente fundamentación pues el miembro informante se limitó a decir que no “existen motivos para modificar el precepto de la ley 19.134”.

El proyecto preparado por la Comisión designada por el decreto 685/95 acepta la revocabilidad de la adopción plena a solicitud del adoptante capaz por las causas que autorizan la privación de la patria potestad, por lo tanto, cuando el accionante es el hijo adoptivo pero no el padre por adopción. Por el contrario también ha sido sustentada la irrevocabilidad de ambas formas de adopción, por ejemplo, en el proyecto elaborado por la Fundación Retoño. Algún aporte trabajado en cursos de postgrado admite una sola forma de adopción y su revocabilidad por las causas que autorizan la privación de la patria potestad.

Conclusión:

La adopción intenta dar respuestas a la desprotección y el desamparo en el que se encuentran niños y menores, intentando contener al menor desamparado y brindando un marco de desarrollo.

Con la nueva ley, se ha judicializado por completo el proceso de adopción, dándole la posibilidad de ser oído a todos quienes tengan un interés en la adopción, la exigencia, de ser posible, del consentimiento de los padres biológicos, la revelación de la verdad biológica.

Todo esto favorece la protección del menor adoptado, y respetando el mejor interés del mismo.

Seguimos manteniendo el sistema dual de adopción, pero sólo se puede revocar la adopción simple y manteniendo la irrevocabilidad absoluta de la adopción plena, apartándose de la realidad y desconociendo los posibles efectos que puede generar en adopción y muchas veces desnaturalizando el bien jurídico que pretende proteger que es el mejor interés del menor.

Podría darse el caso que por decisión personal, un adoptado quisiera volver al ámbito de su familia biológica, y además contando con el total respaldo de sus padres adoptivos o quizás aquél adoptado que cumplido los dieciocho años acceda a su expediente adoptivo, intentando acceder a su realidad biológica, conozca a su familia, cree lazos y quiera volver al ámbito de su familia biológica, no podrá hacerlo porque la adopción es irrevocable, pero sí estará conociendo su realidad biológica como lo establece el ordenamiento.

Tampoco podemos desconocer que en el caso hipotético de que el adoptado pleno plantee la revocación y la obtuviera se plantearía una conmoción de derechos en la que se vería afectado la familia del adoptado

y los miembros de la familia adoptiva en cuanto al cambio de estado de familia.

La no consagración de un régimen de revocabilidad de la adopción plena finalmente hiere el principio del derecho a la identidad biológica que la nueva ley de adopción se encarga de resaltar como un valor preeminente en la protección del mejor interés del menor.

Quizás en el futuro, finalmente deba desaparecer el doble régimen de adopción, legislando un único sistema, que posiblemente pueda dar la coherencia del régimen legal adoptivo con el del conocimiento de la verdad biológica del adoptado, como un derecho inalienable de todo menor y finalmente hacer respetar la Convención Internacional sobre los derechos del niño.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA:

BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia”, N° 806, 9na. Edic., Buenos Aires.

CUNEO, Darío Luis en “Autonomía privada e intervención estatal en los conflictos familiares”, Zeus Boletín N° 4467 de fecha 29 de julio de 1992 corresponde a Tomo 59.-

CUNEO, Darío Luis, Identidad personal y pertenencia social. Acciones proponibles, Zeus, Tomo 78, secc. Doctrina.

D’ANTONIO, Régimen legal de la adopción, Ley 24.779.

DIAZ de GUIJARRO, Enrique, Las acciones de estado de familia, JA, 1954- IV- 7, secc. Doctrina, y El Acto Jurídico de emplazamiento en el estado de familia, JA, 1955- IV-12-secc. Doctrina.

DUTTO, Ricardo, en “El mejor interés del niño, la Constitución Nacional y la jurisprudencia”, publicado en Zeus Boletín del 16-10-1996, Nro. 5531 corresponde a T. 72.-

GROSMAN, Cecilia en “Significado de la Convención de los Derechos de Familia”, L.L. 1993, B. Sección Doctrina

GROSMAN, Cecilia en “Significado de la Convención de los Derechos de Familia”, L.L. 1993, B. Sección Doctrina .

HIGHTON, Elena y **WIERZNBA**, Sandra en “La relación entre médico y paciente: el consentimiento informado”. Ed. AD-HOC 1991.

JURIS, 88.

KRASNOW, de **PITASNY**, Adriana, “Pruebas biológicas y filiación”, obra en colaboración con Marta Bravo Luna y Edita Solís de Landi, Ed. U.N.de Rosario, Año 1996, con referencia a fallo C.S.J.N., 13-11-90, voto del Dr. Fayt.-

LEVY, Régimen de adopción, Ley 24.779, Conf. Fanzolato, Filiación Adoptiva.

LOPEZ OLACIREGUI, José M. , De la nulidad de los actos jurídicos, en “Lecciones y ensayos”, N° 17.

LORES ARNAIZ, María del Rosario, “Hacia una epistemología de las ciencias humanas”, Ed. de B.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo, “La nueva ley de adopción”, en ED., 39-1971, II, a).

MENDEZ COSTA, María Josefa en “Visión jurisprudencial de la filiación”, citando disidencia del Dr. De Mundo, R. C. Editores Santa Fe, 1997.-

MIZRAHI, Mauricio L., El doble rango de la adopción simple en la ley 19.134 comentario a fallo: C.N.Civ., Sala L, 13-10-94, LL, 1995- D-419.

PELLEGRINO, Edmund, “La relación entre la autonomía y la integración en la ética médica”, Bol. De la Ofic. Sanit. Panamericana 108 (5 y 6) 1990.-

ZANNONI, Eduardo A., Apellido y estado civil, LL,. 130-957, y ss., N° II.

ZANNONI, E., en Derecho de Familia, Tomo II A. 1989.

C. Nac. Civ. S. “C” en “E.D.” Tomo: 16(fallo del 3-08-66).-

ZANNONI, Eduardo A., “Código civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado”, Tomo 8, Editorial Astrea, Edición 1999.