

1/7
EDUARDO IGNACIO FANZOLATO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales,
Profesor Titular de Derecho de Familia y Sucesiones
(Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba)

La Filiación Adoptiva

Córdoba
1998

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

*En homenaje y como aporte al
X Congreso Internacional de
Derecho de Familia.*

*Mendoza, Argentina,
setiembre 1998*

ADVOCATUS

Duarte Quiros 511 - Córdoba

ISBN. Nº 987-9080-33-5

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

Índice

CAPÍTULO I Filiación adoptiva

1. Filiación adoptiva. Concepto.....	17
2. Antecedentes y evolución histórica.....	17
2.1. Recepción generalizada de la adopción en el mundo actual.....	18
2.2. Unidad de criterio respecto a la función que cumple la adopción en las sociedades modernas.....	19
2.2.1. Evolución histórico-jurídica.....	19
2.2.2. Concepción moderna.....	22
2.2.3. La persistencia secundaria de la adopción de mayores.....	24
2.3. Creciente reconocimiento de las adopciones internacionales y aproximación legislativa entre diversos países, mediante la determinación de principios comunes a través de tratados o convenciones internacionales sobre la materia.....	25
2.3.1. Convención sobre los Derechos del Niño. Reserva argentina.....	27

CAPÍTULO II Principios que informan la adopción en el derecho argentino

3. Normas legales que regulan la adopción en nuestro país.....	29
3.1. Antecedentes nacionales.....	29
3.2. Legislación de reciente vigencia.....	30
4. Principios que informan la filiación adoptiva en el derecho argentino.....	30
4.1. Adopción de menores de edad no emancipados sin distinción de sexos.....	31

4.2. Interés del menor	31
4.2.1. Interés del niño e interés del menor	33
4.3. Prioridad de la familia biológica o subsidiariedad de la adopción	33
4.4. Reconocimiento y respeto del derecho a la propia identidad del niño	36
4.4.1. Identidad y privacidad. Preservación de la privacidad	39
4.5. Judicialidad de la adopción	40
4.6. Adopción plena y simple	42

CAPÍTULO III Normas generales

5. Adopción y orden público familiar. Condiciones de admisibilidad y de conveniencia para el menor	46
6. Condiciones de admisibilidad referidas al adoptante	47
6.1. Capacidad civil	47
6.2. Estado civil del o de los adoptantes	48
6.2.1. El estado civil y las adopciones conjuntas. Número de adoptantes	50
6.2.2. Adopción por persona casada: conjunta o unipersonal	51
6.2.2.1. Supuestos de adopción individual por persona casada. Asentimiento conyugal	51
6.2.2.2. Derivaciones de la normativa sobre adopción conjunta	53
6.2.3. Adopción <i>post mortem</i>	54
6.2.4. Convivientes en uniones de hecho estables	56
6.3. Edad requerida en el adoptante. Excepciones	57
6.4. Diferencia de edad	57
6.5. Límite máximo de edad	59
6.6. Vínculos familiares o cuasifamiliares con el adoptando	60
6.6.1. Parentesco con el adoptando. Prohibiciones	60
6.6.2. El impedimento temporal del tutor	64
6.7. Existencia de descendientes del adoptante	64
6.8. Residencia de los adoptantes. Adopción internacional	65
6.8.1. Discusión acerca de la recepción de la adopción internacional	66
6.8.1.1. Argumentos en contra	66
6.8.1.2. Argumentos a favor	67

7. Número de adoptados	69
7.1. Tipo de adopción en caso de pluralidad de adoptados	69
8. Condiciones de conveniencia de la adopción para el menor	70
8.1. Medios de vida y cualidades morales del adoptante	70
8.1.1. Recursos pecuniarios	70
8.1.2. Aptitudes educativas, responsabilidad y ética personal	70
8.1.3. Relación concubinaria del adoptante	71
8.2. Enfermedades incurables	72
8.3. Raza, religión, nacionalidad, ideología, orientación sexual	73

CAPÍTULO IV Procedimientos judiciales. Guarda preadoptiva y adopción

9. Los procedimientos judiciales que regula el nuevo régimen de adopción	75
A. Guarda judicial preadoptiva	
10. Guarda preadoptiva	77
10.1. Duración y finalidad. Excepciones	78
10.2. Judicialización de la guarda con fines adoptivos. Competencia	79
11. Requisitos para otorgar la guarda preadoptiva. Partes	79
11.1. Cita y conformidad de los padres biológicos	80
11.2. Oportunidad de la citación	83
11.3. Aquiescencia: encuadre de la figura jurídica. Asesoramiento	83
11.4. Modalidades del asentimiento	84
11.5. Capacidad para asentir la entrega en guarda	85
11.6. Virtualidad del asentimiento	87
11.7. Incomparecencia. Negativa infundada. Discordancia de voluntades entre los progenitores	88
11.8. Casos en que no se requiere el asentimiento de los progenitores. Citación	89
11.9. Conocimiento personal del adoptando	91
11.10. Pretensos guardadores con fines adoptivos	91
11.11. Conocimiento de la familia biológica del menor	92
11.12. Guardas extrajudiciales y de hecho	92
11.13. Auto de guarda. Contenido. Carácter de la resolución	93

12. Registro único de aspirantes a la adopción	94
B. Juicio de adopción	
13. Demanda de adopción	96
13.1. Competencia	98
14. Partes	98
14.1. Intervención de los padres biológicos. Diversas posturas. Nuestra opinión	99
14.2. Intervención del Ministerio Fiscal	105
15. Impulso procesal de oficio	106
15.1. Audiencia del menor	106
15.2. Audiencia con los descendientes del adoptante	107
16. La sentencia y sus efectos. Inscripción	108
16.1. Adopciones conferidas en el extranjero	109
CAPÍTULO V	
Adopción plena	
17. Adopción plena: aplicación de las normas generales	111
18. Condiciones de admisibilidad respecto del adoptado	111
18.1. Orfandad (inc. a)	112
18.2. Filiación indeterminada (inc. b)	113
18.3. Menor institucionalizado con largo desentendimiento de los padres (inc. c, primera parte)	113
18.4. Abandono o desamparo (inc. c, segunda parte)	114
18.5. Privación de la patria potestad (inc. d)	116
18.6. Asentimiento paternal manifestado judicialmente (inc. e)	117
19. Efectos de la adopción plena	117
19.1. Extinción del parentesco anterior	118
19.2. Subsistencia de los impedimentos matrimoniales	120
19.3. Inserción del adoptado en la familia adoptiva	121

19.4. Constitución de un nuevo estado de familia	121
19.5. Patria potestad. Tutela	122
19.6. Nombre y apellido	122
19.7. Obligación alimentaria. Vocación hereditaria y demás efectos derivados del parentesco adoptivo	123
19.8. Nuevos impedimentos matrimoniales	124

CAPÍTULO VI

Adopción simple

20. Adopción simple: aplicación de las normas generales	125
21. Situaciones en que procede	126
21.1. Adopción integradora o adopción de los hijos del cónyuge	126
21.1.1. Regulación específica	129
21.2. Imposibilidad de adopción plena	130
21.3. Tipo de adopción que mejor consulta el interés del menor	131
21.4. Solicitud fundada del adoptante	132
22. Efectos de la adopción simple	132
22.1. Parentesco	133
22.1.1. Subsistencia del parentesco derivado del nexo biológico	133
22.1.2. Nuevo vínculo de parentesco	134
22.1.2.1. Efectos del vínculo jurídico entre hermanos adoptivos	135
22.1.3. Impedimentos matrimoniales (art. 166, inc. 3º, C.C.)	137
22.2. Patria potestad	138
22.3. Nombre y apellido	140
22.4. Vocación hereditaria	141
22.4.1. El adoptado y sus descendientes en la sucesión del adoptante	142
22.4.2. El adoptado y su estirpe en la sucesión de los ascendientes del adoptante	142
22.4.3. La viuda del hijo adoptivo en la sucesión del adoptante	143
22.4.4. Vocación sucesoria del adoptante	145
22.4.4.1. Masas de bienes a distinguir	146
22.4.4.2. El adoptante en la sucesión de los descendientes del adoptado	148
22.4.5. Vocación de la familia de origen	149

22.4.6. Vocación del cónyuge del adoptado	149
22.4.7. Vocación de los hermanos adoptivos	150
22.4.7.1. Derecho de representación	150
22.4.7.2. Exclusiones y concurrencias con los hermanos biológicos	151
22.5. Reflexiones finales	152

CAPÍTULO VII

* Extinción de la adopción

23. Extinción de la adopción	153
23.1. Hipótesis. Casos	153
23.2. Adopciones sucesivas	154
23.3. Nulidad de la adopción	155
23.4. Revocación	155
24. Nulidad absoluta	156
24.1. Causas	156
25. Nulidad relativa	160
25.1. Causas	160
26. Prescripción y caducidad de la acción de nulidad de la adopción	161
26.1. Nulidad absoluta	161
26.2. Nulidad relativa	161
27. Efectos de la nulidad	163
27.1. Conveniencia de instituir un régimen legal de adopción putativa. Propuesta	163
28. Revocación de la adopción simple	167
28.1. Por acuerdo de partes	167
28.2. A solicitud del adoptado	168
28.3. Por conducta indigna o negación injustificada de alimentos	168
29. Prescripción y caducidad de la acción de revocación de la adopción	169
30. Efectos de la revocación	170

31. Inscripción	171
-----------------------	-----

CAPÍTULO VIII

La adopción en los países del Mercosur

32. La armonización legislativa dentro de los países del Mercosur	173
33. República Federativa de Brasil	174
33.1. Coincidencia de principios en orden a la adopción, respecto del derecho argentino	174
33.2. Diferencias con la ley argentina. Peculiaridades del derecho brasileño	175
33.3. Efectos	176
33.4. Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño	177
34. Paraguay	177
34.1. Semejanzas de principios respecto del derecho argentino	177
34.2. Características particulares del derecho paraguayo	178
34.3. Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Adopción internacional: suspensión	178
35. República Oriental del Uruguay	179
35.1. Adopción	179
35.2. Legitimación adoptiva	181
35.3. Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Adopción internacional	181

APÉNDICE LEGISLATIVO

36. Convención Internacional de los Derechos del Niño	183
36.1. Ley 23.849. Ratifica la Convención. Hace reservas	199
37. Ley 24.799. Incorpora el Título de la Adopción al Código Civil Argentino	200
Bibliografía	207

CAPÍTULO I

Filiación adoptiva

1. Filiación adoptiva. Concepto

Así como la filiación biológica surge de los lazos de sangre, la filiación adoptiva se origina judicialmente, a través de una sentencia constitutiva de adopción.

La adopción es una institución del derecho de familia en virtud de la cual, y por medio de una sentencia judicial, se crea entre personas no ligadas por lazos biológicos próximos un vínculo jurídico de parentesco idéntico o similar al que surge de la filiación consanguínea establecida.

2. Antecedentes y evolución histórica

Este concepto está referido a la filiación adoptiva según la concibe hoy nuestro ordenamiento jurídico positivo; pero no pretende tener validez universal ni en el tiempo ni en el espacio ya que la institución ha sufrido una evolución trascendental, a tal punto que la institución jurídica que en la actualidad consideramos como *adopción* es muy diferente de lo que fue en otras épocas a pesar de la denominación, que se mantuvo inmutable en las diversas edades de la historia y en la generalidad de los países de la Tierra; y como esta evolución continúa y no se opera coetáneamente en todas partes del mundo, nos encontramos con que el panorama que ofrece la legislación comparada a este respecto no es el de la uniformidad; aunque - sin duda - se advierte una fuerte propensión a lograr una *similitud en la esencia de la institución*, dejando a un lado lo meramente accidental.

La tendencia a la uniformidad de los diversos sistemas nacionales de adopción puede inferirse de varias circunstancias:

- a) Recepción generalizada de la filiación adoptiva en las legislaciones de casi todos los países del mundo;
- b) Unidad de criterio respecto a la función que cumple la adopción en las sociedades modernas;
- c) Creciente reconocimiento de las adopciones internacionales y la aproximación legislativa entre diversos países, mediante la determinación de principios comunes, a través de tratados o convenciones internacionales sobre la materia.

2.1. Recepción generalizada de la adopción en el mundo actual

En los tiempos actuales se observa un acogimiento de la filiación adoptiva en la casi totalidad de las naciones del mundo, sean países de legislación escrita, codificada, o de derecho consuetudinario.

La única excepción realmente de entidad está constituida por el grupo de estados musulmanes que no reconocen a la adopción como *institución jurídica familiar*. Estas naciones acatan la legislación islámica y se rigen por ella; basándose en una revelación divina contenida en el Corán, según la cual *sólo Dios es el que establece los vínculos de parentesco entre los hombres*, no registran la filiación adoptiva dentro de sus instituciones jurídicas; pero nada impide que, en la práctica, se verifiquen *adopciones de hecho*, como sucede con frecuencia en muchos estados árabes. En dichos países, para atemperar o amortiguar la falta de efectos legales de tales adopciones de hecho, en particular la falta de derechos hereditarios, los juristas musulmanes han apelado a sucedáneos como la donación o el testamento; o bien, introduciendo en sus prácticas jurídicas instituciones hereditarias especiales, como es el legado testamentario llamado *tanzil* o *inzal* entre los malequitas del norte de África.

En la mayoría de las naciones mahomistas se respeta la revelación coránica, lo que se ve incentivado en nuestros días a raíz del conocido fundamentalismo islámico; sin embargo, debemos señalar que, en ciertos estados musulmanes más *progresistas* o *rebeldes*, desapegados de las enseñanzas del Profeta, la legislación moderna ignora los preceptos de Mahoma y regula la institución de la adopción de manera similar a la del resto del mundo. Esto ocurre, por ejemplo, en Túnez y en Turquía. En otros países islámicos, se han aprobado provisiones legales que facilitan la adopción de menores desamparados por extranjeros no residentes en el país. Así se ha legislado en Bangladesh.

2.2. Unidad de criterio respecto a la función que cumple la adopción en las sociedades modernas

La segunda circunstancia que fundamenta esa tendencia que señalamos hacia la universalización y uniformidad del régimen de la adopción reside en que, en las sociedades modernas, existe unidad de criterio respecto del interés que con esta institución se trata de proteger y dar satisfacción dentro de la sociedad.

En la época que vivimos y, más concretamente, en el curso de este siglo, la adopción tradicional que estaba orientada a satisfacer el interés de la familia del adoptante, encarnada en su jefe, ha sufrido una esencial transformación en este aspecto ya que, en la actualidad, el interés primordial que trata de proteger es el del adoptado. Así encontramos que más de un centenar de legislaciones repiten la consagrada fórmula según la cual en la adopción «el juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor adoptado (art. 321 inc. i. C.C.), lo que significa que los órganos encargados de otorgarla sólo harán lugar a los pedidos formulados si se comprueba que, efectivamente, tal adopción beneficia al adoptado. Pero no siempre ha sido así. Antes eran otros los intereses que se pretendían satisfacer con la adopción que es una de las instituciones más viejas que se conocen en la historia del derecho y que ha experimentado una sustantiva evolución.

2.2.1. Evolución histórico-jurídica

a) Ya aparece regulada en los documentos escritos más antiguos. Así, en el Código Hammurabi (1800 a.C) y, por la misma época, en el Código de Manú.

Las antiguas legislaciones, cuando reglamentaban la adopción, lo hacían en interés de adoptante o de su familia (*procurar un hijo a quien no tiene ni espera tener descendencia*, o suministrar mano de obra para tareas agrícolas a falta de esclavos) ignorando o relativizando al máximo el interés del adoptado y la función protectora y asistencial que esta institución cumple actualmente respecto de los menores. Además, en general, sólo se adoptaban varones por la propia función que desempeñaba la adopción; por ejemplo, la adopción regulada en el Código de Manú tiene por objeto asegurarle al adoptante que carece de descendencia masculina, *«un hijo que celebre en honor suyo el servicio fúnebre»* (parágrafo 174)...⁽¹⁾

(1) Sin embargo, los babilonios solían adoptar menores huérfanos o abandonados por

En la Biblia encontramos varias referencias a la adopción. Así, en Génesis, 48, se narra la adopción, por Jacob, de Ffraím y Manasés, hijos que José tuvo en Egipto antes que Jacob se trasladara a ese país. Allí se relata lo que parece formaba parte del rito de la adopción, consistente en colocar a los adoptados en el regazo (entre las rodillas del adoptante) bendiciéndolos y reconociendo que serán llamados con su nombre y el de sus padres Abraham e Isaac (Génesis, 48, 12 a 16); pero el propósito perseguido tenía conexión con un interés dinástico y no con el fin de amparar a quienes se adoptaban.

Igualmente, en la historia del pueblo judío se relata que Moisés fue salvado de las aguas por la hija del Faraón, quien lo hizo criar y *le trató como a un hijo* (Exodo, 2, 10)¹². En el episodio se puede señalar una semejanza con la finalidad moderna de la adopción, desde que se lo recogió para protegerlo del abandono.

b) También en el derecho romano antiguo y clásico esta institución perseguía un fin religioso y político, cual era garantizar que el jefe de la familia, el *pater familias*, a cuyo cargo estaba el culto familiar y doméstico, tuviera un sucesor que mantuviera el culto a los antepasados (*dioses lares* y *penates*) y la continuidad de la jefatura política. Era así, también una manera de afianzar la perpetuación de la familia.

c) Similares propósitos, aunque dentro de un contexto cultural, social y político absolutamente diferente, perseguía la adopción en la China antigua y en los otros pueblos del Extremo Oriente en los que se la conoce.

d) Más tarde la adopción cumple un importante rol sociopolítico en los estados divididos en clases sociales jerarquizadas ya que a través de ella se tiende a asegurar la transmisión de los títulos de nobleza sólo a varones e incluso, como en la Roma Imperial (Augusto-Tiberio; Claudio-Nerón, época de la Tetrarquía: Augustos-Césares), para asegurar la transmisión ordenada del poder.

En todas estas épocas y sistemas, la adopción, en general, se organiza en favor de la familia adoptante y *el adoptado no es más que un instrumento de perpetuación*. Con este mismo sentido se organiza en el Código Napoleón,

razones humanitarias o por tratarse de hijos de pacientes o de amigos de escasos recursos para afrontar el mantenimiento y educación del niño.

(2) *Biblia de Jerusalem*, edición española, dirigida por José Angel Ubieta, Desclée de Brouwer, Bruxelles, Belgium, 1967.

que regula preferentemente la adopción de personas mayores de edad¹³, y entonces, cuando las consideraciones o intereses señalados pierden su fuerza, por imperio de la evolución de las sociedades, la adopción tiende a caer en desuso. El panorama legislativo que el siglo XIX presenta en Europa en esta materia es el de su decadencia o rechazo. Así:

I. En todos los países de la Common Law no se conocía la adopción. Es decir que en el siglo XIX en los países anglosajones que se organizan sobre la base de los principios rectores del derecho consuetudinario inglés (que no recibió injerencia del derecho romano ni del Código Napoleón), la adopción es desconocida como institución legal; y esto se explica porque en tales países existían otros resortes jurídicos para satisfacer los mezquinos intereses que en esa época se perseguía con la adopción; por ejemplo, el sistema inglés de libertad testamentaria que permite a una persona dejar su herencia a extraños biológicamente, sin necesidad de generar el lazo artificial de la adopción. Como este ordenamiento no reconoce la categoría de herederos legitimarios, no hace falta la adopción para lograr aquella transmisión hereditaria a extraños.

II. En los países cuyas legislaciones pertenecen al sistema romano germánico de derechos, las codificaciones del siglo XIX evidencian un rechazo a esta institución (así concebida) y muchos como el Código Civil de los Países Bajos, de 1838, el portugués de 1867, el chileno de 1857, y nuestro propio Código Civil, la excluyen completamente; y en otros se la mantiene pero languideciendo o vegetando pues es rara su aplicación. La institución tuvo un largo período de franca decadencia, precisamente porque

(3) La adopción testamentaria era la única forma de adopción de menores en Francia, hasta la ley del 19 de junio de 1925 que, por primera vez, admite la adopción de menores por actos entre vivos. Sin embargo, la adopción testamentaria requería que el testador hubiera tenido al menor bajo su *tutela oficiosa*, durante los cinco años anteriores a su muerte, como plazo mínimo. Según el art. 361 del Code Napoléon, toda persona de más de cincuenta años y sin hijos ni descendientes legítimos que quiera, durante la minoridad de un individuo, vincularlo por un título legal, podrá convertirse en su tutor *oficioso* obteniendo el consentimiento de los padres del menor o del sobreviviente de ellos; o, en su defecto, de un Consejo de Familia o, finalmente, si el niño no tuviera parientes conocidos, obteniendo el consentimiento de los administradores del hospicio en el que se lo hubiera recibido, o de la Municipalidad del lugar de su residencia. Esa *tutela oficiosa* de un menor podía preparar su futura adopción; pero ella sólo podía convertirse en adopción cuando el pupilo, llegado a la mayoría de edad, prestaba su consentimiento.

ella tal como estaba estructurada, por ejemplo, en Francia, España e Italia sólo servía para satisfacer aspiraciones menguadas o egoístas; y en muchos casos para disimular o *-maquillar-* verdaderos fraudes a las leyes fiscales o a las legítimas de los herederos forzosos. Así, por ejemplo, tal como surge de la regulación otorgada por el Código Napoleón, según la cual sólo los mayores de edad podían ser adoptados, únicamente producía el efecto de transmitir el apellido y permitir que el *-adoptado-*, (que podía ser un colateral o pariente alejado o un extraño), al producirse la transmisión hereditaria, sólo pagase el impuesto correspondiente a la categoría de hijo legítimo, que siempre era muy inferior al que hubiera correspondido pagar si se tratara de un sobrino, pariente alejado o de un extraño, beneficiado con un legado testamentario; de esta manera, la adopción se solía utilizar como un subterfugio que facilitaba el fraude a las leyes impositivas⁽⁴⁾.

Lo mismo podía hacerse en perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.

Esta concepción mezquina, estrecha, y hasta inmoral, de la adopción determina su rechazo o decadencia en muchas legislaciones y su escasa aplicabilidad en los países cuyos ordenamientos jurídicos la mantuvieron.

2.2.2. Concepción moderna

A comienzos del presente siglo la institución se revitaliza frente a la necesidad de solucionar una de las consecuencias más desgraciadas de las guerras mundiales que asolaron nuestro planeta. Se imponía atender a la protección de menores huérfanos y abandonados a raíz de los conflictos bélicos. Si bien la infancia abandonada y la minoridad en peligro material y moral siempre existió, las ideas individualistas y liberales inspiradoras de las codificaciones del siglo pasado, dejaban libradas su atención a la

(4) Dice Jean Carbonnier, que al discutirse la redacción del Code, se atacó a la adopción. Algunos, en consonancia con los principios de la Revolución Francesa, quisieron suprimirla por tratarse de una *organización de casta* (lógicamente se refiere a la adopción de mayores de edad); pero se la mantuvo en el Código Civil, por la influencia personal de Bonaparte que buscaba, a través de ella, una alternativa al divorcio para solucionar el problema dinástico que le generaba su falta de descendencia con Josefina. Añade que él pensaba adoptar a Eugenio de Beauharnais, y que los grabadores de la época lo han representado haciendo ofrenda a Josefina del título del Code sobre la adopción (*Droit Civil, 2. La Famille, les Incapacités*, Presses Universitaires de France, 12^a édition, Paris, 1983, n. 143, ps. 474 y 475).

beneficencia de los particulares; pero las guerras mundiales dejaron secuelas sociofamiliares desoladoras: infinidad de hogares deshechos y existencia de miles de huérfanos, de niños abandonados, a quienes la necesidad empujaba, desde la más temprana edad, a la mendicidad, a la prostitución o al delito. Los estados no podían permanecer impávidos frente a esta dramática situación; confiados en la beneficencia particular, y pronto se advirtió que la *adopción de menores* era el instrumento jurídico adecuado para atender o paliar estas desgracias; y así la institución se revigora, pero con un sentido moderno, ya que se abandona la idea de la adopción como institución destinada a dar al adoptante un heredero forzoso, o a perpetuar su apellido, o su título de nobleza, y se resalta la función social protectora y asistencial de la adopción con relación al adoptado.

La adopción a partir de las guerras mundiales mira y se orienta decididamente, hacia el menor sin distinción de sexo y, en especial, al menor abandonado o en peligro. Se establece para brindarle al menor no sólo lo que en derecho se llaman *alimentos*, es decir alimentación, vivienda, vestimenta, instrucción y recreación (lo cual no deja de ser importante) sino que la finalidad primordial que persigue la adopción es *injertar* al menor huérfano o abandonado dentro de una familia que puede contenerlo adecuadamente, ofreciéndole las posibilidades de una integración familiar indispensable para formar su personalidad. Es decir, que el fin es brindarle al menor huérfano o abandonado una familia, como sociedad total integradora que abarque los más diversos aspectos de la vida del hombre y dentro de la cual se cumplan los fines fundamentales de la vida; una familia en donde el adoptado pueda realizarse plenamente, como persona; en donde día a día pueda formarse y mejorar haciéndose cada vez más *-ser humano-*; es decir que le permita su humanización y la búsqueda de su propia identidad. Por este medio se lo aleja de lo que da en llamarse la *-costificación-* del hombre, que es uno de los riesgos de las instituciones de menores. Y esto es así porque *-parafraseando a Clemente De Diego⁽⁵⁾*, en la familia no sólo se procrean y se desarrollan físicamente las personas como en un criadero sino que, fundamentalmente, dentro de la familia, se forman seres humanos en su integralidad, se culturaliza, se enseña y se aprende el idioma, se instruye y se educa, se rinde culto a Dios y a la

(5) Citado por Puig Peña, Federico, en *Tratado de Derecho Civil Español. Teoría General del Matrimonio*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, t. II, vol. 1, p. 6.

justicia, se combate el egotismo tendencial humano desarrollándose principios de solidaridad; se crean importantísimos hábitos de vida, de orden, de disciplina, de ahorro, de trabajo; se generan sanas obediencias y necesarios afectos.

En suma: en todos los países hay unidad de criterio respecto a que la adopción moderna persigue el propósito de brindar al menor abandonado la familia que necesita para integrar equilibradamente su personalidad; facilitándole la humana satisfacción de las necesidades vitales del cuerpo y del espíritu, dentro de un clima de amor y de respeto mutuo⁶⁰.

Esto explica también nuestra afirmación inicial de que la adopción es una institución del derecho de familia; más aún, es una institución de derecho de menores.

2.2.3. La persistencia secundaria de la adopción de mayores

Ahora bien, esta tendencia casi universal a receptor dentro de los ordenamientos jurídicos de los estados a la institución de la adopción con un carácter eminentemente tutelar o proteccional de la minoridad, no implica necesariamente desconocimiento legislativo de la adopción de mayores de edad. Esta otra clase de adopción, a mi juicio, debe mantenerse toda vez que existan justos motivos que la determinen y excluyendo toda maniobra ilícita. El derecho de familia debe propender al afianzamiento de vínculos paterno-filiales o fraternos entre las personas con miras a la ayuda y asistencia mutua entre ellas siempre que, con tales vínculos, no se atente contra la organización de la familia como institución de orden público.

En la legislación comparada encontramos, es cierto, muchos países que sólo conciben a la adopción como institución propia y exclusiva del llamado derecho de la minoridad; si bien ese es su ámbito natural, prioritario

(6) En Indonesia, entre los torayas, aborígenes de las islas Célebes, se practica una extraña adopción en la que sólo se tiene en cuenta el interés del menor y su supervivencia. Así, un padre suele desprenderse de un hijo cuando todos sus otros descendientes mueren en una temprana edad, en los primeros años de vida, con la esperanza que, de esa manera, hará cesar la maldición, suponiendo que al dar ese hijo a otra familia, en su nuevo hogar, tendrá mejores expectativas de vida (Ver. Brisbois, Eléonore et Douvier, Francine: *Les Toradjes de Célebes (Indonésie)*, Collection L'Homme Vivant. Hachette, Evreux (Eure), 1980). Dentro de la mentalidad de este pueblo, no hay dudas de que, a través de esta adopción, lo que se persigue es el bien del menor al que se intenta proteger del maléfico que imperaría en su familia biológica.

o específico, cabe reflexionar acerca de la función familiar y social que podría cumplir la adopción respecto de la constitución de vínculos filiales u fraternos entre personas mayores o emancipadas.

Un ejemplo que nos llama a la reflexión nos lo ofrece el Código Civil para el Distrito Federal de México, en cuyo art. 390 se dispone que la adopción está destinada a menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que se esté en condiciones de atender a su cuidado y subsistencia como si se tratara de un hijo propio. La adopción de mayores incapacitados es una categoría que no está difundida en la legislación extranjera. No dudamos en propugnar su expreso reconocimiento legislativo, por las múltiples similitudes que puede presentar con la adopción de menores desamparados.

2.3. Creciente reconocimiento de las adopciones internacionales y aproximación legislativa entre diversos países, mediante la determinación de principios comunes a través de tratados o convenciones internacionales sobre la materia

Otro signo, que nos permite advertir esa fuerte tendencia universal a uniformar en sustancia el régimen de la adopción lo constituyen algunos acuerdos internacionales, como la Convención de Estrasburgo de 1967, que se propone aproximar las legislaciones nacionales de los países signatarios, adecuando los respectivos ordenamientos legales a los principios básicos estipulados en la Convención. También señalamos como indicio de la corriente hacia la universalización del régimen, las leyes de la mayoría de los estados del mundo reconociendo efectos jurídicos en el país a las adopciones conferidas en el extranjero; y, asimismo, la actitud asumida por muchos estados en el sentido de eliminar las trabas existentes en sus legislaciones internas para que los extranjeros, residentes o no residentes, puedan adoptar a los menores huérfanos, abandonados o desamparados que, en la práctica, no son adoptados por los propios súbditos de ese país. En ciertos estados, no hay *demande interna* de adopciones ya sea porque las creencias religiosas de sus habitantes se lo impiden o por tratarse de naciones muy pobres o superpobladas; sin embargo, en atención al *interés superior del menor*, se permite que los niños desamparados puedan ser adoptados por extranjeros no residentes, observando estrictamente una serie de requisitos (controlados a través de las respectivas embajadas o

legaciones) a fin de asegurar el respeto de las disposiciones protectoras del menor. En este sentido, es significativa la Orden del 1 de mayo de 1972 de Bangladesh, el mismo año de su independencia del Pakistán, sobre provisiones especiales aplicables a los niños bengalíes abandonados. El apartado 6º de esta Orden expresa que «el guardador designado por el Estado puede dar un niño abandonado para los fines de la adopción a personas interesadas en adoptarlo, dentro o fuera de Bangladesh, bajo los términos y condiciones que después se prescriben y tal entrega constituirá una adopción válida». Tanto más importante resulta esta disposición bengalí si se tiene en cuenta que, el 86 % de su población profesa la religión musulmana; y ya sabemos que el Corán rechaza la adopción¹⁷⁾.

La ley sobre adopción del Reino de Nepal, del 20 de noviembre de 1976, estipula en el apartado 12, A: «En caso de que un extranjero (no residente) desee adoptar a un niño o niña de nacionalidad nepalí que esté en condiciones de ser adoptada de acuerdo a la ley, el Gobierno de su Majestad puede otorgarle permiso, mediando recomendación de respectivo gobierno extranjero o embajada, con la debida consideración a su carácter y a su situación económica, y sujeto a las condiciones que el Gobierno de su Majestad estime apropiadas».

Disposiciones similares encontramos en muchos países y esto significa que, por encima de las creencias religiosas, tabúes, o nacionalismos mal entendidos, están los intereses superiores del menor que tiene derecho a que se le proporcione el ámbito familiar adecuado para su desarrollo integral como ser humano, admitiéndose la adopción internacional *como recurso extremo* cuando en el país de origen del menor no existen personas que quieran adoptarlo en condiciones de seguridad para el niño.

En algunos países latinoamericanos, como en Brasil o en Colombia (art. 107 del Código del Menor, de cr. 2737 del 27/11/89), se dispone que la adopción internacional será *excepcional* y que sólo procederá cuando no haya aspirantes domiciliados en el país que pretendan la adopción del menor de que se trata. Pero, al respecto, se ha dicho que carece de efectividad

(7) Bangladesh es uno de los países más pobres del mundo con una superficie de 143.998 kilómetros cuadrados y una población que supera los 110-115.000 de habitantes (datos del Atlas Ilustrado, National Geographic, Editora de Publicaciones S.A. Santiago de Chile, 1995). Para facilitar la comprensión recordemos que la provincia de Córdoba tiene una superficie de 165.321 kilómetros cuadrados y una población de 2.764.176 habitantes (censo 1991).

reconocer preferencia a los nacionales con relación a niños de color, abandonados durante su avanzada infancia o en la adolescencia, o con trastornos motores o mentales¹⁸⁾ porque, desgraciadamente, los menores que presentan semejantes características generan un número insuficiente de demandas adoptionales.

2.3.1. Convención sobre los Derechos del Niño. Reserva argentina

Sobre el particular, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, establece, en el art. 21: «Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y 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;
- Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- Velarán porque el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardas y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;
- Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante concreción de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación

(8) Al respecto, consultar el trabajo de Tullat, Brigitte y Nalinger, Silvia, «Adopción internacional y tráfico de niños. Alto y maltrato». Revista Internacional de Política Criminal, España, enero/diciembre 1991, N.º 126.

del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Todas las precauciones recomendadas tienden a evitar el *tráfico de niños* que ha originado reacciones adversas a la institución; así, en algunos países que admitían la adopción internacional frenaron su práctica, a consecuencia de cambios políticos internos y/o movidos por el propósito de evitar los reiterados abusos. En tal sentido, Colombia, Haití, Sri Lanka, revieron sus reglamentaciones y suspendieron, limitaron o prohibieron la salida del país de niños para ser adoptados fuera de sus fronteras. Más recientemente Paraguay suspendió su práctica⁽⁹⁾.

La República Argentina aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, a través de la ley 23.849, haciendo reserva de los incs. b), c), d), y e) del art. 21 de la Convención, los que, en consecuencia, **-no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta.**

Nuestra reciente ley de adopción (24.779) no reglamentó los mecanismos para que la adopción internacional pudiera practicarse en condiciones de seguridad respecto del adoptado. Así se pospuso la recepción en nuestro derecho interno de la tendencia universal a reconocer la adopción internacional como un medio *subsidiario y excepcional* de proteger al menor desamparado o abandonado; corriente plasmada, especialmente, en la Convención de La Paz de 1984 (CIDIP III), que aprobó una Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores; y en la Convención sobre Protección de Niños y Cooperación respecto de Adopción Internacional, de La Haya, del 23 de mayo de 1993. La República Argentina no ha ratificado estas convenciones.

(9) Paraguay, por ley 678, del 15/9/95, suspendió temporalmente la tramitación de adopciones internacionales; una ley posterior, la N° 965, del 19/9/96, prorrogó por el término de seis meses dicha suspensión. En Haití, donde regía la norma según la cual un haitiano puede adoptar a un extranjero o ser adoptado por éste (art. 5º, ley del 4/4/74), después de la caída del régimen de Duvalier, en 1987 se impulsó una modificación del régimen de adopción que, prácticamente prohibió la salida de niños para ser adoptados por extranjeros. Los abusos denunciados y ampliamente difundidos por los medios de comunicación fundamentaron similares decisiones temporarias o definitivas, en Colombia y en Ceylán (Sri Lanka); detalla esta resección: Najurieta, María Susana, *La adopción internacional-I Parte*. *Diano El Derecho*, Bs. As., 25/2/97, N° 1, ps. 1 y 2.

CAPÍTULO II

Principios que informan la adopción en el derecho argentino

3. Normas legales que regulan la adopción en nuestro país

3.1. Antecedentes nacionales

La legislación argentina, reconoce la adopción recién a partir de 1948. El Código Civil sancionado y promulgado en 1869, que entra en vigencia el 1 de enero de 1871, la desconoce porque, según explicaba Vélez Sársfield en la nota de elevación del Libro Primero de su proyecto de Código Civil, *no respondía a nuestras costumbres, ni lo exigía ningún bien social, y sólo se la había practicado en situaciones muy excepcionales.*

En 1948 se sancionó la ley 13.252 que introducía lo que hoy llamamos *adopción simple*. En 1968, la ley 17.711, innovó con relación a los derechos hereditarios del adoptante, en el art. 3569 bis que fue derogado luego, cuando entró en vigencia la ley 19.134. En 1969, se sancionó la ley 18.248, del nombre de las personas naturales, que complementó la reglamentación sobre la materia en el ámbito de la filiación adoptiva. En 1971 se aprobó la ley 19.134, cuyo ordenamiento integral amplió los efectos y alcances de la adopción, adecuándola a los principios de las legislaciones más avanzadas de la época, y reconoció las dos clases de adopción: plena y simple. Las leyes 23.264 (de 1985) y 23.515 (de 1987) introdujeron modificaciones tendientes a compatibilizar la adopción con los principios de equiparación jurídica de todas las filiaciones, con el divorcio vincular y con los impedimentos matrimoniales.

3.2. Legislación de reciente vigencia

Con posterioridad, se incorporan a nuestro orden jurídico interno, por obra de la ley 23.849, del 22 de octubre de 1990, las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989. Esta Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional (art.75, inc. 22, C.N. reformada en 1994).

La Convención contiene normas que, expresa o implícitamente, se hallan destinadas a regular algunos aspectos de la filiación y de la adopción; en particular, el vinculado con el interés prevalente en esta materia, que es el interés superior del menor, el derecho a la propia identidad, o derecho a conocer el propio origen biológico y la adopción internacional.

Esta Convención fue firmada y ratificada por la casi totalidad de los países americanos, a excepción de los Estados Unidos. Los cuatro países del Mercosur la han ratificado⁽¹⁰⁾ y, en general, han adecuado sus legislaciones internas a los principios básicos señalados en la Convención. La República Argentina la ratificó pero con las reservas señaladas en el § 2.3.1., referidas a la adopción internacional.

Finalmente, la ley 24.779, publicada el 1 de abril de 1997, modificó el régimen de la adopción, introduciendo su reglamentación dentro del articulado del Código Civil.

4. Principios que informan la filiación adoptiva en el derecho argentino

Hablamos de los principios que informan la *filiación adoptiva* porque, como dijimos en el § 1, la adopción tiene por finalidad constituir un vínculo jurídico de filiación similar o igual al que surge de la filiación biológica determinada.

Del conjunto de normas que actualmente rigen la materia, se pueden enunciar los principios básicos y sustanciales que la caracterizan:

4.1. Adopción de menores de edad no emancipados sin distinción de sexos

La reciente ley argentina se enrola decididamente en el principio moderno que rige la adopción en los países pertenecientes a la familia romanogermánica de derechos: adopción de menores de edad no emancipados sin distinción de sexos, porque la finalidad de la institución es proteger a la minoridad desvalida y suplir las carencias de una persona en el período correspondiente a la formación integral de su personalidad. Excepcionalmente admite la adopción de mayores.

Los requisitos y exigencias para el otorgamiento de la adopción de un menor son idénticos cualquiera fuere el sexo del adoptado. En cambio, en países cuyas leyes y tradiciones consagran una supremacía jurídica o fáctica del varón respecto de la mujer, son diferentes, al menos en la práctica, las condiciones para otorgar la adopción según que se trate de una niña o de un niño; esto ocurre, por ejemplo en la India, en Nepal, en la China, o en los pocos países islámicos que la aceptan en sus legislaciones.

4.2. Interés del menor

Es el eje en torno del cual gira toda adopción de menores (art. 321, incs. i) y d), C.C.)⁽¹¹⁾. Este principio, tiene un parcial sustento constitucional, porque la reforma de nuestra Carta Magna, sancionada en 1994, en el art. 75, inc. 22 establece que, entre otros documentos internacionales, «la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional...» y debe entenderse que es complementaria de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

El art. 3º, inc. 1º de la Convención dispone enfáticamente: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...».

(11) ... inexorablemente debe ponderarse la necesidad de... que la adopción contemple prioritariamente el objetivo que ella persigue, tal es, el interés y conveniencia del menor en orden a las cualidades morales y personales del adoptante. (Cám. C. y C. Concordia, Sala III, 25/9/90, D.J. 1990-684).

(10) Ver Capítulo VIII.

A su vez, el inc. 1º del art. 9º prescribe que «los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...».

Más adelante, insiste en la reafirmación del principio: «Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...» (art. 21, 1º párr.).

En la interpretación de esta fórmula que alude al «interés superior del niño» se debe observar su carácter relativo el cual exige la comparación con el interés de los otros sujetos involucrados en la situación. Así, será «superior» con relación al interés de los padres biológicos y demás parientes consanguíneos, al igual que con referencia al interés de los presuntos adoptantes.

Respecto del contenido del interés superior del niño, resulta muy significativo un importante párrafo de un fallo en el que luego de preguntarse a qué se refiere el interés superior del niño cuidadosamente reiterado por la Convención en los arts. 3º, incs. 1º y 3º; 18 inc. 1º; 20 inc. 1º; 21 y 37 inc. c), responde así: «El principio es de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento histórico, de modo tal que (aquello que) hoy se estima beneficia al niño o joven, mañana se puede pensar que lo perjudica. Constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal «interés» en concreto de acuerdo a las circunstancias del caso» (Grossman, Cecilia P., «Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia», LL, 1993-B, 1089, p. 1094). También destaca Grossman que «el interés del niño debe ser armonizado con las necesidades de todo el grupo familiar». Es dable advertir también que de las conclusiones de la Comisión 5 del Primer Congreso Interdisciplinario de Adopción Nacional y del Cono Sur, organizado por la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Abogados de Buenos Aires en noviembre de 1992, surge que por el art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño se debe ampliar el art. 10 inc. d de la ley 19.134 a fin de que el juez o tribunal valore si la adopción es conveniente para el menor tomando en cuenta además la continuidad de la educación del niño y su origen étnico, cultural y lingüístico (LL Actualidad, 2/11/93, p. 3).¹¹²

(112) Círn. C. y C., Santa Fe, Sala III, 21/12/95, diario La Ley, 14/9/97.

4.2.1. Interés del niño e interés del menor

Al comenzar este párrafo decimos que las normas legales sobre adopción reconocen un parcial sustento en la Constitución Nacional. Este aserto surge de la simple constatación de que la ley 24.779 es más amplia que la Convención, en cuanto a los sujetos cuyos intereses protege preferencialmente. En efecto, la ley habla de «interés del menor», comprendiéndose en esta expresión a todos los menores de 21 años no emancipados; en cambio, la Convención, al hablar del «interés superior del niño», está limitando la protección prioritaria a las personas menores de 18 años, puesto que el art. 2º de la ley 23.849, al efectuar las reservas y declaraciones respecto de la Convención que ratifica, expresa: «... que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad».

En conclusión: los menores de 18 años no emancipados gozan de una protección reforzada pues, además del específico amparo constitucional que le otorga el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, quedan también comprendidos en el favor que la ley 24.779, (de jerarquía infraconstitucional) le reconoce a todos los menores (art. 321, incs. i) y d), C.C.).

Los menores entre 18 y 21 años sólo quedan comprendidos en la especial consideración que les concede la ley 24.779 a los menores de edad no emancipados, sin otra distinción.

Reiteramos: el amparo constitucional no abarca a todos los menores de edad sino que está recortado, al comprender sólo a los menores de 18 años.

4.3. Prioridad de la familia biológica o subsidiariedad de la adopción

Una primera reflexión nos lleva a afirmar que el interés del niño no es sólo un ámbito ideal y absoluto de seguridad y de posibilidades materiales o condiciones económicas adecuadas sino también el estar en su propio ámbito familiar; de lo contrario los hijos de padres pobres perderán la guarda con suma facilidad, aunque amen a sus hijos y los protejan dentro de sus escasas posibilidades. Los hijos son de la familia y no del Estado.

La adopción tiende a brindar al niño desamparado la oportunidad de una integración familiar indispensable para la formación y desarrollo de su personalidad, evitando la interacción y tratamiento del menor desvalido en una institución pública o privada.

Pero no nos deslumbremos con este remedio; por el contrario, antes de apelar a él debemos tratar de remover las causas que subyacen en la mayoría de las adopciones.

Por ello, en primer término, la política familiar debe orientarse a eliminar las causas del abandono, no sólo a través de la protección económica y social de la familia, sino muy especialmente a través de una audaz y atrevida campaña de educación de los padres. Así habrá menos niños abandonados o maltratados y, correlativamente, menos adopciones, ya que los padres estarán en condiciones de asumir con plena responsabilidad y conciencia los deberes que la procreación les impone.

A la familia natural del menor se la debe apuntalar tratando de fortalecerla para que, una vez consolidada, pueda contener adecuadamente a su descendencia. Esta es una labor primaria del Estado y de los organismos tutelares de la familia y de los menores.

En el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se manifiesta que "... la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...".

La prioridad de la familia biológica y la correlativa *subsidiariedad* de la adopción está consagrada en los arts. 325 y 317 C.C., y en varias normas de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La *subsidiariedad* de la adopción significa que ella sólo debe aflorar, o actualizarse como posibilidad jurídica, cuando la familia biológica -nuclear o ampliada- no está determinada o, hallándose determinada, se encuentre impedida de contener en su seno al menor en las condiciones mínimas que exigen su desarrollo físico y formación integral; o cuando el grupo lo rechaza; o cuando sus padres biológicos abdican de sus funciones y responsabilidades, de sus derechos-deberes paternos, a través de actos u omisiones que evidencian el estado de desamparo en el que ha caído el menor. En tales situaciones es el propio interés superior del menor el que reclama su inserción en un grupo familiar subsidiario⁽¹³⁾.

(13) La adopción, si bien es una institución encomiable, debe aplicarse cuando se han agotado todos los recursos posibles para mantener al niño con sus padres biológicos. (CN Civ., Sala I, 10/3/93, L.L., 1993-C-407).

Lo anterior implica que a toda persona humana le corresponde, en primer lugar, el derecho de conocer a sus padres y de ser criada y forjada por ellos (art. 7º, inc. 1º, de la Convención). Este es un derecho prioritario que tienen los menores; sólo cuando, en los hechos, falla o se frustra porque hay obstáculos insalvables dentro de la familia biológica para que tal derecho se concrete en la realidad, podrá surgir, *subsidiariamente*, la institución de la filiación adoptiva, como creación jurídica protectora de menores desamparados.

El art. 9º de la Convención regla el derecho del niño a no ser separado de sus padres de sangre contra la voluntad de éstos, salvo que el interés superior del menor aconseje la solución contraria disponiendo su alejamiento provisorio o definitivo respecto del núcleo originario⁽¹⁴⁾.

Para reforzar este derecho del niño a ser criado y educado por su familia de sangre los estados se comprometen a organizar programas de ayuda material a las familias carenciadas, a fin de que puedan cumplir

(14) Art. 9º de la Convención de los Derechos del Niño: "1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el *interés superior del niño*. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al *interés superior del niño*.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el *bienestar del niño*.

Los Estados partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no cause por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

adecuadamente sus funciones con relación a los menores que de ellas dependen (arts. 4º; 18. 2º; 27. 3º)⁽¹⁵⁾.

El art. 21 de la Convención dispone que los estados partes que reconozcan la adopción deberán velar para que sólo sea otorgada por las autoridades con competencia legal, siempre que conste -en la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y 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-

Intimamente vinculado con el principio de la prioridad de la familia biológica está el cuarto principio.

4.4. Reconocimiento y respeto del derecho a la propia identidad del niño

El inc. h) del art. 321 C.C. establece que -deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica-. Más adelante, el art. 328 C.C. dispone que -el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad-

(15) Art. 4º de la Convención de los Derechos del Niño: -Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales, culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional-

Art. 18, 2º: -A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños-

Art. 27:... refiriéndose al derecho de todo niño a gozar de un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, en el inc. 3º dispone que -Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda-

En este sentido, el primer párrafo del art. 7º de la Convención establece que el niño desde que nace tendrá derecho, en la medida de lo posible, a **conocer a sus padres** y a ser cuidado por ellos; y el precepto siguiente (art. 8º) dispone que los estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones familiares; y agrega que, cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos integrativos de su identidad o de todos ellos (conocimiento de su pertenencia a determinado grupo biológico familiar, nombre, nacionalidad, vínculos familiares) cada uno de los estados signatarios deben prestar la asistencia y protección adecuada a fin de restablecer su identidad.

Refiriéndose a los niños privados, temporal o permanentemente, de su medio familiar o, incluso, cuando el interés superior del menor exija que no permanezca en ese medio, el art. 20 de la Convención, asegura que tendrán protección y asistencia especial del Estado, y el inc. 3º de este mismo artículo dice: -Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, la adopción, o de ser necesaria, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores-. Y agrega un párrafo estrechamente vinculado con el derecho a la propia identidad, dice: -Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico-

Esta es una de las disposiciones a las que suelen apelar con más frecuencia quienes se oponen a la adopción internacional para fundar su postura contraria, valiéndose de los perjuicios que el traslado y el consiguiente desarraigo del menor, respecto de su terruño nativo, costumbres y tradiciones étnicas, principios religiosos y creencias, tradiciones culturales, acervo histórico, patrimonio lingüístico, etcétera, pueden acarrearle en orden a la propia identidad del adoptado. Al despojárselo de tales circunstancias se le estaría cercenando su identidad⁽¹⁶⁾.

(16) Como buen ejemplo legislativo comparado, en orden al respeto de la propia identidad, señalamos el Código del Menor de Colombia, decret. 2757, de 1989, en cuyo art. 93 se dispone que -sólo podrán ser dados en adopción los menores indígenas que se encuentren abandonados fuera de su comunidad... No obstante, aun en el evento previsto en este artículo se procurará, en primer término, su reincorporación a la comunidad, siempre y cuando se le brinde la debida protección. En caso de que la situación de abandono se presente dentro de la comunidad a la cual pertenece el menor, se respetarán los usos y costumbres de ésta, en cuanto no perjudiquen el interés superior del menor-

El derecho del niño a la propia identidad, reconocido por la Convención y los arts. 321 y 328 de nuestro Código Civil comprende tanto el *derecho a conocer el propio origen y, específicamente, en caso de adopción, a conocer que es adoptado* como la facultad de *interiorizarse de su propia historia cultural y genética y la de sus ascendientes, es decir, del linaje biológico al que pertenece*. A poco que reflexionemos, coordinando esta idea con los más recientes avances de las investigaciones sobre el genoma humano advertiremos la trascendencia que, por ejemplo, en orden a la salud o a las expectativas de vida, puede asumir en muchos casos el conocimiento de la *herencia genética* de una persona.

Será conveniente legislar sobre los medios procesales que garanticen al niño argentino la efectivización del derecho a su propia identidad.

En materia de filiación, por naturaleza, la ley 23.264 establece una serie de normas que tienden al respeto de la veracidad biológica, como principio básico en orden a tal filiación; en especial las contenidas en los arts. 242 y 253 C.C., que proclaman la admisión de todo tipo de pruebas para determinar la filiación por naturaleza. Lógicamente, en los casos de procreación asistida con material heterólogo se podrán plantear problemas de muy difícil solución en cuanto al reconocimiento práctico del derecho a la propia identidad biológica; por lo cual será necesario legislar sobre este particular.

En materia de adopción plena no hay duda de que las nuevas normas deben interpretarse en armonía con las disposiciones que surgen de la Convención de los Derechos del Niño, especialmente las reglas contenidas en el art. 327 C.C., el cual preceptúa que «después de acordada 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 aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 323». Esta norma debe interpretarse en el sentido de que no impone la investigación de la paternidad o maternidad biológica después de una sentencia de adopción siempre que ésta tenga por objeto determinar los impedimentos matrimoniales o precisar la realidad biológica del adoptado. Lógicamente, cualquier investigación que se efectúe en esta materia y los resultados que se logren, como la determinación de la paternidad o maternidad naturales a la que se arribe, en nada influirán jurídicamente respecto de una adopción pronunciada respetando las pautas legales y sin fraudes de ninguna especie. Los resultados sólo servirán a los efectos informativos y de conocimiento del propio interesado; pero su filiación jurídica adoptiva permanecerá inalterable con la plenitud de sus consecuencias jurídicas.

Distinto es el caso de adopciones otorgadas en fraude a la ley y simulándose cumplidos los requisitos legales, cuando no es más que una apariencia; respecto de tales adopciones fraudulentas, el carácter irrevocable de la adopción no significa que no pueda ser atacada a través de la acción de nulidad absoluta (art. 337, 1º c), C.C.) que privará de efectos a la cosa juzgada fraudulenta.

También las normas contenidas en los incs. f) y g) del art. 320 C.C., en orden al carácter **reservado y secreto** del expediente por el que se tramitó una adopción (tanto durante el procedimiento judicial como después de pronunciada la sentencia), deberán ser interpretadas en función de aquella preceptiva, facilitando su acceso y su conocimiento integral por parte del adoptado capaz y mayor de una cierta edad. Al respecto dispone el nuevo art. 328 C.C.: «El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad». Debe entenderse que también tienen esta facultad los representantes legales del adoptado incapaz.

Esencialmente relacionado con esta perspectiva de la adopción, el inc. h) del art. 321 C.C. regula un particular deber de los adoptantes de «hacer conocer al adoptado su realidad biológica». Es responsabilidad de los padres no engañar a sus hijos adoptivos, «pero corresponde a ellos elegir con entera libertad la forma y oportunidad adecuadas de revelar la verdad, de acuerdo con el nivel de comprensión y madurez que paulatinamente presencien en el niño»¹⁷⁷. Como el incumplimiento de este compromiso carece de sanción legal, podría decirse que se trata de un mero deber moral.

4.4.1. Identidad y privacidad. Preservación de la privacidad

El derecho a la propia identidad debe compatibilizarse con el derecho a la privacidad. Al respecto, resulta muy esclarecedor el reconocimiento de la acción de *babeas data* contenido en el art. 43 C.N., cuando dice: «... Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de

(177) C.N.: Gr. Sala A. C. C. N. - *Reserva sobre Adopción* por Marco Rufino, J.A., 1986-II-888.

falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos...⁽¹⁸⁾.

De acuerdo a la preceptiva constitucional, se garantiza al adoptado plenamente el acceso a sus partidas de nacimiento originarias, obrantes en los registros civiles y a la información referida a su identidad contenida en el expediente judicial de adopción, pero al mismo tiempo se protege la privacidad, la *confidencialidad*, ya que se trata de información a la que sólo pueden acceder los interesados, en consonancia con lo establecido en el inc. f) del art. 321 C.C., según el cual «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» agregando el inciso siguiente que «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».

La imposición de la reserva y el secreto *no tienen por finalidad ocultar el origen de la filiación que la adopción crea, ni se relaciona con la ficción de la sustitución del vínculo consanguíneo, sino que apunta, más bien, a evitar prudentemente una publicidad del pasado del menor que en ocasiones puede ser sumamente dura y, en todo caso inconducente su conocimiento por terceros ajenos al proceso»*⁽¹⁹⁾.

4.5. Judicialidad de la adopción

En el mundo occidental se practican dos sistemas de adopción: la adopción contractual y la adopción judicial.

(18) Esta regla también aparece en la Constitución Provincial de Córdoba, contenida en el art. 50, según la cual, «toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a que se destine esa información y a exigir su rectificación y actualización»; y agrega que dichos datos «no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase, ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tengan un interés legítimo».

«La ley reglamentará el ejercicio de la informática para que no se vulneren el honor, la identidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos».

(19) CNac. Civ., Sala A, 3/5/84. Reseña sobre Adopción, por Marco Rufino, J.A. 1988-II-868.

La adopción contractual significa que el vínculo jurídico de filiación adoptiva surge de un convenio o acuerdo, el cual -generalmente- consta en escritura pública. El título de estado sería la escritura pública debidamente protocolizada, de la cual se deberá tomar razón en el Registro del Estado Civil de las Personas. Este era el sistema imperante cuando la institución estaba orientada a la adopción de mayores de edad.

En cambio, el sistema de adopción judicial implica que la adopción sólo es decretada por los jueces o tribunales de justicia, lo que significa que el título de estado de hijo adoptivo es la sentencia judicial que así lo constituye. El sistema es el que mejor se compatibiliza con la adopción de menores.

Estos serían los sistemas puros.

Nuestro ordenamiento jurídico se adscribe al principio de la judicialidad, cuando el art. 311 C.C. estatuye que «la adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante...»; pero, en esta materia, como en la generalidad de los ámbitos del derecho, los principios no siempre son receptados en su concepción pura sino que las normas legales, al regular las instituciones suelen hacer concesiones secundarias a principios opuestos a los que inspiran el conjunto normativo. Estas *«mixturas»* en algunas circunstancias se justifican o explican por razones prácticas y otras por razones históricas o políticas.

Hasta la sanción de la ley 24.779 una de las concesiones más importantes a la contractualidad adoptiva quedaba consagrada, por el art. 11 de la ley 19.134, en la posibilidad reconocida a los padres biológicos de expresar, por instrumento público y, por ende, por escritura pública (art. 979, inc. 1º, C.C.) la propia voluntad de dar la guarda de su hijo con fines de adopción, a determinada persona. Dicha norma, algunas veces, se empleaba para legalizar un verdadero contrato de adopción ya que el o los progenitores juntamente con los pretensos adoptantes solían instrumentar de este modo un *pacto de adopción* que servía para fundamentar una demanda en tal sentido. Esto ha desaparecido de la ley actual (art. 318 C.C.).

Sin embargo, se mantiene una norma propia del sistema de la adopción contractual. Está contenida en el nuevo art. 311 C.C. cuando luego de disponer que la adopción se otorga por el juez a instancia del adoptante dice que, en caso de adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado, además de la solicitud del adoptante se requiere el consentimiento del adoptando. La doctrina agrega que, en las hipótesis de pretender adoptar a una persona casada, además de requerirse el consentimiento de quien va ser adoptado, hará falta, también, el asentimiento de su cónyuge.

La misma connotación contractualista la encontramos cuando la nueva ley regula los efectos de la adopción conferida en el extranjero. El art. 340

estipula que semejantes adopciones extranjeras podrán transformarse en adopciones plenas (con los efectos de la ley argentina), siempre que tales adopciones reúnan los requisitos exigidos por nuestro Código Civil, debiéndose acreditar dicho vínculo **-y prestar su consentimiento adoptante y adoptado**. Si este último fuese menor de edad deberá intervenir el Ministerio Público de Menores²⁰.

Otra concesión a la contractualidad puede marcarse en la revocación de la adopción simple ya que el inc. d) del art. 335 C.C. dispone que es revocable la adopción simple **-por acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad-**.

En las leyes de los países del Mercosur la adopción es judicial, salvo en la República Oriental del Uruguay en donde se legisla una especie de adopción simple que es contractual y también una legitimación adoptiva (similar a la adopción plena) decretada por sentencia judicial. En los otros países, Paraguay y Brasil, la adopción, siempre es otorgada por sentencia *judicial*.

4.6. Adopción plena y simple

Nuestra ley reglamenta dos tipos de adopción que difieren entre sí, fundamentalmente, en orden a los requisitos de admisibilidad de cada una y a la extensión de los efectos familiares que generan. La adopción plena supone que el menor carece de familia nuclear o es rechazado por el grupo familiar; por eso desplaza al adoptado de su familia anterior si existiese y, al mismo tiempo, al introducirlo jurídicamente dentro de la familia del o de los adoptantes, lo emplaza en un nuevo estado de familia; en cambio, la adopción simple tiene condiciones de admisibilidad más laxas, menos estrictas. Como, en general, no media abandono, rechazo o repudio de los familiares biológicos próximos deja subsistente el estado de familia originario; no rompe los vínculos con la familia de sangre; y sólo constituye un estado filial limitado en sus efectos jurídicos.

Esta dualidad de sistemas reconoce antecedentes en el derecho romano, en el que, además de la *adrogatio*²¹, se practicaba la *adoptio*. Tal adopción

recaía en un *filius familias*, o sea en un *alienis iuris*, quien, por medio de esta institución salía de la potestad de su anterior familia, ingresando en calidad de hijo en la familia agnaticia del *pater*; pero, en la época justineana se distinguió la *adoptio plena* de la *minus plena* según que el adoptante fuese o no un ascendiente del adoptado. La plena producía todos sus efectos y el adoptado quedaba bajo la potestad del adoptante; en cambio, en la *adoptio minus plena*, al adoptarse a un extraño, el adoptado mantenía su originaria situación familiar continuando bajo la potestad de su padre natural y, respecto del adoptante, sólo adquiría derechos hereditarios *ab intestato*²².

En el siglo actual, en Francia, se legisló sobre la legitimación adoptiva, reservada a los matrimonios, que es el antecedente inmediato de la adopción plena. En muchos países se distinguen los dos tipos de adopción, aunque con distintas denominaciones: Francia, España, Portugal, Italia, Chile, Bolivia, Paraguay, Venezuela, Costa Rica; en otros sólo se reconoce una sola clase de adopción con efectos más o menos extensos o limitados.

(20) Por la que un *sub iuris* se incorporaba a la familia agnaticia de otro que carecía de hijos, con el propósito de que, a la muerte del *pater familias*, continuase el culto rítmico haciéndose cargo de la jefatura familiar.

(21) Zamoni, Eduardo y Oropim, Leopolda, *La adopción y su nuevo régimen legal*, Astrea, Bs. As., 1972, ps. 26 y 27.

CAPÍTULO III

Normas generales

La ley argentina de adopción 24.779, promulgada el 26 de marzo de 1997 y publicada en el Boletín Oficial el 1 de abril de 1997, se inscribe dentro de la tendencia general consistente en considerar a la adopción, como un instituto del derecho de familia, que está orientado especialmente a la protección y asistencia de la minoridad desvalida. Simultáneamente, reconoce la posibilidad de la adopción integradora que, aunque no atiende a solucionar una situación de desamparo, se fundamenta en la conveniencia de que el adoptado cuente con un núcleo familiar completo, en donde esté presente tanto la madre como el padre. Además, en otros supuestos, en los que tampoco media abandono, la adopción simple puede significar un importante beneficio familiar para el menor. Finalmente, admite la adopción de mayores de edad o de menores emancipados, en casos excepcionales (art. 311 *in fine* C.C.).

Por supuesto que -indirectamente- el ordenamiento adoptivo permite satisfacer, también, el interés legítimo de toda persona o matrimonio de perpetuarse con la descendencia; la adopción se constituiría en un verdadero remedio frente la esterilidad; pero ello sería un interés secundario, subsidiario, aunque, desgraciadamente, muchas veces, en la práctica se impone por sobre el interés del adoptado. Sin embargo, debemos precisar que tal finalidad no es el interés que la ley busca satisfacer. El art. 321 C.C. en el inc. i) establece que -el juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor-; y en el inc. d) establece que -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.

5. Adopción y orden público familiar. Condiciones de admisibilidad y de conveniencia para el menor

El orden público familiar está constituido por el conjunto de principios que rigen a la familia argentina y que contribuyen a definir la organización de nuestra sociedad y del Estado. La adopción, como todas las instituciones familiares, está regulada por normas de orden público que son imperativas en el sentido de que, por existir un interés superior comprometido en su observancia (que es el interés familiar del Estado), la voluntad de los particulares no las pueden obviar, remover ni corregir y, lógicamente, los jueces las deben acatar mientras las normas no se modifiquen.

Cuando la ley define las condiciones de admisibilidad referidas al adoptante y al adoptado está perfilando jurídicamente a la filiación adoptiva tal como la concibe el orden público argentino, es decir, precisa las características y condiciones esenciales de la adopción en cuanto responden al *interés familiar del Estado*, según la percepción del legislador argentino de nuestra época.

No olvidemos que el ordenamiento jurídico adoptivo atiende, en abstracto, al interés superior del menor que es uno de los aspectos que integran el *interés familiar del Estado* u orden público familiar. Por eso tales normas son imperativas y no admiten modificaciones en función del interés del menor en un caso preciso. Esto implica no confundir el interés minoril del Estado con la específica y singular conveniencia de un menor, en un determinado proceso.

El valorar la conveniencia de la adopción para el menor en una situación concreta, es una tarea del juez que supone la previa observancia de las genéricas condiciones de admisibilidad. Una vez acreditada la concurrencia de los requisitos legales de aptitud de adoptantes y adoptados (según el tipo de adopción de que se trate), recién procederá que el Tribunal se dedique a valorar las condiciones fácticas de provecho de la adopción para el menor de que se trate, en orden a las peculiares circunstancias de los pretendientes a adoptar y del propio adoptando.

Remarcamos esta jerarquía entre los requisitos de admisión y el particular beneficio del menor porque, en algunos pronunciamientos de nuestros tribunales se ha subvertido su orden de aplicación; y así, fundándose en la exigencia de satisfacer el *singular* interés del menor en el caso a decidir, se ha ignorado o pospuesto el primordial respeto a las condiciones de admisibilidad.

6. Condiciones de admisibilidad referidas al adoptante

Las condiciones de admisibilidad relativas al adoptante son los requisitos de aptitud legal que deben satisfacer las personas que pretenden adoptar. Tales exigencias se aplican, por razones de orden público familiar (o de interés familiar del Estado), para todo tipo de adopción y de su observancia dependerá la validez del vínculo constituido. En general, la infracción a estos requisitos (en cuyo acatamiento está interesada la sociedad y la organización de la familia), determinan la nulidad de la adopción. Por ello, es responsabilidad del juez o tribunal interviniente efectuar el control de legalidad.

6.1. Capacidad civil

El adoptante debe ser capaz de obrar por sí mismo en la vida civil (mayor de 21 años o emancipado por matrimonio), además, que reúna la edad mínima exigida en el art. 315 C.C. y las otras condiciones legales. Supongamos que una pareja de emancipados por matrimonio que tienen cada uno 20 años de edad, pretenden una adopción. Si acreditan que se encuentran en imposibilidad de tener hijos, estarían en condiciones desde el punto de vista de su capacidad civil (emancipados) y encuadrados en la excepción a la edad específicamente requerida para adoptar. Desde otra perspectiva, deberán reunir las demás condiciones legales (diferencia mínima de edad con el adoptado, aptitudes personales, morales, etcétera).

En cuanto a las enfermedades de la mente y a los trastornos psíquicos de quien pretende adoptar, pensamos que los dementes y los disminuidos en sus facultades mentales, en los términos del inc. 2º del art. 152 bis C.C., no pueden adoptar porque carecen de la capacidad civil requerida (art. 54 y arg. arts. 309 y 398, inc. 3º, C.C.). Los adoptantes, juntamente con el Ministerio Público de Menores, son partes en el juicio de adopción y una persona demente es un incapaz absoluto. El insano, al no poder obrar por sí mismo, no podrá iniciar una acción *personalísima* de estado, como lo es la acción de adopción. Tampoco podría ejercer la patria potestad porque, de entrada, estaría suspendido en su ejercicio (art. 309 C.C.). Analizando la cuestión desde el ángulo de los intereses superiores del menor, no resultaría conveniente que su adopción fuere otorgada a un demente o inhabilitado. Es por ello que, cuando uno de los cónyuges es insano, el otro podrá

adoptar individualmente, como una de las pocas excepciones a la regla que establece que las personas casadas sólo puede adoptar ambas en conjunto (art. 320, b, C.C.).

Por idénticas razones, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 54, inc. 4º, C.C.), carecen de capacidad para adoptar.

Como la profesión religiosa de los padres genera la extinción de la patria potestad sobre los hijos (art. 305, inc. 2º, C.C.), e inhabilita para desempeñar la tutela (art. 398, inc. 16, C.C.), como consecuencia lógica, también ocasionaría un impedimento para adoptar. Pero la inhabilitad pesaría sólo sobre los religiosos regulares que, viviendo en comunidad, han hecho los tres votos de pobreza, castidad y obediencia, por encontrarse sometidos -voluntariamente- a tan férrea disciplina y obediencia a sus superiores; por el contrario, como tales sumisiones no rigen para los demás religiosos, por ejemplo, los pertenecientes al clero secular, tampoco estarán comprendidos en las normas citadas y, por ende, podrían ser adoptantes⁽²²⁾.

6.2. Estado civil del o de los adoptantes

Podrá ser adoptante toda persona capaz, *cualquiera fuese su estado civil*, es decir, soltera, casada, divorciada (culpable o inocente), separada de hecho o viuda (art. 315 C.C.).

Esta disposición de la ley argentina que permite la adopción plena a personas solteras, divorciadas o viudas, ha sido muy criticada sobre todo por los sostenedores del sistema de legitimación adoptiva quienes afirman que, siendo el efecto principal de la adopción plena el sacar al adoptado de la familia de origen para introducirlo en la familia de los adoptantes, requiere

(22) «El hecho de que el recurrente pertenezca al clero secular y no a una orden religiosa ordinaria con todas las limitaciones que ello implicaría, facilita al juzgador la tarea de tratar de arribar a una resolución justa y equitativa, para resolver la adopción por aquél pretendida». «Restringir la posibilidad de convertirse en adoptante a una persona cuyo celibato se fundamenta en imperativos que, para la ley aplicable, no revisten entidad mayor que la que poseen todos los otros elementos de valoración, supondría establecer una incapacidad no prevista por la ley, imponiendo una restricción ilegítima, a la libertad individual». Primera Instancia, Juzgado de Menores 3º Nominación, Cha., 16/9/87, L.L.C. 1988-490.

que los adoptantes constituyan una familia; es decir, sean un matrimonio que esté en condiciones de brindar al adoptado el ámbito familiar adecuado para el desarrollo de su personalidad, ya que todo ser humano en su niñez necesita tanto de la figura del padre como de la figura de la madre para integrar su personalidad, para afianzar dentro de sí mismo el esquema de lo masculino y de lo femenino⁽²³⁾.

Por ello resulta hasta sorprendente que la ley argentina admita que puedan ser adoptantes personas no casadas: pero si bien esto se podrá considerar algo criticable por las razones expuestas, no debe olvidarse que es el juez el que, en definitiva, resuelve. El juez, luego de efectuar el control de legalidad (consistente en comprobar que el aspirante a padre adoptivo y el adoptando reúnen las condiciones legales de admisibilidad) está obligado a valorar si la adopción es o no conveniente para el menor, teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes y, aun haciendo lugar al pedido, podría conceder la adopción no plena sino simple.

Por otra parte, debe tenerse presente que en nuestro país hay una gran *demanda* de adopción de menores recién nacidos o de corta edad. En general, los que pretenden adoptar prefieren las criaturas de escasa edad motivados por razones no siempre desinteresadas; muchas veces por miedo a las costumbres o hábitos inconvenientes que pudiera traer consigo el menor algo crecido, difíciles de extirpar; otras veces porque quieren ocultar la adopción manteniendo la apariencia de que el adoptado es un hijo consanguíneo, etcétera.

Lo real es que la cantidad de demandas de adopción disminuyen francamente si se trata de adoptar a menores huérfanos, objetos de malos tratos o abandonados por sus padres, cuando tales menores tienen cinco, seis o más años⁽²⁴⁾ a tal punto que muchos matrimonios prefieren abstenerse de

(23) Dice Crespi, que «esta posibilidad de adoptar por parte de quien es de estado civil «soltero» constituye un claro ejemplo de «degeneración normativa»: resulta una norma desnaturalizada, aquella que hace posible que de una sola persona, pueda resultar un hijo legítimo, lo cual por naturaleza y por lógica sólo es fruto del matrimonio. Vehemencias legislativas, o «mejor» «voluntades de legisladores, que imponen una interpretación cerrada y rigurosa que ante la propagación del dilato». Crespi, Jorge Edgardo, «De la adopción y el concubinatio», J.A., 1978-III-740.

(24) «Cuanto más edad tienen los niños que esperan ser dados en adopción, menos son las probabilidades que tienen de encontrar una familia que les ofrezca cariño y contención, ya

adoptar antes que hacerlo respecto de menores con algunos años de edad. Debe tenerse presente que el abandono, el desamparo, los vejámenes, la orfandad, no sobrevienen ni ocurren, inexorablemente, en los más tempranos años de vida del menor; algunos abandonos se producen cuando la madre cambia de pareja y en la nueva unión tiene otro hijo o el conviviente no acepta asumir la carga del hijo que su compañera tuvo con anterioridad; por ello, la autorización que la ley confiere a los solteros, divorciados o viudos para adoptar permite cumplir una importante función social de protección y asistencia de esos menores, dándoselos en adopción.

No existiendo matrimonios interesados en adoptar a dichos menores, y aunque la adopción por personas solas no sea lo ideal u óptimo, esta solución legal es mejor que la de condenar a tales menores algo crecidos a permanecer en un establecimiento público o privado de protección al menor por rechazo de los pretendientes casados. Además, siempre le queda al juez la posibilidad de no hacer lugar al pedido cuando, después del análisis de todas las circunstancias del caso, entienda que esa adopción solicitada no es conveniente para el menor.

Hay personas que no son madres o padres y que tampoco viven en pareja. Para ellas la posibilidad de una maternidad o paternidad biológica ya casi no existe (o la descartan por diversos motivos, morales, religiosos, sociales). La adopción aparece entonces como el recurso ideal para conjugar el propio deseo de dar, con la situación de quien necesita recibir. El ansia de formar una familia unicelular y el compromiso de proveer un ámbito hogareño adecuado a quien carece de él. Y así como naturalmente, en muchas circunstancias existen familias monoparentales (por muerte de uno de los progenitores, o por divorcio entre ellos, o porque se trata de hijos extramatrimoniales no reconocidos por uno de los padres), también la adopción puede generar este tipo de familias.

6.2.1. El estado civil y las adopciones conjuntas. Número de adoptantes

Nadie puede ser adoptado por más de una persona a menos que quienes adopten sean esposos (art. 312 C.C.)⁽²⁵⁾. Las adopciones conjuntas están reservadas a los matrimonios, a los adoptantes casados entre sí.

que, la lamentable realidad nos demuestra que no son muchas las parejas que desean hacerse cargo de criaturas que no son recién nacidas, CNCiv., Sala I, 5/5/94, II D., 161-617.

(25) En la legislación latinoamericana, comparten esta solución Chile (ley 18.703, del 10/5/88, art. 6°, referido a la adopción simple; art. 21, referido a la adopción plena que esta

6.2.2. Adopción por persona casada, conjunta o unipersonal

Ahora bien, una persona casada puede adoptar en unión con su cónyuge o de manera unipersonal (art. 320 C.C.): sin embargo, el modo (individual o conjunto) no es facultativo ya que los esposos, si no están separados judicialmente, sólo pueden adoptar en forma conjunta. En esta situación familiar, está excluida la adopción unipersonal para los consortes.

6.2.2.1. Supuestos de adopción individual por persona casada. Asentimiento conyugal

Una persona casada puede adoptar individualmente sólo en los casos siguientes:

a) Cuando está separada personalmente por sentencia judicial:

La normativa que autoriza la adopción individual cuando los cónyuges están separados judicialmente es criticable. En tal hipótesis los separados siguen siendo cónyuges y bastaría una reconciliación para que todo vuelva al estado anterior. Si eso ocurriese, la presencia del hijo adoptado por uno de ellos durante la separación podría generar problemas y hasta obstaculizar el avenimiento. Aunque la nueva ley no lo exige, la prudencia aconsejaría la conformidad del cónyuge del separado por las mismas razones que fundamentaban este requerimiento, según el art. 8° de la ley 19.134, modificado por la 23.515. Este requisito se basaba en que el esposo que no adopta, por su particular emplazamiento dentro del grupo familiar (sobre todo si los cónyuges separados tienen hijos comunes) se encuentra en una situación de privilegio respecto de los otros miembros para valorar si esa

reservada, en exclusividad para los matrimonios); Costa Rica (arts. 103 y 110, Código de la Familia, con la reforma introducida por la ley 7558 del 22/8/95); Cuba (art. 101, Código de la Familia de 1975); Ecuador (art. 337 C.C.); El Salvador (art. 169 del Código de la Familia, en vigencia desde el 1/10/94); Guatemala (art. 234 C.C.); Honduras, Código de la Familia (decs. 76-84 del 11/5/84 y art. 5°, de cr. N° 56, del 31/10/05); México (arts. 391 y 392 C.C. para el Distrito Federal); Paraguay (art. 31 Código del Menor); Panamá, art. 291 Código de la Familia, 1994); Perú, (art. 382 de 1984); Puerto Rico (art. 131 C.C.); Venezuela (arts. 2° y 6°, ley del 28/7/83). Por su parte, Bolivia (art. 219 del Código del Menor (ley 1403 del 18/12/92), en su art. 76, referido a la adopción simple, dice que «está permitida la adopción por personas solteras y por uniones conyugales libres o de hecho», y el art. 38 que regula la adopción plena, admite la adopción por matrimonios o cuando se trate de menores libres o de hecho...».

adopción crea o no perjuicios u obstaculiza la armonía del grupo familiar⁽²⁶⁾. Supongamos que el cónyuge separado del adoptante tiene la guarda de los hijos comunes menores y soportará serias dificultades para el cobro de la cuota alimentaria a cargo del que pretende adoptar. Esta es una información de la que debe disponer el juez para mejor proveer. Aunque no tenga el valor del asentimiento, creemos que el tribunal, en ejercicio de las atribuciones que le reconoce el art. 321, inc. c) C.C., podrá oír al otro cónyuge, si lo juzga conveniente, en beneficio del menor y de los otros hijos que existiesen. Para mayor abundamiento, el inc. e) autoriza al juez o tribunal a ordenar, y al Ministerio de Menores a solicitar cualquier información que estime pertinentes. Además, el art. 314, C.C. lo faculta para oír a los otros descendientes del adoptante, «con la asistencia del Asesor de Menores si correspondiere». Pensamos que esto es una obligación y no una mera facultad ya que la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 12, garantiza al niño el derecho de ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

b) Cuando el otro cónyuge ha sido declarado insano en cuyo caso se deberá oír al curador del insano y al Ministerio Público de Menores:

El cónyuge que ha sido declarado insano carece de discernimiento y es un incapaz absoluto (art. 54, inc. 3º, C.C.); que queda suspendido en el ejercicio de la patria potestad (art. 309 C.C.); se encuentra sometido a curatela (art. 468 C.C.); y el curador legal es el cónyuge sano (art. 476 C.C.). Frente a esta situación jurídica es lógico que la ley autorice al esposo del afectado a adoptar individualmente, debiendo oírse al curador del insano y al Ministerio de Menores. Cuando el cónyuge que pretende adoptar es el curador del insano se le deberá designar un curador *ad litem* a los efectos previstos en el art. 320, inc. 2º, C.C.

Creemos que también procede la adopción individual por el cónyuge del inhabilitado judicialmente por hallarse disminuido en sus facultades mentales, cuando sin llegar a la demencia el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio (art. 152 bis, inc. 2º, C.C.).

(26) Fanzolato, Eduardo Ignacio, *El asentimiento conyugal*, edición del autor, Ciba, 1986, Nº 57.1, p. 233 y ss.

c) Cuando se hubiera declarado la simple ausencia del otro cónyuge, o su ausencia con presunción de fallecimiento, o su desaparición forzada:

En todas las hipótesis señaladas hay imposibilidad de una adopción conjunta y la ley faculta al consorte presente a adoptar individualmente. En algunas legislaciones se establece que, en caso de reaparecer el ausente, éste podrá *«adherirse»* a la adopción practicada por el otro cónyuge y se le hará lugar al pedido, previo acreditar las condiciones correspondientes⁽²⁷⁾. Entre nosotros habría que acudir a la preceptiva que se desarrolla a continuación.

d) Cuando se adopta al hijo del cónyuge (arts. 311, 313, 316 y 331 C.C.):

Aunque la excepción, a diferencia de las anteriores, no está prevista en el art. 320, la propia singularidad de la situación la justifica por tratarse de una adopción de integración en la que sólo se crean vínculos filiatorios con el adoptante manteniéndose las relaciones jurídico familiares del adoptado con su progenitor biológico que, a su vez, es cónyuge de aquél⁽²⁸⁾. No hay dudas de que en estos supuestos se requerirá el asentimiento del cónyuge del adoptante quien deberá prestar conformidad, no como consorte, sino en su calidad de padre o madre por naturaleza del adoptado. Como veremos, oportunamente, en estos supuestos se comprenden también la adopción del hijo adoptivo del otro cónyuge.

6.2.2.2. Derivaciones de la normativa sobre adopción conjunta

La regulación del art. 320 C.C. implica que:

- Si los esposos no conviviesen por hallarse separados de hecho, no podrán adoptar individualmente ya que la separación de hecho no modifica el estatuto jurídico del matrimonio entre los esposos. Sólo la separación judicial habilitaría una solicitud unipersonal.
- Si en el trámite de una guarda preadoptiva o durante el juicio de una adopción demandada por ambos cónyuges, éstos se separaren judicialmente o se divorciaren, el procedimiento deberá interrumpirse;

(27) Esta solución la recepta la ley de adopción de Nicaragua, en el art. 18 y se aplica también para los casos de esposos separados que, luego de adoptar unipersonalmente, se reconcilian con su cónyuge reiniciando la convivencia.

(28) También se trata el tema, *infra*, en el § 21.1.

pero el inicial pedido conjunto podrá transformarse en una solicitud individual de uno solo de los que aspiraban a la adopción.

- c) Si el matrimonio de quienes pretenden adoptar se anulare antes de la sentencia constitutiva del vínculo, creemos que sólo procedería otorgar la adopción a uno de los guardadores preadoptivos si persistiere en el propósito de adoptar y esa solución fuere acorde con la conveniencia del menor.
- d) Si uno de los esposos que solicitan conjuntamente la adopción desiste del pedido antes de su otorgamiento judicial, deberá finalizar el trámite sin que pueda proseguir individualmente con el otro. El pedido se rechazará y, en su caso, se revocará la guarda preadoptiva.
- e) En cambio, si uno de los consortes fallece, el supérstite podrá continuar el procedimiento en los términos del art. 324 C.C..

6.2.3. Adopción post mortem

«Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara 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» (art. 324 C.C.).

La disposición, de alguna manera intenta imitar a la vida real cuando se produce la situación de los hijos póstumos. Así como puede fallecer el padre durante la gestación de un hijo, el deceso de quien pretende adoptar puede acaecer mientras se está *gestando* procesalmente la adopción. Y se explica el precepto, sobre todo si se recuerda que la sentencia tiene efecto retroactivo al día del conferimiento de la guarda. Reconociéndolo la ley, esta especie de hijo adoptivo póstumo, podrá heredar *ab intestato* al adoptante que falleció antes de la sentencia de adopción; pero ponemos de relieve que es *facultativo* del juez resolver de acuerdo a esta norma y todo dependerá del superior interés del menor. También es prerrogativa del cónyuge viudo instar la adopción conjunta *post mortem* que regula el art. 324. Frente al fallecimiento del consorte, el supérstite tiene diversas opciones: podrá desistir de la adopción en proceso, o impulsar su trámite, sea pidiendo que la adopción se declare exclusivamente a su respecto, o bien, solicitando que el hijo adoptivo sea del matrimonio⁽²⁹⁾.

(29) En este sentido: Juzg. C. y C. de Rosario, Nº 5, 8/7/94, L.L. 1996-III- síntesis. Índice, 37, aclarando que la norma no es imperativa y que el Tribunal debe cerciorarse de la real voluntad del difunto.

Distinta es la situación cuando, tratándose de una adopción individual, y otorgada la guarda, durante el trámite posterior, falleciera el solicitante. Hay quienes opinan que, en tales casos lo más apropiado sería ordenar el archivo del proceso, porque muerto el guardador que pretendía adoptar, el menor que todavía no es adoptado, quedaría sin protección. Atribuir a un niño el carácter de hijo adoptivo de una persona muerta no satisface el interés de protección del menor, pues -de entrada- el adoptado queda emplazado como huérfano⁽³⁰⁾. No obstante la cordura de esta tesis, pensamos que no se puede generalizar ya que, en determinadas realidades familiares del guardador, aspirante a adoptar, que fallece, es el propio interés del menor el que aconsejaría, aun en este caso, la adopción póstuma⁽³¹⁾.

Recientemente se ha dictado un fallo que sostiene la tesis que defendemos: «Si bien la ley de adopción 24.779 no contempla el caso en que iniciado el proceso y transcurrido en exceso el término de guarda que impone el art. 316 del Código Civil, se produce la muerte de la única persona que solicitó la adopción, ello no es óbice para admitir la adopción que en vida solicitó aquélla, pues no se encuentra dentro de los supuestos de prohibición que individualiza la ley.»⁽³²⁾

(30) En tal sentido, al comentar y desaprobando el art. 222 del Código de la Familia de Bolivia, (similar al art. 78 del Código del Menor), Decker Morales, José, *Código de Familia Comentarios y Concordancias*, Editorial Los Amigos del Libro, La Paz, Bolivia, 1979, p. 238. Por su parte, el Código del Menor de Colombia, en su art. 116, establece una solución similar a la propugnada por el autor precitado; dice: «... si la solicitud de adopción fuere hecha por un solo adoptante y éste muere antes de proferirse la sentencia, el proceso también terminará».

(31) «... podría afirmarse que la ley autoriza la prosecución del trámite de la adopción frente al fallecimiento del peticionario, a través de representante legitimado a ese efecto, que lo es el asesor de Menores. (Dictamen del asesor de Menores, con fundamentos compartidos por la sentencia de Cámara), CNCiv., Sala K, 8/2/91, L.L. 1991-D-152; D.J. 1991-2-609. Hemos conocido un caso en el que quien pretendía adoptar era una mujer viuda con varios hijos adolescentes; luego de obtenida la guarda transcurrió un lapso prolongado sin iniciarse el trámite de adopción propiamente dicho. En ese período se desarrollaron profundos afectos entre el adoptando y todos los miembros de la familia de la viuda, a tal punto que sus propios hijos biológicos la instaron a proseguir el trámite de adopción aun cuando se le había diagnosticado una enfermedad incurable que determinó su deceso antes de la sentencia».

(32) CNCiv., Sala F, 2/7/97, L.L. 1997-F-906.

6.2.4. Convivientes en uniones de hecho estables

Sabemos que los consortes son los únicos que pueden adoptar conjuntamente, ya que nadie puede ser adoptado por dos personas a menos que sean cónyuges (art. 312 C.C.); así, los concubinos no podrían adoptar conjuntamente y, a pesar de largas discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales, el nuevo ordenamiento adoptivo ha ratificado el mismo principio sentado por la ley 19.134.

Dice Méndez Costa que *«la negativa de la adopción simultánea a los dos concubinos no resulta de un razonamiento inspirado en fácil y superficial moralina, sino de la necesidad de ofrecer al adoptado un ámbito comunitario signado por garantías de estabilidad y seguridad, nacido del goce de derechos y también del cumplimiento de deberes recíprocos, hasta la abnegación si fuera preciso, donde la disposición al sacrificio por el bien del grupo permanezca latente en los padres y se comunique a sus descendientes... Sería riesgoso suponer que están calificados para asumir los deberes de la paternidad y maternidad, si se rehusan a asumir los emergentes del matrimonio»*⁽³³⁾.

En algunos países de América se admite la adopción por una pareja heterosexual de convivientes⁽³⁴⁾. En los Estados Unidos, el diciembre de 1997, se concedió un menor en adopción a dos convivientes homosexuales⁽³⁵⁾.

(33) Méndez Costa, María Josefa, «Adopción y concubinato», J.A., 1977-III-616.

(34) Hemos consignado *supra* que el Código del Menor de Bolivia (arts. 76, 77 y 88), admite la adopción simple y plena por dos personas que conviven en unión libre o de hecho; en Brasil, el Estatuto del Niño y del Adolescente admite la adopción por una pareja de convivientes (art. 42, 2º); en Colombia, pueden adoptar conjuntamente «la pareja formada por el hombre y la mujer que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos tres años» (art. 90, inc. 2º, Código del Menor); en Nicaragua, la adopción puede ser solicitada por una pareja que haga vida en común tanto dentro de una unión matrimonial como en una unión de hecho estable (art. 5º del decr. 862, del 12/10/81); en Québec, toda persona mayor puede, sola o juntamente con otra persona, adoptar a un niño (art. 546, Código Civil de Québec) lo que, teóricamente, permite la adopción conjunta tanto por cónyuges como por convivientes; incluso, por dos personas que, aunque no convivan ni estén casadas entre sí, quieran asumir las funciones de los progenitores respecto del menor.

(35) Nos referimos a la sentencia pronunciada el 17/12/97 por la jueza Sybil Moses, de los EE.UU., confirmando la adopción conjunta a una pareja de varones homosexuales. Uno de ellos había obtenido la guarda de un menor que vivía con riesgo de adicción a la cocaína y de desahuciar el IHS. La jueza de Hackensack, condado de Bergen, Nueva Jersey, otorgó la adopción al guardador y a su acompañante, en base a

En nuestra legislación este tipo de adopciones serían absolutamente nulas por aplicación de la norma contenida en el inc. d) del art. 337 C.C.

6.3. Edad requerida en el adoptante. Excepciones

La regla es que toda persona capaz puede adoptar siempre que haya cumplido los 30 años, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados o que aún no habiendo transcurrido este lapso ni llegado a los 30 años, se encontrasen en la imposibilidad de procrear (art. 315 inc. a) C.C.). Esta norma realmente facilita la adopción plena por parte de matrimonios de personas jóvenes.

6.4. Diferencia de edad

Es necesario que entre el adoptante y el adoptado haya una diferencia mínima de edad de dieciocho años, ya que la adopción trata de crear legalmente una relación filial entre personas que naturalmente pudieran ser

consideraciones fundadas en el interés del menor. Existen movimientos nacionales e internacionales de homosexuales y lesbianas que reclaman el derecho a adoptar, juntamente con su pareja. En este sentido, y según un informe de la Televisión Española, el Parlamento de la Unión Europea, en 1995 aprobó una Recomendación sobre adopción por parte de homosexuales, en la que se invita a los gobiernos de los estados integrantes de la Unión a «poner término a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales, a ser padres, adoptar o criar niño». El Vaticano reprochó esta Recomendación manifestando que «la unión de dos hombres o de dos mujeres no puede constituir una verdadera familia. En esta familia suplente los hijos no encuentran al padre o a la madre sino a dos padres o a dos madres y esto es peligroso; y contraproducente para la correcta y natural formación integral del menor adoptado. Aclaramos que el Parlamento Europeo aprueba directivas y recomendaciones, las que se diferencian entre sí por su fuerza vinculante respecto de los estados miembros. La Directiva tiene carácter legal imperativo siendo de cumplimiento obligatorio en los diversos estados de la Unión Europea; en cambio, la Recomendación, es una especie de sugerencia o expresión de voluntad que se aconseja tener en cuenta a las autoridades de los estados.

padres e hijos⁽³⁶⁾. No se fija una diferencia máxima de edad; pero, según el art. 321 inc. d), el juez deberá valorar si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta «la diferencia de edad entre adoptante y adoptado».

La diferencia de edad no se exige cuando se trata de adoptar al hijo adoptivo del cónyuge premuerto (art. 312 C.C.).

Al no poner ningún límite podría ocurrir que el hijo adoptado en estas circunstancias fuere hasta mayor que el viudo o la viuda adoptante. Pensamos que el juez, en uso de las atribuciones que le confiere la ley, resolverá en función de las circunstancias; no debemos olvidar que el pedido no obliga al órgano jurisdiccional.

En nuestro país la diferencia de edad rige en general, sean los adoptantes casados o se trate de un adoptante soltero, viudo o divorciado y cualquiera sea el sexo del adoptado; en cambio, otras legislaciones distinguen las situaciones y establecen requisitos específicos en cada una de ellas; por ejemplo, en el Paraguay se establece que «los adoptantes deberán tener por lo menos quince años más que el adoptado. Las personas solteras o viudas no podrán adoptar a las de otro sexo si no media una diferencia de por lo menos treinta años» (art. 35 del Código del Menor, ley 903/81).

(36) «La diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado, requerida por ley, posee un amplio fundamento en la necesidad de que el vínculo ficticio que surge de la adopción sea lo más parecido al real. Por ello y sancionando la ley con la nulidad absoluta la adopción concedida en violación de la diferencia de edad, ello torna improcedente cualquier petición que no cumpla con dicho requisito», CNCiv., Sala D, 12/2/88, L.L. 1988-E-235. La Cámara Primera de Familia, de Córdoba, integrada por las doctoras María Virginia Bertoldi de Fourcade, Angelina Ferreyra de de la Rúa y el Dr. Alejandro Ossola, en Sent. N° 85, del 5/10/90, hizo una interpretación flexible de los años de diferencia, en un caso en que faltaban unos pocos meses para completar los dieciocho años efectivos de diferencia de edad entre adoptante y adoptado. Dijo que tal diferencia, «debe entenderse en el sentido de cotejar edades a partir del año del nacimiento. En el *sub examen* la adoptante nació en el año 1954 y tiene 36 años; la menor nació en el año 1972 (tiene 18 años), por lo que entendemos cumplido el requisito legal. La interpretación de la norma que realizamos desentraña su verdadero sentido y finalidad, aunque no se ciña estrictamente a la literalidad del texto... y la integra dentro del sistema de la ley. La exigencia apunta a comprobar la existencia de una diferencia temporal que posibilite ejercer la paternidad adoptiva con madurez en una real dialéctica paterno filial y la aplicación directa de criterios que fijen parámetros inamovibles resuelta a menudo arbitraria...». Se publica en la obra de los autores citados, citada en Bibliografía, *Derecho de Familia. Doctrina Judicial*, p. 90.

6.5. Límite máximo de edad

La ley argentina no establece un tope máximo de edad para adoptar⁽³⁷⁾. Y está bien que así lo haga; porque, en caso de que el adoptante sea una persona que, por su avanzada edad, no ofreciera seguridad de brindar al adoptado un ambiente propio para su formación y desarrollo, el juez tiene facultades para no hacer lugar al pedido basándose en que la adopción «no es conveniente para el menor».

Reiteramos lo manifestado en el § 6.2.: no todos los menores en condiciones de ser adoptados tienen la misma aceptación respecto de quienes pretenden adoptar. El abandono del menor puede ser inicial, es decir, en sus primeros días de vida cuando es sólo un bebé. En estos casos su adopción se facilita porque hay mayor cantidad de interesados en ella. Pero muchas veces la orfandad o el abandono no es inicial sino diferido, en el sentido de que se produce cuando el menor ya camina o tiene algunos años. Lo mismo sucede con los malos tratos sobrevenidos en la infancia, o con la aparición de enfermedades, o las minusvalías provocadas por accidentes. Así, hay muchos niños institucionalizados que acusan problemas difíciles de afrontar. Respecto de ellos no todos los posibles adoptantes están capacitados para formarlos debidamente. Incluso no siempre se quiere asumir esa difícil tarea educativa; y, ante esa retracción del interés, en vez de que permanezca en un establecimiento asistencial durante toda su minoridad, siempre será preferible que lo adopte una persona o un matrimonio de edad relativamente avanzada que podrá darle un trato más familiar, o brindarle el ambiente de formación hogareña indispensable para la integración de su personalidad.

Lo consignado no significa desconocer loables muestras de solidaridad humana frente a semejantes situaciones. Afortunadamente, existen perso-

(37) En Chile no pueden adoptar plenamente los mayores de sesenta años (art. 21, ley 18705/80). En Paraguay, el Código del Menor, ley 903 (18/12/81) en el art. 35 establece que no pueden adoptar las personas que tengan más de sesenta años de edad. En Nicaragua el adoptante no puede sobrepasar los cuarenta años de edad (art. 3°, decr. 862, inc. 1). En Costa Rica, no pueden adoptar las personas mayores de sesenta años, salvo que el tribunal, en resolución motivada, considere que, pese a la edad del adoptante, la adopción es conveniente para la persona menor de edad (art. 107, «c», Código de la Familia).

nas y matrimonios jóvenes que aceptan la especial responsabilidad de adoptar a tales niños, decididos a asumir la costosa y larga cura de las enfermedades o trastornos físicos que pudiera padecer; o, en diversas circunstancias del menor, superando los temores por los perniciosos efectos, en orden a las conductas futuras, que podrían generar las *«inciertas impresiones precoces»* sufridas por el niño en un clima poco apto para su formación.

6.6. Vínculos familiares o cuasifamiliares con el adoptando

La adopción de nuestro Código no tiene por destinatarios a los parientes próximos del adoptante; sólo, por excepción, en las llamadas «adopciones de integración», se admite la adopción del hijo del cónyuge que, estrictamente es un pariente por afinidad en primer grado de la línea recta descendente; pero fuera de la adopción del hijastro o entenado (art. 363 C.C.) del adoptante sólo será posible la adopción de parientes más lejanos como los colaterales, a partir del tercer grado (sobrinos, sobrinos-nietos, primos, etcétera). La orfandad de menores, que sean familiares más cercanos de quienes intentan ampararlos, podrá determinar la tutela legal de los abuelos, tíos o hermanos del menor (art. 390 C.C.).

Antes de la sanción de ley 23.264, que consagró la igualdad jurídica de las filiaciones por naturaleza (art. 240 C.C.), era conducente adoptar al propio hijo extramatrimonial (arts. 2º y 6º de la ley 19.134), como modo de mejorar su situación jurídica. Cuando el progenitor lo adoptaba, se convertía, legalmente, en hijo matrimonial gozando de beneficios que no hubiera tenido en su calidad de hijo extramatrimonial. Al equipararse jurídicamente las filiaciones, dejó de tener sentido este tipo de adopciones: por ello se suprimieron las normas de la ley 19.134 que las autorizaban y, aunque no se las prohibió expresamente, unánimemente se interpretó que no existía la posibilidad de adoptar a los propios hijos habidos fuera del matrimonio.

Actualmente están expresamente interdictas por el art. 315 C.C.

6.6.1. Parentesco con el adoptando. Prohibiciones

De acuerdo a la norma citada, los ascendientes no pueden adoptar a sus descendientes.

Dehemos aclarar que el padre o la madre no pueden adoptar a su propio hijo, siempre que la filiación, como vínculo jurídico, se hallara establecida; porque, si se tratase de un hijo que carece de filiación acreditada

podría ser adoptado por sus propios progenitores mientras no se demuestre la filiación biológica y se imponga su reconocimiento.

La prohibición impuesta a los abuelos y demás ascendientes de adoptar a los vástagos de su estirpe constituye un impedimento personal que algunos tribunales justifican basándose en que semejante medida no armonizaría con los motivos finales de la adopción puesto que, en tales casos, no se podría pretender que tuviera por objeto dar amparo a los menores desprotegidos o abandonados por su familia; sencillamente porque los abuelos y demás ascendientes *«tienen la obligación o carga familiar de criar y educar a sus nietos en aquellas situaciones en que no sean atendidos debidamente por sus propios padres, o sean abandonados por éstos»*⁽³⁸⁾.

Además, un abuelo, un bisabuelo no puede adoptar a sus nietos o bisnietos ya que, a través de este instituto sería factible subvertir el sistema hereditario y de legítimas establecido por el ordenamiento jurídico sucesorio; y porque, en general, por su edad los abuelos, bisabuelos, y otros ascendientes más lejanos, no están en las condiciones más apropiadas para educar y formar a sus nietos, u otros descendientes, como si fuesen verdaderos hijos.

Existe similar prohibición para que un hermano adopte a sus hermanos o medio hermanos (art. 315, incs. b) y c), C.C.), impedimento que es justificado por parte de la doctrina en razón de que *«la superposición de lazos fraternos y filiales, con todo lo que cada uno de ellos implica en cuanto a contenido emocional, sentido de respeto y obediencia, e incluso ubicación ante el grupo social de los sujetos de dichos vínculos familiares, no resultaría beneficiosa para la formación del menor»*⁽³⁹⁾.

Pero todos los argumentos para justificar la prohibición (que no reconoce sino escasos antecedentes en la legislación extranjera) son relativos y dependen de las circunstancias de cada caso. Hubiéramos preferido que la ley no contenga estas prohibiciones; por innecesarias para la defensa del

(38) C. Civ., Fam. y Suc., Tucumán, 25/4/80, J.A. 1980-III-555.

(39) Bossert, Gustavo y Zanoni, Eduardo, *Manual de derecho de familia*, 5ª ed., actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 1998, § 582, p. 503; en igual sentido, Datto, Ricardo, *Comentarios a la ley de adopción N° 24.770*, Ed. FAS, Rosario, 1997, p. 236; D'Antonio, Daniel H., *Regimen legal de la adopción. Ley 24.770*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 62, en donde sostiene que la prohibición es atendible si se tiene en cuenta que el Código Civil contempla la tutela legal a cargo de los hermanos.

interés familiar del Estado. En estos casos, el juez debería tener libertad para valorar, frente a la realidad fáctica de cada situación, si la adopción solicitada consulta o no los intereses concretos del menor.

Por ello, la propia Justicia, en circunstancias extremas, ha debido ignorar esta prohibición en un caso reciente, otorgando la adopción del nieto a sus abuelos maternos⁽⁴⁰⁾.

El juez para fundamentar su formal apartamiento de la prohibición legal se orienta en el sentido de administrar justicia en el marco de la ley imbuido de equidad. Con este espíritu, se apoya incondicionalmente en el supremo interés del menor determinándolo en función de la equidad. Manifiesta que *si bien siempre lo equitativo es justo, la dificultad radica cuando lo equitativo, siendo lo justo, no es lo justo legal, no es lo justo según la letra formal de la ley. En tal caso el juez debe proceder a dictar sentencia efectuado una -dichosa- rectificación de la justicia rigurosamente legal. ... Cuando la ley dispone de una manera general y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla y que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirlo, y suplir su silencio y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente, es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata.* (-Moral, Nicómaco, Capítulo X, De la Equidad, Aristóteles).

El principio determinante de la adopción es el interés o beneficio del menor, en consecuencia (y citando a Félix Lafandra (h), en *-El espíritu de la ley de adopción, E.D., 132-875*) *-lo principal es el ser humano y sus necesidades, esto es lo que debe proteger y amparar la ley, en vez de poner al hombre en situación de rendirse incondicionalmente ante normas que a través de una lectura desajustada de su finalidad pueden no ser las idóneas para solucionar un caso o no ser aplicadas debidamente al caso-*.

Más adelante recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas aprobada por la ley 23.849 establece que *-los*

Estados partes que reconocen o permitan el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial para el otorgamiento de la adopción-. Los preceptos de la Convención integran el derecho positivo vigente... y esta cláusula de la Convención ha sido considerada autoejecutoria, es decir que tiene plena operatividad, *generando derechos subjetivos a invocar por las partes y el deber de aplicarlo por parte de los jueces*. Y, finalmente, recordando una frase de Bidart Campos, sostiene que *-los tratados no son trajes de fiesta para exhibirse bien vestidos en el concierto internacional. Los tratados son para cumplirse-*.

Es particularmente significativa e innovadora la parte de la sentencia en la que se afirma que *-la prohibición de adoptar a los nietos cede en casos especiales frente al beneficio del menor-, señalando como apoyo jurídico a la Convención sobre los Derechos del Niño. -Absurdo resultaría resolver de modo tal que la norma jurídica -originariamente destinada, entre otras cosas, a regular en pro del bien común- terminara actuando en contra del bien ya generado por la familia del niño, es decir, (frente a) un estado que ha demostrado y muestra actualmente ser el más beneficioso... lo jurídico debe adecuarse a la realidad y no pretender modificarla pues ella sintetiza actualmente el concepto de bien superior del menor. Tal la Convención de los Derechos del Niño-*.

Finalmente, la Cámara manifiesta que *-la norma prohibitiva de la adopción de nietos por sus abuelos... debe considerarse derogada por la normativa de la Convención Internacional-*.

Pero esta atrevida jurisprudencia no es unánime ya que, en otros casos, se ha rechazado la adopción por una abuela (que ni siquiera era abuela consanguínea sino por afinidad), respetando la prohibición de la ley y alegando que los abuelos, que son dos veces padres, no necesitan acudir a la adopción para cumplir con sus deberes de proteger, criar y formar a sus nietos desamparados⁽⁴¹⁾.

Con posterioridad a estos Fallos, la nueva ley 24.779, insiste en el impedimento y sanciona su inobservancia con la nulidad absoluta de la adopción (art. 337, inc. e), C.C.); por ende, probablemente, en un futuro próximo, la Corte Suprema será llamada a dilucidar la constitucionalidad de la prohibición del art. 315, b), C.C.

(40) Cám. C. y C. de Santa Fe, Sala III, 21/12/95, publicada en diario La Ley, del 14/11/97, p. 4 y ss., con importante y sustanciosa nota aprobatoria de Germán J. Bidart Campos, titulada *-La ley no es el techo del ordenamiento jurídico-*. En este caso, el menor se encontraba bajo la guarda de sus abuelos maternos, desde los cinco meses de vida, a raíz de que su madre fallece asesinada, mientras que su padre es condenado a prisión perpetua por uxoricidio (art. 80 inc. 1º C.P.).

(41) Cám. C. y C. de Montevideo, Sala I, 9/6/92, J.A., 19-I-1992, N° 5864, p. 47.

Habría una colisión entre los requisitos de admisibilidad y las condiciones de conveniencia para el menor. Frente al dilema que se le plantea al Tribunal entre acatar fríamente las exigencias de admisibilidad y el desajuste que conllevaría en orden a la equidad y al interés concreto del menor, muchos jueces preferirán abstenerse de constituir un vínculo susceptible de ser anulado. Otros, en igual sentido, se inclinarán por respetar las pautas de admisión establecidas entendiendo que, nuestro sistema legal, exige de los jueces un examen o control de legalidad *previo* al proceso de valorar si la adopción consulta o no el interés del menor.

6.6.2. El impedimento temporal del tutor

El tutor no puede iniciar el juicio de guarda y adopción de su pupilo hasta la aprobación judicial de las cuentas de la tutela y el pago del saldo que ellas arrojen, porque recién entonces estarán extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela (art. 319 C.C.).

6.7. Existencia de descendientes del adoptante

La circunstancia de que quien intenta adoptar ya tenga descendencia (hijos o nietos) no es obstáculo para la adopción (art. 314 C.C.). Esto constituía un impedimento cuando la adopción era enfocada sólo desde la óptica del adoptante y de su familia. Con esa perspectiva se la reglamentaba legalmente a fin de satisfacer el ansia de fecundidad o el respetable deseo de toda persona de perpetuarse en su descendencia; y, al mismo tiempo, se trataba de evitar la creación de circunstancias que pudieran afectar o disminuir los derechos hereditarios derivados de la legítima de los descendientes biológicos.

Pero cuando evoluciona el derecho de la filiación se entroniza al interés del menor como uno de los principios fundamentales en la materia, y queda relegado a segundo plano el interés del adoptante; no hay dudas que es más conveniente para la formación del menor ser emplazado en un grupo familiar en donde los adoptantes tengan experiencia como padres porque ya han tenido otros hijos; además, la convivencia fraterna les enseña a compartir con generosidad, a hacer al otro partícipe de sus pertenencias materiales y espirituales, preparándolo para la adaptación a la mutua dependencia que impone la integración social y evitando los desajustes propios del *hijo único*. Por eso tampoco se limita el número de menores

que pueden ser adoptados por la misma persona, a diferencia de las restricciones que, en este aspecto, imponían las leyes anteriores (ley 13.252, inc. 5º; y art. 4º *in fine* ley 19.134).

Sin embargo, la ley no descuida los intereses de los demás miembros de la familia adoptiva, los cuales podrán ser oídos por el juez o tribunal (arts. 314; 321, incs. c) y e), C.C.) a fin de poder merituar globalmente la situación y resolver, en función de lo más conveniente para el interés del menor y del grupo familiar en el que se inserta⁽⁴²⁾.

6.8. Residencia de los adoptantes. Adopción internacional

Quien pretende adoptar debe demostrar fehaciente e indubitadamente una residencia continua permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de guarda (art. 315 *in fine* C.C.).

Esta disposición que, prácticamente impide la adopción internacional, debe ser interpretada como un esfuerzo de nuestro Parlamento para obstaculizar el tráfico internacional de niños argentinos. Biocca nos dice que la adopción internacional *es aquella en la cual los futuros adoptantes están domiciliados en un Estado distinto de aquel en el cual se encuentra el domicilio o residencia habitual del menor a quien se intenta adoptar, cualquiera sea la nacionalidad del menor y de los futuros adoptantes*⁽⁴³⁾.

También se bloquea la llamada adopción *golondrina*, refiriéndose a presuntos adoptantes que sólo se instalaban en el país el corto tiempo necesario para lograr la guarda y o la sentencia de adopción, regresando inmediatamente después a sus países de origen.

Con el requisito de la prolongada residencia en el país también se impiden las adopciones *limítrofes*, en las zonas de fronteras o en las lla-

(42) Las facultades reconocidas al juez (art. 321 incs. c y e, C.C.) le permitirán *avuzar una impresión de conjunto sobre la adopción, apreciando cómo recibirán los descendientes del adoptante a su nuevo hermano adoptivo*. - CNCiv., Sala C, 30.10/97, L.L. 1988-A-388; D.J., 1988, 2-238.

(43) Biocca, Stella Maris, *Adopción internacional*, en *Derecho de familia*, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 6, Abichardo-Pérez, Bs. As., 1991.

madras ciudades «gemelas», por ejemplo, si una persona domiciliada en Paysandú (R.O.U.) quisiera adoptar a un niño abandonado en Colón (Entre Ríos), la norma del art. 315 prácticamente tomaría imposible tal adopción. Lo mismo ocurriría si la misma cuestión se planteara en otras ciudades tan próximas como Encarnación y Posadas, o Villazón y La Quiaca, sin que resulten aplicables, a estos casos, los argumentos en que se apoyan quienes se oponen a las adopciones internacionales.

6.8.1. Discusión acerca de la recepción de la adopción internacional

La adopción internacional ha generado en nuestro país una clara división entre sus partidarios y los que reniegan de ella. Ambas posturas se fundamentan en el interés superior del niño.

6.8.1.1. Argumentos en contra

- El desarraigo al que es sometido el menor respecto de su medio natural (familiar, histórico, geográfico, social, económico, cultural) puede repercutir seriamente en la consolidación de su propia identidad, dificultando, alejando, u ocultando, todo conocimiento de su realidad biológica familiar, de su origen y del entorno cultural e histórico de su familia de sangre. Se ha dicho que «el menor tiene derecho a su propio país, a su propia lengua, aunque haya perdido a su familia»⁽⁴⁴⁾, y que esta faceta del interés superior del menor debe rescatarse y defenderse.
- Favorece el tráfico de menores; fundamento de la reserva argentina a la parte referida a la adopción internacional de la Convención sobre los derechos del niño.
- Estimula el funcionamiento de agencias de intermediarios que lucran con las desgracias de la minoridad desvalida. En ocasiones genera la migración ilegal de menores que son secuestrados o «comprados» por tales intermediarios, con el propósito de «venderlos» a adoptantes en el extranjero; en casos más tristes el tráfico tiene por objeto la prostitución y la pornografía infantil.

(44) Conclusiones de las Jornadas de Vaquerías (Córdoba), organizadas por la Asociación Argentina de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores, agosto de 1994.

- Se afirma que, en nuestro país, no hay necesidad de apelar a la adopción internacional porque hay mayor demanda interna de niños en adopción que el número de menores adoptables.

6.8.1.2. Argumentos a favor

- Se suele decir que las fronteras culturales entre los países son cada vez más débiles, y que en tales situaciones el peligro del desarraigo se minimiza⁽⁴⁵⁾.
- El traslado del menor de un país pobre y con escasas perspectivas de mejora económica y de perfeccionamiento cultural, beneficia al menor si se lo inserta en un país desarrollado que le ofrezca variedad de probabilidades y expectativas de superación personal, de las que carecía en su país natal⁽⁴⁶⁾.
- Se precisa que sólo se propugna recurrir a la adopción internacional únicamente en forma **subsidiaria**, para las situaciones respecto de las que no existen interesados en el país de origen. Así, en el informe final de la reunión de expertos sobre adopción de menores, celebrada en Quito (Ecuador), en 1993, se manifiesta que «... las adopciones locales deben ser estimuladas y facilitadas por los gobiernos y sólo cuando es descartada esta posibilidad, se puede pensar en adopciones en el extranjero». No se satisface la conveniencia del menor manteniéndolo «interno en un instituto por el mero hecho de seguir viviendo en su país de origen. En estos casos parece aconsejable una cuidadosa selección de adoptantes domiciliados en el extranjero y emplazar al menor en

(45) Hay más peligro de sufrir el desarraigo en los supuestos en que una persona que vive en la Capital Federal adopta a un niño colta de Jujuy, que si a ese mismo menor abandonado lo quisiera adoptar un residente en Tarija (Bolivia); sin embargo, en el primer caso no habría obstáculo por la residencia, en cambio, en el segundo esta circunstancia imposibilitaría la adopción.

(46) Antes de la ley 24.779, en algún caso la jurisprudencia se ha manifestado contraria a este argumento: «En materia de adopción, existen innumerables valores que son superiores a los meramente económicos, y que justifican que sea preferido un matrimonio argentino a uno extranjero, puesto que quizás este último se encuentre en mejores condiciones económicas, pero no podrá transmitir al adoptado los valores intrínsecos al lugar donde el niño y desde tiene derecho a crecer y ser educado...». Juzg. C.C. Conc. y Fam., Doñ. Funes, 7/4/95, L.L.C. 1996-246.

una familia. La experiencia señala que los menores que transcurren su infancia y primera adolescencia en institutos, tienen mayores dificultades emocionales, intelectuales, físicas, etcétera, que los que crecen en una familia aun con los inconvenientes que se invocan (desarraigo o pérdida de identidad).⁽⁴⁷⁾

- d) El peligro del tráfico de menores y la comisión de los delitos conexos no se elimina prohibiendo la adopción internacional; por el contrario, al regular y controlar adecuadamente tal institución, se pueden desactivar o neutralizar los abusos y la explotación de niños asegurando el más absoluto respeto por el interés del menor; en especial, el control debe prolongarse después de concedida la adopción⁽⁴⁸⁾. Este requisito debe ser común a todo tipo de adopción nacional o internacional, porque los abusos, los abandonos, los malos tratos, las perversiones cometidas después de la sentencia en perjuicio de los adoptados no son privativas de las adopciones internacionales. Con frecuencia, en el orden interno, no se realiza ningún control de la *gestión paternal adoptiva* y la intervención pública únicamente sobreviene frente a los casos extremos en que se han consumado los procedimientos abusivos y perniciosos para el menor⁽⁴⁹⁾.

(47) Bioera, Stella Marin, *ob y loc. cit.*, p. 9.

(48) Sobre el particular, el Código del Menor de Colombia (decr. 2757, del 27/11/89) prescribe que los adoptantes extranjeros que residan fuera del país deberán aportar, además de la documentación general la «certificación expedida por entidad gubernamental o privada oficialmente autorizada, donde conste el compromiso de efectuar el seguimiento del menor adoptable hasta su nacionalización en el país de residencia de los adoptantes» (art. 106, inc. 2).

(49) Al respecto, María Susana Najurieta, afirma que «debe diferenciarse el delito, que es el tráfico, de la institución regular, que es la adopción... No podemos prolongar indefinidamente el disfavor hacia la adopción internacional... sin procurar implementar -con toda urgencia- mecanismos de protección legal que permitan prevenir y combatir el tráfico y la venta de niños y encerrar la adopción, nacional en primer término y, con carácter subsidiario, internacional, a efectos de que sea un instrumento eficaz en interés superior del niño» (La adopción internacional, 1ª parte, diario El Derecho, 25/2/97, N° 4, *in fine*, p. 4).

7. Número de adoptados

La ley permite adoptar simultánea o sucesivamente varios menores, cualquiera sea su sexo (art. 315 C.C.). Es lógico que se legisle de esta manera porque la limitación del número de adoptados tenía su razón de ser cuando a través de la adopción se buscaba, como fin primordial e inmediato, dar un heredero o sucesor al adoptante que perpetuara su apellido; en cambio, en los tiempos actuales, como la moderna adopción es una institución de protección de menores, no interesa ni tiene sentido limitar el número de adoptados ya que lo único que debe prevalecer es el beneficio del menor y sólo habrá que tener en cuenta las condiciones generales y personales favorables del o de los adoptantes.

En ciertos casos, se aconseja la adopción simultánea de dos o más menores, por ejemplo, cuando se trata de hermanos biológicos que han quedado huérfanos o abandonados, porque si las circunstancias han determinado la pérdida de los padres o su indiferencia y olvido, las autoridades deben tratar de conservar los sanos vínculos fraternos que subsistan, como una manera de observar el compromiso asumido por los estados a preservar «las relaciones familiares» del menor en cuanto sean posibles y provechosas.

En consecuencia, si se pretende adoptar al hijo del cónyuge (arts. 311 y 313 C.C.) y éste fuere progenitor de más de uno, se deberían adoptar a todos los hijos que tuviera el cónyuge sin que le sea permitido al adoptante elegir entre ellos a quién o quiénes prefiere adoptar. Esta solución nos parece la que mejor consulta los intereses de los adoptados porque, siendo hermanos no es conveniente que ostenten diferencias filiatorias entre ellos⁽⁵⁰⁾. Se deberían adoptar a todos, salvo circunstancias excepcionales que aconsejen otra solución, y que valorará el juez.

7.1. Tipo de adopción en caso de pluralidad de adoptados

Aunque la generalidad de los autores discrepa con esta norma, la ley 24.779 insiste en prescribir que «si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo» (art. 313, 2ª parte, C.C.).

(50) En Venezuela, la ley de adopción del 26/7/85, promulgó esta solución y, en la práctica, sólo se podrá prescribir de ella mediante autorización judicial expresa (art. 101).

Esta no debería ser una norma absoluta, porque revistiéndola de tal característica, en determinadas situaciones imposibilitaría una adopción; por ejemplo, si un matrimonio tiene varios hijos adoptivos plenos, uno de los cónyuges no podría adoptar al hijo del consorte, porque tal adopción siempre deberá revestir el carácter de adopción simple (art. 313 C.C.).

8. Condiciones de conveniencia de la adopción para el menor

Una vez que el Tribunal ha constatado que están reunidas las condiciones legales de admisibilidad de la adopción, debe entrar al examen del conjunto de particularidades que permiten valorar la conveniencia de la adopción para el menor. Entre otros elementos, deberá ponderar el cúmulo de circunstancias personales del adoptante.

8.1. Medios de vida y cualidades morales del adoptante

Los medios de vida y las cualidades morales y personales del o de los adoptantes serán avaluados para fundar un pronunciamiento adoptivo (art. 321 inc. d) C.C.).

8.1.1. Recursos pecuniarios

En cuanto a la situación económica de los adoptantes, la adopción no está reservada sólo a la gente de fortuna, o a las personas de abundantes ingresos, o de holgada posición patrimonial. Ese no es el espíritu de la ley. Bastará con que el o los adoptantes acrediten posibilidades de criar adecuadamente al menor, aun teniendo austeros recursos pecuniarios. Lo importante es que tengan una afianzada aptitud humana y afectiva que garantice una correcta educación y la conveniente inserción familiar.

8.1.2. Aptitudes educativas, responsabilidad y ética personal

La adopción, tanto plena como simple, de un menor, implica investir al adoptante de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad respecto de ese menor no emancipado a quien se adopta. Como la patria potestad es un conjunto de deberes y de derechos que se les reconocen a los padres para la protección y formación integral del hijo, el juez debe apreciar si el

adoptante tiene la capacidad jurídica (genérica y específica) y las aptitudes indispensables para cumplir la trascendente función de *proteger y formar integralmente* a aquél a quien pretende adoptar. En especial debe analizar las concretas posibilidades inductivas respecto del menor.

Como en toda tarea formativa es muy importante el modelo de los padres, se deberá examinar la responsabilidad y ética demostrada por el adoptante en su vida familiar, laboral, profesional. Los procederes públicos desarreglados o inmorales de quien pretende adoptar, según las circunstancias, influirán negativamente en la decisión judicial. Por ello, se exige a los interesados, para iniciar el procedimiento, que presenten el certificado de buena conducta. Los antecedentes penales o policiales del adoptante pueden desaconsejar una adopción. Lo mismo, en caso de incidir en alguna de las causales por las que un progenitor queda privado de la patria potestad (art. 307 C.C.): condena como autor o partícipe de un delito doloso contra alguno de sus hijos, o como coautor o partícipe de un delito cometido por un hijo; abandono de algún descendiente; o si hubiera puesto en peligro la salud física, el equilibrio psíquico, o la formación moral de sus propios hijos, sea sometidos a malos tratamientos, vejámenes, ejemplos perniciosos o por haber incurrido en conducta notoria o delincuencia. También si se hallare judicialmente inhabilitado en virtud de alguno de los supuestos previstos en el art. 152 bis, inc. 1º, C.C. (embriaguez habitual, toxicomanía). Asimismo pueden resultar orientadoras las otras causales que impiden a una persona el ejercicio de la tutela (art. 398 C.C.), por ejemplo, «el que no tenga oficio, profesión o modo de vivir conocido, o sea notoriamente de mala conducta» (inc. 9º); los que hubiesen sido removidos de una tutela por incapacidad o inhabilidad o por no haber cuidado debidamente de la salud, seguridad y moralidad del pupilo, o de su educación profesional o de sus bienes (art. 457 C.C.).

Pero, el *historial* del aspirante a adoptar no es decisivo para excluirlo, frente a pruebas efectivas de regeneración o de verdadera rehabilitación familiar y ciudadana.

8.1.3. Relación concubinaria del adoptante

La ley prohíbe que dos convivientes *more uxorio* adopten conjunta y simultáneamente, fulminando con la nulidad absoluta una adopción semejante (arts. 312 y 337 inc. d), C.C.). pero otro es el enfoque cuando quien pretende adoptar unipersonalmente vive en concubinato. En este supuesto, la relación concubinaria no genera, en sí misma, un impedimento para la adopción, ni constituye -en abstracto- una ausencia de las cualidades

morales que debe valorar el juez en cada caso concreto. En otras palabras, la convivencia paramatrimonial no descalifica la conducta del concubino ni es obstáculo para obtener una adopción¹⁵¹.

8.2. Enfermedades incurables

Cabe preguntarse si los enfermos que padecen males incurables y contagiosos (como H.I.V., lepra, etcétera); los que tienen una capacitación o instrucción insuficiente; los sordos, los mudos, los no videntes¹⁵², los cuadripléjicos, pueden adoptar.

Jurídicamente toda persona capaz que reúna los requisitos establecidos en el Título IV, de la Sección Segunda, del Libro Primero del Código Civil puede adoptar. Pero el estar habilitados para adoptar no significa que el juez tenga que hacer lugar al pedido si las cualidades personales de quien pretende adoptar desaconsejan su otorgamiento por no resultar provechosas o favorables para el menor. Siempre será una cuestión de hecho. *A priori* no se puede resolver. Al respecto podrían servir de *guía* las prohibiciones para ejercer la tutela establecidas en el art. 398 C.C.; de donde resultaría que «los mudos» (inc. 2º), al no poder desempeñarse como tutores tampoco podrán ser adoptantes porque quien no puede lo menos (ser tutor) es ilógico que esté habilitado para lo más (ser adoptante).

(51) Existe nutrida jurisprudencia sobre el particular y en el sentido del texto: S.C. Bs. As., 23/3/82, J.A. 1982-III-516; Cám. 1ª C. y C., Bahía Blanca, 17/6/80, J.A. 1980-IV-137; T.S.J., La Pampa, 13/8/80, J.A., 1981-II-166.

(52) El Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 12, el 15/10/81 hizo lugar a la adopción plena por un matrimonio de ciegos, de un menor deficiente mental profundo, no vidente y con remotas posibilidades de adquirir lenguaje o deambular por sus propios medios. El juez interviniente, refiriéndose a los adoptantes, dijo: «Considero que su ceguera no constituye obstáculo alguno para la admisión de su pretensión, por cuanto no se trata de incapaces de hecho ni de derecho. Es así que en autos ha quedado debidamente acreditado que los mismos desenvuelven su existencia con total normalidad, desempeñando ambos tareas rentadas, y desplazándose con gran soltura... debe acogerse favorablemente el pedido formulado por quienes prestan... desinteresado esbozo y atención a quien seguramente les traerá muchos más desvelos y preocupaciones... que satisfacciones, sorprendiendo dicha actitud en una época como la actual, en la cual campean el egoísmo y el desamor. *Casos de Familia*, Abeledo-Perrot, Bs. As., enero-marzo 1982, vol. 1, Nº 2, p. 33.

Sin embargo, somos reacios a admitir que, por extensión, se apliquen al ordenamiento jurídico adoptivo aquellas prohibiciones genéricas. En este ámbito de valoraciones lo que debe decidir, en cada caso concreto, es el interés del menor. Supongamos que un mudo recalcado quisiera adoptar a un menor que tuviera trastornos auditivos y no pudiera expresarse: en este caso, la educación del niño se vería facilitada por el conocimiento que tuviera el adoptante de los signos propios que usan este tipo de personas como forma de comunicarse. Por ello no resulta conveniente que la ley establezca prohibiciones como la contenida en el art. 33 del Código del Menor del Paraguay en donde se dispone que «no podrán adoptar las personas que estén afectadas de enfermedad grave y contagiosa...».

Estas situaciones, según sus características particulares, deberán ser tenidas en cuenta por el juez al otorgar o denegar el pedido; pero no deben constituirse en impedimentos absolutos.

8.3. Raza, religión, nacionalidad, ideología, orientación sexual

Recordemos que nadie puede ser discriminado por motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos (art. 1º, ley 23.592); por ende, mientras no se considere que tales singularidades puedan repercutir negativamente en la protección y formación integral del menor, no podrán obstaculizar la concesión de una adopción solicitada.

Así, en principio, nada impide que se otorgue a un negro o a un oriental la adopción de un menor de raza blanca indoeuropea; ni será obstáculo que la religión del adoptante no coincida con la del adoptado¹⁵³. Tampoco hay objeciones legales para que un extranjero residente adopte a un nacional; o para que un comunista, o un librepensador, o un ateo, o un agnóstico, o una persona con orientación homosexual, o un sujeto de pobre situación económica, o de humilde condición social, o escasa instrucción puedan adoptar a un menor siempre que tal adopción consulte la regla de oro imperante en esta materia: el interés superior del menor.

(53) Ver Ferrer, Francisco A.M., «Voz adopción», en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 104, en donde recuerda, en el sentido del texto, el fallo de la Corte Suprema de la Nación, del 16-12-82, publicado en J.A. 1983-II-108 y en L.L. 309.575.

CAPÍTULO IV

Procedimientos judiciales.

Guarda preadoptiva y adopción

9. Los procedimientos judiciales que regula el nuevo régimen de adopción

Uno de los principios que rigen la adopción en el derecho argentino es que ésta sólo se constituye por sentencia judicial. No hay adopción por convenio ni testamentaria.

Los trámites judiciales tendientes a constituir la filiación adoptiva, de acuerdo a las normas incorporadas al Código Civil, se desarrollan en dos etapas: en la primera, se gestiona la guarda preadoptiva del menor; y en la segunda, se diligencia la demanda de adopción propiamente dicha⁽⁵⁰⁾.

En cada uno de estos sucesivos procesos se analizan y resuelven distintos aspectos fácticos y jurídicos que servirán para fundamentar la decisión definitiva:

a) En la instancia judicial de la guarda preadoptiva, se considera preferentemente la situación del menor con relación a sus padres y al resto de su familia biológica. De esta manera se cumple con la exigencia del art. 5º de la Convención de los Derechos del Niño, en orden a respetar las

(50) Según Belluscio, Augusto César, *Ley de adopción 24.779. Atención de la obra Manual de Derecho de Familia*, Depalma, Bs. As., 1997, § 505, p. 16, «el procedimiento judicial se divide en dos etapas: una primera para el otorgamiento de la guarda, y otra para conceder la adopción; lo que implica en algunos casos duplicación de trámites y de juzgamientos. Por su parte, Bossert, Gustavo y Zanoni, Eduardo, *Manual de derecho de familia*, 5ª ed. actualizado y ampliado, Astrea, Bs. As., 1998, § 608, p. 527, sostienen que el discernimiento judicial de la guarda «constituye el objeto de un proceso autónomo previo a un ulterior juicio de adopción». De donde surge que se trata de dos juicios y no de dos fases de un mismo y único procedimiento, aunque ambos procesos persigan el mismo objetivo final.

responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada... y el compromiso asumido en el art. 9º de que «el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos», salvo que las autoridades judiciales determinen que tal separación es necesaria en el interés del menor.

Cuando el órgano jurisdiccional discierne la guarda a favor de los que pretenden la adopción, se debe fundar, prioritariamente, en el examen y análisis de la relación del menor con los miembros de su familia biológica, comenzando con sus progenitores «siempre que vivieran y fuesen conocidos» por lo que resulta esencial la comparecencia de éstos. Al menos se los deberá citar para que se presenten a defender sus derechos o a exponer su visión acerca de la eventual subsistencia del nexo paterno-filial; o del vínculo parental, en el supuesto de los otros familiares próximos. Se los oírá acerca de sus sentimientos y afectos y de su voluntad, interés y posibilidades de cumplir con los deberes familiares inherentes a cada quien; sobre los motivos y circunstancias determinantes del desamparo o peligro en que se encontrara el menor y, si fuera el caso, para que expresen su conformidad con la adopción. Siempre que no exista desprendimiento o rechazo por los miembros de su linaje, en este juicio, se deberán desentrañar los beneficios o las desventajas que le significan su permanencia dentro de la familia de sangre (nuclear o extendida), esclareciendo en qué grado o escala tales ámbitos ofrecen las capacidades y garantías necesarias para contener y formar adecuadamente al menor. Correlativamente, se valorará la conveniencia de su entrega en guarda preparatoria de la adopción.

Como lo prescribe el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño, en esta instancia se establece «sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales» y que, cuando así suceda, «las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario».

Con tal plataforma de antecedentes, en el procedimiento de la guarda preadoptiva, se determina, si el menor se encuentra en las condiciones legales que viabilizan o hacen admisible la adopción a su respecto. Por eso hay quienes la equiparan a una declaración de adoptabilidad⁽⁵⁵⁾.

(55) La declaración de adoptabilidad es un emplazamiento abstracto que se hace con respecto al menor pero sin relacionarlo con los guardadores concretos que solicitan la guarda

Lógicamente, para conceder esta guarda, el órgano jurisdiccional además, deberá considerar las condiciones de los guardadores que, *prima facie*, les permitirían convertirse en padres adoptivos, no olvidando que la adopción, si se concede, retrotramará sus efectos al día del otorgamiento de la guarda. Por eso Belluscio sostiene que, en ciertos casos, *hay duplicación de trámites y de juzgamiento*, D'Antonio, dice que tiene las características propias de un «pequeño juicio de adopción»; Zannoni, afirma que es un verdadero *proceso cautelar* en el cual el juez debe analizar y evaluar la situación actual del menor en función de su posible adoptabilidad en el futuro (verosimilitud del derecho)⁽⁵⁶⁾.

b) En la segunda fase de los procedimientos adoptivos, es decir, en el juicio de adopción propiamente dicho, se deberán verificar, exhaustivamente, las condiciones de admisibilidad que legitiman a los guardadores para asumir las responsabilidades específicas de los padres adoptivos, los medios de vida y sus atributos éticos, los resultados de las encuestas ambientales y sociofamiliares acerca del trato recibido por el adoptando y respecto de su inserción en el nuevo hogar durante el período de guarda. La sentencia se pronunciará, en función del particular interés del menor, de acuerdo a las concretas circunstancias del caso, debiendo precisar el tipo de adopción a conceder siempre que estuviesen satisfechos todos los requisitos sustanciales y de forma que determinen la procedencia de esa decisión.

A. GUARDA JUDICIAL PREADOPTIVA

10. Guarda preadoptiva

No cualquier guarda judicial satisface las exigencias de la *guarda con fines adoptivos* que regula la ley, como requisito previo para poder incoar una demanda de adopción.

preadoptiva. El procedimiento de nuestra ley es más completo porque los futuros adoptantes, en su calidad de guardadores, intervienen en esta instancia judicial y también los progenitores que, eventualmente, aceptan la guarda preadoptiva.

(56) Belluscio, Augusto César, *Adelante*, cit. p. 505, p. 16; D'Antonio, Hugo Daniel, *Régimen de la adopción*, *Lev. 24. 799*, cit. p. 100; Zannoni, Eduardo, *Prólogo a la obra de la Dra. Lea Levy, Régimen de adopción*, *Lev. 23. 799*, p. 7.

Si, sumarisimamente, sólo se ha otorgado una simple guarda provisoria, dicha «guarda judicial», no dejó expedita la vía adoptiva porque con esa guarda, que quizás sea corolario de una privación de tenencia encuadrada en el art. 11 de la ley 10.903, el juez ha atendido sólo a la necesidad, a la premura requerida por la situación, sin cumplimentar los restantes aspectos regulados en el art. 317 C.C. y omitiendo todo pronunciamiento sobre ellos. Semejante *guarda*, cualquiera fuese el tiempo de su duración, debe ser categorizada como una «medida cautelar» de estricta y neta seguridad y protección del menor, no equiparable a la guarda preadoptiva, la cual, al tener una finalidad más trascendente y compleja, exige la observancia de todos los requisitos estipulados en los arts. 316 y 317 C.C.¹⁵⁷

Esta aclaración es indispensable, porque así lo impone el respeto del principio constitucional de defensa y la normativa legal en la materia. Lejos estamos de pretender agobiar a los interesados con formalidades supernumerarias y sin apoyatura jurídica.

10.1. Duración y finalidad. Excepciones

El adoptante deberá haber tenido al menor bajo su guarda durante un lapso que fijará el juez. Dicho término no podrá ser menor de seis meses ni mayor de un año (art. 316 C.C.).

Aunque no se lo especifique, la guarda que precede a la constitución del vínculo facilita y desarrolla la relación paterno filial que quedará consolidada con la sentencia que establezca la filiación adoptiva.

Este requisito tiene el sentido de un período de prueba y reflexión respecto de quienes intentan adoptar. Además, permite la constatación del interés del menor en función de las nuevas circunstancias familiares. Sirve, pues, tanto para los adoptantes como para las autoridades que deben expedirse sobre la conveniencia o no de esa adopción para el menor. Así como la gestación biológica impone a los padres un lapso de preparación para la paternidad y maternidad, *mutatis mutandi* la guarda previa sustituiría, a modo de gestación espiritual, aquella preparación natural que genera el embarazo permitiendo la consolidación de la voluntad adoptiva y la prueba de las aptitudes paternas; además, hace factible la comprobación, en el juicio posterior, de los requisitos para la procedencia de la adopción definitiva.

(57) En este sentido: Cámara de Familia de 1ª Nominación, Cba., A.L. Nº 21, 17/3/98.

El período no debe ser muy largo; es conveniente evitar las ansiedades y angustias que la prolongación desmedida de una situación transitoria puede generar en el adoptante; la incertidumbre acerca del otorgamiento de la adopción filial puede generar hasta represiones afectivas susceptibles de perjudicar al adoptable.

El fundamento de la guarda previa justifica los casos de excepción, en los que no se la requiere, es decir, «cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge» (art. 316 *in fine* C.C.), porque se supone que, encontrándose tales hijos bajo la guarda del progenitor por naturaleza, que ejerce la patria potestad, de hecho se hallarán también bajo el cuidado y tuición del nuevo cónyuge que ahora pretende adoptarlos.

10.2. Judicialización de la guarda con fines adoptivos. Competencia

«La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo» (art. 316, 3º párr., C.C.).

«Se prohíbe expresamente la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo» (art. 318 C.C.).

Esta exigencia de la reciente ley de adopción implica un cambio del régimen en vigor hasta el mes de marzo de 1997 con el propósito de evitar algunos abusos (como la llamada «venta de bebés») que, de cierto modo, se facilitaron a través de los sistemas de concesión de guarda imperantes en la ley anterior. Las guardas de hecho y las que se otorgaban por actos administrativos o por escrituras públicas, en general, carecían del control del Ministerio de Menores, cuya participación se asegura con la judicialización del proceso.

La guarda judicial preadoptiva y su cumplimiento del término, son requisitos de admisibilidad de la filiación adoptiva. Los respectivos documentos probatorios deberán obrar en el expediente del juicio de adopción, proceso que sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses desde el comienzo de la guarda (art. 316, 2º párr., C.C.), salvo que se trate de la adopción del hijo del cónyuge.

11. Requisitos para otorgar la guarda preadoptiva. Partes

Son requisitos que la judicatura debe observar para discernir la guarda preadoptiva:

- a) La citación a los padres;
- b) Tomar conocimiento personal del adoptable;
- c) Comprobar las condiciones y aptitudes inherentes a los pretendientes adoptantes que permiten avizorar la satisfacción de las necesidades e intereses del menor;
- d) La efectiva participación del Ministerio pupilar y la opinión de los equipos técnicos multidisciplinares (art. 317 C.C.).

En este procedimiento judicial son partes el o los aspirantes a guardadores preadoptivos, el Ministerio de Menores y los padres biológicos del menor *que siempre deben ser citados*.

La entrega en guarda con fines de la adopción es un acto trascendental en la vida del niño. En este proceso, según la regla del art. 59 C.C., el Ministerio de Menores, como representante promiscuo de los incapaces, «es parte legítima y esencial» ya que de semejante decisión dependerá su futuro y el destino vital de su persona y bienes. Por ello, la norma mencionada declara la «nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación»; sin perjuicio del precepto específico (art. 317 inc. c, y párrafo final, C.C.) en el que se reitera su necesaria intervención, bajo la misma pena en caso de inobservancia.

11.1. Cita y conformidad de los padres biológicos

Previo a la concesión de la guarda, el juez o tribunal debe «citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción» (art. 317 C.C.).

La ley distingue entre citación y «consentimiento».

La citación de los padres biológicos es una exigencia legal, que se debe observar «bajo pena de nulidad» (art. 317 *in fine* C.C.). No se la puede obviar en ninguna situación; salvo, lógicamente, cuando conste que el menor es huérfano de ambos progenitores. Es la manera que el ordenamiento jurídico asegura el respeto del derecho reconocido en el art. 18 C.N.⁽⁵⁸⁾

(58) Zannoni, Eduardo A., «Citación de los padres del adoptado en el proceso de adopción», J.A., 26, 1975, p. 483, refiriéndose a la regulación propia de la ley 19.134, sostenía que corresponde que se cite a juicio a los padres de sangre porque «el interés, la conveniencia

La ley impone la citación de los padres como condición de validez para conferir judicialmente la guarda preadoptiva; sin embargo, debe remarcarse que la citación no puede interpretarse como un mero rito procesal que se cumple con el objeto de satisfacer *formalmente* la garantía del derecho

y la legalidad de la adopción no puede evaluarse... sin atender fundamentalmente a uno de los extremos de la relación paterno-filial que se pretende desplazar: el vínculo de sangre, la paternidad o maternidad natural, con todo el contenido ético-jurídico que implica... Por ello advierte sobre la «flagrante inconstitucionalidad» en que se incurriría toda vez que tales progenitores no fueran citados, «al vulnerar no sólo la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18 C.N.), sino más allá, la presentación del debido proceso legal». Esta postura, con algunas variantes en los fundamentos, fue compartida por la jurisprudencia que recibió las enseñanzas de una mayoritaria y nutrida doctrina en defensa de la «necesidad de citar a los padres»: Bilart Campos, Germán J., «La adopción y la patria potestad de los padres de sangre», E.D., t. 8, p. 581; Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, *Manual de derecho de familia*, Astrea, Bs. As., 1991, N° 585, p. 507; Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, t. II, N° 787-792; Fassí, H., «Intervención necesaria de los padres en el juicio de adopción», L.L. 154-228; Goyena Copello, Héctor R., «Meditaciones sobre la nueva ley de adopción», L.L. 143-985; López del Carril, Julio J., «El derecho de intervención y defensa de los padres en el juicio de adopción de sus hijos», L.L. 154-228; Lloveras, Nora, *La adopción*, Depalma, Bs. As., 1994, p. 389; Martínez Ruiz, Roberto A., «La protección constitucional del derecho a la patria potestad», L.L. 150-400; Rivera, Julio César, «Intervención de los padres de sangre en el juicio de adopción», E.D. t. 61, p. 309; Wagnonier, Adriana, «Declaración en estado de adoptabilidad», L.L. 1981-D-919. Frente a la consignada tesis, se abarzon algunas concepciones opuestas las que, en general, temían que la intervención paterna antes propugnada fuera motivo de desaliento para los pretendientes adoptantes, o la causa de una innecesaria dilatación del procedimiento y que, en no pocas situaciones, constituyese la oportunidad para que ciertos progenitores «desaprensivos» intentasen obtener un lucro inhumano a través de concesiones pecuniarias para superar su oposición. Barbero, Omar U., «Necesariamente deben ser citados los padres de sangre al juicio de adopción», L.L. 1986-D, ps. 201, 202 y 203, sostenía que «los padres de sangre no necesariamente deben citarse al juicio de adopción...» y que «... la invocada violación del derecho de defensa de los padres de sangre no existe por el solo hecho de que no se los cite». La razón es muy simple: la sentencia constitutiva de estado que acuerda la adopción aun en su forma plena, no será oponible a los padres de sangre. Por más amplio criterio que se tenga acerca del alcance de la cosa juzgada en acciones de estado, nunca se llegará a sostener que un proceso llevado a espaldas de ellos les sería oponible. No cabe duda que el padre de sangre es «legítimo contradicor, que su interés es igual o aun superior al de los solicitantes de la adopción, que tiene interés en contradecir a los accionantes y que podría impugnar el título de estado resultante de la sentencia constitutiva del mismo...» Esa violación de la Constitución es entonces un fantasma, un espejismo. «El padre o (la) madre que quiere

de defensa en juicio. El juez está obligado a citarlo porque la ley quiere que oiga al progenitor y, correlativamente, que éste tenga la oportunidad de ser escuchado por quien va a decidir acerca del destino familiar del hijo. Creemos indispensable advertir que la redacción y el sentido del nuevo art. 317 C.C., tiene una diversa significación respecto del texto del art. 11 de la ley 19.134 en el que se establecía que «el padre o la madre del menor no serán necesariamente citados al juicio, y no se admitirá su presentación espontánea en los siguientes casos...»; en cambio, el art. 317 C.C., después de establecer que los padres biológicos deben ser citados a fin de que presten su consentimiento para que el hijo sea dado en guarda preadoptiva, en el 2º párrafo del inc. a), enumera los casos en que no será necesario el consentimiento, lo cual no es sinónimo de que no deban ser citados. En tales casos se los deberá citar para oírlos, no para requerirles que asientan la adopción. Sin embargo, algunos autores, en hermenéutica que no compartimos, sostienen que cuando la ley prescribe que «no será necesario el consentimiento...» de los padres en ciertos supuestos (abandonicos, privados de la patria potestad, etcétera, art. 317, inc. a), 2º párr., C.C.), quiere significar que no es necesario citarlos⁽⁵⁹⁾.

recuperar a su hijo, se va a ocupar y lo va a encontrar, recorrerá tribunales, oficinas, estudios, etc., y logrará su objetivo de oponerse a la adopción. Si la sentencia ya se dictó, de todos modos le será inoponible, por lo que sus derechos propiamente hablando nunca se le conculcaron. Pero sistemáticamente citados, aunque la ley no lo exija... implica el riesgo de hacer fracasar la relación adoptiva, pues se da a esos padres «en bandeja de plata, sin la menor molestia de su parte, la posibilidad de localizar al hijo del que se desprendieron y despreocuparon» y tomar actitudes nada edificantes. Así se fomenta el miedo al trámite de adopción y, sin quererlo, se alientan suposiciones de estado civil. *Mucho se ha hablado y se sigue hablando de los «trabals» de los expropiados de adopción; no los fabricamos nosotros requiriendo diligencias que la ley no requiere».*

(59) En tal sentido: D'Antonio, Daniel H.: *Régimen de la adopción. Ley 24.779*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, ps. 99 y 100, sostiene que cuando la ley determina la innecesidad del consentimiento se ha cometido un error de redacción, ya que debió decir: «No será necesaria la citación...» porque de lo contrario podría interpretarse que no dándose estas situaciones el consentimiento es imprescindible, también Lex M. Levy (*Régimen de adopción. Ley 24.779*, Astrea, Bs. As., 1997, ps. 78 y 79), afirma que la reforma «mantiene el principio de no necesidad de citación de los progenitores en determinados supuestos (inc. a), 2º párr.)... si bien el texto fue modificado, debió disponer, en forma expresa, la citación obligatoria de los padres biológicos en todos los casos que prevé la norma».

11.2. Oportunidad de la citación

«El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación» (art. 317 C.C.).

Esta previsión legal implicaría que carece de validez la manifestación de voluntad de dar en adopción al hijo por nacer. Además, producido el alumbramiento, con prudencia la ley establece una suerte de plazo de espera de sesenta días para que los padres biológicos del recién nacido, puedan pronunciarse libremente sobre la decisión de darlo para que sea adoptado; el plazo se ha establecido para permitir una manifestación de voluntad definida, madura, en particular, respecto de la madre que, inmediatamente después del parto se encuentra bajo la influencia emocional del puerperio. Mientras tanto, el recién nacido podrá encontrarse al cuidado de un ama externa o bajo otro tipo adecuado de protección o de guarda, que le asegure comida, refugio, asistencia y, en su caso, el necesario control médico.

11.3. Aquiescencia: encuadre de la figura jurídica. Asesoramiento

Aunque la ley habla de consentimiento de los padres de sangre, con rigor, se trata de un asentimiento. La expresión «consentimiento» jurídicamente puede confundir porque, como elemento de los contratos es el que emana de las partes que se acuerdan⁽⁶⁰⁾; en cambio, en esta situación, el término «asentimiento» significa «la conformidad de quien, estrictamente, no es parte en la relación jurídica adoptional».

En nuestro país, como en la mayoría de los países que la reglamentan, la adopción de menores no es «contractual» sino que es un vínculo familiar que se crea «judicialmente». La terminología que proponemos es la que más se ajusta a la intervención que se le reconoce a los padres biológicos en este proceso, en donde su voluntad «si bien tiene mucha importancia» no puede compararse con la virtualidad generadora de consecuencias jurídicas propia de las manifestaciones de las partes en los contratos⁽⁶¹⁾.

(60) Fanzolato, Eduardo Ignacio, *El consentimiento conyugal*, edición del autor, Ciz., 1986, p. 10, Nº 4.

(61) D'Antonio, Daniel H., en obs. cit., p. 84, comparte la fundamentación de una escabrosa sentencia, según la cual, la entrega del menor por sus padres «no constituye un acto de

En todos los casos en que se requiera el asentimiento a los padres de sangre, será indispensable que hayan sido previamente advertidos y asesorados acerca de la trascendencia de la manifestación de voluntad que se les solicita y de la extensión de los efectos de la adopción. La información será proporcionada en un lenguaje llano y los conceptos deberán ser fácilmente entendibles por los progenitores, explicándoles las consecuencias jurídicas de la decisión que se les pide en orden a la custodia del menor y a la eventual ruptura o limitación de los vínculos paterno-filiales, evitándose subterfugos informativos para obtener un asentimiento que podría ser atacado por vicios de la voluntad.

11.4. Modalidades del asentimiento

Cabe preguntarse si los padres de sangre, al efectuar esta manifestación de voluntad, podrían subordinarla a la circunstancia de que su hijo se otorgue en adopción simple y no en adopción plena. Y, en el supuesto de que así se hubieran pronunciado, ¿qué valor tendría tal condicionamiento?

Pensamos que semejante *condición* sólo tendrá un valor relativo, de mera sugerencia, y que carecería de fuerza vinculante para las autoridades judiciales que deben resolver la situación definitiva del menor en función de su interés. Se ha dicho que *«la ley no conoce un derecho intangible de los padres respecto de su propia prole, cuando el interés de ésta resulta claramente comprometido en relación a otras alternativas más satisfactorias»*⁶².

Sin embargo, el asentimiento para que el menor sea dado en adopción puede ser general o especial respecto de un determinado adoptante. En el actual ordenamiento adoptivo hay por lo menos un caso en que se admite

diputación del menor-objeto, ni un acuerdo de voluntades propio de un contrato, porque la patria potestad es un pléno de derechos-deberes-funciones intransmisibles, insalvables, irrenunciables... sin que lo determinativo para el emplazamiento en el nuevo estado de familia sea el sólo y puro consentimiento» (Jurisprudencia de Entre Ríos, Lillo del 22/12/91, autos «A.C. s/ Adopción plena», Jurisprudencia de Entre Ríos, t. 68, p. 1050).

(62) C.S., 13/11/90, L.L. 1591-B-471. Mazzighi, Jorge Adolfo, en la nota a dicho fallo, titulado «Cabal interpretación de uno supuesto garantía constitucional, aunque refiriéndose a otra problemática, dice que «el Poder Judicial podría prescindir de la decisión paterna si ésta fuese abusiva», p. 174.

esta última forma. Tiene lugar cuando se da la conformidad para la adopción del hijo por el nuevo cónyuge del padre o de la madre de sangre⁶³.

El Registro Único de Aspirantes a la Adopción, previsto en el art. 2º de la ley 24.779, podría interpretarse en el sentido de eliminar toda posibilidad de asentir a favor de una determinada persona. No compartimos semejante hermenéutica; por el contrario, creemos que la regla no debería ser absoluta y que, en ciertos supuestos, es respetable la voluntad del progenitor biológico de dar su hijo en adopción a una persona en particular; por ejemplo, a un allegado o familiar que actuó solidariamente, o los casos tan frecuentes de empleadas domésticas que, luego de tener un hijo extramatrimonial, deciden confiarlo a sus patrones, siempre que la situación no envuelva presión moral alguna o enmascare una *«compra de bebé»*.

11.5. Capacidad para asentir la entrega en guarda

En cuanto a la capacidad civil específica para prestar el asentimiento exigido por el art. 317 C.C., la nueva ley no la precisa⁶⁴. Por aplicación de las normas generales al respecto sólo las personas mayores de edad o emancipadas, en ejercicio de la patria potestad podrían otorgar tal conformidad. La manifestación asentiva no tiene un valor de renuncia a la

(63) En Colombia, el art. 9º del Código del Menor prescribe que «... no se aceptará el consentimiento que se otorgue en relación con adopciones determinadas, salvo cuando el adoptivo: 1) fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, 2) fuere hijo del cónyuge del adoptante». El art. 555 del Código de Quebec, admite otros supuestos de asentimiento especial.

(64) En algunas legislaciones se ha reglamentado esta capacidad. Así, en Canadá, el C.C. de Quebec, art. 556: «El padre menor puede consentir el mismo, sin autorización, a la adopción de su hijo». Código de la Familia de El Salvador, art. 176: «Para la adopción de un menor es necesario el consentimiento expreso de los padres a cuya autoridad parental se encontrare sometido. Cuando la autoridad parental sea ejercida por menores de edad, el consentimiento deberá ser prestado por ellos con el asentimiento de su representante legal, o en su defecto con la autorización del Procurador General de la República. La facultad de consentir es intransferible. Cuando se trate de la adopción de personas bajo tutela o de menores involucrados de padre y madre, abandonados, o de filiación desconocida o hijos de padres cuyo parental se ignora, el consentimiento deberá ser prestado el Procurador General de la República, por sí o por medio de delegado especialmente facultado para cada caso...»

patria potestad la cual, como derecho-deber es irrenunciable. La patria potestad sólo se va a extinguir cuando la sentencia de adopción pase en autoridad de cosa juzgada⁶⁶⁵, pero con retroactividad al día de otorgamiento de la guarda (arts. 306, 5º, y 322, C.C.).

En una decisión judicial se dispuso que, siendo la madre menor de edad, a pesar de que sus padres tengan su *representación necesaria y universal, ello no los habilita a otorgar actos personalísimos tales como entregar en adopción al hijo extramatrimonial de aquella, sujeta a patria potestad*⁶⁶⁶.

Los padres extramatrimoniales menores de edad no emancipados no tendrían la capacidad civil necesaria para que su asentimiento tenga la plenitud de la firmeza que habilitaría al juez para dar al menor en guarda con fines de adopción plena (arts. 317, inc. a) y 325 inc. e), C.C.); sin embargo, esto no impediría a la judicatura continuar el trámite siempre que, con la asistencia del Ministerio de Menores, al menos, hubiese oído a los padres no emancipados, a sus representantes legales, y al tutor legal (art. 264 bis C.C.) del hijo que se busca dar en guarda, puesto que lo decisivo será atender a la situación de abandono, desamparo y carencia del menor y su derecho a tener una familia que lo contenga y a integrarse en ella con su nueva filiación. Si el menor se encontrara en tal estado de necesidad el juez -a raíz de la minoría de edad de sus padres- no deberá sentirse maniatado para decidir. La *urgencia* le impone dar solución al desamparo del menor.

El o los progenitores menores no emancipados deberán venir al proceso de guarda preadoptiva autorizados expresamente por sus respectivos padres de sangre (que serían abuelos del pretense adoptando), art. 264 quater, inc. 5º, C.C. *juntamente* con el abuelo que ejerce la tutela legal sobre el

(665) La puesta a disposición del menor por sus padres con fines de adopción no constituye, en rigor de verdad, una renuncia a la patria potestad. Antes bien, configura uno de los supuestos condicionantes de la *adopción* del menor... el cual, sólo en caso de concurrir las restantes condiciones legales y la decisión judicial pertinente, acarrea la extinción *quo jure* de la patria potestad de los progenitores (art. 307, inc. 4º C.C.). CApel.CC., Sala Sexta, Sent. Nº 55, Chu., 30/8/91. En igual sentido: «Ni la patria potestad ni, mucho menos, los vínculos jurídicos emergentes de la filiación, se aplican por decisión prorogada, por renuncia o abandono de su titular y responsable...» (INCOr., Sala A, 27/5/85, L.L. 1986-D-291).

(666) CApel., Concepción del Uruguay, Solo C. y C., 22/12/94, J.A., 1995-IV-27.

menor que se intenta entregar en guarda preadoptiva (art. 264 bis C.C.). Tanto el progenitor menor no emancipado como el hijo cuya guarda se pretende discernir deben estar representados promiscuamente (art. 59 C.C.) por distintos asesores de menores⁶⁶⁷.

Los padres mayores de edad declarados incapaces (art. 54, incs. 3º y 4º C.C.), comparecerán a través de sus respectivos curadores (art. 62 C.C.) y, además, con la representación promiscua del Ministerio de Menores e Incapaces (art. 59 C.C.). Pero las atribuciones del curador no alcanzan para dar la *conformidad* requerida por el art. 317, inc. a), C.C. por tratarse de un acto personalísimo; por ende, el juez después de oír a los representantes de aquellos incapaces, resolverá lo más conveniente para el menor en función de la realidad concreta de los progenitores interdictos. También en este supuesto la representación promiscua que regula el art. 59 C.C. debe ser ejercida por distintas personas: una en representación de los intereses del hijo y otra respecto de los intereses del progenitor incapaz.

Los padres ausentes y con paradero desconocido serán representados por el defensor oficial de ausentes, quien tendrá las mismas atribuciones y limitaciones que los representantes de los incapaces que acabamos de analizar.

11.6. Virtualidad del asentimiento

De acuerdo al art. 317 inc. a), 2º párr., C.C. en la generalidad de los casos, la falta de conformidad o aceptación paterna no es decisiva para determinar el rechazo de la guarda del menor ni la suerte de la incipiente adopción⁶⁶⁸; si los padres de sangre, con fundamentos más o menos razonables, se negaran a asentar la entrega del menor, en guarda con fines

(667) Guizé, Dutto, Ricardo J.: *Comentarios a la Ley de Adopción Nº 26.779*. Edir. FAS, Rosario, 1997, *previo a resolver deberá oírse el dictamen de dos asesores de Menores, uno que intervenga por el menor cuya guarda se persigue y otro por la madre o padre menores de edad*, p. 98.

(668) Algo parecido sucede en el juicio de disenso (arts. 169 y 170 C.C.) en donde el juez después de escuchar los motivos que tienen los padres para oponerse al matrimonio de sus hijos menores de edad, podrá otorgar la venia supletoria, en contra de la voluntad de los progenitores, cuando por las circunstancias del caso, considere que no son lo suficientemente hábiles como para negar la autorización.

de adopción, el procedimiento no quedaría estancado ni concluido. El juez, aun habiendo escuchado la negativa paterna, podrá proseguir el trámite porque siempre deberá resolver lo más conveniente para el menor y bien pudiera ocurrir que el interés del niño se impusiera por sobre la voluntad de sus progenitores.

Lo antes consignado también procede en los supuestos no comprendidos en la excepción del segundo párrafo señalado, toda vez que, no obstante la oposición paternal a la guarda preadoptiva, el juez verificase, quizás a raíz de la pretendida defensa de los padres, que el menor se encuentra *de hecho* en alguna de las situaciones por las cuales la ley permite considerar admisible su adopción, y así lo declarara en el auto. Pero, fuera de tales casos, es decir, *no resultando demostrable alguna de las circunstancias que relevan de la necesidad del asentimiento de los padres, la judicatura, para conferir la guarda preparatoria de la adopción, sólo podrá basarse en la conformidad de los progenitores.*

Si de acuerdo a las pautas desarrolladas, no resultase conducente la guarda preadoptiva, el juez ordenará el reintegro del menor a sus padres de sangre o dispondrá otro tipo de recaudos o medidas de protección, como la simple privación de la tenencia, que regula el art. 11 de la ley 10.903⁶⁹.

Cuando los padres biológicos del menor hubiesen asentido judicialmente su entrega en guarda preadoptiva no será necesario volver a citarlos en el ulterior proceso de adopción. Ya estará suficientemente satisfecha la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) y la finalidad de la ley de que el juez tome contacto directo con los progenitores y los escuche.

11.7. Incomparecencia. Negativa infundada. Discordancia de voluntades entre los progenitores

La comparecencia ante la citación es una muestra del interés que todavía alienta a los padres frente a las situaciones de peligro o de aparente abandono

(69) Por su parte, Belluscio, Augusto César, *Ademán*, cit., p. 19, afirma: «*por inferencia lógica, no por lo que dicen los textos, se deberá interpretar que es atribución judicial otorgar la guarda y, luego, la adopción, a pesar de la negativa de ese consentimiento.*

en que se encontrarían sus hijos; pero, si una vez que son citados, no concurren, su ausencia injustificada podrá interpretarse como un nuevo indicio demostrativo del desentendimiento total o del abandono moral o material al que alude el 2º párrafo del inc. a) del art. 317 C.C.

Cuando se presentan pero niegan la conformidad para la entrega en guarda, tal proceder no tiene potencia para afectar la eficacia de la decisión judicial, siempre que el juez compruebe y determine que el menor se encuentra en alguna de las condiciones que, en principio, hacen viable su adopción (ver § anterior).

Si respondiendo al llamado de la justicia, comparecen ambos progenitores y sólo uno está de acuerdo con la entrega preadoptiva y el otro se opone, se deberá aplicar la norma del art. 264 *ter* C.C., según la cual, en caso de desacuerdo entre el padre y la madre, el juez respectivo resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del ministerio pupilar...

11.8. Casos en que no se requiere el asentimiento de los progenitores. Citación

No será necesario el asentimiento (de los padres biológicos) ... cuando el menor estuviere en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo

idem, D'Antonio, Daniel Hugo, *Niños en legal de la adopción*, Ley 24.779, cit., p. 100, en donde manifiesta que la interpretación de que el consentimiento es imprescindible «*no se concilia con el espíritu de la reforma ni se corresponde con el superior interés del niño, estándar jurídico de aplicación genérica.*» Por nuestra parte, como surge del texto, coincidamos con la postura de Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, *Manual de derecho de familia*, 5ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 1998, quienes, en la página 530, manifiestan que fuera de los supuestos contemplados en el párr. 2º del inc. a) del art. 317: «*el juez deberá contar con el consentimiento de los progenitores para otorgar la guarda preadoptiva. Debe tenerse en cuenta que se tratará de supuestos en los que no existe desvinculación familiar comprobada que justifique la adopción plena (art. 325). Por eso, en punto a la guarda que pudiera pretenderse en vistas a una adopción simple, el consentimiento de los padres es razonablemente exigible.*

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 (art. 317, inc. a, 2º párr., C.C.).

Aunque la ley, en los supuestos señalados, no requiera la conformidad de los padres para discernir la guarda preadoptiva de sus hijos, sin embargo, por razones constitucionales y jurídico-familiares, se los debe llamar para que comparezcan en dicho proceso.

Sólo en casos excepcionales será improcedente su convocatoria. Ello ocurre cuando el menor fuera huérfano, o no tuviera padres conocidos, o cuando los progenitores, *debidamente asesorados* acerca de la trascendencia de su manifestación de voluntad, hubieran asentido judicialmente la guarda con fines de adopción, en presentación voluntaria y autónoma ante un juzgado en turno, o en otro proceso en el que hubieran intervenido (separación judicial, divorcio, privación de la patria potestad o de la tenencia, alimentos, visitas, etcétera). En el resto de los casos deberán ser citados; pero no para que manifiesten conformidad sino a los fines de que el tribunal los oiga. De tal audiencia podrán surgir importantes elementos de juicio acerca de la utilidad de la filiación adoptiva respecto del menor (art. 321, incs. c) y e), C.C.) y de la clase de adopción a otorgar (art. 330 C.C.).

Pensamos que, incluso estando privado de la patria potestad, el progenitor biológico debe ser llamado al proceso; porque esta sanción no es definitiva sino que puede ser dejada sin efecto y restitúesele la autoridad de los padres (art. 308 C.C.). Por ende, aun en tales circunstancias, habrá que oír a los padres biológicos porque la pretendida adopción (en particular, la plena), además de transferir la patria potestad a los adoptantes, produce una ruptura de vínculos jurídicos parentales que no afecta únicamente a los progenitores sino que se prepara a todos los miembros de la familia originaria del adoptando.

Ignorándose el paradero de los padres biológicos ausentes o desaparecidos, se los deberá citar por edictos para asegurar su derecho de defensa en juicio⁽⁷⁰⁾.

(70) En este sentido: CNGiv., Sala C, 26/8/82. Síntesis jurisprudencial. E.D., 114-352, Nº 906.

11.9. Conocimiento personal del adoptando

El inc. b) del art. 317 C.C. ordena, también bajo pena de nulidad, que la judicatura tome conocimiento personal del adoptando. Naturalmente, el tipo de entrevista, el desarrollo y su duración, como la clase de información requerida, variará según la edad y características del niño. Tratándose de menores con uso de razón, es decir, con el discernimiento natural que se adquiere pasada la primera niñez⁽⁷¹⁾, se le podrá pedir su opinión sobre el nuevo emplazamiento familiar que se le prepara. Pero siempre será conveniente que el juez actúe con el asesoramiento del cuerpo técnico interdisciplinario.

11.10. Pretensas guardadores con fines adoptivos

Quienes se postulan a la adopción son los actores o peticionantes (y, por ende, partes necesarias) en el proceso en el que se resolverá si el niño se les entrega en guarda preadoptiva.

La judicatura, so pena de nulidad, deberá 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 (art. 317, inc. c), C.C.).

En donde funcionan registros de aspirantes a adoptar es frecuente que dichos organismos formen los respectivos legajos con los antecedentes de los inscriptos y el resultado de estudios psicológicos y sociofamiliares efectuados a éstos. Tales elementos, de entrada, facilitarán el proceso, sin perjuicio de otras medidas, independientes o conexas, que se puedan ordenar. Se supone que cuando se organicen, tanto en el orden nacional como en el provincial, el Registro Único de Aspirantes a la Adopción, referido en el art. 2º de la ley 24.779 serán mantenidas y reglamentadas uniformemente las mencionadas funciones.

(71) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1992, voz: *uso de razón*, p. 1455.

Si bien el análisis exhaustivo de las condiciones de los adoptantes se realizará en el juicio de adopción, el juez que decide esta guarda previa, debe examinar, aunque sea en general, las aptitudes legales y las cualidades de los futuros padres adoptivos para evitar el impacto emocional que podría significarle al menor la posterior negativa de la adopción por carecer los peticionantes de alguna de las condiciones que tornan admisible y conveniente la filiación adoptiva. De esta manera, el otorgamiento de la guarda previa implica una especie de *adopción provisoria*, porque, en el subsiguiente proceso de adopción se deberá volver sobre aquellos aspectos, considerándolos con profundidad y, además, complementarios con los informes de los equipos técnicos que evaluarán la inserción filial del menor en el grupo familiar de los guardadores. El estudio señalado podrá generar un pronunciamiento que desestime la pretensión adoptiva si el juez detecta elementos que determinan su inadmisibilidad o inconveniencia.

11.11. Conocimiento de la familia biológica del menor

El juez no sólo deberá citar y oír a los progenitores sino que, además, podrá hacerlo con los demás parientes (hermanos, tíos, abuelos, etcétera) y disponer otros medios de información al respecto. El conocimiento de las circunstancias familiares del menor no debería ser facultativo; es más, *creemos que es obligatorio para el juez en virtud de las normas transcritas de la Convención de los Derechos del Niño, en especial el artículo 21, a*). El requisito se explica porque, según el tipo de adopción a acordar (simple o plena), desaparecerían los vínculos jurídicos parentales que sus titulares quisieran mantener y cuyo parentesco, en determinadas situaciones, hasta les permitiría asumir la tutela. En semejantes supuestos el juez deberá pronunciarse teniendo en cuenta el superior interés del menor de preservar su identidad y de permanecer en el seno de su familia natural ampliada (arts. 5º y 8º de la Convención de los Derechos del Niño).

11.12. Guardas extrajudiciales y de hecho

Como en el proceso de adopción, a los efectos de satisfacer el requisito de la *guarda previa*, la ley anterior validaba las guardas de hecho u otorgadas en forma extrajudicial, se imponía reglamentar el cambio de

exigencia en aquellas situaciones en que, al entrar en vigencia el nuevo ordenamiento adoptivo, el menor se hallara bajo alguna de tales guardas no judiciales, y pendiente de iniciación del juicio de filiación adoptiva. Para estos supuestos, como disposición transitoria, el art. 5º de la ley 24.779, autoriza al juez a computar el tiempo transcurrido en guarda extrajudicial a los efectos de satisfacer el término fijado por el art. 316 C.C.

Pero esta especie de *consolidación del tiempo de guarda* deberá ser efectuada por el juez competente para otorgar la guarda judicial preadoptiva quien deberá observar las demás exigencias establecidas en el art. 317 C.C., en particular, la citación de los progenitores, el conocimiento directo del menor y el examen de los requisitos personales de los guardadores, con participación del Ministerio Público y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin.

Otra situación en la que se les reconocen efectos a la guarda de hecho o extrajudicial previa a la adopción está consagrada en el art. 311, inc. 2º, C.C., en el que, refiriéndose a la posibilidad de adoptar a mayores o menores emancipados, incluye los casos en que «exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por autoridad judicial». Esta es una hipótesis en la que, si bien no se puede exigir la guarda *judicial* de una persona mayor y capaz, sin embargo, la guarda de hecho durante la minoridad debe haber existido; y tal circunstancia será uno de los elementos de los que se deriva la posesión del estado de hijo, que debe acreditarse ante el órgano judicial pertinente¹⁷².

11.13. Auto de guarda preadoptiva. Contenido. Carácter de la resolución

Concluido el proceso previo (al juicio de adopción en sí mismo), la judicatura pronuncia su decisión otorgando o denegando la guarda preadoptiva.

¹⁷² El Trib. Colegiado de Familia N° 4, de Rosario, el 16/3/95, en cierto modo, había adelantado la nueva solución legal, decidiendo que «procede la adopción aunque el adoptado ya sea mayor a la fecha de la pronuncia de la acción, siempre que la guarda dure de su minoridad». J.A., 1996-III-36, Serie 3, Secc. Índice. En igual sentido, C.S.J., II/10786, J.A., 1987-B-553, L.L., 1987-E-45, con disidencia del Dr. Augusto César Boffalora quien considera que el fallo es *in iuris* leges.

El auto que concede la guarda con fines adoptivos es un presupuesto de admisibilidad de la demanda de adopción. Debe tratarse de una resolución del juez que tiene competencia según el art. 316 C.C. y que conceda la guarda «preadoptiva», en base a la observancia de **todos** los requisitos reglamentados en el art. 317, C.C., en particular la citación de los padres para que acepten o emitan su opinión acerca de la entrega del hijo en guarda con fines adoptivos.

La falta de asentimiento de los progenitores impone una ponderación del juez que enlance al menor en las situaciones para las cuales la ley no lo exige. Si no hay un pronunciamiento judicial (previo o en el mismo acto) declarando la privación de la patria potestad, el desinterés, o el abandono en los términos del art. 317, C.C., la simple guarda del menor que pudiera conferirse en semejante contexto, será una medida cautelar más que no satisface las exigencias de una verdadera guarda preadoptiva, la cual supone citación de los progenitores, su eventual asentimiento o una calificación de la conducta paterna que justifique prescindir de dicha conformidad; y además, el conocimiento personal del menor y la constatación de que las condiciones de los *pretensos guardadores con fines de adopción*, satisfacen el interés del menor.

Esto significa que un decreto judicial que discierna una guarda provisoria, sin observar las prescripciones de los arts. 316 y 317 C.C. y, por ende, sin que se precise que la medida se concede con fines de adopción, constituirá una pura medida cautelar urgida por el apremio de las circunstancias (cualquiera fuere su tiempo de duración y el giro idiomático usado para denominarla) pero no será válida como presupuesto para admitir la demanda tendiente a constituir la filiación adoptiva.

En este auto, se determinará el plazo mínimo de guarda previa que es presupuesto para poder otorgar la adopción (art. 316 C.C.).

12. Registro único de aspirantes a la adopción

El art. 2º de la ley 24.779 dispone que «las autoridades de aplicación organizarán en el orden nacional y provincial un Registro Único de Aspirantes a la Adopción, cuyo funcionamiento se coordinará mediante convenios».

Al tratarse el proyecto, en la Cámara de Senadores, se objetó la constitucionalidad del artículo en cuestión, dado el aparente avasallamiento que implicaría respecto de las atribuciones que conservan las provincias. La

Nación no tiene facultades para organizar un Registro Único de Adoptantes para todo el país. Esto es competencia de las provincias, dentro de sus respectivas jurisdicciones, por ser materia no delegada en el gobierno central (art. 121 C.N.). El senador Branda¹⁷⁰, en su calidad de miembro informante del proyecto que se aprobó, sostuvo que ese no era el sentido de la disposición y, rebatiendo la alegada inconstitucionalidad, manifestó que nada se les impone a las provincias, sino que se les respetan las atribuciones de organizar sus registros, atribuciones que están comprendidas dentro de los poderes no delegados. Con esta hermenéutica, *cada provincia organizará y reglamentará sus propios registros y lo mismo hará la Nación*. Todo, sin perjuicio de los convenios que, sobre este particular, puedan celebrar las provincias entre sí y con la Nación.

Ha transcurrido más de un año desde que se aprobara la nueva ley de adopción, sin que se haya avanzado en la coordinación de estas especies de «listas de espera». Si los registros únicos de cada una de las distintas jurisdicciones, estuvieran sistematizados entre sí, los inscriptos en ellos podrían acceder, con facilidad, a la adopción de niños residentes en jurisdicciones ajenas, en las que existieran menos postulantes.

En algunas provincias existe una actitud de rechazo a estos instrumentos porque se piensa que, antes de reconocer la prioridad cronológica de las solicitudes provenientes de otras provincias, es más razonable dar preferencia a los aspirantes locales, aunque la inscripción para postularse a la guarda con fines adoptivos sea posterior con respecto a los pretendientes de otras zonas; incluso se afirma que el conceder preeminencia a las familias del mismo medio consulta más acabadamente el derecho del niño a su propia identidad, facilitándose la conservación de las costumbres provinciales o regionales y la continuidad en la educación del menor, con un apropiado respeto a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico (art. 20 *in fine* de la Convención de los Derechos del Niño). Sin embargo, en algunas jurisdicciones se aceptan pedidos de adopción de personas que residen en otras regiones.

Lo cierto es que mientras no se organice y funcione un sistema de informatización nacional no será factible ninguna especie de Registro coordinado.

¹⁷⁰ Ocho Diario de Sesiones del Senado, 20/11/96. Intervención del senador Branda.

B. JUICIO DE ADOPCION

13. Demanda de adopción

La demanda de adopción debe ajustarse a ciertas exigencias procesales mínimas:

1. Nombre de los adoptantes, domicilio real del que se puede derivar la competencia del tribunal, domicilio especial a los efectos procesales, patrocinio letrado.
2. Determinación de la competencia del tribunal en función de alguna de las pautas fijadas en el art. 321 inc. a), C.C., las que se deberán acreditar.
3. Exposición de los hechos que determinaron la guarda preadoptiva y de los que hubieran acaecido durante el tiempo de guarda. Completa individualización (nombres, domicilios, estado, capacidad) del adoptando y de sus progenitores si fueran conocidos. Resumen de los requisitos legales satisfechos para obtener esta guarda.
4. Copia del auto de guarda preadoptiva, y solicitud de agregación al juicio de adopción del expediente en donde se tramitó la guarda con fines de adoptivos.
5. Especificación del tipo de adopción, plena o simple, que se solicita. Si el adoptante pide la adopción simple, deberá exponer los *motivos fundados* que justifican la preferencia (art. 330 C.C.). Si se tratare de una adopción conjunta se deberá acreditar el matrimonio entre los que la demandan. Cuando durante el transcurso de la guarda conjunta, hubiera fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente podrá solicitar la adopción unipersonal, o la conjunta *post mortem* regulada en el art. 324 C.C., acompañando copia del certificado de defunción de su ex cónyuge.
6. Prueba de que concurren y se cumplen los requisitos de admisibilidad de la adopción solicitada, con relación a cada adoptante: capacidad general y estado civil; capacidad adoptiva específica, demostrando la observancia de la edad mínima exigida o el encuadramiento fáctico en las excepciones legales; diferencia de edad con el adoptando; si una persona casada pretende adoptar unipersonalmente deberá probar que concurren las circunstancias de excepción que la hacen factible; inexistencia de impedimentos adoptacionales por razón de vínculos de

parentesco prohibido o de obligaciones pendientes derivadas de la tutela (arts. 315 incs. b) y c), y 318 C.C.); acreditar residencia de los adoptantes en el país que satisfaga el requisito del art. 315, 1º párrafo *in fine*, C.C.

7. Integración de la familia próxima del adoptante a los efectos de facilitar el ejercicio de las atribuciones que le conceden al juez los arts. 314 y 321 C.C. y denuncia de otras adopciones anteriores subsistentes, a los fines del art. 313 C.C.
8. Presencia de las condiciones de viabilidad de la adopción del menor que se intenta adoptar, según el tipo de adopción (plena o simple) solicitada.
9. Compromiso de los adoptantes de hacer conocer al adoptado su realidad biológica (art. 321, inc. b), C.C.).
10. Si se pretendiera una adopción simple integradora, acreditar el matrimonio con el progenitor biológico y la conformidad de éste con dicha adopción, además del resto de requisitos generales. Si se tratara de la adopción por el cónyuge superviviente del hijo del premuerto, deberá certificarse su fallecimiento (art. 312 *in fine* C.C.).
11. Desarrollo circunstanciado y acreditación de los medios de vida, profesión, empleo, ocupación, recursos, aptitudes formativas y cualidades morales del adoptante derivadas de su instrucción, funciones, costumbres, etcétera, a fin de poder relacionar tales condiciones personales con la conveniencia de la adopción para el menor. Declaración y prueba de las modificaciones operadas en tales condiciones desde el otorgamiento de la guarda y, en su caso, acompañar una actualización del certificado de buena conducta expedido por autoridad policial, si la constancia respectiva, presentada en el proceso de guarda, tuviera vencida su duración. Aunque no resulte decisivo, es útil consignar datos referidos a la religión y estado de salud de los accionantes.
12. Solicitud de cambio o agregación de prenombre, si correspondiera. Determinación del apellido, simple o compuesto, que usará el menor adoptado.
13. Consentimiento de los adoptandos, si fueran mayores de edad o emancipados, en las hipótesis del art. 311 C.C.
14. La fundamentación de cada pretensión en el derecho común y constitucional vigente, debe ser particular y precisa; en aquellas situaciones dudosas o no contempladas se deberá apelar a los

principios que informan la institución, a las resoluciones jurisprudenciales sobre casos análogos y a los principios generales del derecho.

Normalmente, la mayoría de estos requisitos estarán debidamente acreditados en el expediente en el que se tramitó la guarda preadoptiva. Por ello, Belluscio dice que *hay duplicación de trámites y de juzgamiento*; sin embargo, como se debe ofrecer y ordenar que aquel expediente se agregue al juicio de adopción, todas las constancias que obran en dicho expediente de guarda servirán a los fines de la constitución de la filiación adoptiva, sin que se deba reiterar la prueba rendida. Desde este punto de vista, el proceso previo de guarda con fines adoptivos facilita notablemente el juicio de adopción en sí mismo; pero cuando las condiciones o situaciones hubieran variado se deberá consignar y acompañar los comprobantes de las nuevas circunstancias.

13.1. Competencia

«La adopción... se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante» (art. 311 C.C.). La demanda de adopción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda (art. 321, inc. a), C.C.).

De todo esto resulta que para entender en el juicio de adopción es competente:

- a) El juez del domicilio del adoptante;
- b) El juez del domicilio del menor;
- c) El juez del lugar en el que se comprobó el abandono.

14. Partes

En el juicio de adopción de menores son partes el o los adoptantes y el Ministerio de Menores (art. 321, inc. b), C.C.).

La ley no prevé en esta instancia la intervención de los padres biológicos del menor, ni del Ministerio Fiscal.

14.1. Intervención de los padres biológicos. Diversas posturas. Nuestra opinión

Durante la vigencia de la ley 19.134, existieron diferentes tesis jurisprudenciales y doctrinarias sobre la necesidad y el carácter de la intervención de los padres biológicos en el proceso adoptivo¹⁷⁴. La normativa procesal, en este aspecto, fue sustancialmente modificada por los nuevos preceptos que introducen el proceso judicial de guarda preadoptiva, antes analizado. Aquí trataremos de dilucidar si, *habiéndose observado las precisiones de los arts. 316 y 317 C.C.*, que reglamentan la citación de los padres y su conformidad respecto de la entrega del menor con fines adoptivos, se requiere o no una nueva citación en el proceso ulterior en el que se tramita la adopción en sí misma. Antes de defender nuestra opinión, intentaremos reseñar las posturas doctrinarias actuales incluyendo también algunas referidas a la anterior regulación legal, en la medida que sean compatibles con las disposiciones vigentes.

a) D'Antonio considera que la citación limitada en su objeto que contempla el art. 317 C.C., no satisface la garantía constitucional de la defensa en juicio y que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 321, inc. c), C.C. el juez interviniente *deberá citar* a los padres de origen del menor¹⁷⁵.

Un fallo de 1994, apoyándose en una extensa bibliografía nacional, precisa que *«el solo hecho de ser padre o madre de un menor cuya adopción solicita un tercero, constituye por sí mismo un justo y suficiente motivo para intervenir en el juicio en calidad de parte legítima y esencial, pues en dicho proceso está en juego la patria potestad y el derecho filiatorio del menor»*. En el mismo pronunciamiento se defiende la intervención de los padres biológicos en el proceso adoptivo a los fines de asegurar el derecho constitucional de defensa en juicio y evitar nulidades futuras. Al menos serán citados y, en caso de comparecer debe dársele participación. *«Producida la citación a juicio del padre de sangre, la decisión que en definitiva se dicte tendrá mayor firmeza, lo cual favorece al menor y a los adoptantes»*.

En este mismo caso, el asesor de Menores de Cámara había dictaminado señalando que *«la presencia del progenitor en el proceso de guarda de su*

¹⁷⁴ Ver *supra*, nota 56.

¹⁷⁵ D'Antonio, Daniel H., *Algunos legal de la adopción*. Editorial Cultura, Santa Fe, 1997, p. 98.

bijo o en el de la adopción, si éstos se dan por separado, hace a la regularidad de los procesos de esta naturaleza y a un adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio- agregando que, siempre -que la persona a adoptar tenga padres conocidos, éstos deben ser citados por el juez-⁷⁷⁶.

Otros tribunales han resuelto que la intervención de los progenitores resulta insoslayable en estos procesos, siendo necesaria y esencial la citación de los padres de sangre al juicio de adopción, *aun en los casos en que exista una expresa manifestación de abandono o conformidad con la adopción*⁷⁷⁷, y Mazzinghi, aprobando esta jurisprudencia, consideraba que la ley que excluyere a los padres biológicos de estos procesos sería una ley -inícuo- porque su aplicación provocaría una injusticia notoria avasallando derechos propios de la naturaleza humana. Siguiendo a Tomás de Aquino, en estos casos excepcionales, el juez, en cumplimiento de una obligación moral, debía apartarse de la ley. Luego de recordar el pasaje del profeta Isaías, en el que anuncia la venganza divina diciendo: *«Ayl de los que dan leyes iníquas, y de los escribas, que escriben prescripciones tiránicas, para apartar del Tribunal a los pobres y conculcar los derechos de los desvalidos de mi pueblo»*, sostenía que *«la idea de apartar a los pobres del tribunal, suena muy próxima a la exclusión de los padres del juicio de adopción de sus hijos»*. Y, más adelante, comentando positivamente esta jurisprudencia derogatoria en materia de adopción, agregaba que el asentimiento para dar el hijo en adopción *«es una manifestación de voluntad abstracta, que de ordinario se formula antes de que la guarda sea conferida, ya sea con intervención judicial o sin ella. Y lo importante es resolver -como el tribunal lo ha hecho- que tal declaración no justifica la exclusión de los padres del juicio de adopción»*⁷⁷⁸. Creemos que el comentario, aunque referido al anterior régimen adoptivo, se compadece con la nueva preceptiva.

b) Belluscio enseña que *«la exclusión de los padres se puede justificar cuando han prestado expreso consentimiento para el otorgamiento de la*

*guarda con fines de adopción conforme al art. 317, a), o cuando han sido privados de la patria potestad, pues en este caso han dejado de ser representantes legales del menor. De lo contrario, no oídos ni para la entrega de la guarda ni para la adopción, podría estar violada la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) puesto que la adopción implica para ellos graves consecuencias: si es simple, la transferencia de la patria potestad de los padres a los adoptantes, y si es plena, la extinción del vínculo paterno filial»*⁷⁷⁹.

c) Nora Lloveras, manifiesta que, en este aspecto, el *«principio general»* precisa que los progenitores deben ser citados al juicio de adopción, como mecanismo apropiado para satisfacer la garantía del art. 18 C.N.; pero reconoce que la gravedad de la omisión sería menor si a los progenitores ya se los hubiese citado en el proceso de guarda preadoptiva.

Y aclara que los padres en ejercicio de la patria potestad *necesariamente* deben ser citados al juicio de adopción⁷⁸⁰.

d) Bossert-Zannoni, enseñan que *«después de la reforma introducida por la ley 24.779, los padres de sangre del adoptando no son partes en el proceso de adopción propiamente dicho»*, porque ya habrán tenido la intervención regulada por el art. 317, inc. a), en el anterior proceso en el que se otorgó la guarda preadoptiva. Sin embargo, advierten que *«no corresponde hacer apreciaciones absolutas a priori»*, ya que, de acuerdo a las circunstancias del caso, y con carácter restrictivo, los progenitores podrían poner en conocimiento del juez de la adopción -sin que implique tenerlos por parte- ciertos pormenores o datos que impedirían o tomarían desaconsejable la adopción a favor de los guardadores; generalmente, se trataría de sucesos o eventos sobrevenidos e ignorados por el tribunal que concedió la guarda. *«Pero parece que, fuera de este contexto, no cabría introducir un contradictorio con los padres del adoptado a riesgo de desnaturalizar el proceso de adopción mismo»*⁷⁸¹.

(76) C.N.C., Sala H, Fallo del 19/10/94, L.L. 1995-D-387, con nota aprobatoria de Jorge Adolfo Mazzinghi, titulada «Jurisprudencia derogatoria en materia de adopción».

(77) C.N.C., Sala H, 19/10/94, L.L. 1995-D-391; en este fallo se menciona a favor de esta tesis: C.N.Civ., Sala C, 11/10/82, L.L. 1983-B-577; ídem, Sala C, 27/5/85, J.A. 1986-IV-287; L.L. 1986-D-202; ídem, Sala B, E.D. 82-315; ídem, Sala F, 30/6/75, L.L. 1975-B-84.

(78) Mazzinghi, Jorge Adolfo, *Jurisprudencia derogatoria en materia de adopción*, L.L. 1995-D-ps. 380 y 390, puntos V y VI.

(79) Belluscio, Augusto César, *Ley de adopción 24.779*, Adenda de la obra *Manual de Derecho de Familia*, Depalma, Bs. As., 1997, § 508, p. 20.

(80) Lloveras, Nora, *Nuevo régimen de adopción*, Ley 24.779, Depalma, Bs. As., 1998, p. 188. La obra citada de la autora cordobesa apareció a fin de mayo de 1998, hallándose en prensa la edición de nuestro libro. No obstante, quisimos consignar su postura sobre el particular, por tratarse de uno de los aspectos novedosos de la ley, cuya interpretación, sin duda, «divergerá o dividirá a la doctrina nacional».

(81) Bossert, Gastón y Zannoni, Felizardo, *Manual de derecho de familia*, 5ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 1998, § 618, ps. 534 y 535.

e) Según Lea Levy *«la voluntad, manifestada por los padres, de entregar al menor en adopción, o su presencia a fin de ser oídos en ocasión de otorgarse la guarda del menor, en sede judicial, hace innecesaria una nueva citación, ya que estarían cumplidos los recaudos que constituyen el fundamento de la guarda judicial: la garantía del debido proceso»*.

Habiéndose citado a los padres biológicos con motivo del proceso para otorgar la guarda preadoptiva, ya no resulta necesaria su presencia en el juicio de adopción y, en tal caso, no habría tacha alguna de inconstitucionalidad, toda vez que han sido oídos en el proceso y han podido ejercer su derecho de defensa.

Sin embargo, excluye de esta opinión a los supuestos en que la ley no hace mención expresa de la obligación de citar a los padres del menor. Esta reserva se funda en que la autora interpreta que la ley no impone la citación de los padres en aquellas situaciones en que no se requiere su consentimiento (art. 317 inc. a) 2º párr., C.C.). Y agrega que si por razones no imputables a los progenitores, éstos no hubieran intervenido en el proceso de guarda preadoptiva se los deberá citar en el juicio de adopción o admitir su presentación espontánea (82).

f) Ricardo Dutto, manifiesta que como la intención del legislador fue la de facilitar la adopción, resulta evidente que otra citación de los progenitores, *«conspiraría contra ese principio y por otra parte, la garantía para el juez que otorga la adopción va a estar brindada por la anterior citación del juez de la guarda, siendo innecesaria una nueva. No resulta sencillo atemperar la angustia de los futuros adoptantes sobre un eventual pedido de restitución del niño por parte de los progenitores biológicos durante el juicio de adopción, por eso es suficiente garantía la citación obligatoria que realiza el juez que entrega en guarda al menor»* (83).

(82) Levy, Lea M.: *Algunos de adopción*, Ley 24.779, Astrea, Bs. As., 1997, ps. 74 y 97. En la p. 78, dice «lamentablemente, el nuevo texto queda a mitad de camino. Mantiene el principio de no necesidad de citación de los progenitores en determinados supuestos (inc. a, párr. 2º) y en la pág. siguiente afirma que «si bien el texto fue modificado, debió disponer, en forma expresa, la citación obligatoria de los padres biológicos en todos los casos que prevé la norma». Por nuestra parte, recordamos que la reforma introducida al texto proyectado del actual artículo 317, implica establecer, en todos los casos, la citación a los progenitores.

(83) Dutto, Ricardo J.: *Comentarios a la Ley de Adopción N° 24.779*, Púa, P.A.S. Buenos Aires, 1997, p. 92.

g) Graciela Medina sostiene que, según el inc. b) del art. 321 C.C. se ha suprimido la intervención, como partes, de los progenitores del adoptando en el juicio de adopción. Sin embargo, advierte que si durante el período de guarda preadoptiva, las condiciones de los padres biológicos varían, o los pretendidos adoptantes asumen comportamientos impropios y tales conductas son conocidas por los progenitores, ellos pueden hacer conocer los cambios operados a fin de oponerse a la adopción. En tales supuestos el superior interés del menor le impone al juez de la adopción el deber de oírlos (84).

h) Alicia García de Solavagione afirma que *«la intervención de los malos padres es innecesaria... El art. 321 establece que en el juicio de adopción son partes, solamente, el adoptante y el Ministerio de Menores (obsérvese que no se incluye a los padres); estimando la legislación con buen criterio, que los derechos del menor (los únicos a mi juicio a ponderar y proteger) están resguardados por la participación del Ministerio Pupilar...»*.

«... En conclusión, si bien es cierto que se ha limitado la intervención familiar en el juicio de adopción, es conveniente abrir una instancia superadora en el criterio de la magistratura y en los ámbitos constitucionales, tendientes a procurar la desaparición de este requisito que significó, en la praxis judicial y en la psique del menor, un obstáculo dañino para la estructuración de la familia adoptiva, derecho que tiene todo niño que carece de aquella de sangre...» (85).

i) Nuestra opinión: Las garantías constitucionales de defensa en juicio y del debido proceso están suficientemente consultadas y satisfechas a través de la citación que impone el art. 317 C.C. a todos los padres de sangre sin distinción de las situaciones y procederes paternos con relación al menor (86).

En los casos en que, además de la citación para oírlos, se requiere el asentimiento de los progenitores, será necesario cumplimentar este requisito

(84) Medina, Graciela, *La adopción*, Editorial Colsán, Bs. As.-Santa Fe, 1998, t. I, ps. 268 y 269.

(85) García de Solavagione, Alicia, *El juicio de adopción y la citación de los progenitores de sangre*, Sens. Jur. N° 1153, Cha., 7/8/97, N° II, b), p. 144. La autora estima que los derechos del menor son los únicos a ponderar y proteger y que están suficientemente resguardados por la participación del Ministerio Pupilar (ob. cit., N° III, p. 145).

(86) Es decir, incluidos los padres abusivos, los desinteresados del menor por largo tiempo, los privados de la patria potestad, etcétera, por las razones que hemos dado en el § 12.1.

o que, el juez, declare, al momento de otorgar la guarda preadoptiva, que el menor se encuentra en alguna de las circunstancias que, según el art. 317, inc. a), 2º párr., C.C., relevan a la judicatura de la conformidad paterna.

Los padres que, *jurídicamente* disienten con el auto de guarda con fines de adopción podrán recurrirlo y, en algunos casos, el recurso ha llegado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁽⁸⁷⁾. Pero, si el auto de guarda preadoptiva no es impugnado ni apelado o, en su caso, si se hubiera desechado el agravio, *el juez de la adopción no está obligado a citar nuevamente a los progenitores*. Lógicamente, conserva las atribuciones que le otorga el art. 321, inc. c), C.C. para llamar a cualquier persona que estime conveniente en beneficio del menor; *pero esto es facultativo y no obligatorio*. Si el órgano jurisdiccional, por las motivaciones que fueran, no usa de esta prerrogativa, la sentencia que dicte no podrá ser atacada de nulidad por tal «omisión». Los progenitores siempre conservan su derecho de hacer conocer al magistrado el cambio de circunstancias o los nuevos hechos acaecidos después del auto de guarda preadoptiva y que pudieran influir en el pronunciamiento que acoja o rechace la pretensión adoptiva. En tales casos, el juez deberá oírlos.

(87) La Corte Suprema de la Nación en un fallo del 25/10/87, en el caso «María Scaccheri de López, a los efectos de admitir un recurso extraordinario, ha reputado como «definitiva» a la sentencia en que se decidió una guarda provisoria, aunque, en estricto sentido procesal, no sea una sentencia definitiva. Ello ocurre cuando media en el caso cuestión federal bastante y se produce un agravio que, por su magnitud y por las circunstancias del hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso, por ser de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior (votos de los Dtes. Carlos S. Fayt y Jorge Antonio Bacqué). «La existencia de riesgo cierto para la salud psíquica del menor y la necesidad de despejar conflictos e incertidumbres para que no se acreciente el daño, lleva a equiparar a sentencia definitiva la decisión sobre su guarda provisoria» (votos de los Dtes. Carlos S. Fayt, Jorge Antonio Bacqué y Enrique Santiago Petracchi). La misma Corte Suprema de Justicia, en el caso «Soler, Silvio Fabián y otros s/Artículo 8º, ley 4664 O. 265, XXII, del 8/6/89), en atención al interés superior del menor, también le ha reconocido a un pronunciamiento que por naturaleza es «promisorio» los alcances de la sentencia definitiva, diciendo que, si bien la resolución recurrida se refiere a una medida «desplazamiento de la guarda» que por sus características cabe considerar mutable en el curso del proceso, la crucial incidencia que ella tiene, por las peculiares circunstancias del caso, para la vida actual y futura del menor, determina, como consecuencia necesaria, la configuración de un agravio no susceptible de ofrecer reparación, por lo que el recurso extraordinario queda habilitado.

14.2. Intervención del Ministerio Fiscal

Con relación al Ministerio Fiscal, debe intervenir «en el juicio de adopción, representando a la sociedad para vigilar el cumplimiento de la ley...»; si bien el art. 321, inc. b), C.C. sólo precisa que son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores, ello «no obsta a que las provincias, en el ejercicio de facultades constitucionales, dispongan otras medidas tales como la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos relativos al estado civil de las personas... El Ministerio Público es integrante del poder jurisdiccional y su intervención no se sufre con la del Asesor de Familia, ya que el Ministerio Popular actúa exclusivamente en el interés de los incapaces»⁽⁸⁸⁾.

La adopción genera una modificación sustancial del estado de la persona y conlleva una sustitución del apellido o una alteración en el nombre originario del adoptado. Tanto el estado como el nombre son atributos de la persona. «En dichas cuestiones está ineludiblemente interesado el orden público, por lo que es participante necesario el Ministerio Público Fiscal... (éste) no es «parte» en sentido estricto, pero es integrante del Poder Judicial y, como tal, debe «participar» en el proceso para ejercer sus funciones de contralor... cuando se trata de cualquier modificación, cambio o adición de nombre o apellido, la ley 18.248 explicita la ineludible citación del Ministerio Público (art. 17)...»⁽⁸⁹⁾.

(88) Heaschechea de Gimane, Ketty; Bergoglio, María Teresa; Grosso, Rodolfo; Robando, Morán Montequila, María Lea, *Cuadernos de Derecho de Familia. Jurisprudencia años 1990-1992 de la Cámara de Familia de Segunda Nominación*, Advocatos, Cha., 1993, p. 29. Sin embargo, en algunas provincias, sus ordenamientos procedimentales imponen la intervención del Ministerio Fiscal, en estos procesos, «pues le facultan a intervenir sólo cuando lo dispongan expresamente las leyes de fondo (v.g. art. 139 inc. 7º ley 10.160, Santa Fe), según nos dice Ricardo Durré, en *op. cit.*, p. 133.

(89) Bertolli de Foscade, María Virginia; Ferreira de de la Rúa, Angelina; Ossola, Alejandro, *Derecho de Familia. Doctrina judicial. Jurisprudencia de la Cámara de Familia de 1ª Nominación de la ciudad de Córdoba 1990-1993*, Advocatos, Cha., 1994, A.1. Nº 11, 90/91, ps. 52 y 53. En cuanto a la distinción entre las calidades de «parte» y de «participante» del Ministerio Fiscal, nos dice Ossola, Alejandro, en su obra *Fuero de Familia de Córdoba. Leyes 7675 y 7676*, Advocatos, Cha., 1992, ps. 81 y 82: «... en la debida judicial asume calidad de parte cuando pide la actuación de una voluntad de la ley, reclamando la satisfacción de una pretensión. En tales casos, en que peticona algo para la sociedad, procede como cualquier litigante particular. En este sentido, por ejemplo, está legitimado para promover demanda de nulidad del matrimonio (arts. 219, 220 inc. 2º, C.C.). Pero,

En los supuestos de la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado, serán considerados como partes en el juicio, el o los adoptantes y el adoptado, debiendo dársele intervención necesaria al Ministerio Fiscal, porque en el proceso está en juego el estado civil de las personas (art. 35, ley provincial Cba. 7826, orgánica del Ministerio Público Fiscal).

15. Impulso procesal de oficio

«El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes» (art. 321, inc. f), C.C.). El órgano judicial competente está investido de una serie de atribuciones específicas que le permiten disponer de toda la información pertinente y fidedigna para poder resolver en función del interés superior del niño. Entre tales atribuciones, se pueden mencionar:

15.1. Audiencia del menor

El órgano judicial, siempre que lo considere conveniente según las circunstancias, oír al menor, informándole de la situación *«conforme al derecho que lo asiste»*; y asimismo podrá oír a cualquier otra persona cuando estime que sus manifestaciones puedan redundar en beneficio del menor (art. 321 inc. c), C.C.).

Esta norma debe complementarse con otra que tiene jerarquía constitucional. Nos referimos a la contenida en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dice así: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al

niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

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

La opinión del menor no resultará decisiva; sin embargo, sus dichos no pueden considerarse intrascendentes y deberán ser tenidos en cuenta por el Tribunal a la hora de *«valorar el interés superior del menor»* (art. 321, inc. 1º, C.C.), de acuerdo a su edad y al grado de desarrollo de su raciocinio.

Para evitar interpretaciones disímiles hubiéramos preferido que la ley fijase una edad a partir de la cual resulte obligatorio requerir la opinión del menor a adoptar. En el Perú se va más allá, porque se requiere que el adoptando mayor de diez años *«preste su asentimiento»* (art. 378, inc. 4º, C.C. peruano), que resultará vinculante, lo que no sucede con la *«mera opinión»*.

De acuerdo a las precisiones del inc. 2º del art. 12 de esta Convención, no es necesario que sea el juez quien personalmente oiga al menor, aunque existe una tendencia a que los propios magistrados se entrevisten directamente con el menor; sin embargo, en muchos casos se delegan estas entrevistas en determinados miembros del equipo interdisciplinario (psicólogos, asistentes sociales, etcétera) con lo que se satisfacen las exigencias de la Convención.

15.2. Audiencia con los descendientes del adoptante

La circunstancia de que quienes pretenden adoptar ya tengan descendencia, no es impedimento para la adopción; sin embargo, tales descendientes *«... podrán ser oídos por el Juez o Tribunal, con la asistencia del Asesor de Menores si correspondiere»* (art. 314 C.C.).

Al igual que respecto de la audiencia con el menor que va a ser adoptado, prevista en el art. 321, inc. c), C.C.) creemos que el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño torna obligatoria y no facultativa el escuchar la opinión de los descendientes que ya tuviera el pretense adoptante, cuando tales vástagos, por su edad, desarrollo mental y demás características propias de la situación concreta, se encontraran *«en condiciones de formarse un juicio propio»*.

por lo general, su presencia en el proceso judicial obedece a su función de vigilancia del interés social (control de legitimidad y de observancia y correcta aplicación de la ley). En tales casos creemos que no puede ser considerado como parte sino como participante o interventor. En esa última calidad, obedece su presencia necesaria... en el proceso de adopción...»

El hijo adoptivo no siempre es asimilado y aceptado como nuevo miembro por el resto del grupo familiar en el que se va a insertar. Algunas veces, ya durante la guarda, suele generar en los otros hijos, rechazos o celos capaces de perturbar seriamente la armonía familiar. No todos reaccionan del mismo modo frente a los cuidados y a las demostraciones de afecto que son naturales para con el adoptando. Tales reacciones se pueden constatar en las encuestas ambientales. En ciertos casos, se desarrollan hostilidades hacia el nuevo huésped del hogar, las cuales -si persisten, y no se pueden superar- no aconsejan hacer lugar a una adopción en tales circunstancias por no resultar conveniente para el interés del menor.

16. La sentencia y sus efectos. Inscripción

«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» (art. 322 C.C.).

La sentencia en un juicio de adopción tiene carácter constitutivo. El pronunciamiento judicial *crea* un nuevo estado de familia (adopción plena) o una nueva situación familiar (adopción simple) que antes no existía. La sentencia origina, formalmente, el nuevo título de estado.

En general las sentencias constitutivas producen efectos *ex nunc*, es decir, para el futuro, a partir del momento en que quedan firmes, pasando en autoridad de cosa juzgada (formal)⁽⁹⁰⁾.

(90) Dice Gustavo D. Moreno, en «La adopción integrativa», L.L. 1995-D-569. Doctrina, p. 1353, que «La jurisprudencia ha sostenido que para que la sentencia haga cosa juzgada debe haber sido dictada en juicio contradictorio, no revistiendo tal carácter las resoluciones dictadas en juicios voluntarios». C.N.C., Sala II, 18/4/83, E.D. 115-470, Sura. 36. Sobre la naturaleza o carácter del proceso de adopción se ha precisado que «ni aun existiendo lita trabada, con oposición de parte, el trámite adoptivo deja de ser de jurisdicción voluntaria desde que el juez no va a dirimir las diferencias entre el adoptante y el padre, sino a resolver si la adopción es conveniente para el menor. Es por ello que no existe «causa», sino proceso voluntario y sentencia constitutiva». Juzg. de Mejores, Primera Instancia, 3º Nom., Chu., 8/10/87, L.L.C. 1988-493.

Sin embargo, en este caso, la ley -expresamente- dispone que los efectos propios de la sentencia firme de adopción se retrotraen a la fecha del otorgamiento de la guarda o, tratándose de la adopción del hijo del cónyuge, los efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción.

La adopción deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 338 C.C.), a los efectos de darle *publicidad* al título de estado que es la sentencia firme que constituye la filiación adoptiva⁽⁹¹⁾.

16.1. Adopciones conferidas en el extranjero

«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» (art. 339 C.C.).

La ley regula el supuesto en que se pretenda que una adopción otorgada en el extranjero produzca efectos en nuestro país. Dispone que semejante adopción se rige por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de constituirse el vínculo adoptivo. Y si bien sujeta a la misma ley de aquel domicilio tanto «la situación jurídica» como «los derechos y deberes del adoptante y del adoptado» en doctrina existen divergencias interpretativas tratando de dilucidar si la expresión «situación jurídica» se refiere sólo a la validez o ineficacia de la filiación adoptiva, o si también comprende las «consecuencias jurídicas».

Una parte de nuestros juristas consideran que la ley del domicilio del adoptado al tiempo de constituirse la adopción regula no sólo la validez del vínculo sino también los efectos que de él emergen. Y este criterio fue aplicado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el caso «Bayaud, Enrique, s/ Suc.» en el que se determinó que la ley del domicilio del adoptado el día de constitución del vínculo gobierna la validez y los efectos de la adopción conferida en el extranjero. Por lo tanto, dicha ley rige los derechos hereditarios del hijo adoptivo.

(91) Como distintos posturas, Heredia, Guillermo (ob. cit., § 28), sostiene que las sentencias definitivas que deciden un estado no tienen el carácter de título de estado mientras no hayan sido inscritas en el Registro Civil.

Distinguidos juristas critican la solución legal y proponen un régimen especial que distinga la ley que rige la validez y nulidad de la adopción respecto de la que debería gobernar cada uno de los efectos que de ella se derivan. Así, la ley que determina las condiciones de fondo y los requisitos de forma de creación de la relación adoptiva podría ser la ley del domicilio del adoptado; en cambio, las que regularían los efectos emergentes del vínculo, serían diversas, debiendo adecuarse a las naturalezas de cada uno de los efectos pautados; por ejemplo, la ley del domicilio del adoptante debería regular la patria potestad, por ser la ley domiciliaria de quien la ejerce. En igual sentido, Kaller de Orchansky sostiene que la vocación hereditaria se regirá por la ley del último domicilio del causante o por la ley de situación de los bienes relictos, según el sistema sucesorio que se acepte⁽⁹²⁾.

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 (art. 340 C.C.).

Esta transformación sólo podrá ordenarse por pronunciamiento judicial recaído en un proceso voluntario promovido por los interesados quienes deberán acreditar: a) la adopción otorgada en el extranjero, de acuerdo a la ley del domicilio del adoptante; b) la observancia de los requisitos que deben satisfacer adoptante y adoptado para que resulte admisible la adopción plena según la ley argentina; c) consentimiento del adoptante y del adoptado mayor de edad. Si el hijo adoptivo fuere menor intervendrá necesariamente el Ministerio de Menores.

(92) En este sentido: Kaller de Orchansky, *Berta, Nuevo manual de derecho internacional privado*, Plus Ultra, 1991, p. 273; ídem, *Uniendo de Martinoli, Natalia, Adopción internacional. Recepción en el derecho internacional privado argentino*, Tesis, Córdoba, 1993, p. 118; Operti Balán, *Dilier. Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores*, Unión de Asistas Jurídicos, L.L., Montevideo, 1988, p. 50.

CAPÍTULO V

Adopción plena

17. Adopción plena: aplicación de las normas generales

Se distinguen dos tipos o clases de adopción: la plena y la simple, diferenciando en cuanto a sus requisitos y efectos. Sin embargo, las normas generales analizadas anteriormente se aplican a ambos tipos de adopción.

18. Condiciones de admisibilidad respecto del adoptado

La ley precisa quiénes pueden ser adoptados plenamente.

Sólo los menores de edad no emancipados pueden ser adoptados en forma plena (arts. 311 y 325 C.C.)⁽⁹³⁾.

(93) Con relación a los mayores de edad incapaces, nuestra jurisprudencia admitió la adopción plena de un demente de 36 años de edad, considerando que "la situación de los incapaces sujetos a curatela es análoga a la de los menores de edad aun cuando no exista una analogía completa, pues en el caso de los dementes el paralelismo... sólo se corresponde con la primera etapa de la minoridad y no con la ulterior... El demente no recuperable seguirá siendo por el resto de su vida una especie de "menor impúber"... careciendo del discernimiento exigido por la ley como condición de validez y eficacia de cualquier acto lícito (art. 921 C.C.). Y, por consiguiente, seguirá indefinidamente sujeto a la misma incapacidad absoluta que la ley estatuye para el menor impúber... Frente a un panorama tal... es precisamente el demente infortunado -espiritualmente por la ley civil a un niño- quien con mayor intensidad necesita de los beneficios del instituto (de la adopción), especialmente cuando, como acontece en autos, ha tenido en medio de sus desgracias, la ventura de encontrar la piadosa presencia de una verdadera madre". Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 29, Capital, 30/11/79, L.L. 1980 C-471, con nota de Martínez Ruiz, Bolsonio, "La adopción de dementes mayores de edad y la interpretación de la ley".

La condición de menor no emancipado debe existir al momento de otorgarse la guarda porque la sentencia de adopción va a retrotraer sus efectos al día del otorgamiento de la guarda (art. 322 C.C.). Por ello, es posible otorgar la adopción una vez alcanzado el adoptando la mayoría de edad, si era menor cuando se concedió la guarda judicial preadoptiva.

Pero no todo menor puede ser adoptado de esta manera. Siendo sus efectos la extinción de todo parentesco con la familia consanguínea, sustituyendo la filiación de origen por la nueva filiación adoptiva y representar el medio apropiado de brindarle al menor la familia de la que carece, o de ofrecer una familia al niño que ha sido desdénado por los miembros de su familia biológica, la adopción plena, según el art. 325 C.C., está reservada sólo para determinadas situaciones definidas en la ley:

18.1. Orfandad (inc. a)

Como la patria potestad se acaba por muerte de los progenitores (art. 306 inc. 1º, C.C.), los "huérfanos de padre y madre" quedan excluidos de los beneficios propios de este instituto jurídico que atiende a su indispensable protección y formación integral mientras sean menores y no se hayan emancipado. La adopción filial permite que los específicos poderes-funciones de la patria potestad sean asumidos por quienes reemplazarán a los padres biológicos fallecidos.

Tales menores también están en condiciones de quedar bajo tutela. ¿Cuál será el criterio que determinará la institución (tutela o adopción) que, frente a su orfandad, debe proteger al menor?

Cuando el último de los progenitores en ejercicio de la patria potestad ha designado tutor para sus hijos menores que quedarán huérfanos después de su muerte (art. 383 C.C.) o cuando dentro de la familia del huérfano existen parientes con derecho a ejercer la tutela legal del art. 390 C.C., deberá preferirse la tutela con relación a la adopción; porque -en general- el interés del niño está mejor consultado permaneciendo en el ámbito de su familia biológica, o respetando la voluntad del progenitor que, al preocuparse en nombrar un tutor a su hijo para después de su fallecimiento, seguramente habrá tenido en cuenta la conveniencia del niño y el beneficio de que permanezca dentro de su familia. Lógicamente todo dependerá de la valoración que, en orden al interés superior del menor, efectúen los jueces a la hora de tener que discernir la tutela, respecto de las circunstancias

del caso y, en especial, de la idoneidad de los aspirantes a ejercerla (art. 391 C.C.).

No olvidemos que uno de los principios básicos que gobiernan la adopción es la prioridad de la familia biológica y la subsidiariedad de la filiación adoptiva.

Sólo cuando no existen parientes dispuestos o aptos para asumir la tutela, se deberá apelar a la figura de la adopción que permite satisfacer los requerimientos afectivos del menor procurándole, al mismo tiempo, tanto el vital amparo como la ineludible y esencial formación humana, dentro de un adecuado ámbito familiar sustituto.

18.2. Filiación indeterminada (inc. b)

Los menores que carecen de filiación acreditada, es decir, los llamados "hijos de padres desconocidos", tienen aptitud preferente para su adopción plena.

Son menores sin familia que se encuentran en un estado de desprotección absoluta. Respecto de ellos se impone y justifica, sin mayores explicaciones, la adopción que les proporcionará el contorno paternal y familiar indispensable para su educación y desarrollo integral como individuo.

18.3. Menor institucionalizado con largo desentendimiento de los padres (inc. c, primera parte)

También puede otorgarse la adopción plena respecto de aquellos menores que se encuentren en un establecimiento asistencial y sus padres se hubieran desentendido o despreocupado totalmente de ellos durante un año como mínimo (art. 325 inc. c), 1º párr., C.C.).

Es bueno recalcar que el traslado temporal de la custodia del menor a un establecimiento asistencial, cuando se produce por decisión de los padres, no conlleva ningún reproche de la ley, ya que semejante medida generalmente resulta forzada por motivos que no dependen exclusivamente de ellos y que no pueden superarse con su solo esfuerzo (pobreza, miseria, enfermedad, falta de trabajo, desocupación). Lo censurable consiste en la conducta posterior de total despreocupación respecto del hijo internado. Para que el desentendimiento paternal emplace al menor en estado de

adoptabilidad, debe ser total, injustificado y por una duración mínima de un año.

El vocablo "total" denota que se refiere no sólo al aspecto económico sino que la desatención debe comprender también "el aspecto afectivo y familiar", como lo precisaba la ley 19.134.

Aunque la nueva ley no lo dice expresamente, hablamos de un desentendimiento "injustificado" porque sólo las conductas reprensibles de los padres podrán fundamentar, a su respecto, la adopción plena del niño; la cual implica para el progenitor no sólo la extinción de la patria potestad (art. 306, inc. 5º C.C.) sino, además, la pérdida de todos los vínculos jurídicos paterno-filiales, parentales y familiares que unen al menor con su linaje biológico.

Por ello, pensamos que cuando el desentendimiento no es total, o cuando reuniendo dicha característica se encuentre justificado por razones de fuerza mayor o por motivos que excluyen el reproche del ordenamiento jurídico, el supuesto no encuadraría en el tipo legal que habilita la adopción plena. Si la situación se prolonga y la protección del menor aconseja una medida más "familiar" que la mera internación asistencial, se podría apelar al otro tipo de adopción (94).

La ley exige que el desentendimiento total e injustificado tenga una duración continuada de, al menos, un año, término más que razonable para evidenciar el desapego familiar definitivo en el que ha incurrido el progenitor.

18.4. Abandono o desamparo (inc. c, segunda parte)

Procederá la adopción plena, cuando el desamparo moral o material del menor resulte evidente, manifiesto y continuado y tal abandono hubiese sido comprobado por la autoridad judicial.

(94) "Si la madre no puede hacerse cargo del menor por razones ajenas a su voluntad (en el caso fue declarada incapaz), la adopción que se decida debe serla con los efectos de simple", S.C., Bs. As., 10/12/92, con nota aprobatoria de Hégo, Deza, "Adopción y discapacidad", L.L., 1994-A-433.

No obstante alguna desacomodación de la norma con respecto a las exigencias actuales de la vida, atribuibles al tiempo transcurrido desde su sanción, ilustra recordar el art. 21 de la ley del Patronato de Menores, 10.903, cuando dice que "se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación de los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor, de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones, o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres, guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o la salud".

El abandono "se configura con la privación de aquellos aspectos esenciales que atañen a la salud, seguridad y educación del menor por parte de las personas a quienes compete dicha obligación y deriva supletoriamente en la tutela pública estatal" (95).

"Debe admitirse la adopción plena cuando los padres de sangre han demostrado desinterés por la suerte del menor, configurándose un verdadero abandono moral..." (96).

En suma: el abandono no se configura sólo con el desamparo en que pueden estar los hijos (eso sería la apariencia externa); para que se tipifique es menester -además- que ese desamparo objetivamente constatado, traduzca, respecto de los padres, la voluntad negativa de asumir sus deberes paternos, es decir, el propósito más o menos claro de renunciar o abdicar o de abstenerse de cumplir con los deberes y obligaciones que les impone la patria potestad para con tales hijos.

En principio, pues, será procedente la adopción simple del niño cuando sus padres no estén en condiciones materiales, físicas, psicológicas, económicas o de salud para atender debidamente a la formación del menor, pero evidencien una férrea e inequívoca voluntad de conservar el vínculo afectivo y amoroso que supone el nexo biológico. Sin embargo, una medida de esta naturaleza sólo puede fundamentarse en el interés superior del menor en el caso concreto. Ver *infra*, Nº 21.5.

(95) CNCiv., Sala I, 10/3/93, L.L., 1993-C-407.

(96) C. de Apel. Concepción del Uruguay, Sala C. y C., 28/6/991, D.J., 1992-1-623.

18.5. Privación de la patria potestad (inc. d)

La ley faculta la adopción plena de los menores cuando sus padres hubiesen sido privados de la patria potestad. Para que el hijo quede en estado de adoptabilidad, la privación de la patria potestad debe incidir sobre ambos padres o sobre el único progenitor que la ejercía. La aclaración se impone porque si sólo uno de los padres ha incurrido en esta sanción, el otro conservará todos los poderes y funciones que le incumben como progenitor asumiendo el ejercicio exclusivo de la autoridad paternal. En este supuesto el hijo no habrá caído en la situación de desamparo que hace factible su adopción.

Recordemos que, según el art. 307 C.C. el padre o la madre quedan privados de la patria potestad:

- a) Por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso cometido en contra de la persona o bienes de alguno de sus hijos menores; o por delito perpetrado por el progenitor junto con el hijo.
- b) Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando el menor quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o por un tercero.
- c) Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, conducta notoria o delincuencia.
- d) Cuando por el hecho de haber incurrido un menor (que no ha cumplido 18 años) en una conducta que la ley califica como delictual, se pusiere de manifiesto, que ese menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta a causa del descuido de los progenitores (art. 7º, ley 22.278).

La privación de la patria potestad es una medida punitiva que puede ser objeto de revisión. El juez que la dispuso podrá dejarla sin efecto, siempre que lo aconseje el interés del menor, cuando se demuestre un cambio en los procederes o en otras circunstancias del progenitor sancionado. Pero, otorgada la adopción, el padre biológico, cualesquiera sean las mejoras experimentadas en su conducta, no podrá solicitar la rehabilitación de la patria potestad; sencillamente, porque se *extinguió* a causa de la adopción (art. 306, inc. 5º, C.C.).

18.6. Asentimiento paternal manifestado judicialmente (inc. e)

También son susceptibles de este tipo de adopción los menores cuyos padres hubiesen manifestado judicialmente, su expresa voluntad de entregar al hijo con ese fin.

Desaparece la posibilidad, admitida en la ley anterior, de que tal conformidad se expresara ante órgano administrativo competente o por instrumento público, lo que se prestaba a maniobras.

Cuando los padres biológicos son menores de edad o mayores incapaces, su aquiescencia para dar el hijo en adopción carecerá de fuerza vinculante porque esa voluntad emana de una persona jurídicamente incapaz. Tampoco la podrá prestar el abuelo o la abuela que, en virtud de la normativa del art. 264 bis C.C., ejerza la tutela sobre el nieto, por incapacidad o impedimento de los progenitores extramatrimoniales. El asentimiento es un acto personalísimo que sólo puede ser otorgado por los padres civilmente capaces¹⁹⁷.

Lo antes consignado no impide que el juez, en ejercicio de las facultades que le otorga la ley, oiga personalmente a los padres y a los abuelos (art. 321 incs. c) y e), C.C.); pero las opiniones que vieran en la audiencia no son equiparables a la conformidad definida en el inc. e) del art. 325, C.C. que "habilita la adopción plena del menor. Remitimos a las precisiones consignadas en el parágrafo 11.5.

19. Efectos de la adopción plena

En general, en la adopción plena, se inviste al adoptado, dentro de la familia del adoptante, con los mismos derechos y obligaciones que el hijo biológico (art. 323 C.C.); además, la adopción plena "*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*

197) "Quien cede en adopción (decide) es libre un derecho personalísimo fundamental. Pierde, en suma, su identidad paterna o materna, remite su potestad". Gm. C. y C. Iº, Bófala Blanca, 17/6/90 (del voto por mayoría del Dr. Cervini), I.A. 1980-IV- 137.

así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales... (art. 323 C.C.); en cambio, en la *adopción simple* no hay trasplante del adoptado a una nueva familia, ya que sigue perteneciendo a su familia biológica.

19.1. Extinción del parentesco anterior

La extinción de los efectos jurídicos del parentesco anterior implica, entre otras consecuencias, que:

- a) La vocación hereditaria *ab intestato* que el adoptado pudiere tener respecto de todos los miembros de su familia originaria y de éstos hacia él desaparece.
- b) Se extingue la patria potestad de los padres de sangre en caso de que la hubieren conservado.
- c) Se pierde el derecho a usar el nombre de familia o apellido de origen;
- d) Cesa la obligación alimentaria recíproca con los integrantes de su ex familia y correlativamente desaparece el derecho de visita fundado en el art. 376 bis C.C..
- e) Termina la posibilidad de ejercer la tutela legal derivada del parentesco extinguido (arg. art. 390 C.C.).
- f) Se pierde el derecho recíproco que, como pariente consanguíneo le hubiere correspondido a la custodia del cadáver y a disponer, en ausencia de voluntad expresa del fallecido, la donación de órganos o de materiales anatómicos correspondientes al cuerpo del pariente muerto, para ser implantado en otros seres humanos (arg. ley 21.541, art. 18, reformado por ley 23.464).
- g) Se extinguen los derechos que el parentesco anterior le otorgaba para oponerse a la celebración del matrimonio de algunos familiares o pedir su nulidad en los casos y circunstancias que las leyes así se lo reconocen a ciertos parientes.
- h) Dejan de estar habilitados para promover los procesos de insania, interdicción por sordomudez, declaración de ausencia, inhabilitación judicial por prodigalidad en los casos y circunstancias en que por su parentesco anterior le hubiere conferido esta legitimación activa para accionar.
- i) En caso de llegar a ser oficial o escribano público, no estaría inhabilitado para actuar en los asuntos en los que estuvieren interesados los

miembros de su familia de origen dentro del cuarto grado de parentesco, porque el parentesco con ellos ha desaparecido y podría ser testigo en los instrumentos públicos en los que actuara como oficial público un miembro de su familia de origen dentro del cuarto grado de ese extinguido parentesco ⁽⁹⁸⁾.

- j) No estaría incapacitado para suceder por un testamento notarial en el que actuaran como escribano o testigos alguno de sus antiguos parientes o afines dentro del cuarto grado (arg. art. 3664 C.C.).
- k) No estaría obligado a conceder el beneficio de competencia a sus ascendientes ni a los hermanos consanguíneos ni podría acogerse a este beneficio respecto de ellos (arg. art. 800 C.C.).
- l) Desaparecería la inhabilidad que, según el art. 81, ley 24.522, pesa sobre los descendientes biológicos del deudor para solicitar su quiebra, porque jurídicamente se extinguió esa relación parental;
- m) Podría integrar el cómputo para formar la mayoría de capital requerida para la obtención del acuerdo en el trámite del concurso de sus ex parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (arg. art. 45, ley 24.522).
- n) Podría ser síndico de la quiebra cuando el fallido perteneciera a su familia de origen y fuere un ex pariente en las clases y grados que permiten la recusación con causa de los magistrados (arg. art. 256, ley 24.522).
- o) Como magistrado no podría ser recusado ni debería excusarse cuando alguno de los litigantes perteneciera a su anterior familia y su ex parentesco consanguíneo o por afinidad lo hubieran determinado.

(98) En contra: Goyena Capello, Héctor Roberto, "Meditaciones sobre la nueva ley de adopción", L.L., t. 143, Sec. Doctrina, p. 985. Dice que "sobre la sangre no se legisla y el poder de ésta no puede ser ni negado ni alterado por la ley; y la prueba de ello es que... subsisten los impedimentos matrimoniales... y junto a éstos deberán subsistir mil otros supuestos como la incapacidad para ser llamados a prestar declaración en juicio, o como testigos en actos, o la imposibilidad, siendo escribano, de autorizar una escritura en que alguno de ellos (los ex parientes) inter venga...". Por nuestra parte, pensamos que si bien la ley no puede borrar el nexo biológico, nada impide que limite, modifique o haga desaparecer los *efectos jurídicos* que normalmente le adscribe al parentesco consanguíneo establecido.

Pero no sólo se extinguen los efectos jurídicos civiles o comerciales derivados del parentesco, pues también repercute en la **esfera penal** y así:

- p) Los delitos de homicidio, lesiones, abuso de armas, violación, estupro, corrupción y prostitución, abuso deshonesto y privación de la libertad, que el adoptado por adopción plena, cometiere en contra de los miembros más próximos de su familia de origen no se agravarían por razón de parentesco⁽⁹⁹⁾.
- q) Asimismo, no quedaría eximido de responsabilidad penal en caso de obrar como encubridor de sus ex parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad⁽¹⁰⁰⁾.
- r) No podría incurrir en el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, respecto de los miembros de su familia de origen porque la existencia de parentesco es un elemento integrante de la figura delictiva.

19.2. Subsistencia de impedimentos matrimoniales

Esta larga enumeración que, por otra parte no pretende ser exhaustiva, tiene por objeto remarcar la trascendencia que la adopción plena tiene para el adoptado, en cuanto a que deja de pertenecer a su familia de sangre (o a su familia anterior) y de que se extinguen los efectos jurídicos del parentesco con los integrantes de ella, con la única excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales que surgen de la consanguinidad

(99) El vínculo de parentesco previsto por la ley penal como circunstancia agravante de la figura delictiva simple se refiere únicamente a los parientes consanguíneos (ascendientes, descendientes, hermanos). Como la adopción plena determina, con relación al adoptado, la inexistencia jurídica del parentesco consanguíneo preexistente a la sentencia de adopción, tales vínculos "dejan de constituir circunstancias agravantes de los respectivos delitos", Carrera, Daniel P., "Incidencias jurídico-penales de la adopción plena", ley 19.134, J.A. Doctrina, 1973, p. 373, III, 2, A, a).

(100) Ver la opinión contraria del Dr. Daniel Carrera en nota 102.

o de la afinidad. La determinación de estos impedimentos es uno de los motivos (no el único) por el cual, después de acordada la adopción plena, podría investigarse la paternidad o la filiación consanguínea del adoptado.

En todos los ordenamientos que otorgan amplios efectos a la adopción, subsisten los impedimentos matrimoniales con los miembros de la familia de origen; sin embargo, en aquellas legislaciones que para mantener el secreto absoluto de la adopción ordenan la destrucción de los instrumentos en los que consta el estado de familia anterior del adoptado, o establecen la reserva absoluta de la adopción, no habría modo de determinar el parentesco anterior. En el Uruguay, a pesar de la estricta reserva del trámite de legitimación adoptiva, existe la posibilidad de determinar los impedimentos matrimoniales por razones biológicas (art. 3º, ley 10.674), utilizando el acta de inscripción primitiva del menor.

En nuestro país, si bien según el art. 327 C.C., después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres de sangre ni el ejercicio por el adoptado de acciones de filiación respecto de aquéllos, esa investigación se permite, por excepción, cuando tuviere por objeto la prueba de los impedimentos matrimoniales que persisten, según el art. 323 C.C., y que están fijados en el art. 166 C.C.

19.3. Inserción del adoptado en la familia adoptiva

La adopción significa pues la extinción de los efectos jurídicos emergentes del parentesco con los miembros de la familia de origen y, simultáneamente, el ingreso del adoptado dentro de la familia del adoptante haciéndose pariente de todos los miembros de dicha familia como si fuera un hijo consanguíneo y gozando de los mismos derechos y soportando las mismas obligaciones que tiene el hijo por naturaleza. Las principales consecuencias de este principio se detallan a continuación.

19.4. Constitución de un nuevo estado de familia

La sentencia de adopción constituye el título de un nuevo estado de familia para el adoptado que sustituye al estado de familia derivado de la filiación biológica establecida (que tenía hasta la sentencia de adopción plena).

19.5. Patria potestad. Tutela

El adoptado queda sometido a la patria potestad del o de los adoptantes. En caso de adopción conjunta por un matrimonio, su titularidad y ejercicio corresponde a ambos adoptantes; si se trata de una adopción unipersonal, quien adopta asumirá, en exclusiva, tanto la titularidad como el ejercicio de las potestades paternas.

Los derechos-deberes emergentes de la patria potestad sobre los hijos adoptivos son idénticos respecto de los que incumben a los padres por naturaleza, tanto en la faz personal como en la patrimonial (representación, administración y usufructo). En consecuencia, de acuerdo a las pertinentes reglas del Código Civil, los adoptantes podrán prever y designar, para después de su muerte, a la persona que desempeñe la tutoría del menor adoptado (art. 383 C.C.). Si no hubieran hecho uso de esta prerrogativa, en caso de extinción de la patria potestad siendo menores los adoptados, éstos quedarán bajo la tutela de los parientes adoptivos, según el orden y las condiciones fijadas en los arts. 390 y 391 C.C., sin que los miembros de la familia de origen tengan ninguna vocación tutelar, porque el llamado a ejercer la tutela legal es uno de aquellos efectos jurídicos del parentesco biológico que se extinguieron con la adopción. Sólo en caso de nulidad de la adopción plena se restituirá la patria potestad a los progenitores de sangre (art. 306, inc. 5º, C.C.) siempre que la hubieran conservado hasta el momento de la sentencia que constituyó la filiación adoptiva anulada; en su defecto, procedería la tutela legal de los parientes consanguíneos.

19.6. Nombre y apellido

Adquiere el derecho y sobre él pesa la obligación, de usar el apellido del adoptante, según lo reglado en el art. 326 C.C. De acuerdo a esta norma, el hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso de que los adoptantes sean cónyuges, a pedido de éstos, podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o el doble apellido integrado por el primer apellido del padre adoptivo y el primer apellido de la madre adoptiva. En uno y otro caso podrá el adoptado, después de los dieciocho años, solicitar esta adición. Si quien adopta es una mujer viuda cuyo marido no hubiere adoptado al menor, éste llevará el apellido de soltera de su madre adoptiva

salvo que, a criterio del juez, existieren motivos para imponerle al adoptado el apellido de casada de su madre adoptiva. Por su parte, la ley 18.248, en su art. 6º dispone que cuando se adoptare a un menor de seis años, los adoptantes podrán pedir el cambio de nombre de pila o la adición de otro. Si fuere mayor de seis años sólo se le podrá agregar otro nombre con tal que no supere el máximo de tres prenombrados fijados por el art. 3º, inc. 5º.

19.7. Obligación alimentaria. Vocación hereditaria y demás efectos derivados del parentesco adoptivo

Surge el derecho y la obligación alimentaria entre el adoptado y los parientes adoptivos así como el derecho de visita; nace la mutua vocación hereditaria *ab intestato* no sólo con relación a los adoptantes sino, también, respecto de todos los otros miembros de la familia adoptiva como si fuera alguno de los parientes biológicos a los cuales la ley reconoce vocación hereditaria recíproca; y se generan los demás efectos civiles⁽¹⁰¹⁾, penales⁽¹⁰²⁾,

(101) El art. 13 de la ley sobre trasplantes de órganos humanos, 21.541, reformada por la ley 23.464, permite este tipo de trasplantes cuando entre dador y receptor existen determinados lazos familiares consanguíneos, pero en "circunstancias excepcionales" podrán efectuarse semejantes trasplantes entre esposos o entre padres e hijos adoptivos. Ver CNGv., Sala II, 21/4/89, L.L. 1991-II-200, con nota de Carlos H. Vidal Taquini, sobre "Abiación de órganos y concubinato".

(102) Dice Daniel P. Carera, en su trabajo citado en la Bibliografía, ps. 376 y 375, que "la filiación creada por la adopción plena produce efecto en un solo sentido en la economía del precepto punitivo", sólo tendo virtualidad en beneficio y no en contra del acusado, "porque ella representaría asumir en perjuicio del inculpa... la aplicación de una pena pública (Núñez, *Manual*, cit. 103, 285/36), lo que contraría el principio de legalidad de base constitucional". Así, "los declarados familiares del adoptado, cual si lo fueran de sangre, no pueden agnatar por vínculo de parentesco, por no originarse éste en la fuente biológica en que reposa la ley penal. Esta, en orden a la mayor criminalidad del hecho no tiene, necesariamente, por qué obstar el mismo efecto a las situaciones previstas por la ley civil como dotadas de idénticos alcances jurídicos. De otra manera, "in malum partem", se ampliaría la presunción reprobata, inquietando el superior principio de legalidad (art. 18 C.N.F.). Los condecorados diferirían si el parentesco adoptivo se aplicara *in bonam partem*. Por ésto, este autor, al referirse al vínculo parental como determinante de excusas absolutorias (art. 185, incs. 1º y 3º C.F.), dice que "los parientes creados por la adopción plena gozan de la exclusión de responsabilidad penal, desde que ésta importa ampliar los alcances previstos por la ley punitiva en beneficio del inculpa". Con una postura muy

procesales y previsionales ⁽¹⁰³⁾ derivados de ese parentesco adoptivo constituido por la sentencia.

19.8. Nuevos impedimentos matrimoniales

Es necesario recalcar que, al mismo tiempo que subsisten los impedimentos matrimoniales por razones biológicas con los ex parientes o miembros de su familia de origen, en las clases y grados que la ley determina; también se crean o surgen los impedimentos natos por razón de adopción con los miembros de la familia adoptiva, en su calidad de hijo adoptivo pleno.

genérica e indiferenciada, la CNCrim. y Correc. Sala V, 21/4/89, L.L., 1989-E-295, in dicho que "la adopción plena hace surgir un vínculo que no resulta ajeno al exigido por el art. 92 del Código Penal, en función del inc. 1º del art. 83" (homicidio agravado por el vínculo) (del voto del doctor Vila).

(103) "Tiene derecho a pensión la hija adoptiva..."; CNTrab., Sala II, 15/11/86, DT, 987-A-421.

CAPÍTULO VI

Adopción simple

20. Adopción simple: aplicación de las normas generales

La adopción simple crea un vínculo de parentesco limitado a las relaciones que unen al adoptante con el adoptado y su descendencia y las que se establecen entre los hijos adoptivos del mismo adoptante entre sí, que son considerados hermanos. Por eso el art. 329 C.C. establece que la adopción simple confiere al adoptado la posición de 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.

Las normas generales analizadas en el Capítulo III, son de aplicación indistinta, tanto a la adopción plena como a la simple. Rigen, pues, las exigencias legales genéricas que debe satisfacer el adoptante en cuanto a su capacidad, residencia, estado civil y edad mínima, diferencia de edad con el adoptado; así como las restricciones para adoptar derivadas de los vínculos familiares o tutelares existentes entre el adoptante y el adoptando. También deben observarse los preceptos que reglamentan las condiciones de conveniencia de la adopción para el menor, en orden a las circunstancias personales, medios de vida, cualidades formativas y morales del adoptante; y demás estipulaciones comunes a ambos tipos de adopción.

En la nueva regulación legal no se advierte el disfavor que hasta entonces existía con respecto a la adopción simple. En la actualidad el adoptante puede solicitar, por motivos razonables, que se haga lugar al pedido, con los efectos limitados propios de la adopción simple (art. 330 C.C.). Esta prerrogativa no se le reconocía en la ley anterior. En ella sólo el juez resolvía el tipo de adopción a otorgar sin que los adoptantes pudieran optar por alguna de las dos clases reconocidas por el ordenamiento jurídico.

21. Situaciones en que procede

La adopción simple procede en las situaciones siguientes:

21.1. Adopción integradora o adopción de hijos del cónyuge

La adopción integradora tiene por objeto completar la familia nuclear del adoptado, incorporando la figura del padre o de la madre que falta, pero respetando y fortaleciendo el vínculo existente con el progenitor que lo tiene bajo su guarda.

En general, se habla de una adopción integrativa cuando se adopta al hijo del cónyuge; es decir, cuando se adopta a los llamados hijastros o entenados (art. 363 C.C.).

La adopción de los hijos del cónyuge, sean mayores o menores de edad (arts. 311 y 313 C.C.), **sólo puede concederse en forma simple** (art. 313 *in fine* C.C.). Las normas relativas a la adopción del hijastro comprenden también a la adopción del hijo adoptivo del consorte⁽¹⁰⁴⁾, porque el art. 313 habla del *hijo del cónyuge*, resultando intrascendente que sea consanguíneo o adoptivo.

La adopción del hijastro se debe analizar en función de las diversas situaciones que puede generar este parentesco por afinidad. Veamos:

a) *Cuando el hijastro es hijo nacido de las nupcias precedentes de una persona que, al enviudar, volvió a contraer matrimonio.* En esta hipótesis,

(104) Según el art. 363 C.C., el hijastro o entenado, respecto del padrastro o madrastra, es el hijo consanguíneo de su cónyuge, nacido de un precedente matrimonio (o de una unión extramatrimonial). El parentesco por afinidad se vincula a cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Estrictamente se actuó al renunciar al concepto anterior: como los hijos adoptivos no son parientes consanguíneos del adoptante, tampoco se genera parentesco por afinidad entre ellos y el nuevo cónyuge de la madre adoptiva (o con la nueva esposa del padre adoptivo). Tal distinción carecería de trascendencia, en virtud de la equiparación jurídica entre el adoptado plenamente y el hijo biológico (arts. 240 y 323 C.C.); pero las mayores dudas al respecto subsisten con referencia al adoptado simple, porque el art. 240 no los equipara en la equiparación y, además, porque la adopción simple sí bien les confiere la posición del hijo biológico, sus vínculos no crea otros vínculos parentales con el resto de la familia biológica del adoptante (art. 329 C.C.).

el hecho de que el entenado sea huérfano de padre o madre hace menos dificultosa su adopción simple por el nuevo cónyuge del búvido; pero cualquier resolución al respecto dependerá de las circunstancias personales y familiares del adoptando, en especial de su edad, de su razonable opinión, de la existencia de otros hermanos y de sus edades o de la posibilidad de que todos sea adoptados conjuntamente para evitar diferencias filiatorias entre hermanos consanguíneos. También podrán influir las condiciones propias del padrastro o de la madrastra, en particular si tienen su propia descendencia y las peculiares características del grupo así integrado.

b) *Cuando el hijastro, es hijo de anterior matrimonio de una persona divorciada que se ha vuelto a casar.* El divorcio de los padres de un menor y las ulteriores nupcias del progenitor que tiene al niño bajo su guarda, no son circunstancias que, por sí mismas, determinen -ni mucho menos- la procedencia de su adopción por el nuevo cónyuge del progenitor divorciado.

c) *Cuando el hijastro es hijo extramatrimonial del cónyuge que ejerce la patria potestad sobre él.* En este caso tendrá mucha importancia el reconocimiento del hijo por el otro progenitor biológico y, la observancia de sus deberes paterno-filiales; pero la adopción del menor por el consorte del guardador, al igual que en las situaciones anteriores, estará regida por el principio directriz en esta materia que es el interés superior del niño. Dicho interés será valorado en función del universo de circunstancias que rodean al menor y será su conveniencia la que siempre estará por encima de todo otro beneficio que se le quiera adscribir a semejantes adopciones integradoras.

El interés del menor exige que se respeten sus vínculos familiares y la prioridad de la familia biológica. Únicamente cuando el hijastro fuese huérfano de uno de sus padres, o padezca abandono, desamparo u olvido afectivo y familiar provocado negligentemente por el progenitor que no tiene su guarda, o éste se encontrara privado de la patria potestad, sería admisible su adopción por el padrastro o la madrastra. En tales casos sólo procederá una adopción simple del menor. Porque así se conservan los lazos afectivos y los vínculos familiares y parentales que lo ligan con todos los miembros de su familia de sangre los cuales no deben suprimirse como tributo a la propia identidad del menor.

El precepto según el cual la adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple (art. 313 *in fine* C.C.), tiene fundamentos que no son válidos en todas las situaciones posibles. Se suele argumentar que la adopción plena borra las relaciones parentales entre el adoptado y todos los miembros de su familia de sangre reconocida; incluso con el progenitor

por naturaleza (consorte del adoptante), el cual quedaría despojado de los vínculos jurídicos paternofiliales derivados del nexo biológico¹⁰⁶. Pero en ciertos casos, determinados argumentos carecerían de solidez; verbigracia, cuando se pretende adoptar al hijo extramatrimonial de la esposa, siempre que ese hijo sólo tenga filiación materna acreditada. Se plantearía una situación similar cuando una persona, individualmente, hubiese adoptado a un menor en forma plena y luego contrae matrimonio. Si su cónyuge pretende «compartir o integrar» la adopción anterior, adoptando plenamente al hijo adoptivo del consorte, se encontraría con la dificultad de que sólo podría hacerlo con los efectos de la adopción simple; sin embargo, podemos citar una innovadora sentencia que, en tal supuesto, hizo lugar a la adopción plena del hijo adoptivo pleno del cónyuge, considerando «que se trata de una verdadera adopción integradora, ya que la menor fue primero adoptada por uno de los miembros de la pareja conviviente y, luego de celebrado el matrimonio, quien pretende adoptarla es el otro, quien le ha dispensado a la niña el trato de padre... la menor ya tenía cortados sus lazos de parentesco consanguíneos al haber sido otorgada la primera adopción plena. La sentencia lograría, de este modo, cumplir a la menor adoptada por el cónyuge como hija del matrimonio aunque el hecho de este emplazamiento sea sucesivo y no simultáneo»¹⁰⁷.

*«Si bien nos encontramos formalmente frente a un nuevo pedido de adopción, en el plano real se trata de una ampliación de los efectos de la primera adopción plena... (aquel pedido)... tiene su fundamento en la necesidad que el adoptado cuente con su padre y madre, terminando de integrar su núcleo familiar»*¹⁰⁸.

(105) C. de Ap. C.C. de Morón, Sala I, 25/3/93. «De accederse a la adopción plena del hijo del cónyuge, se extinguiría el parentesco con su familia de sangre, resultando que al ser adoptado por su padrastro, dejaría de ser hijo de su madre biológica y hermano de sus propios hermanos. De ser así, en lugar de haber una adopción de integración habría una adopción de desintegración; constituiría este medio un modo de extinguir los vínculos maternos y filiales, L.L.B.A., 1994-214; J.A., 1994-I-390; F.D. 153-217; en el mismo sentido: «No procede la adopción plena si quien la solicita es la nueva cónyuge del padre de la menor, quien ejerce la patria potestad, pues concederla importaría desvincular jurídicamente a la menor de su padre y del resto de su familia, toda vez que la ley no prevé la posibilidad de que, concedida la adopción plena, se conserve el vínculo con el progenitor», CN Civ., Sala II, 5/9/95, L.L., 1995-C-242, con nota de Mauricio Luis Mizrahi.

(106) Cámara 1ª de Familia, Cba., 20/5/94, Sent. Nº 235, Sent. Jur., Fallos y Doctrina, Nº 1111, Cba., 17/10/96, p. 410.

(107) Moreno, Gustavo D., «En adopción integrativa», L.L., 1995-D, Ser. Doctrina, p. 1353.

Pensamos que la nueva ley debió regular específicamente estos supuestos, por su relativa frecuencia. Se pudo establecer que, en tales situaciones, la adopción plena del hijo del cónyuge no extingue los lazos jurídicos de filiación entre el consorte progenitor biológico (o adoptivo) y su hijo¹⁰⁹. De este modo el adoptado se introduciría en la familia del nuevo cónyuge adoptante y, al mismo tiempo, conservaría el vínculo de filiación anterior con el otro consorte y el parentesco con los miembros de la familia de éste.

21.1.1. Regulación específica

La adopción de un menor, hijo del cónyuge, presenta las siguientes peculiaridades legales:

- a) La patria potestad no será ejercida con exclusividad por el adoptante, sino que tanto el adoptante como su cónyuge (padre o madre consanguíneos del menor) la compartirán de acuerdo a las reglas que rigen la titularidad y el ejercicio de la patria potestad por padres casados y que conviven. Esta solución surge de la interpretación sistemática de las normas contenidas en los arts. 331, *in fine*, y 264 inc. 1º, C.C.¹⁰⁹.
- b) No requiere acreditar la guarda previa del art. 316 C.C.
- c) Constituye una excepción a la regla de que una persona casada no puede adoptar unilateralmente, no contemplada en el art. 320 C.C.

(108) Así se regula la situación en Quebec, cuyo Código Civil dispone que «la adopción, por una persona, del hijo de su cónyuge o concubino no rompe el vínculo de filiación establecido entre ese cónyuge o concubino y su hijo» (art. 579, 2º párr.). En dicho estado del Canadá, la adopción que se legisa es única (similar a nuestra adopción plena) y «confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen» (art. 577).

(109) En tal sentido, aunque refiriéndose a la idéntica regulación del art. 22 de la ley 19.134-T, Coleg. de Familia Nº 5, Rosario, 4/12/91, J.A. 89-335, ídem CNCiv., Sala D, 14/1/89, J.A. 1990-II-260, la doctrina no es unánime al respecto. La opinión contraria es sostenida por Belluscio, A. (Manual, cit., t. II, Nº 517, h, p. 278); en cambio, Biscaro Beatriz, *La patria potestad y la adopción del hijo del cónyuge*, JA 1986-III-868 defiende la tesis de que la patria potestad, en estos casos, corresponde en exclusividad al progenitor de sangre y que el adoptante no participa ni en su titularidad ni en su ejercicio. Existen posturas intermedias que recien con el adoptante el derecho a intervenir en las situaciones emergenciales en el art. 264 quater C.C. (Zamoni, E. *Derecho de familia*, cit., t. I, p. 671), y especialmente en las situaciones vinculadas con los contenidos personales de la actividad de los padres (Llorens, Nora, *Nuevo régimen...*, cit. ps. 293 y 294).

- d) Cuando el cónyuge superviviente adopta al hijo adoptivo del consorte premuerto no se requiere la diferencia de edad de 18 años (art. 312, 2º párr., C.C.).
- e) Si el adoptante es mayor de edad o emancipado se debe contar con su consentimiento y, lógicamente, tampoco tiene repercusión en la patria potestad, que se habrá extinguido cuando el adoptado llegó a la mayoría de edad.

21.2. Imposibilidad de adopción plena

No siendo factible jurídicamente la adopción plena sólo procederá la adopción simple siempre que se cumplieren los demás requisitos generales.

La imposibilidad de otorgar la adopción plena puede originarse en diversos motivos:

- a) Cuando los menores adoptables no se encuentren encuadrados en alguna de las situaciones previstas en el art. 325 C.C., es decir, orfandad, desconocimiento de filiación, internación en establecimientos asistenciales con total despreocupación de los padres, desamparo material o moral, abandono, o cuando los progenitores consienten judicialmente la adopción o están privados de las potestades paternas. Con razón dicen Bossert y Zannoni que *«la adopción simple cubre un ámbito de posibles situaciones fácticas, en las que aun no presentándose la adopción como un medio para resolver el desamparo, igualmente puede significar un alto beneficio para el menor»*.⁽¹¹⁰⁾
- b) Cuando el adoptante ya tenga otros hijos adoptivos simples (art. 313, 2º párr., 1ª parte, C.C.).
- c) Cuando se adoptan a mayores de edad (art. 325, 1º párr.), en los escasos supuestos previstos en la ley (art. 311 C.C.).

(110) Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo "La adopción simple del hijo de la concubina", E.D. 73-594.

21.3. Tipo de adopción que mejor consulta el interés del menor

También procede este tipo de adopción respecto de aquellos niños que, sin perjuicio de encontrarse en alguna de las situaciones que habilitan su adopción plena, por mediar circunstancias particulares, el juez o tribunal, considere que es más conveniente para el menor, otorgarlo en adopción simple, y de esta manera, no borrar definitivamente los vínculos jurídicos de parentesco que lo unen a su familia consanguínea⁽¹¹¹⁾.

Esta situación, si bien no es común, puede acontecer en la vida real; como el caso del menor que es abandonado por sus padres, teniendo, como únicos parientes a sus abuelos quienes, a pesar de su buena situación económica, no pueden asumir la tutela del nieto por hallarse ausentes, o enfermos, o ser de muy avanzada edad. Frente a tal supuesto fáctico, el juez debería considerar que la adopción simple es la más conveniente para ese niño ya que -además de respetar la prioridad de la familia biológica- no priva al menor del derecho alimentario y mantiene la expectativa de los eventuales derechos hereditarios.

Podría ser también el caso de menores cuyos padres, sintiéndose impotentes y sin medios para educar y formar correctamente a su hijo, movidos por el profundo amor que le tienen, buscan su bien a través de la adopción; y, aunque apenados, manifiestan judicialmente, la voluntad de entregarlo con tal fin. Si las demás circunstancias avalan la medida, el juez podría decretar la adopción simple, como una manera de reconocer el desprendimiento ejemplar de esos padres en aras del bienestar de su hijo⁽¹¹²⁾, pero creemos que se debe advertir de esta posibilidad a quien recibe la guarda con fines de adopción.

(111) «El único movilizador que guiará al sentenciante para conceder el tipo de adopción resulta el interés del menor, dentro de las limitaciones que surgen de la ley». CNCiv., Sala A, 22/3/94, E.D. 158-97. También se ha dicho que «la adopción simple no es de ningún modo axiológicamente inferior a la plena, pues permite al menor adquirir nuevos padres sin perder los parientes de sangre... Su aplicación resulta procedente cuando razones de orden moral o espiritual, implicadas en... los lazos de familia, autoricen a tener como inequívoco que es inconveniente suprimir los vínculos con los parientes de sangre». CNCiv., Sala I, 13/10/94, I.L. 1995-D-421, con nota de Mauricio Luis Mizrahi.

(112) «La conveniencia del menor no está ceñida, ni mira primordialmente a los intereses económicos, como podría ser la posibilidad de heredar a los parientes de sangre, próxima o remotamente, o de requerirles alimento. Por el contrario, tiene un campo de aplicación

21.4. *Solicitud fundada del adoptante*

Si bien el interés del menor es el principio supremo que debe regir toda adopción, también tiene importancia fundamental la voluntad fundada del adoptante. Debe ser respetada la posibilidad de decidir libremente, recontociéndosele la facultad de elegir el tipo de adopción que mejor se compadezca con su realidad familiar total, que nadie mejor que él conoce. Esta prerrogativa reconocida por la nueva ley constituye uno de los avances del reciente ordenamiento en pos de la armonía familiar. La opción del adoptante debe ser fundada y no caprichosa. Pensamos que el fundamento más serio será siempre el interés familiar del grupo concreto en donde ingresará el adoptivo.

Nos preguntamos, qué actitud debería asumir el juez, si quienes solicitan que se otorgue la adopción simple no son los que pretenden adoptar sino que la petición la formulan los propios padres de sangre en oportunidad de consentir la entrega en adopción del menor (art. 317, inc. a), C.C.). Hay quienes en forma simplista contestarían que *«quien puede lo más»* (entregar el menor en adopción plena), *también puede lo menos* (consentir sólo la adopción simple). Pero esta regla propia de los actos patrimoniales no siempre resulta aplicable en derecho familiar sobre todo porque los padres no tienen un *«poder de disposición»* de sus hijos y porque en esta materia el principio que debe observarse es el *«interés superior del menor»*¹¹¹⁰.

22. Efectos de la adopción simple

Veamos los efectos específicos de la adopción simple, que permiten diferenciarla de la adopción plena.

principalmente moral. El parentesco biológico nutre al amor, al afecto, a la asistencia espiritual, al consejo y hasta a la íntima satisfacción de provenir de determinada estirpe común, CN Civ., Sala A, 22/3/94, I.D., 158/97.

(1110) El hecho que la madre pague la patria potestad y que en el juicio de adopción los padres del adoptado deban ser oídos y se les reconozca el derecho a tener una activa intervención en el mismo, no significa que el juez deba acatar rígidamente la opinión de éstos, pues por encima de sus intereses particulares se encuentra el asegurar al adoptado un futuro promisorio, evaluando el bienestar material y moral del mismo a quienes resuelven idóneos para cumplir ese cometido... C.C., Com. y Cost. Adm., Bto. Cuarto, 1/5/95, L.L. 1994-987. Ver supra, § 114.

22.1. *Parentesco*

Este aspecto debe ser analizado desde la perspectiva del parentesco con los miembros de la familia biológica y, en relación al nuevo parentesco que se crea.

22.1.1. *Subsistencia del parentesco derivado del nexo biológico*

En primer lugar, el adoptado sigue perteneciendo a su familia de origen y, en consecuencia, «los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor, que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge» (art. 331 C.C.).

La adopción simple, a diferencia de la plena, no borra los efectos jurídicos derivados del parentesco de origen del adoptado. Subsisten, pues, todos ellos, con la únicas modificaciones que les introduce el nuevo vínculo que se crea. Como sigue perteneciendo a su familia originaria se mantienen las recíprocas vocaciones alimentarias¹¹¹¹ y sucesorias entre el adoptado y los demás miembros de su familia consanguínea y las otras consecuencias jurídicas del parentesco por naturaleza. Sin embargo, la obligación alimentaria de la familia biológica sufre una transformación ya que se convierte en *«subsidiaria»* respecto del deber alimentario que asume el adoptante. Sólo si éste se encontrare en la imposibilidad de proveer los alimentos podrán ser exigidos a los miembros de su familia de origen.

Consideración especial merece el derecho de visita, aspecto que se desarrolla *infra*, en el § 22.2.

Si cesare o se extinguere la patria potestad ejercida por el adoptante (por ejemplo, por su fallecimiento durante la minoridad del adoptado, o por nulidad de la adopción), según las circunstancias, podrá revertir en los padres biológicos (arg. art. 306, inc. 5º, C.C.). En el supuesto de que el o los

(1111) La adopción simple dejó abierta al menor la posibilidad de recurrir «con apoyo jurídico» a sus parientes legítimos en supuestos de necesidad, lo cual importa una ventaja indudable que queda descartada cuando se concede la adopción plena, CN Civ., Sala A, 22/3/94, I.D. 158/97; en igual sentido CN Civ., Sala I, 13/10/94, L.L. 1995-D-421, con nota de Mauricio Luis Mazzola.

progenitores reasumieran las potestades paternas sobre el hijo que fue objeto de una adopción simple, debemos determinar si en el usufructo de dichos padres (recuperado como consecuencia de la restitución de la patria potestad) quedarán comprendidos los bienes que el hijo hubiera adquirido por título gratuito de su familia de adopción. En otras palabras, se trata de definir si la exclusión *hereditaria* que pesa sobre la familia biológica respecto de tales bienes (art. 333 C.C.), se extiende también al usufructo paterno recuperado.

Pensamos que no quedan excluidos del usufructo paterno recuperado, por diversos fundamentos.

En primer lugar, el usufructo de los padres no es un derecho puro reconocido en el exclusivo interés del titular sino un verdadero derecho-deber ya que se lo concede como un derecho instrumental que le permitirá a los progenitores cumplir adecuadamente con los deberes paternales facilitándole la satisfacción de las necesidades del grupo familiar. En la figura del usufructo paterno debemos rescatar el fundamento formativo de solidaridad familiar que no existe en el derecho real de usufructo que se reglamenta a partir del art. 2807 C.C..

Por otra parte, recordamos que las prohibiciones o recortes a la capacidad deben aplicarse con carácter restrictivo y nunca extendiéndolas por analogía. Por ello, compartimos la decisión de nuestra justicia estableciendo que «el hecho de que los padres de sangre pierdan la vocación hereditaria respecto de los bienes que el adoptado hubiese recibido a título gratuito de su familia de adopción, no significa que también pierdan la posibilidad de gozar en el futuro del usufructo de dichos bienes si reasumen la patria potestad, pues éste es un derecho inherente a la patria potestad, en tanto que aquélla es una norma que regula la sucesión universal»⁽¹¹⁵⁾.

22.1.2. Nuevo vínculo de parentesco

Aun subsistiendo el parentesco con los miembros de la familia original, la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico,

(115) CNCiv., Sala C, 21/12/83, E.D., 108-379, (en la parte transcripta del fallo hemos reemplazado el tiempo verbal *hubieras* por *hubiese*, entendiendo que es el que se adecua a la situación referida). La postura defendida en el texto se compatibiliza con la solución que se ganamos en el 5 27.2, para el caso inverso, es decir, reconociendo a los padres adoptivos el usufructo respecto de los bienes que el adoptado hubiera adquirido, a título gratuito, de su familia biológica.

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 (art. 329 C.C.).

De esto se deduce que la adopción simple crea un vínculo de parentesco legal limitado, en principio, a la relación entre adoptante y adoptado y sus descendientes y entre los hijos adoptivos del mismo adoptante que, entre sí, son considerados hermanos. De esta manera, quedaría circunscripta la familia adoptiva creada por la adopción simple. La situación de parentesco que ella crea no se extiende más allá de esos límites y de las *fronteras parentales* que generan los nuevos impedimentos matrimoniales.

Esto significa que el adoptado por adopción simple no entra dentro de la familia del adoptante ni adquiere parentesco adoptivo con los parientes del adoptante y, en consecuencia:

- No se hace nieto adoptivo de los padres del adoptante.
- No se convierte en sobrino adoptivo de los hermanos del adoptante.
- Ni tampoco, y aunque esto resulte mucho más incoherente, no se hace hermano de los hijos consanguíneos que tenga o llegase a tener el adoptante.

El último es uno de los aspectos más criticados de la adopción simple tal como lo regula nuestra ley. Es un verdadero desatino que, lamentablemente, no fue corregido por la ley 24.779. Resulta absurdo considerar que el adoptado solamente es hermano de los otros hijos adoptivos que tenga el adoptante y no de los hijos consanguíneos que pudieran tener sus padres adoptivos; la incoherencia no se salva cuando, a los efectos de los impedimentos matrimoniales, el art. 166, inc. 3º, C.C., establece la prohibición de formalizar nupcias entre el adoptado simplemente y los hijos biológicos del adoptante. Podría decirse que se consideran hermanos a los fines de los impedimentos matrimoniales pero no lo serían, por ejemplo, a los fines de la vocación hereditaria *ab intestato*, o del deber alimentario (art. 367 C.C.), o de la obligación de conceder el beneficio de competencia (art. 800, inc 3º) ni respecto del derecho a ejercer la tutela legítima (art. 390 C.C.).

22.1.2.1. Efectos del vínculo jurídico entre hermanos adoptivos

La ley no crea vínculo de parentesco entre el adoptado y los miembros de la familia biológica del adoptante. Esta prescripción legal no comprende al especial vínculo jurídico de parentesco fraterno que se genera entre los hijos adoptivos del mismo adoptante ya que éstos, por su origen adoptivo, no pertenecen a la familia biológica del adoptante.

Creemos que el parentesco colateral por adopción simple, consagrado por la ley, y circunscripto sólo a las relaciones de los hermanos adoptivos entre sí, genera -entre ellos- todos los efectos legales que se establecen para los hermanos. Por ende, en esta relación jurídica, además de los impedimentos matrimoniales (art. 166, inc. 3º, C.C.), rigen:

- a) La obligación alimentaria (art. 367, inc. 2º, C.C.) y el correlativo derecho de visita (art. 376 bis C.C.)
- b) La prohibición de que un hermano adopte a su hermano o medio hermano (art. 315, inc. e) C.C.)
- c) El beneficio de competencia (art. 800, inc. 3º, C.C.)
- d) La inhabilidad del oficial público para actuar como tal en los asuntos en que estuvieran interesados sus parientes dentro del cuarto grado (art. 985 C.C.)
- e) La inhabilidad para ser testigos en los instrumentos públicos que pesa sobre los parientes dentro del cuarto grado del oficial público interviniente (art. 990 C.C.)
- f) La incapacidad para suceder testamentariamente a los parientes o afines dentro del cuarto grado del escribano o de los testigos que intervienen en un testamento notarial (art. 3664 C.C.)
- g) La exclusión del cómputo para formar la mayoría de capital requerida para la obtención del acuerdo, en el trámite del concurso, que afecta al cónyuge y a los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o adoptivos (art. 45 ley 24.522)
- h) La inhabilidad para ser síndico en los concursos que pesan sobre los que se encuentren, respecto del fallido, en un supuesto que permita la recusación con causa de los magistrados (art. 256, ley 24.522)
- i) Es causa de recusación y de excusación de los magistrados, contemplada en los diversos códigos de procedimiento provinciales ⁽¹¹⁶⁾.

(116) C.P.C. de Córdoba, art. 17: «Constituyen causas legales de recusación: 1º Ser el juez cónyuge o pariente de alguno de los litigantes dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción plena, segundo de afinidad o por adopción simple, 2º Tener el juez, su cónyuge, o parientes consanguíneos, afines o adoptivos, dentro de los grados expresados, sociedad o comarcial con alguno de los litigantes, salvo que la sociedad fuera por acciones, 3º Tener el juez, su cónyuge, o sus parientes consanguíneos, afines o adoptivos, dentro de los grados expresados, interés en el pleito o en otro semejante...» Art. 32

- j) Igualmente, en materia procesal, inhabilita para atestiguar contra una de las partes ⁽¹¹⁷⁾
- k) La legitimación para promover la acción de incanina (art. 144, inc. 2º, C.C.), y de interdicción por sordomudez (arts. 154 y 156 C.C.)
- l) La obligación de denunciar la orfandad o la vacancia de la tutela (art. 378 C.C.), confiere derecho a ejercer la tutela legal (art. 390 C.C.)
- m) El deber de asistencia parental (art. 482 *in fine* C.C.)
- n) La legitimación para solicitar la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 24, ley 14.394)
- o) La recíproca vocación sucesoria intestada de los hermanos adoptivos entre sí.

22.1.3. Impedimentos matrimoniales (art. 166, inc 3º, C.C.)

La adopción simple, por razones de moralidad, genera impedimentos matrimoniales. No pueden contraer matrimonio:

- a) El adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes, ni con el cónyuge del adoptado.
- b) El adoptado con el cónyuge del adoptante, ni el adoptante con el cónyuge del adoptado.
- c) Los hijos adoptivos del mismo adoptante entre sí, y el adoptado con los hijos biológicos del adoptante.

Se trata de impedimentos dirimentes que acarrear la nulidad absoluta. Sin embargo, *«los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada»*, solución legal que ha sido criticada por calificada doctrina.

«Todo juez que se hallare comprendido en alguna de las causas de recusación, deberá excusarse, pero el interesado podrá exigir que siga conociendo, a menos que la excusación sea motivada por interés en el pleito o por parentesco con alguno de los litigantes.»

(117) C.P.C. Cha., art. 309: «No serán admitidos como testigos contra una de las partes: sus consanguíneos, adoptivos o afines en línea recta, el cónyuge aunque esté separado legalmente, los colaterales en segundo grado y los guardadores o sus representantes», salvo que «... la declaración versare sobre nacimientos, defunciones o matrimonios de los miembros de la familia» (art. 310)

22.2. *Patria potestad*

La patria potestad que corresponde a los padres de sangre, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor, se transfiere al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge (art. 331 C.C.). En este especial supuesto de adopción integradora, el adoptante ejercerá juntamente con el progenitor biológico la patria potestad sobre el adoptado, en virtud de la regla establecida en el art. 264 inc. 1º C.C., respecto a su ejercicio conjunto por los padres unidos en matrimonio mientras convivan.

Los padres biológicos no conservan facultades para decidir u opinar acerca de la educación del hijo, ni deben ser consultados acerca de los actos que requieren autorización conjunta de ambos padres (art. 264 quater C.C.); sin embargo, en los términos del art. 376 bis C.C., pueden solicitar se les acuerde un derecho de visita con el propósito de mantener la comunicación y las relaciones afectivas familiares propias del vínculo parental que subsiste. Esto significa que los padres adoptivos deberán permitir que el menor sea visitado por aquellos miembros de la familia de origen del adoptado simple con los cuales subsiste la obligación alimentaria recíproca derivada del parentesco consanguíneo (ascendientes y hermanos o medio hermanos del menor (art. 367 C.C.); o por afinidad (padrastro o madrastra, art. 368 C.C.). La práctica de las comunicaciones y visitas de los miembros de la familia biológica con el adoptado es una manera de hacer efectivo el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones familiares (art. 8º, Convención de los Derechos del Niño).

Si los adoptantes se opusieren alegando posibles perjuicios a la salud moral o física del adoptado, el juez resolverá lo más conveniente para el menor, según las circunstancias, pudiendo fijar un régimen de visitas más o menos espaciadas (art. 376 bis C.C.).

Los progenitores consanguíneos no pueden objetar las decisiones tomadas por el adoptante relativas al cambio de residencia, incluso la salida del país; sin embargo, según las circunstancias, el padre adoptivo deberá solicitar autorización judicial para mudar su domicilio y el del menor dentro del país o trasladar su residencia al extranjero a fin de no resultar incurso en los delitos y penas previstos en la ley 24.270.

El menor adoptado tiene como domicilio legal el de sus padres (art. 90, inc. 6º, C.C.). Como el cambio de domicilio pudiera ser hecho con el propósito de impedir u obstruir el contacto del menor con sus padres biológicos, en tales casos, para evitar que se configure la acción reprimida por la ley 24.270, se exige la autorización judicial (art. 2º).

La patria potestad es adquirida en su integralidad por los adoptantes sin ningún tipo de cortapisas ni diferenciaciones respecto de la que ostentan los progenitores por naturaleza o los padres adoptivos en la adopción plena. Esto significa, en orden a los aspectos patrimoniales derivados de aquella, que a los adoptantes les atañe la administración de los bienes de los hijos porque esta función, más que un puro derecho, es una facultad instrumental; es un derecho-deber que se le reconoce e impone en utilidad y provecho del hijo. También comprende el usufructo de los bienes de los adoptados, sin tener que efectuar un inventario de tales bienes⁽¹¹⁸⁾ ni afianzar (art. 291 inc. 1º C.C.), a diferencia de lo que se legisla en otros países como en Bolivia⁽¹¹⁹⁾.

Respecto de la administración y usufructo de los bienes que el adoptado simple hubiera adquirido a título gratuito de su familia de origen, a falta de disposiciones expresas que regulen la situación, se regirán por las normas generales. En consecuencia, los padres adoptivos también tienen la administración y el usufructo de tales bienes. No resultaría implícitamente aplicable al caso la previsión del inc. 2º del art. 293 C.C. que excluye a los padres de la administración de los bienes adquiridos gratuitamente por el hijo, cuando la transferencia se hubiera hecho *«bajo la condición de que los padres no los administren»*. Mientras no se haya consignado esta cláusula en la escritura de donación o en el respectivo testamento no hay exclusión sobreentendida. En forma similar, sólo quedarán fuera del usufructo paterno adoptivo los bienes *«adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo»* (art. 287, inc. 3º, C.C.).

El usufructo legal no es una prerrogativa que se reconoce a los progenitores en su exclusivo beneficio sino que, como todo derecho-deber familiar la ley lo regula para facilitar el funcionamiento del grupo familiar

(118) El adoptante solo tendrá que inventariar los bienes que el hijo adoptivo heredare del otro cónyuge adoptante (art. 296 C.C.).

(119) Con referencia a la adopción simple, el art. 85 del Código del Menor, ley 1403 del 18/12/92, República de Bolivia, dispone que: «El adoptante debe levantar un inventario estimado de los bienes del adoptado, si los hubiere, y ponerlo en conocimiento del juez competente para su comprobación y aprobación. El adoptante dará fianza para la administración de dichos bienes. Debemos aclarar que en Bolivia no se reconoce el usufructo paterno a los progenitores que ejercen la patria potestad».

que encabezan, allanar el logro de los fines de amparo y formación integral de los hijos, y promover la solidaridad económica y el progreso de la familia en su conjunto.

La exclusión hereditaria de los padres adoptivos respecto de tales bienes (art. 333 C.C.) no puede extenderse a la administración y usufructo mientras la ley no lo disponga específicamente.

22.3. Nombre y apellido

Como consecuencia de la posición jurídica de hijo biológico, con la que se lo asimila al adoptado respecto del adoptante, la adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante y, a partir de los dieciocho años de edad, se le reconoce al adoptado la facultad de agregar al apellido adoptivo el suyo propio (art. 332, 1ª parte C.C.)⁽¹²⁰⁾.

(120) Bajo el imperio de normas similares, propias de la ley 19.154, la jurisprudencia ha resuelto que el agregado del apellido originario del adoptado se puede hacer a solicitud del propio adoptante en oportunidad de tramitar la adopción simple de integración, cuando las circunstancias así lo aconsejan. Además, interpreta el verbo *agregar* con la primera acepción que le reconoce el *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, es decir, como *«unir o juntar unas cosas a otras, sin indicar el orden (anteponerlo o postponerlo), de donde resultaría que, de acuerdo a las particularidades del caso, en algunas situaciones se antepondría el apellido del adoptante respecto del apellido paterno originario y, en cambio, en otras ocasiones, el orden podría ser el inverso. En el caso que comentamos, se trataba de la adopción integradora de un menor de trece años en la que el propio adoptante había pedido, como condición para adoptar al hijo de su esposa viuda, que tal hijo conservase el apellido paterno de origen en primer término. El *a quo* no hizo lugar a la solicitud. En la apelación ante la Cámara, tanto el asesor de Menores como la camarista, Dra. Zulema Wilde, que da la fundamentación del resolveo, coinciden en la razonabilidad del pedido, en función de las circunstancias. El asesor manifiesta que «la Convención de los Derechos del Niño impone el respeto a la identidad del adoptado (art. 8º), con la consiguiente obligación de resguardar sus orígenes y que no puede posticipar el cambio del apellido de un menor «a esta altura de su vida, ya que con aquél se analizaría la historia personal de este joven...». La doctora Wilde expresa que la alteración consistente en anteponer el apellido del adoptante implicaría para el menor «un cambio con relación a su pasado con todas las dificultades emotivas y pragmáticas que ello acarrea...» para concluir, afirma que cuando la ley autoriza a «agregar» sin indicar el orden, «permite establecer la prelación u ordenamiento merituando las circunstancias del caso», CNGC,*

Todo lo cual se explica, si se tiene en cuenta que el adoptado sigue perteneciendo a su familia de sangre y, además, se le superpone este particular vínculo de adopción simple.

Cuando quien adopta simplemente es una mujer viuda, el adoptado llevará el apellido de soltera de la adoptante; sin embargo, la ley admite que ésta pueda solicitar que se le imponga al adoptado el apellido de su esposo premuerto siempre que justifique motivos atendibles (art. 332, 2ª párr. C.C.).

En cuanto al prenombre o nombre de pila, se aplica la norma del art. 13 de la ley 18.248, es decir, tratándose de adopción de un menor de seis años, los adoptantes podrán pedir el cambio del nombre de pila o la adición de otro. Si tuviere más de seis años de edad, se le podrá agregar otro nombre después del que anteriormente tenía el adoptado, siempre que no supere el máximo de tres nombres de pila permitidos.

22.4. Vocación hereditaria

La adopción simple genera vocación hereditaria *ab intestato* recíproca del adoptante con el adoptado y sus descendientes, y de los hermanos adoptivos entre sí. Esto es parecido o similar a la vocación hereditaria recíproca que existe entre padres e hijos y entre hermanos biológicos, aunque no es igual.

Además, el adoptado y sus descendientes pueden heredar por representación a los ascendientes del adoptante, pero no revisten, a su respecto, el carácter de *herederos forzosos*.

Sala J. 31/8/94, L.L. 1995-C-78, con nota aprobatoria de Jorge Adolfo Mazzinghi, *videluz* «El apellido del adoptado». Por su parte, la Cámara 1ª de Familia de Córdoba, ante el pedido del adoptante de que el adoptado siga usando el apellido de su padre biológico o, subsidiariamente, que se le adicione al apellido del adoptante, rechazó la primera posibilidad; pero, en base a la situación fáctica existente se hizo lugar a la petición subsidiaria, «de acuerdo a lo dispuesto por la ley de adopción y las normas de la ley 18.248 de nombre de las personas, en especial, su art. 12, con una interpretación armónica y lógica...». Sent. N° 67, Cha., 9/3/92. Bertoldi de Foucade, María Virginia; Frisera de de la Rúa, Angelina; Ossola, Alejandro, *Derecho de Familia*, ob. cit., p. 110.

Todo el derecho sucesorio que surge de la adopción simple tiene una regulación específica que, en muchos aspectos, implica modificaciones o excepciones a los principios que informan la sucesión intestada.

22.4.1. El adoptado y sus descendientes en la sucesión del adoptante

Desde el momento en que la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico (art. 329 C.C.), se le reconoce al hijo adoptivo la misma vocación hereditaria y los derechos como legitimario propios de los hijos por naturaleza. Por ende, su porción legítima en la sucesión del adoptante es «cuatro quintos» de la herencia (art. 3593 C.C.). Pertenece al primer orden hereditario. De tal jerarquía se derivan las siguientes consecuencias:

1. Excluye a los ascendientes y a los colaterales del adoptante fallecido.
2. Concorre por derecho propio y en idéntico pie de igualdad con los otros hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos que pudiera tener el autor de la sucesión (art. 3565 C.C.).
3. Concorre con el cónyuge superviviente del adoptante, en los bienes propios del *de cuius* y lo excluye en los bienes gananciales (arts. 3570 y 3576 C.C.).
4. A su vez, «los descendientes del adoptado heredan por representación al adoptante y son herederos forzosos» (art. 334 *in fine* C.C.).

22.4.2. El adoptado y su stirpe en la sucesión de los ascendientes del adoptante

«El adoptado y sus descendientes heredan por representación a los ascendientes de los adoptantes, pero no son herederos forzosos» (art. 334 C.C.).

Esta es una situación jurídica especial. El adoptado simplemente, es heredero no legitimario de los ascendientes de sus padres adoptivos. En caso de abrirse la sucesión de éstos puede concurrir por stirpe representando al adoptante. Pero, como en semejante sucesión no es heredero forzoso, el difunto, en orden a sus disposiciones a título gratuito, no habrá debido respetar ninguna legítima del adoptado simplemente. En otras palabras, los ascendientes del adoptante tienen el derecho de dejar fuera de su propia sucesión al adoptado y «también» a su descendencia.

Tanto el adoptado como su stirpe pueden verse privados de los beneficios sucesorios que les pudieran corresponder en su calidad de herederos legítimos no forzosos. Diversos son los medios a los que pueden

apelar los ascendientes del adoptante para separarlos de su sucesión. Podrían valerse de una cláusula testamentaria excluyéndolos expresamente. En tal caso el testador no está constraído a observar las reglas de la desheredación, ni tampoco está obligado a explicitar las razones de la exclusión. Sin embargo, semejante cláusula no es indispensable para lograr el propósito perseguido. Bastaría que a través de disposiciones gratuitas *inter vivos o mortis causam* hubiera repartido sus bienes entre otros beneficiarios preteriendo, así, al adoptado o a sus descendientes. Estos no tendrían facultades para demandar la reducción de tales donaciones calificándolas de «*inoficiosas*» (arts. 1830 a 1832 C.C.), ni de los legados que mengüen o hagan ilusoria su pretendida «*legítima*» (arts. 3601 y 3797 C.C.) porque no son herederos forzosos del causante. Por igual motivo no estarían legitimados para promover la acción de preterición reglamentada en el art. 3715 C.C.

La situación es excepcional frente a una de las pautas que definen al derecho de representación estableciendo que el representante ocupa el lugar y tiene la misma situación jurídica que le hubiera correspondido al representado⁽¹²¹⁾; porque en esta hipótesis, el representante no se va a encontrar en la misma situación jurídica que hubiera tenido el representado en esa sucesión. El representado (es decir, el padre adoptivo simplemente) hubiera sido heredero forzoso; en cambio, su representante carece de esa calidad.

Maffia señala otra consecuencia de esta representación anómala. Como el adoptado no tiene legítima en la sucesión de los ascendientes del padre adoptivo, «no estaría obligado a colacionar una donación que hubiera recibido en vida del causante, ya que no siendo heredero forzoso sería improcedente la exigencia de sus coherederos»⁽¹²²⁾.

22.4.3. La viuda del hijo adoptivo en la sucesión del adoptante

Se trata de determinar si la esposa del adoptado simple que enviudare sin descendencia podría aspirar a los derechos hereditarios que el art. 3576

(121) Recordemos que, el derecho de representación es la facultad que la ley le concede a los descendientes de los hijos y de los hermanos del causante para acercarse al autor de la sucesión ocupando los lugares que hubieran quedado vacantes por preterición, ausencia con presunción de fallecimiento, indignidad, desheredación o renuncia, a fin de heredar juntos (por stirpe), ocupando la misma situación jurídica (grado, calidad parental y cuantía) que le hubiera correspondido al representado.

(122) Maffia, Jorge O., «Los derechos sucesorios en la nueva ley de adopción», J.A. Doctrina, 1973, p. 521.

bis C.C. le reconoce a la nuera viuda sin hijos en la sucesión del suegro. Ello dependerá de la postura que se tenga acerca de la extensión del parentesco que genera la adopción simple y de una renovada caracterización del parentesco por afinidad.

Ante todo, una precisión: la adopción simple no crea vínculo de parentesco entre el adoptado y la familia biológica del adoptante (art. 329 C.C.); pero este deslinde para nada involucra a la relación parental que, con motivo del matrimonio, pudiera generarse *entre la esposa del adoptado y los padres adoptivos de éste*.

El art. 166 C.C., cuando establece las clases y grados de parentesco que dirimen el matrimonio, en el inc. 3º incorpora al vínculo de «afinidad adoptiva» entre el adoptante y el cónyuge del adoptado.

Hemos entrecorillado la expresión «afinidad adoptiva» porque es dudoso que la filiación adoptiva simple pueda generar afinidad; al menos en el concepto tradicional de este tipo de parentesco.

Si recordamos que *el parentesco por afinidad vincula a cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro*, como los hijos adoptivos no son parientes consanguíneos del adoptante, tampoco se generaría parentesco por afinidad entre la esposa del hijo adoptivo y el adoptante. Si aplicásemos estrictamente la definición anterior, se deduciría que *sólo puede considerarse como «nuera» a la esposa del hijo consanguíneo*.

La conclusión genérica diría que en la adopción simple no hay posibilidad de hablar de afinidad adoptiva; en cambio, en la filiación adoptiva plena, al estar equiparada jurídicamente y surtir los mismos efectos que la filiación por naturaleza (art. 240 C.C.) podría admitirse tal especie de afinidad adoptiva.

Las dudas se acrecientan en orden a la filiación adoptiva simple porque el Código Civil no la equipara, en sus efectos, con la filiación consanguínea; sin embargo, creemos que cuando la ley le confiere al adoptivo simple la *posición jurídica del hijo biológico*, indirecta y necesariamente le reconoce a la cónyuge del adoptado la posición jurídica de hija política o por afinidad respecto del adoptante. Y, desde esta perspectiva, podemos referirnos a ella como la «nuera» de los adoptantes.

Siendo así, se le debe reconocer la vocación hereditaria que acuerda el art. 3576 bis C.C.¹¹²³.

22.4.4. Vocación sucesoria del adoptante

«El adoptante hereda *ab intestato* al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres biológicos...» (art. 333 C.C.).

Decíamos que en este tipo de adopción, los derechos hereditarios *ab intestato* de los padres adoptivos se rigen por principios *parecidos pero no iguales* a los establecidos para los padres consanguíneos. En efecto, en la sucesión *ab intestato* rige el principio de la unidad de la sucesión o indistinción del origen de los bienes, es decir, no se repara en el origen de los bienes ni en el título o la causa de su ingreso en el patrimonio del *decurtus*, porque son circunstancias que carecen de trascendencia jurídica; en cambio, esto no ocurre en la adopción simple ya que en ella «*si el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia biológica ni ésta 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*» (art. 333 C.C.).

Respecto de la terminología empleada, el legislador de 1997 hizo caso omiso de las fundadas críticas de la doctrina respecto del uso, en estos supuestos, de la denominación «familia de sangre» ya que se limitó a sustituirla por otro giro idiomático, «familia biológica» el cual, al tener idéntico significado y extensión, en determinadas situaciones traiciona el espíritu de la ley. En sentido lato, la expresión «familia biológica» llevaría a la obligada consecuencia que la exclusión hereditaria del adoptante comprende también aquellos bienes que el adoptado pudo haber recibido a título gratuito de un descendiente suyo, situación ésta que evidentemente no ha sido la que el legislador quiso contemplar.¹¹²⁴ Para estos casos la expresión que traduce el espíritu de la ley sería «familia de origen».

Por otro lado, la expresión «familia biológica», deja fuera otro supuesto que debería estar comprendido en las situaciones de exclusión. Si, en virtud de la autorización contenida en el art. 312 C.C., el adoptado hubiese sido objeto de dos o más adopciones sucesivas, habiendo recibido bienes a título gratuito de los miembros de su anterior familia adoptiva, también respecto de tales bienes debería estar excluido el padre adoptivo, y sería razonable y prudente que semejantes bienes volvieran a la familia de la que

[123] Confr. Guzmán, Elías P., «Derecho sucesorio de la nuera», L.L., 1, 134, Sec. Doct. p. 1343, Cap. III, Nº 12, p. 1518.

[124] Maffía, Jorge O., «Los derechos sucesivos en la nueva ley de adopción», J.A. Doctrina, 1972, p. 520.

los recibió graciosamente el adoptado difunto. Por ello, la ley, al establecer la exclusión hereditaria del padre adoptivo debió alzar, con precisión, tanto los bienes que el adoptado hubiera recibido de su familia de origen como de su anterior familia adoptiva (125).

En la sucesión de adoptado simple, el padre adoptivo tiene la siguiente situación sucesoria:

1. Es excluido por los descendientes del *de cuius*; el adoptante actualiza su llamado sólo si el adoptado muere sin descendencia o si ésta no concurre a la herencia por otros motivos (renuncia, indignidad, etcétera).
2. Concurre con el cónyuge del adoptado.
3. Excluye a los hermanos adoptivos.

22.4.4.1. Masas de bienes a distinguir

Para precisar la legítima y las exclusiones y concurrencias con los miembros de la familia de origen del adoptado es menester distinguir tres masas de bienes:

- a) Masa de bienes adquiridos a título gratuito de su familia de origen. Sobre este conjunto del patrimonio sucesorio la familia adoptiva no está llamada a heredar.
- b) Masa de bienes adquiridos a título gratuito de su familia adoptiva (126). Sobre este sector de la herencia, la familia biológica no tiene vocación sucesoria.
- c) Masa de bienes adquiridos a título oneroso o a título gratuito pero no comprendidos en las dos masas anteriores (por ejemplo, donaciones o herencias recibidas de su cónyuge o de sus descendientes o de

extraños). En esta parte, los adoptantes tienen vocación preferente respecto de los padres consanguíneos.

En todas las hipótesis en que el adoptante es llamado a suceder *ab intestato* al adoptado, su vocación está excluida respecto de los bienes que el hijo adoptivo hubiera recibido gratuitamente de su familia de origen.

El propósito del legislador fue impedir que la adopción se practique con el fin de captar la eventual herencia de los bienes que el adoptado o su descendencia pudieran recibir de la familia de origen (127). En otro contexto sociológico, se sostiene que el fundamento de esta distinción está en la necesidad de cumplir con el deber de asistencia *post mortem* respecto de las dos familias a las que pertenece el adoptado (128). Creo que ambas fundamentaciones pueden complementarse.

En la práctica, no se trata más que de hacer volver los bienes a la familia de donde provinieron. El principio sólo se aplica cuando no hay descendientes del causante que unifican y representan en su persona a las diversas familias de donde salieron los bienes.

La norma reconoce como fuente el art. 368-I, del Código Civil francés, el cual, de alguna manera, adaptó a esta situación el sistema sucesorio de la *fonte*, basado en el principio del antiguo derecho *paterna paternis materna maternis* (los bienes de origen paterno vuelven a los parientes de la línea paterna; los bienes de origen materno vuelven a los parientes de la línea materna), convirtiéndolo en la nueva regla: *los bienes adquiridos gratuitamente de la familia de origen vuelven a la familia de origen; los recibidos de la familia adoptiva, retornan a la familia adoptiva*. Nuestro legislador asimiló la idea, pero, respecto de los demás bienes del adoptado (aquellos incluidos en la masa -c-), diverge de la ley francesa al disponer que el adoptante excluye a los padres biológicos (129).

(125) Confr. Maffia, Jorge O., *ob. y p. cit.* en nota anterior; Zannoni, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, Astrea, Bs. As., 1997, t. II, 4ª edición actualizada y ampliada; Lagonissino, Carlos A.R., comentario al art. 24 de la ley 19.134, § 3, en *Código Civil y leyes complementarias*, editado por Belluscio y coordinado por Zannoni, Astrea, Bs. As.

(126) Dice Zannoni, coincidiendo con Lagonissino, que en ambos casos se aplica la subrogación real, y que cuando los bienes recibidos gratuitamente de una u otra familia se hubieran enajenado *y con respecto se hubieran adoptado otros que los reemplazan en su patrimonio, éstos siguen la calidad atribuida a los sustituidos*, Zannoni, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, t. II, *ob. cit.*, (1994, I), p. 63.

(127) Confr. Zannoni, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, t. II, *ob. cit.*, § 845, p. 62. En el § 843, p. 59, recuerda que, al discutirse el proyecto de la primitiva ley de adopción, 15.252, el diputado Benítez, sostuvo: *«Queremos evitar la posibilidad de que la adopción sea un medio de provecho económico para el adoptante.»*

(128) Malaurie, Philippe et Aines, Laurent, *Coms de Droit Civil. Les Successions. Les Libéralités*, Editions Gajus, Paris, 1993, p. 68, § 83.

(129) La solución de la ley argentina innova, así, respecto del art. 368-I del Código Civil francés, en el que se establece que «... el resto de los bienes del adoptado se dividen por partes entre la familia de origen y la familia del adoptante, sin perjuicio de los derechos del cónyuge sobre el conjunto de la sucesión».

La legítima de los padres adoptivos es de dos tercios de los bienes que integran la masa -b- y -c-, sobre las que tiene vocación hereditaria.

Sistematizando las diversas normas aplicables, podemos formular la siguiente precisión: *-La masa a los fines de calcular la legítima de los padres adoptivos se constituye con los bienes que integraban el patrimonio del adoptado a la fecha de su muerte y que se transmiten por sucesión hereditaria, menos los bienes que hubiere recibido por herencia, legado o donación de los padres biológicos o demás parientes de su familia de origen, más el valor de las donaciones que hubiese efectuado en vida, menos las deudas-*.

En la sucesión *ab intestato* del adoptado simple, respecto de los bienes que el difunto recibió gratuitamente de su familia de origen, el adoptante no tiene vocación sucesoria; por ende, si no existieren otros familiares llamados a heredarlos, aquéllos bienes serán reputados como pertenecientes a una herencia vacante⁽¹⁵⁰⁾. Nada impediría, en tales casos, que el adoptado, a través de un testamento, dispusiera de esos bienes, incluso en beneficio de sus padres adoptivos.

22.4.4.2. El adoptante en la sucesión de los descendientes del adoptado

El adoptante hereda *ab intestato* a sus nietos adoptivos y, en general, a todos los descendientes del adoptado, porque el parentesco legal que nace de la adopción simple se extiende en la línea recta descendente, sin límites, con todos sus efectos jurídicos, incluso los sucesorios. Esta interpretación se funda en la última parte del art. 334 C.C., según la cual «los descendientes del adoptado heredan... al adoptante y son herederos forzosos». Estimamos que esta disposición da pie para reconocerle derechos hereditarios recíprocos; vale decir, que el adoptante hereda a los descendientes del adoptado y es heredero forzoso de ellos como si fuera padre biológico del

adoptado. El art. 333 C.C. dice que el adoptante hereda al adoptado y es heredero forzoso *-en las mismas condiciones que los padres biológicos-*.

En todos los casos en que el adoptante fuera llamado a la sucesión de los descendientes del adoptado simple regirá su exclusión respecto de los bienes que el causante hubiera recibido de la familia de origen del adoptado. Esto es una consecuencia del principio que inspiró la exclusión del adoptante sobre tales bienes en la sucesión del adoptado.

22.4.5. Vocación de la familia de origen

Los bienes que el adoptado recibió gratuitamente de la familia de origen vuelven a esa familia. En otras palabras: respecto de aquellos bienes que el adoptado difunto adquirió por donación, herencia o legado de su familia de origen, sólo podrán heredar *ab intestato*, los descendientes; los ascendientes biológicos, el cónyuge; la nuera viuda; y los colaterales biológicos del adoptado.

Sobre esta masa de bienes se aplican las reglas que rigen los llamamientos y las exclusiones en la sucesión intestada. Los padres biológicos del adoptado excluyen a los demás ascendientes. Los ascendientes consanguíneos del causante concurren con el cónyuge superviviente, en las proporciones fijadas en la ley.

No habiendo ascendientes por naturaleza ni cónyuge superviviente, serán llamados a la sucesión de tales bienes los colaterales biológicos del adoptado.

Respecto de los bienes que el adoptado adquirió con su trabajo, profesión o industria o por título gratuito (pero no comprendidos en las masas de exclusiones de la vocación hereditaria del art. 333 C.C.), «los adoptantes excluyen a los padres biológicos». Esta última parte del artículo no establece una exclusión de la vocación hereditaria de los padres de sangre sobre tales bienes sino que consagra un especial orden jerárquico sucesorio entre los padres adoptivos y biológicos del adoptado. Llama prioritariamente a los padres adoptivos; pero fallando por cualquier razón el llamado, subsidiariamente, se actualiza la vocación de los padres por naturaleza.

22.4.6. Vocación del cónyuge del adoptado

El cónyuge del adoptado que lo sobrevive concurre, en su caso, junto con los descendientes, con los padres adoptivos y por consanguinidad y excluye a los colaterales biológicos y adoptivos del causante.

(150) Diversas alternativas jurídicas superadoras de esta discutida norma, fueron planteadas en encuentros jurídicos de importancia. Entre otras soluciones, se había propuesto la siguiente fórmula: «el adoptante heredaría *ab intestato* dichos bienes, cuando no existan parientes del adoptado con vocación hereditaria». Despacho definitivo de la Comisión sobre Adopción, III Congreso Nacional de Derecho Civil, publicación de la Universidad Nacional de Córdoba, Cha., 1962, t. II, p. 745; pero las sucesivas reformas al régimen de la adopción, incluida la operada en 1997, reinciden en la inoperante prescripción del art. 3569 bis (ley 17.711), ignorando el mejor criterio expuesto por la doctrina nacional que recomendaba la enmienda consignada.

22.4.7. Vocación de los hermanos adoptivos

En la línea colateral debe reconocerse la vocación hereditaria *ab intestato* recíproca a quienes son considerados hermanos entre sí (art. 329 *in fine* C.C.)⁽¹⁵¹⁾. El reconocer la existencia de este específico orden hereditario *ab intestato*, da origen a una serie de interrogantes, cuya respuesta exige un verdadero esfuerzo de razonamiento para aplicar los principios generales en materia de sucesión intestada, sin traicionar el espíritu ni la extensión del parentesco adoptivo simple.

22.4.7.1. Derecho de representación

Nos preguntamos si los hijos de un hermano adoptivo del *decurtus* podrían concurrir a la sucesión de su «tío adoptivo» por derecho de representación del hermano adoptivo premuerto? A primera vista, pareciera que la respuesta debe ser afirmativa, en función del siguiente razonamiento: si los hijos adoptivos del mismo adoptante son considerados como hermanos entre sí, los descendientes de uno de esos hermanos serán considerados sobrinos de los otros hermanos y, como tales, gozarán del derecho de representación (arts. 3560 y 3561 C.C.); pero, en este particular orden hereditario debemos excluir la posibilidad de la representación ya que, en semejantes supuestos, no se satisfaría uno de los requisitos legales de la representación, el que se refiere a que el representante debe tener vocación hereditaria para suceder al *decurtus* (art. 3551 C.C.). En esta situación, los descendientes de los hermanos adoptivos del difunto no tienen vocación hereditaria respecto del causante, no tienen un llamado para suceder al autor de la sucesión, porque la ley pone fin al parentesco colateral adoptivo simple en el segundo grado. Más allá no hay parentesco colateral en este tipo de adopción. Y, si no hay parentesco, mal podrían pretender la

representación quienes, por no ser parientes del difunto, no tienen vocación sucesoria a su respecto⁽¹⁵²⁾.

22.4.7.2. Exclusiones y concurrencias con los hermanos biológicos

De acuerdo a lo establecido en el art. 333 C.C., los hermanos adoptivos no tienen llamado para suceder en los bienes que el causante hubiera recibido gratuitamente de su familia de sangre⁽¹⁵³⁾, mientras que los hermanos biológicos no tienen vocación para heredar los bienes que el *decurtus* hubiera adquirido a título gracioso de la familia adoptiva.

En el resto de bienes relictos no incluidos en las dos masas anteriores, los hermanos adoptivos simples concurren con los hermanos y medio hermanos biológicos del causante, porque la preferencia señalada en la última oración del art. 333 C.C., sólo se circunscribe al padre adoptivo respecto de los padres biológicos y nada autoriza a extenderla dándole prioridad a los hermanos adoptivos frente a los de sangre.

También concurren con aquellos sobrinos y sobrinos nietos del causante que hereden por representación de los hermanos biológicos del *decurtus*, cuando la vocación de estos últimos hubiera fallado por algunas de las causas que abren el derecho de representación.

Respecto de esta masa hereditaria, los hermanos adoptivos excluyen a otros colaterales biológicos de grado más lejano.

En caso de que concurren a la sucesión del adoptado fallecido sus hermanos de doble vínculo y de vínculo simple se deberá aplicar la preceptiva del art. 3586 C.C.: «El medio hermano en concurrencia con hermanos de padre y madre, heredan la mitad de lo que corresponde a éstos». La bilateralidad o unilateralidad del vínculo puede surgir de la consanguinidad o de la adopción⁽¹⁵⁴⁾.

(151) En contra: Levy, *Los M. Régimen de adopción*, Ley 21.779, *id.*, p. 147; «... en cuanto al derecho de representación intestamentosa, coincidiendo con Maffía, que los descendientes del hijo adoptivo estaría beneficiados por el mismo llamado derecho otorgado a la primera línea colateral y paterna, por ende, representar a su padre en la sucesión del hermano de adopción» (*Manual de derecho sucesorio*, t. II, p. 262).

(152) Sólo que los hermanos adoptivos fueran, además, hermanos consanguíneos.

(153) «Tal el caso en que concurren a la sucesión del hijo adoptivo de sus cónyuges un hermano adoptivo adoptado por esos mismos cónyuges y otros hermanos adoptivos por uno u otro de ellos» (véase ejemplo de Maffía, Jorge O., en «Los derechos sucesorios» en la nueva ley de adopción», *id.*, § 10, p. 53).

(151) Sobre el tema no hay uniformidad en la doctrina nacional. A favor de la postura señalada en el texto: Maffía, Jorge O., «Los derechos sucesorios en la nueva ley de adopción», J.A., Doctrina 1972, N° 10, p. 520; Belluscio, Augusto César, *Ley de adopción*, N° 779, *Adenda*, *id.*, p. 29; D'Antonio, Daniel Hugo, *Régimen legal de la adopción*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1997, p. 191; Levy, *Los M. Régimen de adopción*, Ley 21.779, *Adenda*, Bs. As., 1997, p. 147; Dattus, Ricardo, *id.*, *id.*, p. 298. En contra: Pérez Laná, José Luis, *Derecho de sucesiones*, Parte Especial, Depulada, Bs. As., 1981, vol. II, p. 62, sostiene que es insuficiente la afirmación de que «los hijos adoptivos de un hermano... serán considerados hermanos entre sí», para incluir a la vocación hereditaria intestamentosa.

22.5. Reflexiones finales

La adopción simple fue estructurada de modo que al adoptante le genere parentesco respecto del adoptado y de todos los miembros de la familia que el adoptado pudiere constituir. Pero evita y excluye cualquier relación de parentesco entre el adoptante y los miembros de la familia biológica originaria del adoptado. También desconoce todo parentesco de la familia biológica del adoptante respecto del hijo adoptivo y los demás miembros de la familia que éste hubiera creado.

Pensamos que la adopción simple, *no teniendo inferior jerarquía respecto de la plena*, es el instrumento más apto para las adopciones de integración, respetando los vínculos afectivos y jurídicos que pudieran ligar al menor con la familia consanguínea (paterna y materna), aunque también puede contribuir a morigerar los efectos del desamparo o del abandono en la niñez.

CAPÍTULO VII

Extinción de la adopción

23. Extinción de la adopción

23.1. Hipótesis. Casos

En principio, la adopción plena es perpetua ya que como trata de imitar a la naturaleza, la relación paterno-filial no puede someterse a plazo o condición resolutoria. La sentencia de adopción plena constituye el título de un estado de familia para el adoptado y ese estado de familia participa de los caracteres propios del estado de las personas. Por lo tanto, es inherente a la persona, inalienable, irrenunciable, imprescriptible, oponible *erga omnes*, correlativo, estable, indivisible, etcétera; pero de todas estas características, las que nos interesan en este momento son las que se refieren a la estabilidad y a la irrenunciabilidad del estado de hijo adoptivo por adopción plena (debemos -forzosamente- hacer la aclaración, porque tales caracteres no se dan en la adopción simple).

La estabilidad y la irrenunciabilidad de la adopción plena, significa que esta adopción tiene un carácter de perpetuidad o permanencia siendo jurídicamente imposible modificarla o hacerla desaparecer por la libre voluntad de las partes intervinientes. A eso se refiere el Código Civil cuando, en el art. 323, proclama que *la adopción plena es irrevocable*. No puede, pues, suprimirse, dejarse sin efecto o alterarse caprichosamente a pedido de las partes. Pero esto no significa que sea inmutable o inextinguible. Así la adopción plena puede extinguirse: a) por otorgamiento de una nueva y posterior adopción sobre el menor adoptado que hubiere vuelto a caer en condiciones de adoptabilidad; y, b) por nulidad de la adopción. Veamos:

23.2. Adopciones sucesivas

Se extingue la filiación adoptiva en el caso del art. 312, 1º párr., *in fine*, C.C., es decir, al producirse la orfandad del adoptado por muerte del o de los adoptantes. Al quedar en la situación prevista en el inc. a) del art. 325 C.C., podrá otorgarse una nueva adopción plena respecto del menor huérfano de ambos padres adoptivos.

Con la nueva adopción plena caduca o se extingue la filiación adoptiva anterior.

Aunque la ley no lo prevea especialmente, también procede una segunda o posterior adopción en los casos del art. 307 C.C., es decir, cuando el o los adoptantes han incurrido en alguna de las causales de privación de patria potestad.

Así lo ha reconocido, recientemente, nuestra jurisprudencia en un fallo cuyos fundamentos expresan: «Dado que la adopción acude a satisfacer exigencias en beneficio del menor, nada impide al juez asumir un criterio amplio en la admisión de adopciones sucesivas cuando la primera no ha producido beneficios... El abandono... se configura si la madre adoptiva abdica de los deberes y obligaciones que a los padres les impone el ejercicio de la patria potestad... Es misión del intérprete indagar el sentido y alcance de la ley mediante un examen atento y profundo de sus términos, que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador, pues sea cual fuere la naturaleza de la norma no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquélla. La misión del juzgador no puede agotarse a la sola lectura de la ley, sino que debe realizarse una hermenéutica sistemática razonable, respetuosa de la integración legislativa»¹¹³¹.

El fallo que transcribimos en sus párrafos esenciales, y que compartimos plenamente, implica una interpretación correcta de los principios que rigen la filiación en el derecho argentino. Entre ellos, recordamos la equiparación jurídica de todas las filiaciones y paternidades, tanto biológicas como adoptivas, con algunas salvedades con relación a la adopción simple pero que son intrascendentes en la situación que analizamos. Con esta hermenéutica, si los padres biológicos o adoptivos (que están equiparados

jurídicamente) incurren, por su conducta, en privación de la patria potestad, sus hijos (biológicos o adoptivos) quedarán en situación de adoptabilidad (art. 325, inc. d), C.C.). Si se otorga una adopción plena respecto de ellos se borran los vínculos de parentesco con su anterior familia biológica o adoptiva y se confiere al adoptado una nueva filiación que sustituye a la anterior (arg. art. 323 C.C.).

23.3. Nulidad de la adopción

En esta materia se rechaza claramente la doctrina de la especialidad que, respecto de las nulidades matrimoniales, muchos e importantes autores defienden. Así, el art. 337 C.C. comienza diciendo «sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código» y luego señala los casos de nulidad absoluta y relativa. Esto significa que la nulidad de las adopciones pueden fundarse en alguna de las causales que se enumeran en el art. 337 C.C. y, además, podrá resultar de las normas generales sobre nulidad de los actos jurídicos.

Con claridad se ha precisado que «la adopción, si bien participa de la naturaleza especial del acto jurídico familiar, está sujeta al régimen general de nulidades contenido en los preceptos del Código Civil (arts. 1037 a 1065), sin perjuicio de los casos expresamente contemplados en su estatuto. Esto nos está indicando que en diversos casos será menester descubrir eventuales nulidades en el acto de la adopción, cuya entidad, estando implícitas en la propia ley, surgen de la aplicabilidad de las normas generales. Y, por ende, le serán aplicables asimismo los preceptos atinentes a la nulidad absoluta y relativa y a la categorización de los actos jurídicos en nulos y anulables»¹¹³².

23.4. Revocación

Fuera de la nulidad, existe otra figura de ineficacia del acto jurídico que, dentro del ordenamiento adoptivo nacional, sólo tienen aplicación en el

(131) CNCom., Sala E, 25/6/95, L.L., 19/6/97, p. 7, L.L., 1997-C-965.

(132) Cár. C. y C. Moción, Sala E, H-8/92, L.E., 150-542 y 543. En las consideraciones transcritas se reproduce a Zaffaroni, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de familia*, 2ª ed., t. 2, pp. 980 a 992.

ámbito de la adopción simple. Es la revocación. Por eso decíamos que la adopción simple no comparte la característica de irrevocable, propia de las adopciones plenas.

Tanto la nulidad como la revocación de la adopción son vicisitudes jurídicas que determinan la ineficacia de la relación paterno-filial adoptiva. La nulidad implica un vicio o defecto interno, originario, congénito, consustancial al acto (vicio *in radice*); en cambio, la revocación supone una adopción válidamente constituida que se torna ineficaz o se aniquila como fuente productora de efectos, al sobrevenir una causa que es externa al acto que la creó.

La sentencia que pronuncia la nulidad de la adopción es declarativa de estado; en cambio, la que hace lugar a su revocación es constitutiva. De allí la distinta fuerza extintiva temporal de ambas vicisitudes jurídicas. La nulidad tiene efectos *ex tunc*, retrotrae la ineficacia del acto al mismo momento de su nacimiento; mientras que la revocación determina el cese *ex nunc*, para el futuro, de los efectos de una adopción válida por causas supervinientes a la sentencia que la generó.

24. Nulidad absoluta

24.1. Causas

Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a:

a. La edad del adoptado

Se daría este motivo si el adoptado no revistiera las exigencias del art. 311 C.C. Para que la adopción sea válida debe tratarse de un menor no emancipado, salvo los casos de excepción en los que la misma norma permite la adopción de menores emancipados o de mayores de edad; pero, en estas situaciones excepcionales, la adopción de un mayor de edad debe ser *simple* (art. 325 C.C.), de tal manera que si se otorgase una adopción plena respecto de un mayor de edad tal adopción estaría afectada de nulidad absoluta⁽¹³⁷⁾.

(137) En nota al § 18, hemos consignado el caso de una adopción plena convalidada respecto de un demente mayor de 36 años fundada en que el adoptado tenía una situación

b. La diferencia de edad entre adoptante y adoptado

Es decir, los dieciocho años de diferencia, salvo el caso de excepción legal (cuando el cónyuge superviviente adopta al hijo adoptado del premuerto (art. 312 *in fine* C.C.).

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 él mismo y/o sus padres.

Este precepto viene a cubrir la laguna que existía en la legislación anterior y que se salvaba apelando a la *teoría de la revocación de la cosa juzgada fraudulenta*⁽¹³⁸⁾. La norma se genera fundamentalmente a raíz de las adopciones de los hijos de los desaparecidos. Semejantes adopciones se tramitaron en forma irregular simulando abandono o filiación desconocida de los vástagos de aquellos ciudadanos que desaparecieron durante el llamado Proceso de Reorganización Nacional. La norma también es útil para desactivar el «robo de niños» con fines de adopción.

En un *leading case* sobre el tema, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado declarando la nulidad absoluta de la adopción, y

jurídica análoga a la del menor impúber. «Resulta contrario a la razón considerar comprendido al demente en la presunción... que establece la nulidad absoluta de la adopción acordada respecto de personas que no cumplen el requisito de la edad, pues la mera aplicación del principio lógico de no contradicción impide que sea considerado mayor de edad aquél a quien la ley confiere los caracteres y situación jurídica propios de un menor impúber». Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Nº 29, Capital, 30/11/79, I.L. 1980-C-474, con nota aprobatoria de Roberto Martínez Ruiz.

(138) La Cám. C. y C. de Montevideo, el 11/09/92, había dicho que «... la adopción plena de una menor que se denunció como obrerosutada cuando no se hallaba en tal situación y falsificándose los datos relativos al lugar, tiempo y modo en que comenzó la guarda, fue otorgada en fraude a la ley y como tal su nulidad es absoluta, pues está afectando el orden público y se dicta ante la necesidad de proteger el orden social». E.D., 150-526. En Colombia, el art. 99 del Código del Menor (Ley 2737 de 1989), dispone que «el adoptivo padre... promoverá en cualquier tiempo las acciones de reclamación de estado civil que le correspondan respecto de sus padres de sangre, simultáneamente para demostrar que quienes pasaron por tales, al momento de la adopción, no lo fueron en realidad». La prosperidad de las pretensiones del adoptivo dará que se extingan los efectos de la adopción, aunque el adoptante no hubiere sido citado al proceso.

efectuando una serie de precisiones respecto a la prejudicialidad penal, a la imprescriptibilidad de la acción de estado y de nulidad absoluta de la adopción; diferencias entre la nulidad absoluta y relativa y entre los actos nulos y anulables; al valor de las pruebas biológicas; y al criterio que deben asumir los jueces para anular estos actos en función del supremo interés del menor ⁽¹³⁹⁾.

En esta hipótesis podría incluirse la adopción por un matrimonio cuyo vínculo se anuló existiendo mala fe de ambos contrayentes (art. 134 C.P.). Pensamos que, aun en esta situación, antes de anular la adopción, los jueces o tribunales deberían tener en cuenta, según las circunstancias, el interés prevalente del menor y, al menos, dejarla subsistente respecto de uno de los adoptantes.

(139) Cás. C. y C. Morón, Selv II, 11/8/92, E.D. 150-531, se trataba de la adopción plena de una menor denunciada como desaparecida en 1977, respecto de la cual la adoptante había solicitado su adopción, encuadrándola en la categoría de menor abandonada, en virtud de una versión, que luego se calificó de no verídica, referida al lugar, modo, circunstancias y fecha en que comenzó la guarda. La demandada pretendía que mientras no hubiere pronunciamiento firme en la causa penal (en la cual se había dictado su prisión preventiva por el delito en el que incurre quien sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutores o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare previsto por el art. 146 C.P.), no podía dictarse sentencia en el juicio civil de nulidad de la adopción. Se desestimó la alegada prejudicialidad penal, basado en el art. 1101 C.C. por considerar que en este caso el interés del menor está por encima de la aplicación estricta de la prejudicialidad consagrada en dicha norma legal, cuyo fundamento es evitar el escándalo jurídico, originado por sentencias contradictorias. Si bien la norma que estatuye la prohibición de dictar una sentencia civil mientras no se haya resuelto definitivamente la acción penal intentada antes de la civil o encontrándose ésta pendiente, es una norma *imperativa y de orden público*, también lo son el principio constitucional del derecho a la jurisdicción y la garantía de la defensa en juicio arts. 18 y 31 C.N., que exigen que el justiciable obtenga oportuna solución a su pretensión jurídica; al igual que el interés supremo del niño (reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por ley 23.839) integrado, en este caso, con la defensa de su propia identidad, principio que se vería gravemente vulnerado con la dilación que impediría la observancia de la prejudicialidad invocada por la demandada. En caso de colisión entre normas y principios de orden público, se impone una aplicación construida que evite *ser en situaciones formales exageradas que obstaculicen nada más las leyes y tan generalizadas normas de nivel superior. En virtud de ello, se hizo lugar a la impugnación de la inscripción de nacimiento ordenada por el Tribunal de Menores*.

d. La adopción simultánea por más de una persona salvo que los adoptantes sean *cónyuges*.

En esta situación caerían las adopciones otorgadas en favor de una pareja de concubinos o de dos personas que, aunque no convivan *«more uxorio»*, tampoco estuvieran casadas entre sí.

e. La adopción de descendientes

Hemos expuesto *supra* (§ 6.6.1.) los fundamentos de esta prohibición y la tesis de alguna Jurisprudencia, según la cual, tales restricciones son inconstitucionales por contrariar los principios contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, que tienen jerarquía constitucional.

f. La adopción de hermanos y de medio hermanos entre sí

Remitimos, como en el supuesto anterior, al § 6.6.1. en donde se exponen la justificación de esta normativa y las críticas a ella.

Además de los supuestos contemplados en la preceptiva que analizamos, también estaría afectada de nulidad absoluta la adopción plena de un menor que no reúna las condiciones que, según el art. 325 C.C., habilita este tipo de adopción.

Asimismo adolecerá de nulidad la adopción concedida sin observar las reglas de los incs. a), b) y c) del art. 317 C.C. para otorgar la guarda preadoptiva (citación a los progenitores del menor, toma de conocimiento personal del adoptado y de las condiciones individuales y aptitudes de los adoptantes en función del interés del menor).

Los **legitimados** para accionar por nulidad absoluta, surgen de la regla general señalada en el art. 1047 C.C.: «La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación». En consecuencia, podrá ser peticionada por las partes en el juicio, por el adoptado y por sus padres de sangre y demás parientes; por los parientes del adoptante; los terceros interesados y el Ministerio Fiscal.

25. Nulidad relativa

25.1. Causas

El inc. 2º del art. 337 C.C. dispone que *adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a:*

a. La edad mínima del adoptante

Se requiere una edad mínima de treinta años, salvo cuando los adoptantes sean cónyuges con más de tres años de casados. Aun no teniendo la edad mínima ni los tres años de matrimonio, los cónyuges podrán adoptar si acreditan imposibilidad de tener hijos. No dándose estas circunstancias la adopción estará viciada de nulidad relativa la que quedará confirmada por llegar el adoptante a la edad legal, o el matrimonio a cumplir los tres años de casados, sin que se hubiere promovido la acción.

Los legitimados para accionar son el adoptado y los sucesores del adoptante; pero siempre antes de que el adoptante cumpla la edad requerida; *«después carecería de objeto, ya que entonces podría ser otorgada válidamente de nuevo»*⁽¹⁴⁰⁾.

b. Vicios del consentimiento

La nulidad relativa puede fundarse en el error, el dolo o la violencia, que hubiesen afectado la voluntad del adoptante; también puede alegarse la falta del consentimiento del adoptado, requisito exigido en los supuestos en que se admite la adopción de un mayor de edad (art. 311 C.C.).

Está **legitimado** para accionar el que hubiera padecido el vicio o la falta del consentimiento.

A las causales señaladas se deben agregar la adopción del pupilo por el tutor antes de que se hayan extinguido las cuentas de la tutela (art. 319 C.C.), *«en cuyo caso el menor podría confirmar la adopción al llegar a la mayoría de edad»*⁽¹⁴¹⁾. Otra causa de nulidad relativa sería la omisión del Ministerio de Menores de intervenir en el proceso,

salvo en los casos de adopción de mayores de edad. Recordemos que, según el art. 1048 C.C., la nulidad relativa sólo puede alegarse *«... por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes»*.

26. Prescripción y caducidad de la acción de nulidad de la adopción

26.1. Nulidad absoluta

Tanto la jurisprudencia⁽¹⁴²⁾ como un buen sector de la doctrina⁽¹⁴³⁾ afirman que la acción de nulidad absoluta de la adopción es imprescriptible porque afecta al orden público y se establece en resguardo del orden social. *Por nuestra parte, sostenemos que no prescribe por tratarse de una acción de estado.* Si el estado de la persona es imprescriptible también deben serlo las acciones que se reconocen para protegerlo o determinarlo, sin perjuicio de la caducidad; opinión compartida por una gran mayoría de especialistas en derecho de familia⁽¹⁴⁴⁾. Pero las divergencias doctrinarias se multiplican respecto de la nulidad relativa.

26.2. Nulidad relativa

También sostenemos que no prescribe la acción de nulidad relativa de la adopción, por tratarse de una acción de estado y que sólo se extingue por

(140) Belhucio, Augusto César, *Ley de Adopción* 24.779. *Adenda* de la obra *Manual de Derecho de Familia*, Depalma, Bs. As., 1997, p. 34.

(141) Estévez Braso, Teresa M.; Carrasco, Ana María y Méndez, Luis, *ob. cit.* 63.

(142) C.S., 11/10/67, Fallos 209-85. CNCRU, Sala A, 31/5/68, L.L. 131-882, J.A. 1968-V-336. CNCivil, Sala C, 16/4/91, «la acción de nulidad absoluta de la adopción es imprescriptible e inconfesable», J.A. 1992-I-166; en igual sentido Cím. C. y C. Morón, Sala II, 11/6/92, E.D. 150-526.

(143) Bando, Guillermo, *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, t. II, 4ª ed., Petrol, Bs. As., 1960, N° 837, p. 167; Landián, Jorge Jenquín, *Tratado de derecho civil. Parte General y Obligaciones*, Petrol, Bs. As., 1975, t. II, N° 1007; Lloveras, Nora, *La adopción*, *ob. cit.* p. 428.

(144) Planá, Marcelo y Rippon, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. 1. *Las personas*. Traducción por María Díaz Cruz, La Libiana, 1927, N° 499, p. 188; Díaz de Guzmán, Enrique, *Tratado de derecho de familia*, T.E.A., Bs. As., 1954, vol. 1, N° 317 a 321, ps. 458 y ss.; Belhucio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, 5ª ed. actualizada, Depalma, Bs. As., 1995, t. I, N° 21, *et. cit.* p. 60 y ss.

caducidad¹¹⁴⁵; quienes no comparten esta tesis afirman que la acción prescribe a los diez años, por aplicación de la norma general del art. 4023 C.C.; pero, cuando la nulidad relativa está fundada en vicios del consentimiento se aplicaría la prescripción dos años (art. 4030 C.C.) que comenzaría a correr desde que se conoció el vicio o desde que la violencia o la intimidación hubiesen cesado¹¹⁴⁶.

Las acciones de nulidad relativa de la adopción **caducan** cuando, por fallecimiento de todos los sujetos legitimados para accionar, *no hay titular que las ejerza*, y, en el caso del adoptante que no tenía la edad legal, *cuando llega a la edad exigida por la ley sin que se hubiera promovido la acción*¹¹⁴⁷. Tratándose de vicios del consentimiento, *caduca cuando el afectado renueva el consentimiento*¹¹⁴⁸. Díaz de Guijarro, al referirse a las acciones de estado adoptivo caducables en razón del tiempo, manifiesta que como *«las acciones de nulidad relativa de la adopción no cuentan con plazo expreso, ante el silencio de la ley, debe aplicarse el término asignado a la acción de nulidad de los actos jurídicos, o sea, dos años, a contar desde el conocimiento del vicio (art. 4030)»*¹¹⁴⁹. En el caso de nulidad relativa porque el tutor no observó la exigencia del art. 319 C.C., la acción caduca

cuando el menor, llegado a la mayoría de edad, aprueba y da finiquito a la cuentas de la tutela, respetando, en lo pertinente, el art. 465 C.C.

27. Efectos de la nulidad

La nulidad de un acto jurídico, es la sanción civil de ineficacia decretada judicialmente, por adolecer el acto de un vicio o defecto constitutivo. Como esta sanción tiene una finalidad reparadora, determina la invalidez *ex tunc* del acto sobre el que recae.

«La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado» (art. 1050 C.C.).

La sentencia de nulidad de una adopción, implica declarar que el vínculo adoptivo no se ha formado jamás válidamente. Al ser declarativa, en principio tiene efecto retroactivo. Deben restablecerse las cosas, y el emplazamiento familiar de las personas involucradas, al estado jurídico que tenían hasta el momento en que el acto constitutivo anulado hubiera comenzado a producir sus efectos. Esto significa que la nulidad retrotrae su fuerza invalidante a la fecha del otorgamiento de la guarda, o de la promoción de la acción (art. 322 C.C.).

Nuestra jurisprudencia ha dicho que la acción de nulidad de la adopción *«es una acción de estado de familia que persigue determinar la verdadera filiación e identidad de un menor y el emplazamiento en el estado de familia preexistente al que ostenta»*; en caso de prosperar la acción se declarará la nulidad de la adopción y *«la invalidez de las anotaciones efectuadas en el Registro de Estado Civil por orden de los jueces»*¹¹⁵⁰.

En otras palabras: se procederá como si la adopción nunca se hubiera constituido; por ende, las relaciones personales o patrimoniales cumplidas, quedarán legalmente *«borradas»*, al desaparecer el sustento jurídico del cual emergían.

27.1. Conveniencia de instituir un régimen legal de adopción putativa. Propuesta

Pero, en esta materia, como en el caso de nulación de un matrimonio, no siempre es justo ni factible restaurar las situaciones familiares al mismo

[145] Al respecto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha dicho: «Las acciones de estado de familia -y la nulidad de la adopción es una de ellas- son imprescriptibles porque lo es el estado de familia, cuyos caracteres reflejan porque en el Código no tienen plazo de prescripción; porque no se justifica que la ley declare imprescriptibles determinadas acciones de estado de familia que no tienen caracteres especiales para otorgarles un tratamiento diferente frente a las demás; porque cuando el legislador ha creído necesario limitar su ejercicio en el tiempo, lo ha dispuesto expresamente fijando plazos de caducidad y porque admitir la prescripción importaría considerar situaciones que puede no haber interés social en mantener». S.C. Bs. As., 20/9/94; D.J.B.A., 117-7343.

[146] Borda, Guillermo, ob. cit., N° 839, p. 168; Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, 3ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 1991, N° 602, p. 519; Méndez Casta, María Josefa y D'Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, t. III, p. 205; Hoyerías, Nora, *La adopción...*, cit., N° 3.5.3., p. 426.

[147] Confr. Belluscio, Augusto César, *Adenda* cit. p. 34; Díaz de Guijarro, Enrique, *Tratado de derecho de familia*, T.E.A., Bs. As., 1953, vol. I, N° 320, p. 444. Este autor sostiene que las acciones de estado no se encuentran sujetas a prescripción, pero que no son inextinguibles. *«Las acciones de estado se encuentran sujetas, en general, a caducidad y sólo por excepción son inextinguibles en sí. Con todo, estas últimas caducan cuando no hay titular que las ejerza»* (obra cit., N° 320, p. 444).

[148] Confr. Belluscio, Augusto César, *Adenda*, cit., p. 34.

[149] Díaz de Guijarro, Enrique, *Tratado de derecho de familia*, cit., N° 324, p. 450.

[150] Cám. C. y C. Montevideo, Sala II, (11-8-92, E.1), t. 150, p. 529 (autos nos. 8 y 9 del sumario).

e idéntico estado en que se encontraban antes de la sentencia que hizo lugar al pedido de adopción (ni hacer caso omiso de los derechos adquiridos al amparo del vínculo anulado), porque ciertas consecuencias de hecho son irreversibles. Los hombres de derecho y los legisladores deben buscar los medios adecuados para hacer compatible la nulidad del acto que generó el vínculo adoptivo, con los efectos producidos y cumplidos durante su aparente vigencia hasta el pronunciamiento judicial de nulidad.

Por ello, propugnamos que se aplique y, eventualmente, se legisle respecto de las adopciones anuladas un régimen jurídico análogo al del matrimonio putativo⁽¹⁵¹⁾.

Teniendo en cuenta la buena o mala fe de los sujetos ligados por la relación paterno-filial adoptiva -y siguiendo la terminología tradicional- la adopción podrá ser *putativa o atentada*. *Será putativa la adopción anulada cuando, al momento de su constitución, existiera buena fe al menos respecto de uno de los sujetos del nexo paterno-filial; en cambio, será adopción atentada cuando todos los miembros de la relación adoptiva son de mala fe.*

Por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 224 C.C., la mala fe consiste en el conocimiento que hubiesen tenido, o debido tener, al día de la sentencia que otorga la adopción, del vicio, impedimento o circunstancia que causa la nulidad. No habrá buena fe por ignorancia o error de derecho. Tampoco por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error fuere ocasionado por dolo.

La buena fe debe ser *inicial*: el conocimiento posterior de la causa irritante no perjudica (*mala fides superveniens non nocet*).

(151) Esto es, «lo que hace la Iglesia, a partir del siglo XII, tratando en primer lugar de poner remedio a la situación de los hijos nacidos de matrimonio contraído de buena fe que ulteriormente se declarado nulo... a estos hijos los considera legítimos, por cuanto, al tiempo de su concepción, el matrimonio de que proceden se reputaba para todos, e incluso para los propios cónyuges, persistente y válido. A este matrimonio se lo llama *putativo o coloratum*... El reconocimiento de efectos... se amplía luego... a los cónyuges. En esta forma pasa la teoría del matrimonio putativo a las civilistas, y por intermedio de Pothier al Código de Napoleón y al italiano de 1865, en el que se inspira la ley española de matrimonio civil del 70, Lucruz Benítez, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Bosch, Barcelona, 1984, Nº 108, p. 208. Estos son los antecedentes de la reglamentación de los matrimonios putativos efectuada en nuestra anterior ley de matrimonio civil, de donde pasó a los actuales arts. 221 a 226 C.C.

En función del principio de respeto a la dignidad humana, la buena fe se presume en la esfera civil. Aquel principio tiene su correlato, en el ámbito penal, en la presunción de inocencia⁽¹⁵²⁾.

En las adopciones de menores por un matrimonio puede suceder que ambos esposos sean de buena o de mala fe, o que sólo uno de ellos desconozca el vicio o defecto legal y el otro sea de mala fe. El menor siempre será considerado de buena fe. En cambio, en los casos excepcionales de adopción de mayores de edad, también el adoptado podría incurrir en mala fe para la obtención de vínculo adoptivo⁽¹⁵³⁾.

La consecuencia más importante de la adopción putativa, jurídicamente hablando, es que la sentencia que anula el vínculo paterno-filial adoptivo no invalidará los efectos ya producidos y cumplidos en favor de quien, en la época de su constitución, obró de buena fe.

La sentencia que anula una adopción putativa opera *ex nunc con relación a quienes obraron de buena fe al momento de crearse el vínculo adoptivo inválido*. A este respecto la anulación se aproxima a una revocación, la cual *corta* la producción de efectos futuros pero respeta los derechos adquiridos y los efectos producidos.

La adopción anulada habrá generado, respecto del adoptante o adoptado de buena fe, todos sus efectos -como si hubiese sido válida- hasta el día en que la sentencia judicial que declaró su nulidad quedó firme.

(152) Guiffré, Jennola, Arturo Carlo, *El matrimonio*, traducción de Santiago Sanfeliu Melendo y Máximo Ayerra Bedin, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1954, p. 206.

(153) Tal ocurriría si se pretende usar la adopción como un medio para consagrar una situación de pareja que no se corresponde con los fines propios de la institución. De Tissot, Olivier, en su obra *La liberté sexuelle et la loi*, Editions Balland, France, 1964, relata, en las ps. 175 a 177, que, en Francia, ciertas parejas de homosexuales, desearan de legitimar sus amores clandestinos, no pudiendo contraer matrimonio, intentan vincularse legítimamente mediante la adopción. Si se dieran las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico, el de más edad podría adoptar al más joven, creando entre ellos un lazo familiar reconocido por todos y que no carece de analogía (por ciertos efectos) con el inaccesible vínculo conyugal (apellidos, derechos hereditarios, obra social). Los tribunales han recibido muchas demandas de este tipo. En un caso en que, en primera instancia se rechazó una solicitud de estas características, la Cour d'Appel de Paris, hizo lugar a la adopción en interés del más joven (Paris, 2 juin 1982, D. 1983, III, 41). Luego pasó a la Corte de Casación.

Si la adopción se hubiese declarado nula después de la muerte de uno de los adoptantes, al adoptado de buena fe se le deberían respetar los derechos adquiridos como hijo en esa transmisión hereditaria (arg. nota al art. 3282 C.C.). Esto no ocurriría en caso de no estar configurada y admitida la adopción putativa. Tampoco si quien se benefició con tales derechos hereditarios hubiese sido de mala fe en la época en que se constituyó la adopción anulada. No podría defenderse alegando a su favor el título hereditario basado en la adopción porque, a su respecto, quedó invalidada retroactivamente desde que se anuló la adopción. En este supuesto, también quedarían privadas de sustento las transmisiones ulteriores que hubiera efectuado, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso (arts 226 y 1051 C.C.).

Dijimos que la sentencia que anula una adopción putativa determinaría la extinción, para el futuro, de todos los derechos y obligaciones que produce la adopción; sin embargo, este principio exige determinadas precisiones:

a) La obligación alimentaria fundada en el vínculo adoptivo cesará porque, habiéndose invalidado la adopción desaparecen sus efectos emergentes. Pero, siempre que esa privación del derecho alimentario configure un daño injustamente sufrido por el necesitado, tal perjuicio podrá generar una indemnización a cargo de quien con su conducta maliciosa determinó la nulidad del vínculo adoptivo; y la liquidación de los daños podría consistir en una pensión alimentaria resarcitoria tendiente a mantener al perjudicado en la misma situación económico social que tenía durante la época en que la filiación adoptiva conservaba su apariencia (arg. art. 207 C.C.)¹¹⁵⁴.

b) En relación al apellido, el art. 14 de la ley 18.248 prescribe que la nulidad de la filiación adoptiva hace perder al adoptado su apellido de adopción; excepcionalmente, si fuese públicamente conocido por ese apellido podría ser autorizado por el juez a conservarlo, siempre que la causa de la nulidad no sea imputable al adoptado (en esta hipótesis, se aplicaría la solución legal prevista para la revocación).

(154) En el mismo sentido, pero refiriéndose a los matrimonios putativos: Jesualdo, Arturo Carlo, *El matrimonio*, ob. cit. en nota 82, p. 207.

28. Revocación de la adopción simple

Se incluyen las diversas hipótesis de revocación enumeradas por la doctrina¹¹⁵⁵, a saber: a) revocación por acuerdo de partes (parecido al *divorcio* o rescisión bilateral); b) la revocación *ad libitum*, unilateral, que depende de la manifestación de voluntad del adoptado; c) revocación unilateral fundamentada en causa prevista legalmente.

Pero en todos los supuestos se requiere la sentencia judicial que acoja el pedido de revocación.

28.1. Por acuerdo de partes

La adopción simple, a diferencia de la plena, puede dejarse sin efecto, de común acuerdo entre adoptante y adoptado, cuando éste ha llegado a la mayoría de edad, manifestándolo así judicialmente, sin necesidad de expresar las causas (art. 335, inc. d), C.C.).

Esta norma se compeadece con la concepción contractualista de la adopción pues se trataría de una verdadera *rescisión de la adopción por acuerdo de partes manifestado judicialmente*¹¹⁵⁶; pero, como en nuestro derecho sólo se reconoce la adopción otorgada por sentencia judicial, hay autores que afirman que no es congruente pensar que los jueces, frente a un pedido conjunto de revocación, después de constatar la identidad de los presentantes y la libertad o falta de vicios de sus respectivas manifestaciones de voluntad, se deban ceñir a ordenar la inscripción del acuerdo, sino que deberían ir más allá. Para algunos *intentando conciliar a las partes*¹¹⁵⁷ y para otros *tomar contacto con adoptante y adoptado, oírlos y proceder en consecuencia ordenando la inscripción de la revocación si entiendo que las razones expuestas por los dos principales interesados evidencian el uso correcto de la facultad que la ley les confiere*¹¹⁵⁸.

(155) Ver Butelet Cáceres, José Antonio, *Manual de derecho civil. Parte General*, 3ª edición actualizada, Advocatus, Cta., 1990, p. 355.

(156) Bossert, Gustavo y Zonetti, Eduardo, *Manual*, citada, N° 599, p. 515.

(157) Beltracchi, Augusto César, *Adenda*, c.a., p. 32.

(158) Méndez Costa, María Josefá, *La extinción de la adopción en el derecho vigente. De la revocación de la adopción simple*, LL, Bs. As. lunes 3/11/97, p. 2.

28.2. A solicitud del adoptado

El adoptado, después de cumplir la mayoría de edad, puede instar la revocación mediante un petición justificada (art. 335, inc. c), C.C.). Suponemos que frente a tanta solicitud deberá oírse al adoptante y a todos los que podrían resultar afectados por esta pretendida revocación del estado de hijo adoptivo; en especial, al cónyuge y a los descendientes del requirente, si tuvieran aptitud para expresar su opinión. El juez ordenará la revocación sólo cuando, convencido de la espontaneidad del pedido, considere que la revocación es conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado ⁽¹⁵⁹⁾.

28.3. Por conducta indigna o negación injustificada de alimentos

También, en forma individual, tanto el adoptante como el adoptado pueden solicitar judicialmente que se declare revocada para el futuro la adopción simple por haber incurrido el otro en alguna causal de indignidad o en la negativa infundada a cumplir la obligación alimentaria.

Como los procederes que configuren causales de indignidad sucesoria pueden acaecer tanto durante la vida del *decurtus* como después de su muerte, se plantea el problema de determinar si, en caso de haber incurrido (el adoptado o el adoptante), después de la muerte del otro, en alguna de las conductas constitutivas de indignidad, los herederos del ofendido podrían iniciar la acción de revocación de la adopción.

Sostenemos que *la revocación de la adopción es una acción de estado que participa de los caracteres generales de tales acciones; entre ellos, la inherencia personal y la consecuente intrasmisibilidad sucesoria*. Por ende, sólo durante su vida puede ser ejercida por los interesados a quienes la ley legitima para accionar ⁽¹⁶⁰⁾. La muerte del legitimado activamente produce la

caducidad de la acción de revocación de la adopción que hubiera podido incoar el fallecido; pero, si su muerte se produjo después de promovida la acción, ésta podrá ser continuada por sus herederos.

Habiendo caducado la acción de revocación por la causal del inc. 1º del art. 335 C.C., entraría a jugar en plenitud el instituto de la indignidad. De acuerdo al art. 3304 C.C., podrá demandarse la indignidad del sobreviviente de la relación adoptiva simple cuando el supérstite hubiera incurrido en causal de indignidad no alegada por el muerto durante su vida para fundar un pedido de revocación de la adopción, o cuando la causal se produjo después de su deceso. De prosperar esta acción, el indigno (adoptado o adoptante) supérstite quedará excluido de la vocación sucesoria que le reconocen las arts. 335 y 331 C.C., pero subsistirán todos los demás efectos de la adopción simple; en especial, si el declarado indigno es el adoptado simplemente, sus descendientes podrán heredar por representación al adoptante (art. 3301 C.C.), y se conservará el derecho a usar el apellido adoptivo, subsistiendo, además, los impedimentos matrimoniales del art. 166, inc. 3º, C.C.; efectos, todos, que, hubieran cesado en caso de revocación de la adopción simple (arts. 335 *in fine* y 166, inc. 3º, C.C.).

29. Prescripción y caducidad de la acción de revocación de la adopción

La acción de revocación de la adopción simple no se extingue por prescripción, por tratarse de una acción de estado; pero la caducidad de esta acción dependerá de las causales previstas en el art. 335 C.C. Así, caduca:

- a) Cuando, antes de promover la acción, fallece el que esté legitimado para pedir la revocación basándose en la causal de indignidad en la que habría incurrido el otro (art. 335, *ab.* C.C.). Creemos que también produce la caducidad de la acción el perdón del ofendido inequívocamente acreditado, aunque no conste en un acto de última voluntad como lo exigiría el art. 3297 C.C. ⁽¹⁶¹⁾

(159) Esta pauta para el juez la fija el Código Civil del Distrito Federal de México (art. 407); pensamos que es un criterio que resulta aplicable en nuestro país, en tales situaciones.

(160) Conforme: Díez de Guzmán, Enrique, *ob. cit.*, N° 320, p. 444; Méndez Costa, María Josefina, «La extinción de la adopción en el derecho vigente. De la revocación de la adopción simple», *cit.*, N° III 2 y III 3, ps. 2 y 3; Belluscio, Augusto César, *Ley de Adopción* 24.779. *Adenda de la obra Manual de derecho de familia*, Depalma, Bs. As., 1997, p. 33.

(161) Maffía, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, Depalma, Bs. As., 1975, t. 1, ps. 82 y 83.

- b) Lo mismo puede predicarse de la causal de negativa injustificada de alimentos. La muerte o el perdón del legitimado para accionar produce la caducidad de la acción.
- c) El fallecimiento del adoptado mayor de edad, que hubiera podido solicitar justificadamente la revocación de la adopción, genera la caducidad de la acción en este supuesto.
- d) El fallecimiento del adoptante o del adoptado que imposibilita el acuerdo judicial previsto en el último inciso del art. 335¹⁹⁶².

Las acciones de estado son personalísimas y no se transmiten *mortis causa*. Los herederos no pueden iniciar la acción; sólo podrán proseguir el trámite cuando el pedido se ha efectuado en vida del o de los legitimados.

30. Efectos de la revocación

La revocación extingue para el futuro, a partir de que la declaración judicial queda firme, todos los efectos de la adopción, incluidos los impedimentos matrimoniales. Cuando el que está legitimado activamente fallece después de iniciada la acción, y el procedimiento es continuado por sus herederos, la revocación retrotrae sus efectos al momento de la muerte del accionante. Lo mismo sucede en la hipótesis de revocación prevista en el art. 335, inc. d), en caso de que una de las partes del acuerdo revocatorio hubiera fallecido después de la presentación y antes de la decisión del Tribunal.

Creemos que subsiste la posibilidad que el art. 14 de la ley 18.248, le reconoce al adoptado en el sentido de que, frente a su petición, el juez le permita seguir usando el apellido adoptivo si públicamente es conocido por ese apellido y siempre que la causal de revocación no le fuere imputable.

Si la extinción de la adopción simple se produce durante la menor edad del adoptado revertirá la patria potestad en los padres de sangre si existiesen y la hubieran conservado hasta la adopción (art. 305, inc. 5º, C.C.).

31. Inscripción

La adopción, su revocación o nulidad deberán inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 338 C.C.).

La disposición transcrita complementa las normas contenidas en el decreto 8204/63, ratificado por la ley 16.478, cuyo artículo 66 prescribe que todas las resoluciones judiciales que den origen, alteren o modifiquen el estado civil de las personas deberán ser remitidas al correspondiente Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para su pertinente inscripción.

Los respectivos registros de cada provincia dan cumplimiento a esta exigencia legal, que asegura la necesaria publicidad, pero respetando, a través de reglamentaciones específicas, el principio de reserva de las actuaciones (art. 321, incs. f) y g), C.C.).

Para algunos autores, como Belluscio, la sentencia es el título de estado que tiene efectos *erga omnes* aunque todavía no esté inscripta en el Registro Civil. Para Zannoni la inscripción es constitutiva del emplazamiento en el nuevo estado de familia. Según Borda, la inscripción constituye el título de estado, tal como se consigna *supra* (nota (91), § 16).

(162) Belluscio, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, cit., t. II, p. 282.