“El proceso de la adopción y el posible resarcimiento por la retractación durante la guarda preadoptiva o la revocación de la adopción simple”

Estudiante: Casco, Camila Aylén

Tutora: Dra Guglielmino, Adriana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - Berazategui

Abogacía

FECHA DE ENTREGA

03/08/22

Aceptación de la reserva de tema y del tutor seleccionado



RESERVA TEMA DE TESIS Recibidos ×

Camila Casco <camilacasco1234@gmail.com> 8 abr 2021, 10:16
para Marilina.Miceli

Buenos dias. Soy Camila Aylen Casco de la Carrera Abogacia Uai Sede Berazategui. Finalice la cursada de la carrera en el mes de Diciembre 2020. Me dirijo a usted a los fines de solicitarle la reserva del tema de mi tesis titulada " La imposición de la cuota alimentaria en el cese de la guarda preadoptiva" de la que es tutora la profesora y abogada Adriana del Carmen Guglielmino.
Saludos cordiales.

Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@uai.edu.ar> 8 abr 2021, 11:18
para Viviana, mí

Tema registrado. Atte

De: Camila Casco <camilacasco1234@gmail.com>
Enviado el: jueves, 8 de abril de 2021 10:16 a. m.
Para: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@UAI.edu.ar>
Asunto: RESERVA TEMA DE TESIS

Nota de elevación de Tesis

Buenos Aires, 20 de Julio de 2022

Sr. Decano

De la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

De la Universidad Abierta Interamericana

Dr. MARCOS M.CORDOBA

S_____/_____D:

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico al Sr. Decano que la alumna CAMILA CASCO, ha confeccionado bajo mi guía el trabajo Final, que lleva el *título: "*El proceso de la adopción y el posible resarcimiento por la retractación durante la guarda preadoptiva o la revocación de la adopción simple" . Considero que el trabajo merece ser defendido ante el Tribunal que se designe.

La producción integral del presente trabajo resulta de exclusiva propiedad intelectual de la tesista y el carácter de las instrucciones realizadas por la abajo firmante, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación.

NOMBRE Y APELLIDO: Adriana del Carmen Guglielmino

DIRECCIÓN; Av. Olazabal 5214 piso 4 of 27

E mail : adguglielmino@hotmail.com

ACEPTACIÓN DE TUTORÍA

Buenos Aires, 20 de julio de 2022.-

Sr. Decano

de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

de la Universidad Abierta Interamericana.

Dr. Marcos Córdoba.

S_____/_____D

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico a Ud. que tengo el agrado de aceptar desempeñarme como tutora del Trabajo Final de la alumna CASCO. Camila titulado, ""El proceso de la adopción y el posible resarcimiento por la retractación durante la guarda preadoptiva o la revocación de la adopción simple"**.-**

La producción integral del presente trabajo resultará exclusiva propiedad intelectual de la tesista y siendo el carácter de las instrucciones realizadas por la abajo firmante, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación no asumo responsabilidad penal y/o civil por la presente obra.

Prof. Adriana del Carmen Guglielmino

Tabla de Contenido

Resumen …… ……
Introducción ……
Protocolo de tesis ……
Objetivos……
Aspecto metodológico……
Marco teórico……
Capítulo 1. Disposiciones generales……
1.1 Concepto……
1.2 Principios de la adopción …….
1.3 Tipos de adopción: ...……
Capítulo 2. Historia de la adopción …….
2.1 Edad Antigua ……
2.2 Derecho romano ……..
2.3 Derecho hebreo ……
2.4 Derecho germánico …….
Capítulo 3. Concepto de Familia…….
3.1 Derecho de Familia …….
3.2 Relaciones Jurídicas Familiares y Estado de Familia……
3.3 Alimentos. Concepto …….
3.4 Función y Obligatoriedad……
3.5 El Derecho a los Alimentos en los Tratados de Derechos Humanos……
3.6 Progenitor afín……
Capítulo 4. Evolución legal de la adopción en Argentina……
4.1 Ley 13.252 …….
4.2 Ley 19.134 …….
4.3 Ley 24.779 …….
4.4 Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes ……
Capítulo 5. El proceso de la adopción ……..
5.1 Situación de Adoptabilidad ……..
5.2 Procedimiento de la Adopción ……
5.3 Datos Estadísticos ……
5.4 Guarda Pre Adoptiva …….
5.5 Revocación ……..
Capítulo 6. Jurisprudencia y Doctrina…
6.1 **Jurisprudencia** ……..
6.1.1 “L.M.A. Y Otros/ Adopción-Acciones Vinculadas” ……
6.1.2 “S., V. M. S/ Materia A Categorizar” ……
6.1.3 “A., O. E. S. Vulneración De Derechos” …….
6.2 **Doctrina** ……
Capítulo 7. Derecho comparado …….
7.1 *Adoption Disruption*……
7.2 Adopción en Latinoamérica ……..
7.2.1 Brasil……
7.2.2 Colombia…….
7.2.3 Ecuador…….

Conclusión ……..

Resumen

Por medio del presente trabajo se intentará analizar el procedimiento del instituto de la adopción. Indicaremos plazos, también ventajas y desventajas en relación a la posibilidad de que los guardadores opten por el desistimiento de la adopción, exploraremos si es viable una obligación alimentaria a favor de los niños que fueron abandonados por los futuros adoptantes y desarrollaremos si correspondería indemnizar aquel daño ocasionado, estableciendo la importancia de los derechos y principios impuestos en la legislación.

Palabras clave: Derecho de familia - Adopción - Cuota alimentaria - Código Civil y Comercial

Introducción

En la actualidad, la institución de la adopción " de menores" (aunque pueda demandar varios años) posibilita que niñas, niños y adolescentes accedan a vivir y desarrollarse con una familia que pueda satisfacer de manera integral sus derechos, al no contar con una familia de origen o bien debido a que su familia no puede responsabilizarse por el cuidado. Dicha institución canaliza la posibilidad de concretar un deseo existente en los adultos que anhelan el ahijamiento, posibilitando que transiten la maternidad/paternidad. En el caso de hijos biológicos, puede no haber certeza de si corresponden a un embarazo planeado, en cambio sí hay certeza absoluta en el caso de adopción de un niño, donde sus adoptantes tienen la voluntad de emplazarlo en estado de hijo.

Para comenzar el desarrollo del proyecto de investigación analizaremos el procedimiento del instituto de la adopción incorporando gráficos de aquellas logradas a partir del año 2019, e incluiremos un recorrido histórico y evolutivo legal de la adopción en nuestro ordenamiento. También veremos un análisis del reintegro del niño antes de finalizar la guarda pre adoptiva, cuáles son los daños causados en el desarrollo de vida, y cuáles son los derechos que se pueden ver vulnerados.

En segundo lugar, interpretaremos información tanto de los organismos internacionales como de tratados internacionales donde Argentina es parte. Por otro lado, realizaremos la búsqueda, investigación y análisis de la legislación internacional enfocándonos en Brasil, Colombia y Ecuador, así como también en la figura de *Adoption Disruption* de Estados Unidos.

Hacia el final de este escrito detallaremos las consecuencias que genera en los niños y niñas el desistimiento o el arrepentimiento luego o durante la guarda de los pretensos adoptantes en la adopción plena como así también detallar la revocación en la adopción simple, y qué sanción debería introducirse. El proceso en su conjunto es una situación en la cual los niños intentan formar su nueva identidad, haciéndose parte de una familia, recibiendo trato de hijos y reconociendo nuevas figuras maternas/paternas. Además del daño psicológico que podría ocasionar, los niños son perjudicados también a largo plazo, ya que mientras conviven con una familia adoptiva lograda bajo sentencia judicial (que luego desiste), desaprovechan la oportunidad de ser adoptados por otra familia.

Protocolo De Tesis

Título comercial:"El proceso de la adopción y el posible resarcimiento por la retractación durante la guarda preadoptiva o la revocación de la adopción simple"

Título académico: Hacia una protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Área temática: Derecho de familia.

Preguntas problema:

- ¿Qué importancia tienen los tratados internacionales y el sistema de protección integral?
- ¿Cómo es el procedimiento de adopción en Argentina?
- ¿Cómo se puede aportar a la satisfacción de las personas que desean adoptar?
- ¿Por qué la legislación vigente en Argentina no prevé sanción alguna para el desistimiento de la guarda pre-adoptiva?
- ¿Podría haber pérdida de posibilidades de ser adoptados en el futuro?
- ¿Responsabilidad civil u obligación alimentaria?

Hipótesis: La viabilidad de un resarcimiento frente al arrepentimiento durante la guarda con fines de adopción o revocación de la adopción simple basados en el vínculo de socioafectividad que generaron los pretensos adoptantes.

Objetivos Generales

En líneas generales, este estudio se propone resaltar la importancia del principio "el interés superior del niño" en los juicios donde se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes, concernientes a la adopción para efectivizar el goce de sus derechos ante cualquier situación que les cause un perjuicio. Además, detallar el proceso de la adopción en Argentina y reflexionar acerca de la importancia del desarrollo de un niño, niña o adolescente en el seno de una familia donde se le procure los cuidados necesarios e indagar acerca del arrepentimiento durante la guarda preadoptiva o en el caso de la revocación de la adopción simple. También se propone hacer visible para su pronta modificación legislativa el carácter

dificultoso del procedimiento de la adopción en la República Argentina tanto para las personas que quieran adoptar como para los niños, niñas y adolescentes, que se encuentran largo tiempo en hogares sin lograr ser adoptados.

Objetivos Particulares

- Describir el régimen legal de la adopción.
- Detallar la importancia y los plazos de la guarda en la adopción.
- Abordar la conceptualización de *vínculo*.
- Analizar la relevancia de la declaración de situación de adoptabilidad.
- Describir y poner en eje de análisis al sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Aspecto Metodológico

Abordaremos los aspectos del régimen legal de la adopción empleando la metodología hipotética deductiva, llevada adelante por medio de métodos cualitativos. Iniciaremos con una recopilación bibliográfica, la cual dará cuenta de los conceptos referidos a esta temática. Luego, a partir de la lectura de especialistas, se incluirá una descripción del instituto de adopción y los términos clave que permiten un mejor entendimiento de la temática presentada.

Marco Teórico

Según nuestro Código Civil y Comercial, los alimentos son exigibles a quienes no son necesariamente parientes o ni siquiera tienen un título de estado. Además, la solidaridad que se proyectaba se reduce significativamente posterior a la ruptura del matrimonio. Si la fuente de los alimentos es la solidaridad familiar, estas nuevas regulaciones consideran como familia a relaciones que el derecho positivo no concede, de hecho, el estado de familia (un pluralismo

familiar restringido), o bien encuentran nuevos fundamentos para la obligación alimentaria (distintos a la solidaridad familiar).

Solari, en su trabajo *La figura del progenitor afín*, publicado en: La Ley 2017-E, expresa:

> "La inclusión legislativa del progenitor afín es un acierto, pues implica un avance en las distintas formas de familia reconocidas por el ordenamiento jurídico. En particular, el reconocimiento de un vínculo basado en una relación socio afectiva, que no puede desconocerse teniendo en cuenta el contenido y alcance del concepto de familia constitucional y convencional" (p. 696).

Díaz de Guijarro propone en su artículo *Tratado de Derecho de Familia*

> "al igual que el vínculo matrimonial, se instituye sobre la base de la voluntad. De ahí que en ambos consentimientos haya una estructura paralela de resguardo de la plena y libre voluntad: la salud del vínculo legal reposa sobre la salud del consentimiento prestado. De ahí que el derecho sea reticente a penalizar el arrepentimiento tanto en la ruptura de los esponsales como en el desistimiento de la guarda pre adoptiva" (1953, p. 396).

Capítulo 1: Disposiciones Generales

Para dar inicio al desarrollo de este escrito, se hará un recorrido teórico de la Ley 26994 que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación.

> "La figura de la adopción desde el punto de vista social o cultural es vista en ocasiones como el cumplimiento de la aspiración de una persona a criar un hijo o para cumplir con ese mandato de formar una familia impuesto desde antaño por la sociedad, es decir, que es la materialización del deseo de una persona a ser padre"[1].

Más allá de la importancia de dicho deseo, debemos tener en cuenta la relevancia de dicho proceso en un niño. Cabe resaltar que los niños en situación de adoptabilidad, pasaron por diferentes situaciones, que lograron su estado. De esta manera, debido a su situación de vulnerabilidad, necesitan una protección amplia para lograr que no se vulnere ninguno de sus derechos al momento de llevar a cabo una adopción. Ambas partes logran efectuar así sus deseos. En la actualidad, no es necesariamente de manera tradicional como se forma una familia, hubo un cambio de paradigma en la manera en que se conforma, y ya no debe estar formada por "hijos". Actualmente ocurre que muchas personas deciden no tener hijos por diferentes razones sin importar lo impuesto por la sociedad, algunos de los motivos puede ser por trabajo, ambiciones profesionales o como así también problemas económicos y personales. La familia no solamente se concreta de manera biológica o por adopción, sino que gracias a la evolución de la tecnología existen hoy diferentes métodos.

La familia de hoy seguirá siendo un reflejo de la sociedad en la cual vivimos, no estamos ante un concepto estático sino todo lo contrario, hemos comprobado su carácter dinámico.

No solo existe el deseo unilateral de transitar la paternidad/maternidad, sino que existe el anhelo de un niño de formar parte de un grupo familiar donde se le brinde una calidad de vida que cualquier persona merece. Es importante para todos ellos poder acceder a una vida de calidad, más aún en sus primeros años. Sin embargo los plazos de legislación en esta materia, que han entrado en vigencia el 1 de agosto de 2015, no reparan esos deseos que tiene cada niño de formar parte de una familia, por el contrario muchas veces perjudican el

---

[1]Kemelmajer de Carlucci, A., *Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino,* 2014, p.4.

futuro de ellos, llevando a la pérdida de posibilidades de adopción en otras familias y además perjudicando las ansias de estas últimas de ejecutar la paternidad ya que se consideran agraviadas por los plazos que ofrece el proceso.

1.1 Concepto

Definir el concepto de *adopción* no resulta una tarea sencilla ya que implica un análisis complejo de índole cultural, social, político y psicológico de la actualidad. La palabra *adoptar* implica aceptar, aprobar o admitir.

En la actualidad, el Código Civil y Comercial considera la necesidad de definir este término previamente mencionado generando a su vez un cambio de paradigma en cuanto a la finalidad de la adopción. La presenta como "la institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo"[2].

Conforme a la cita anterior podemos decir que se debe tener en consideración a los niños por sobre los adultos, quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad, ya que los futuros padres son quienes deben estar preparados para su cuidado personal, para brindarles amor, más allá de lo económico.

En la siguiente cita Ricardo Luis Lorenzetti destaca y especifica los principales elementos y razón de ser de la adopción teniendo en cuenta el vínculo que se crea entre ambas partes, así como también el objeto de la adopción. De esta forma expresa:
"1) que se trata de una institución jurídica, es decir, que es una ficción estrictamente legal a través de la cual se genera un vínculo filial entre dos personas: adoptante y adoptado, pudiendo ser hasta dos los adoptantes en un mismo momento, de conformidad con otro principio general en materia filial como lo es que la persona pueda tener como máximo, hasta dos vínculos filiales, con total independencia de la orientación sexual de estas personas (madre/padre-madre/comadre-padre/compadre);
2) que el objeto de la adopción reside en el derecho del niño a vivir en una familia, que se desarrolle y sea cuidado en un ámbito familiar que satisfaga necesidades afectivas y materiales; mencionándose en primer lugar las afectivas y seguida de ellas las materiales;

[2] **Código Civil y Comercial de la Nación [CCyCN], Ley 26994 de 2015, Art. 594.**

3) que sólo es viable apelar a la adopción cuando tales necesidades no pueden ser proporcionadas por su familia de origen en sentido amplio, tanto el núcleo familiar primario (padres) como extenso, y

4) que la adopción es una institución cuyo acto cons-hindi/o se deriva de la sentencia judicial (que debe ser debidamente inscripta en el registro civil respectivo), siendo el proceso judicial que culmina con una sentencia de emplazamiento el que hace generar el estado de hijo"[3].

Es importante destacar que el soporte de todo núcleo familiar debería ser el amor y la solidaridad recíproca entre los que están llamados a vivir juntos, es decir que no basta la coexistencia bajo un mismo techo y los vínculos de sangre, sino que también debe lograrse cierta adaptabilidad de ambas partes; siendo aceptados en condición de tales (a diferencia del hecho biológico en sí, donde la paternidad tanto de un hombre o de una mujer, hayan o no engendrado un hijo, solo por la relación del vínculo quedan reconocidos en la condición de padre o madre). De lo dicho se infiere que la adopción tiene un sustento psicológico ineludible y que el hecho biológico de la paternidad no es el único apto para plasmar el vínculo afectivo fundamental para el desarrollo del ser humano.

Refiriéndose a la adopción, Sara Sarmiento en su ensayo expresa que "desde el mundo adulto, no somos conscientes del daño que los niños que acogemos han sufrido. La mayor parte de las veces no sabemos la historia real del niño, ni lo que ha vivido antes de acabar en el orfanato, ni los sucesos ocurridos durante el período que ha estado en él"[4]. Es decir que, el niño que espera ser adoptado, tuvo que haber pasado por diferentes sucesos que lo llevaron a dicha posición. La realidad es que los futuros adoptantes deben ser conscientes y comprender las situaciones que pasaron los niños, ya sea pasar por más de un proceso de adopción, la pérdida de un familiar o cualquier acontecimiento desfavorable para su desarrollo tanto físico como psíquico.

En cualquier circunstancia la pareja o el progenitor único deben tener la madurez necesaria para incorporar hijos ya sea biológica o psicológicamente, deben estar dispuestos a cambiar, roles, prioridades, emociones, vínculos, objetivos y rutinas. Se da la necesidad de que se encuentren tres pilares básicos: amor, aceptación y estabilidad para que el menor pueda crear cierto círculo de adaptaciones que le permitan transitar aquellas emociones, inquietudes o inseguridades típicas con las que cargan los niños. Se debe evitar generar un idealismo y aceptar aquella realidad que muchos chicos viven.

---

[3] **Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado*, Santa Fe, 2014, p. 11.**
[4] **Sarmiento, S., *Adopción, parte 1: Tomar consciencia del trauma*, Madrid, 2019.**

1.2 Principios De La Adopción

La ley se ocupa no sólo de formular el concepto de adopción, sino también de explicar los principios de los derechos humanos. Por tanto, estos principios deben ser tenidos en cuenta cuando se presenten controversias para las cuales la ley no tiene una solución definitiva, o por la complejidad y diversidad que afecta. A continuación enlistamos dichos principios por medio del artículo 595 del Código Civil y Comercial de la Nación.
"1. El interés superior del niño- 2. El respeto por el derecho a la identidad- 3. El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada- 4. La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas. - 5. El derecho a conocer sus orígenes. - 6. El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años"[5]. Argentina asumió a partir de lo anteriormente citado el compromiso de adecuar su legislación interna, sus instituciones y las políticas para la infancia y adolescencia a la luz de esta nueva fuente normativa para asegurar el reconocimiento y cumplimiento de cada uno de los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes que habitan el país. Estos principios los refuerzan, y destacan la importancia que actualmente poseen en nuestra sociedad teniendo un valor especial en la adopción y siendo utilizados como elementos para la interpretación de la Ley.

En este contexto, la adopción es una figura tendiente a satisfacer los derechos humanos de niños y adolescentes, principalmente el de todo niño a vivir en familia. De esta forma un niño que no se desarrolla en el seno familiar, tiene repercusiones trascendentales en su futuro, en cuestiones referidas a lo físico, social y emocional. Esto se afirma en *"El derecho a vivir en familia" escrito por Unicef:* "El ambiente en el que los niños crecen es un elemento determinante de su desarrollo. La primera infancia, y especialmente el período de 0 a 3 años, es una fase decisiva. En estos primeros años el ser humano establece vínculos y recibe estímulos que le permiten adquirir las habilidades necesarias para relacionarse con su entorno y son la base de todo su desarrollo futuro"[6].

---

[5] Código Civil y Comercial de la Nación [CCyCN], Ley 26994 de 2015, Art. 595.
[6] UNICEF, *El derecho a vivir en familia*, Uruguay, 2015, p. 3. En Defensoría de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes

Continuando con el análisis del Código, la siguiente norma es la expresada en el art. 596 referida al *Derecho a conocer los orígenes*, uno de los principios mencionados en el que anteriormente desarrollamos y único artículo autónomo a la norma precedente. "El nuevo Código mejora, amplía y fortalece la regulación del derecho adoptado a conocer sus orígenes, noción más amplia que la de realidad biológica a la que alude el Código. No solo el mayor de edad podrá acceder a su expediente de adopción, sino que también podría hacerlo en la menor edad. En este sentido, se menciona el acceso no solo al proceso de adopción, sino a todo expediente o cualquier fuente de información relativa al origen, biografía o historia del adoptado. Sin embargo, no se establece una edad determinada a partir de la cual se puede ejercer de manera personal este derecho, sino que se deja abierto para que todo adoptado, con madurez suficiente, si tiene inquietud acerca de sus orígenes, pueda ver satisfecho su derecho"[7].

Conforme a esto, el adoptado en relación a sus adoptantes tiene derecho a saber que lo une un vínculo filial adoptivo para con ellos, así como también, conocer sobre su historia de vida de acuerdo con su proceso de adopción y sobre sus orígenes. El adoptante necesitará de apoyo y colaboración para la revelación de información en relación a su origen.

1.3 Tipos De Adopción

El artículo 597 hace mención de las personas que pueden ser adoptadas. Pueden ser adoptadas las personas que sean menores de edad, que hayan sido declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres hayan sido privados de responsabilidad parental. De modo tal que los padres están sujetos a respetar el conjunto de derechos y deberes en relación con la persona y bienes del niño, al mismo tiempo a la protección, desarrollo y la crianza integral del menor. Dicho esto, se tiene en cuenta el grado de madurez del niño y edad para que su opinión sea tenida en cuenta.

Por otra parte, se concede la adopción si se trata del hijo del cónyuge o pareja de hecho o también ocurre en la situación de que tenga la condición de hijo siendo menor de edad, es decir durante su minoría de edad. Además se admite la adopción de persona mayor de edad o la emancipación por matrimonio. Se permite la adaptabilidad de varios menores

[7] **Rivera y Medina, *Código Civil y Comercial, comentado (tomo II)*, 2014, p. 186.**

dejando de lado el hecho de que tengan que ser del mismo tipo. Es decir que, el adoptante puede adoptar un menor de forma plena y otro menor que sea adoptado simple.

El Código Civil y Comercial regula que todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge. Este cambio radica en el hecho de aumentar el número de posibles adoptantes y además el cumplimiento de este requisito es ineludible, ya que mediante la adopción se pretende generar un vínculo paterno- filial natural en el cual normalmente exista esa diferencia de edad entre los progenitores y su hijo. Por consiguiente, lo puede hacer un matrimonio, una pareja integrante de una unión convivencial o una única persona (sin importar su estado civil). Además, desde el 2010, las parejas del mismo sexo también pueden adoptar. No se necesita únicamente tener 25 años de edad y ser al menos dieciséis años mayor que el adoptado, también se necesita tener ciudadanía argentina o haber residido en el país desde hace por lo menos 5 años y estar inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

El código establece en el artículo 619 tres tipologías adoptivas: adopción plena, simple y de integración. "De la enumeración que se realiza, se advierte que la adopción de integración adquiere autonomía y entidad propia"[8]. Anteriormente la adopción de integración no estaba regulada por separado en el Código Civil, sino que se afirmaba que la adopción de integración era una especie de adopción simple. La adopción plena tiene carácter irrevocable. En el caso de que el niño tenga una determinada madurez y decida continuar llevando su apellido de origen, esta decisión será respetada. En esta figura, los vínculos jurídicos con la familia de origen se extinguen. El adoptado tiene los mismos derechos y obligaciones que cualquier hijo, aún en el ámbito sucesorio. La adopción simple apunta a un régimen similar al de carácter pleno, diferenciándose en que existe la posibilidad de que el vínculo de adopción se pueda revocar. Otro punto de divergencia es el de los lazos legales con la familia de origen. En este caso no se extinguen, aunque sí toda la responsabilidad legal queda a cargo del o los padres adoptivos. Finalmente, la adopción integradora tiene por objetivo adoptar a los hijos del cónyuge o conviviente. Para iniciar su proceso no es necesario que la pareja figure en el registro de adoptantes, se respeta el vínculo del progenitor de origen que puede ser a su vez simple o plena, dependiendo las circunstancias, y se puede revocar.

[8] **Lorenzzeti, R., *Código Civil y Comercial, comentado (tomo IV*), Santa Fe, 2015, p. 82.**

Capítulo 2: Historia De La Adopción

2.1 Edad Antigua

A lo largo de este capítulo vamos a analizar el instituto de la adopción desde una perspectiva evolutiva, evaluando su transformación y finalidad a lo largo de la historia. Revisaremos cómo fueron mutando los diferentes estados de familia, qué cambios de paradigma se han enfrentado con respecto a conceptos o fines en el derecho de familia que colaboraron a lo que hoy sería el instituto de adopción.

Para comenzar este desarrollo podríamos mencionar una de las primeras leyes de la adopción. Se encuentran en el *Código de Hammurabi*, uno de los documentos más antiguos (1800 A.C.), hallados a principios del siglo XX que luego fueron traducidos a varios idiomas. Hammurabi fue el sexto gobernante de la dinastía de los reyes de Babilonia. Su reinado duró más de 40 años y tenía como fin último organizar al pueblo, además de sus conquistas militares. Por otro lado, también podemos relacionar el *Código de Manu* haciendo referencia a los niños abandonados.

El Código de Hammurabi no realiza una distinción entre derecho civil y derecho penal, sino que fueron leyes que regularon la vida cotidiana de las personas en la sociedad, por esto es que su fin era el de organizar al pueblo. En dicho Código hay una cierta protección hacia el adoptado. En la Sección VIII nos encontramos con algunas reglas o normas que se consideraban de respeto en aquella época; si se adoptaba a un niño y se lo criaba como propio, dándole el nombre y demás, no podía ser reclamado por sus parientes. Si se empleaba violencia hacia el padre o la madre, el niño debía volver a su casa con sus padres. Así mismo, si un artesano adoptaba a un niño y le enseñaba su arte tampoco podía ser reclamado. Distinto era si no le enseñaba su arte, en tal caso el menor podía volver a su hogar con su respectivo padre. También se daba tal situación en caso de que el adoptante no hubiera mencionado que entre sus demás hijos había adoptado a un niño. Por último, entre lo que podemos destacar, para acentuar la protección del adoptado, el código hace mención de que si el adoptante deseaba quitarle la filiación al adoptado luego de criarlo y educarlo, y fundaba una familia, el adoptado recibiría igualmente un tercio de la herencia que sus hijos tendrían en su fortuna por parte del adoptante.

Por otra parte, el Código presentaba ciertas sanciones hacia los hijos adoptivos. Si el hijo de un cortesano o de una cortesana le decía al padre o madre que lo crió "-tú no eres mi padre/madre", se le cortaba la lengua. Otra de las sanciones sucedía cuando revelaba

la casa de su padre, tomaba aversión al padre/madre que lo había criado y se iba de allí. En tal caso se le arrancaban los ojos. Llegado el caso de que el hijo golpeara a sus progenitores, entonces la sanción sería cortarle las manos.

Había cierta crueldad en aquellos tiempos con respecto a la implementación de las sanciones, estaba vigente la famosa *Ley de Talión* y además había cierta superioridad en la sociedad, ya que en ese entonces se diferenciaban las personas libres de los esclavos.

2.2 Derecho Romano

Sin duda alguna la práctica de la adopción se remonta a Roma, donde el objetivo primordial de la adopción era la continuidad del culto familiar, es decir que prevalezca la familia por encima de cualquier cosa (siempre bajo la patria potestad del *pater familis*[9]). Se creaba cierto vínculo civil de la patria potestad entre dos personas físicas romanas. En aquel entonces existía la necesidad de darle interés a lo político y religioso y además era de suma importancia la figura del *pater familia*, quien gozaba de cierta autoridad por sobre su familia. Debía ser un hombre, dejando sin importancia el rol de la mujer. Esta figura, además de gozar de suma autoridad, disfrutaba de plena capacidad jurídica teniendo bajo control todos los bienes y personas que pertenecían a su familia. Tal forma de grandeza o superioridad generaba la necesidad de continuar el culto familiar y no extinguirse.

Así mismo, notamos un cierto interés religioso además del político, esto se orienta al hecho de que el adoptante además de ser ciudadano romano, debía contar con cierta aptitud física para engendrar. La figura de la adopción debía "simular" la naturaleza y debían garantizar la continuidad del culto a los muertos. Como ejemplo encontramos las adopciones de *Augusto* (primer emperador), hecha por *Julio Cesar.* A su vez Augusto adoptó a *Tiberio*, y por otro lado *Nerón* también fue hijo adoptivo del emperador *Claudio I*[10].

La adopción permitía la incorporación de una persona externa a la familia para formar parte de esta con mayor fuerza, creando relación entre el adoptado y el nuevo padre. En aquel tiempo solo de esta forma era posible asegurar la continuidad de la familia (no se descartaba la posibilidad de adoptar a una mujer[11] aunque de todas maneras, al no cumplir un rol elemental, convenía adoptar un hombre para a futuro convertirlo en *pater familia*). Cabe

---

[9] Alcovar T., Calderon C. y Omer, *La adopción como instrumento de protección a la guardia de los niños*, Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, Ecuador, 2015.

[10] Tierra, L., *Irrevocabilidad de la adopción plena y derecho a la identidad en la nueva ley de adopción.* Rosario, 2003, p. 13.

[11] Anónimo, *Breves antecedentes históricos de la adopción en general, Capitulo I*, México, p. 5.

aclarar con respecto a la figura del género femenino, que se le permitía adoptar si demostraba que había perdido a sus hijos.

En cuanto al procedimiento, se establecían diferentes condiciones y efectos. Había dos tipos de adopción: *alieni iuris (adoptio)* y *sui iuris (adrogation)*. La *adoptio* generaba la interrupción de la patria potestad entre la familia de origen y el adoptado, creando una nueva con el adoptante. Una de las cuestiones importantes para adoptar era que el adoptante debía ser mayor que el adoptado, y en el caso de que el adoptante emplazara a su familia un hijo, debía tener 18 años de edad cuanto menos, pero en el supuesto de que emplazara a un nieto, el adoptante debía superar los 36 años de edad, dándole importancia al sentido de la generación que se daba cada 18 años. Este proceso de la *adoptio* contaba con dos instancias. La primera era dejar sin efecto la autoridad del *pater familia* del niño que iba a ser adoptado, y otra era que ese hijo adoptado pase a estar bajo la patria potestad del adoptante. Con respecto a la primera operación, encontramos la Ley de las Doce Tablas o Ley de Igualdad Romana que en aquel entonces era el texto legal que regulaba la convivencia de la sociedad. Dicha normativa proponía: "considerarse libre del poder paterno al hijo que hubiese sido emancipado tres veces por el padre natural, diciendo la jurisprudencia que bastase una emancipación con respecto a las mujeres o parientes más lejanos". Para el segundo supuesto, tenía que emancipar a este del padre natural para recurrir luego a juicio ficticio, donde se alegaba contar con la autoridad paterna (esto se realizaba frente al magistrado). Al momento de alegar que contaba con la autorización paterna y el padre de origen no lo contradecía, era admitido. Por otro lado contamos con la adopción de una persona sui iuris, es decir que el adoptado no se hallaba sometido a ningún *pater familia*. La persona que deseaba adrogar necesitaba ciertos requisitos por parte del adrogante. Debía acreditar tener al menos 60 años para que no tenga descendencia de justas nupcias y que no tenía otro hijo distinto al adrogado. La *adrogation* solo podía producirse con relación a personas sui iuris como mencionamos anteriormente, pero luego las mujeres pudieron ser adrogadas por rescripto del príncipe. Dicha cuestión se llevaba a cabo por medio de una ley de comicios por curias, en el cual a ambas partes se las interrogaba sobre si verdaderamente estaban interesados en la adopción. De ser afirmativa la respuesta, el pueblo mediante ruego dictaminaba su aprobación. Una de las cuestiones importantes era que debía tener el consentimiento del adrogado. Tiempo después se efectuaba por medio de rescripto imperial (una carta o cédula real que dictaba el Rey a petición de alguna persona).

Con respecto a los efectos o consecuencias, en un principio eran que el adoptado o adrogado quedaba bajo la patria potestad del adoptante o adrogante. El adoptado debía

pasar su patrimonio al adoptante, al ser el *pater familia* quien administraba los bienes, y finalmente el traspaso del adoptado a la familia agnaticia del adoptante.

A través de la intervención de *Justiniano* aparece una distinción en lo que respecta a la adopción plena y menos plena. Su diferenciación radicaría en que la adopción plena no sometía a los descendientes bajo el mando del *pater familia*, produciendo el mismo efecto que la adopción. Y en la adopción menos plena, que hacía referencia a las personas extrañas, se producía únicamente un vínculo personal entre el adoptante y el adoptado. En esta figura la persona que tenía la patria potestad sobre el adoptado la conservaba, perteneciendo a su familia de origen y creando una relación de hecho con la familia del adoptante.

En cuanto a la revocabilidad, una vez que el adrogado hubiera llegado a la pubertad podría emanciparse con la intervención de un magistrado o por el adoptante. Llegado el caso podía ser adoptado nuevamente por otra persona.

2.3 Derecho Hebreo

Inicialmente, el fin del matrimonio en el Derecho hebreo era la procreación. De esta forma, si uno de los cónyuges o ambos resultaba estéril recibiría un rechazo social. El hombre no estaba legalmente obligado a contraer matrimonio pero sí obligado a procrear, "estaba la necesidad de perpetuar la familia, y con ella sus manes, hacía indispensable acudir a una ficción cuando en el seno de la misma no existían sucesiones auténticas que conservaban la continuidad del ritual consagrado"[12]. Existía cierto interés social-religioso. En cuanto a lo religioso, había cierto interés en la continuidad del culto familiar, similar a lo que ocurría en Roma.

En el derecho hebreo contamos con la figura del *Levirato*, una institución muy presente en la Biblia. Indicaba que si una mujer enviudaba sin descendencia estaba obligada a casarse con el hermano del fallecido, su cuñado. Además de contraer matrimonio, debía engendrar hijos con él (su primogénito sería considerado como hijo y heredero del difunto). El hermano del difunto no podía negarse a casarse con la viuda.

Ambos cónyuges podían adoptar, tanto la madre como el padre. No se cumplía con extraños sino con parientes o esclavos que eran considerados parte de la familia[13]. Se realizaba una ceremonia en la cual el niño que iba a ser adoptado se colocaba sobre

---

[12] Dr Goldstein, M., *El derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud (última parte)*, Ediciones Fundación Internacional Raoul Wallenberg, Casa Argentina en Israel Tierra Santa, 2010, p. 301.
[13] _____ p. 303.

las rodillas del adoptante, y la futura madre debía apretar al niño contra su pecho. Según la biblia, la adopción se volvía formal echando un manto sobre la persona adoptada.[14]

2.4 Derecho Germánico

El estructuramiento político-social del pueblo germánico consistía en monarquías electivas, donde las reglas eran establecidas por el pueblo. Ellos elegían al rey y también lo podían destituir cuando fuera necesario. En un principio no contaban con leyes, sino que se regían por el derecho consuetudinario. Con respecto a la adopción, en un primer momento no se admitía, pero tiempo después y debido a la falta de testamento, comenzó a tener relevancia este procedimiento.

En cuanto a la conformación de la familia podemos resaltar que el matrimonio era monogámico. Se efectuaba por medio de un pacto similar a un contrato de compraventa entre el novio y su familia, y la novia y su familia. El novio debía pagar un precio para la adquisición de la mujer (por ejemplo con bueyes). Lo importante era la ayuda y apoyo mutuo entre el pretendido matrimonio. El futuro marido era quien debía ejercer de manera vitalicia todo lo relacionado a la administración tanto económica como doméstica. De esta manera la adopción subsanó, en aquellas familias que no tenían herederos, la continuidad del legado. "En varias razas germánicas, así las de los francos, longobardos, ostrogodos, burgundios y también en los germanos del norte, se puede comprobar la existencia de la adopción (prohijamiento) por la que el adoptado se introducía en la comunidad doméstica del padre adoptivo."[15] La adopción permitía que cualquier persona pudiera transmitir sus bienes a otra. Debemos señalar que existe una discusión doctrinaria sobre la finalidad de la adopción en el derecho germánico, ya que algunos enuncian que no se trata de una institución cuya finalidad sea la de originar un derecho hereditario entre el adoptado y el adoptante ni que estos creen un vínculo.

Por último, dentro del derecho germánico podíamos hallar distintos tipos de adopción: la *adoptio in hereditatem* "...era un acto entre vivos (realizado siempre con intervención del rey o del pueblo) tendiente a crear o instituir un heredero y que si tenía lugar frente a los hijos ilegítimos traducía, en la práctica."[16]; *Adoptio in fratem* (su nombre significa *pacto de fraternidad*), donde se realizaba un ritual para consolidar la adopción en el cual intercambiaban la sangre de una vena punzada. En dicha institución se prestaban la asistencia

---

[14] **_____ p. 303.**
[15] **Ortega Campos, *La adopción y figuras jurídicas afines: estudio histórico comparativo con especial consideración de los derechos español y filipino*, Madrid, 1961, p. 26.**
[16] **_____ p. 27.**

y ayuda mutua; *Union prolium*, que consistía en una especie de doble adopción que introducía a los hijos de un segundo lecho en la familia del cónyuge muerto y a los del primer lecho en la familia del cónyuge sobreviviente.[17]

Luego de haber analizado los antecedentes históricos de la figura de la adopción, nos queda claro que en aquellas épocas importaba la continuidad del culto familiar. Dicha institución la relacionaba con cuestiones políticas, sociales y religiosas. Se creó un cambio de paradigma tanto en la figura de la mujer y su desempeño e importancia en la sociedad, como así también de la finalidad del matrimonio y de la adopción.

Capítulo 3: Concepto de Familia

Desde un principio la familia se constituía a través de la relaciones o conexiones humanas que no necesariamente tenían en cuenta el afecto, sino que prevalecía por encima de éste, el poder, el carácter económico y dominio. "El concepto de familia es considerado un concepto abierto, la familia es la estructura social y la sede de la plenitud de bienestar de los seres humanos".[18] De tal forma el concepto de familia tiene pluralidad de definiciones. Graciela Medina y Eduardo Guillermo Roveda expresan como concepto moderno de familia que "la familia es principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos; en tal sentido es la comunidad de vida material y afectiva que permiten la subsistencia y desarrollo de los miembros del grupo familia".[19] Los doctores Bossert y Zannoni señalan que "la familia está formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que tienen origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco".[20] Diaz de Guijarro indica que la familia "es la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación".[21]

Es de mera importancia destacar la evolución que tuvo el concepto de familia y cómo tomó mayor relevancia el afecto, solidaridad y sentimientos en las relaciones humanas. Además señalar que la función de la familia no es meramente la procreación como lo fue alguna vez, sería absurdo decir que si una persona es infértil no podría lograr la formación de

---

[17] _____ p. 27.
[18] Varsi Rospibliosi, *Tratado de Derecho de Familia, "La nueva teoría institucional y jurídica de la familia" Tomo I*, p, 18.
[19] Roveda, E. G., Medina, G., *Manual de derecho de Familia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p.4.
[20] Zannoni, A., Bossert, A., *Manual de Derecho de Familia. 7ª edición actualizada y ampliada,* Buenos Aires, 2016, p. 6 .
[21] Belluscio, C., *Manual de derecho de familia, Tomo I,* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL. Ciudad de Buenos Aires, 2004, p.3.

una familia. Más allá de eso, cuando una pareja, matrimonio o una única persona desea tener hijos y no puede de manera natural, lo puede hacer mediante las técnicas de reproducción asistida y la adopción, fundándose en el consentimiento, afectividad y solidaridad.

3.1 Derecho de Familia

El derecho de familia se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, junto con leyes complementarias que logran llevar la resolución de conflictos entre las personas. Cabe destacar que el Derecho de familia forma parte del Derecho Civil, ignorando la posibilidad de pertenecer al Derecho público, debido a que no se relaciona a los sujetos con el Estado como sujeto de derecho público. El Dr. Zannoni junto con Bossert, Eduardo, expresa que el derecho de familia se encuentra integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas familiares.[22]

Medina G. y Roveda G. señalan que el Derecho de Familia es el conjunto de normas que rigen las relaciones jurídicas familiares en sí mismo consideradas, matrimonio, uniones convivenciales, relaciones paterno filiales, tutela, guarda de menores, parentesco.[23] De esta manera, ambos autores afirman que el derecho de familia regula las relaciones jurídicas familiares.

Por otra parte, el derecho de familia presenta principios que "son por un lado fuente de derecho y por otra parte criterio de interpretación tanto de las normas como de las soluciones a dar al conflicto entre derechos igualmente reconocidos". Los principios del derecho de familia se destacan en las relaciones de familia. Se destacan:

Principio de igualdad: dicho principio se relaciona con las desigualdades que había antiguamente, el hombre era quien ejercía poder hacia su esposa e hijos tanto en lo personal como en lo económico. Actualmente encontramos mayor igualdad entre las relaciones de familia. Por ejemplo, en el matrimonio o unión la igualdad de derechos y obligaciones entre las partes que la conforman.

Principio de libertad: este principio se refiere a la libertad a la libre elección e independencia, y la capacidad autónoma del individuo. Por ejemplo, la libertad de formas para constituir una familia.

Principio de responsabilidad: Este principio lo relacionamos con la responsabilidad dada entre las personas en una relación jurídica familiar, así como también mencionar la

---

[22] Zannoni, A., Bossert, E.. *Manual de Derecho de Familia. 7ª edición actualizada y ampliada*, Buenos Aires, 2016. p. 10.

[23] Roveda, E. G., Medina, G., *Manual de derecho de Familia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p.12.

responsabilidad parental. A los padres para con los hijos se les atribuye la obligación o responsabilidad del cuidado personal, obligación alimentaria y lograr el desarrollo integral de sus hijos.

Principio de interés superior del niño: Se establece que en los conflictos que ocurren en las relaciones de familia, y que una de las partes sean niños, prevalecerá por encima de la otra parte el interés de este.

Principio de solidaridad: A efectos de comprender la importancia de la solidaridad en la familia, señalamos el principio de solidaridad que es uno de los pilares del Derecho de Familia. Este principio se tiene en cuenta para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley.

Roveda y Medina manifiestan que la solidaridad "se da entre personas que tienen algo en común, entre personas que la ley considera que forman parte de una relación jurídica".[24] De esta manera, en las relaciones de familias encontramos la solidaridad familiar, por ejemplo en el caso de las obligaciones alimentarias.

3.2 Relaciones Jurídicas Familiares y Estado de Familia

Anteriormente indicamos que el Derecho de familia se encarga de aplicar ciertas normas a las relaciones de las personas que se encuentran unidas por vínculos ya sea sanguíneos, de afinidad, afectivos o creados por la ley. De esta manera cada individuo ocupa un status dentro de un grupo familiar por medio de los vínculos mencionados. Según varios autores como Belluscio, Zannoni; el estado de familia corresponde mencionar que es uno de los atributos de la personalidad de las personas naturales o de existencia visible y es inalienable e irrenunciable. Es propio de la persona humana ya que en un vínculo padre e hijo cada uno ocupa un status, o por ejemplo en el caso de una pareja. Claro está que todas las relaciones o vínculos familiares contienen cierto carácter jurídico. "La constitución de las relaciones familiares nace de la voluntad de las personas (la de los contrayentes en el matrimonio, la del progenitor que reconoce a un hijo, la de los adoptantes, etc) se está frente a auténticos actos jurídicos que son la fuente de las relaciones familiares".[25] De esta forma, debemos considerar

---

[24] **Roveda, E. G., Medina, G., *Manual de derecho de Familia,* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p.82.**

[25] **Zannoni, A., Bossert, E. *Manual de Derecho de Familia. 7ª edición actualizada y ampliada*, Buenos Aires, 2016, p.20.**

que en el caso del vínculo por adopción las personas que comienzan el proceso para adoptar, prima principalmente su voluntad y el deseo de hacerlo, creando nuevos vínculos familiares.

Con respecto a los daños ocasionados durante esas relaciones o vínculos de familia tenemos que tener en cuenta que el derecho de familia como ya mencionados se encuentra dentro del Código Civil. La Dra. Kemelmajer de Carlucci afirma: "Esta opción responde a la convicción de que el Derecho de Familia es Derecho privado, pues recae sobre relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran interés íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y futuro de sus protagonistas".[26] Dicha afirmación nos dicta que en el caso de que estas relaciones jurídicas familiares o vínculos estén en conflicto es viable aplicar las normas de responsabilidad civil. Principalmente para la aplicación de las normas de responsabilidad civil tiene que mediar un daño hacia una persona y tener en cuenta tanto los principios constitucionales como los principios del derecho de familia, como es el caso del principio del interés del niño, solidaridad, responsabilidad, etcétera.

3.3 Alimentos. Concepto

En las relaciones de familia, los alimentos son la obligación principal de los progenitores, tal es así que en el Código Civil y Comercial se encuentra establecido en el artículo 658 estableciendo que ambos progenitores tienen la obligación de la crianza, alimentos y educación de sus hijos teniendo en cuenta su condición y fortuna.

"Marisa Herrera describe que el derecho a alimentos contiene un claro contenido patrimonial, que constituye una prestación económica, sin embargo desde la perspectiva de Derechos Humanos el derecho económico alimentario tiene como fin la protección de las necesidades de la persona humana".[27] De esta manera en el artículo 659 se menciona qué derechos engloban los alimentos: educación, habitación, asistencia, gastos por enfermedad, los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio y vestimenta. Más allá del contenido económico de estas obligaciones mencionadas, el Código Civil y Comercial destaca el cuidado personal de los hijos, de esta forma, se le valida un valor económico considerándolo un aporte por parte del progenitor que se encuentra al cuidado de los hijos en el día a día, es decir, en el cuidado cotidiano del mismo.

---

[26] **Kemelmajer De Carlucci, A., *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014,* Santa Fe, Ed. Rubinzal–Culzoni, tomo 1, p.12.**

[27] **Herrera M., *Manual de derecho de las familias,* Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, 2015, p. 54.**

3.4 Función y Obligatoriedad

Se destaca la obligatoriedad de los alimentos durante el desarrollo de la crianza debido a que su función primordial es lograr el buen desarrollo integral de los hijos que requieren tanto el progreso o avance a nivel social, en cuestiones de relacionarse con otras personas, el esparcimiento, educación, vestimenta, como así también lo relacionado con la salud, alimentos, gastos médicos asistencia y gastos por enfermedad. Todas estas necesidades son de mera importancia siendo parte del proceso de la formación de la identidad de la persona, con la ayuda de los progenitores en el carácter afectivo-emocional.

En el Tratado de Derecho de Familia, Kemelmajer, Herrera y Lloveras indican que "la obligación para los alimentos derivados de la responsabilidad parental es más amplia que la fijada para los alimentos parentales pues surge del derecho-deber de crianza y educación de los hijos de los progenitores, más allá de reconocer el origen primario de la filiación".[28]

Con respecto a la obligación que tienen los progenitores de brindar alimentos a sus hijos se establece que es hasta los 21 años, a excepción del hijo mayor de edad que se demuestre con suficientes recursos para poder solventarse solo. Y además de la extensión a 21 años, también se puede extender a los hijos entre 21 y 25 años en caso de estar capacitándose, es decir, realizar algún estudio ya sea secundario, terciario o universitario.

3.5 El Derecho a los Alimentos en los Tratados de Derechos Humanos

En el ámbito de los Tratados de Derechos Humanos se destaca que el derecho a los alimentos es reconocido como un derecho humano irrenunciable, que además daña el goce de otros derechos humanos que son necesarios para el desarrollo integral de cada persona. Por ejemplo el derecho a la educación, el derecho a la salud, a la vida, etc.
En consecuencia, la Declaración Universal de Derechos Humanos indica que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". (Art. 25). Se mencionan de igual forma en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otro lado, el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11 reconoce que toda persona debe tener un nivel de vida adecuado para y su familia, también expresa de igual manera las necesidades anteriormente mencionadas. En el artículo 30 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del hombre, se

[28] **Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, 2014, p.159.**

enfatiza que toda persona está obligada a asistir, educar, alimentar y proteger a sus hijos menores de edad.

Otro ejemplar, La Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 17 y 19, que reflejan:

Artículo 17: Protección a la Familia:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19. Derechos del Niño:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Ambos artículos reflejan la importancia de la protección de la familia por parte del Estado, considera a la familia como el elemento fundamental para la sociedad.

3.6 Progenitor afín

Recordemos que El Dr. Solari en su trabajo *La figura del progenitor a fin* indicaba que incorporar esta figura en el Código Civil y Comercial fue un gran acierto, y además considera que se reconoce un vínculo basado en una relación socio- afectiva, de esta manera destacamos que no hay un concepto único de familia, sino que hay distintas formas de familia reconocidas. Se plasma en el artículo 672 del Código Civil y Comercial: *"Progenitor afín: se*

denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo personal del niño o adolescente".

Conviene subrayar la figura del progenitor afín en el sentido tal, que se busca cooperar para que se lleve a cabo un buen funcionamiento en el cuidado y educación de los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta el principio de solidaridad.

Juan Antonio Seda indica que "En casos de grave necesidad por parte del niño o adolescente, tal obligación alimentaria puede subsistir a modo de una cuota asistencial, aunque sería transitoriamente y según las posibilidades del obligado y el tiempo de convivencia".[29]

En cuanto a los tratados de derecho humanos a mi juicio en "La Convención sobre los Derechos del Niño", en el artículo 5 encuadra la figura del progenitor afín. Este artículo establece que los Estados Partes respetarán todos aquellos derechos y deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según la costumbre local, tutores u otras personas encargadas legalmente del niño. Es decir, resaltar "u otras personas encargadas legalmente del niño", además de los progenitores abarca a aquellas personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes por medio de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad.

A modo de conclusión, considerando el amplio reconocimiento en derecho internacional y nacional, es importante la protección que se le atribuye a la familia y la importancia de la figura del Estado en conflictos familiares. Ahora bien, no queda duda de que la familia es un elemento primordial para la sociedad, pero si destacamos que no tiene un concepto exclusivo. Es un término que se va adaptando a la sociedad.

Por otra parte, hicimos alusión a aquellas relaciones o vínculos que se encuentran dentro de un grupo familiar, no es preciso determinar que no existe una relación jurídica mediante un vínculo de familia, ya que ese vínculo fue concebido mediante la voluntad de las personas. Además de que en ese vínculo de familia se encuentra protegido por el Principio de Solidaridad, siendo uno de los principios del Derecho de Familia. Debemos considerar que el Derecho de Familia al ser parte del Derecho Civil, el acto jurídico familiar se encuentra comprendido dentro de los actos jurídicos en sí en el cual ambos necesitan de la voluntad para su creación. Enrique Díaz de Guijarro establece que "el acto jurídico familiar es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares".[30]

---

[29] **Seda, J. A., *Manual de derecho de familia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2018, p. 130.**

[30] **Rospigliosi, Varsi, E., *Tratado de Derecho de Familia. Tomo I*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 201.**

Belluscio define al acto jurídico familiar como "aquel acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas familia- res o crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos subjetivos familiares, en tanto la obtención de ese fin por la voluntad de los particulares esté admitida por ley".[31]

De esta forma, el acto jurídico familiar es el acto humano, voluntario, lícito que tiene por objeto inmediato establecer, modificar, ejercer, mantener o suprimir una relación familiar lícita.

Capítulo 4: Evolución Legal De La Adopción En Argentina

En este capítulo daremos a conocer la evolución de la figura de la adopción a partir del año 1948, momento en el cual se sancionó la primera ley que regula dicha institución, e incluyó a lo largo de los años diferentes fines u objetivos. De esta forma profundizaremos en la indagación sobre cuáles fueron los cambios de cada una de las leyes en Argentina para llegar a comprender el interés superior en los niños por sobre los adultos, teniendo en cuenta los principios establecidos tanto en la Ley 26061 de Protección Integral de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes como en la Convención sobre los Derechos del Niño.

4.1 Ley 13252. Adopción.

El 15 de septiembre de 1948 se sancionó en Argentina la *Ley 13252* y el día 23 de ese mismo mes y año fue promulgada. Teniendo en cuenta el escrito presentado por Carla Villalta "Entre la ilegitimidad y el abandono: la primera ley de adopción de niños" (2003) nos interesa mencionar que el Estado es quien comienza a intervenir de manera obligatoria y sistemática en las prácticas relacionadas con la transferencia de responsabilidad de los menores. También se contempla la adopción, definida como una institución cuyo objetivo principal era proteger a los menores abandonados o huérfanos.

[31] **Belluscio, A., *Manual de Derecho de familia. Tomo I*, Quinta edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 90.**

De esta manera, resalta la importancia de la adopción como un orden público ya que se consideraba que resultaba efectiva para moderar la criminalidad como consecuencia de ese desamparo de los menores.

En su artículo 1º regula a la adopción como un vínculo legal de familia, sin realizar mención alguna de la importancia de principios u objetivos hacia el adoptado. Aquí se da a conocer únicamente la adopción simple. En ese entonces el objetivo principal era satisfacer el anhelo de ser padres y bajar al mismo tiempo el porcentaje de niños en condición de abandono. Y resultaba de suma importancia tener un marco legal, para culminar con las adopciones ilegales que se realizaban. En esta ley se hace mención de quienes pueden adoptar como así también de quienes pueden ser adoptados.

Siguiendo, en el artículo 2° se plantea que cualquier menor hasta los dieciocho años puede ser adoptado por resolución judicial, a instancia del adoptante. Y en el 3° se aclara que el adoptante debe ser, por lo menos, dieciocho años mayor. Nadie podría, además, ser adoptado por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges (no se exige esta condición cuando el cónyuge sobreviviente adopta al hijo adoptado de su esposo o esposa). Llegado el 4° artículo se añade que no podrá adoptarse más de un menor de cada sexo por persona o matrimonio, con excepción de: a) adopciones efectuadas todas en el mismo acto; b) adopción de un hermano de alguno de los menores ya adoptados, o hijo ilegítimo del adoptante nacido posterior a la primera adopción.

En el artículo 5° se aclara que no podrá adoptar: a) quien tenga descendientes legítimos concebidos o nacidos, salvo que estos últimos se encontrasen ausentes con presunción de fallecimiento; b) quien tenga hijos naturales reconocidos, salvo que estuviesen ausentes con presunción de fallecimiento; c) quien no haya cumplido cuarenta años, salvo los cónyuges que tengan más de ocho años de casados; d) un hermano a otro.

Por otro lado, esta Ley hace mención en su artículo 17º de la posibilidad de contraer matrimonio el adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes, el adoptado con el cónyuge del adoptante y el adoptante con el cónyuge del adoptado, los hijos adoptivos del mismo adoptante entre sí y el adoptado con un hijo del adoptante.

4.2 Ley 19134. Adopción.

En 1971 fue sancionada la *Ley de adopción 19134*. En su articulo 3º establece que se podrá adoptar a varios menores de uno u otro sexo, simultanea o sucesivamente, anteriormente se

mencionaba que no se podía adoptar mas de un menor de cada sexo por persona o matrimonio, teniendo sus excepciones. Otro de los cambios es que podrá ser adoptante aquella persona mayor de treinta y cinco años o aquellos cónyuges que tengan más de cinco años de casados, anteriormente no podía adoptar aquella persona que no haya cumplido los cuarenta años así como también ocho años de casados. El sexto artículo propone que el adoptante deberá haber tenido al menor bajo su guarda durante un año, (esta condición no se requiere cuando adopta al hijo o hijos de su cónyuge). Se realiza la mención de la guarda, para establecer en ese periodo la manera en que conviven aquellas personas que desean adoptar a un menor antes del juicio de adopción.

Por otro lado, esta ley dispone de la adopción plena (art. 14) y la adopción simple (art. 20). Ambos se hallan a continuación, donde se detallan sus características centrales.

La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de esta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo. La adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo legítimo pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia de sangre del adoptante, si no a los efectos expresamente determinados en esta ley. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí.

4.3 Ley 24779. Adopción

Fue sancionada y promulgada en el año 1997. Esta ley "modificó el régimen de la adopción reformulándolo concordantemente con las reformas efectuadas en materia de filiación y responsabilidad y con el fin de adaptar el instituto a las normas de la Convención sobre los derechos del Niño"[32].

En su articulado hace una diferencia con la anterior ley en edad para poder adoptar. No podrán adoptar quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados. Y por otro lado,resalta la importancia que se le comienza a adjudicar a la guarda, siendo así que deberá el adoptante tener bajo guarda al menor durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año siendo fijado por el juez. Esta importancia se establece ya que se hace mención de los requisitos para otorgarla. La adopción podía ser plena o simple.

---

[32] Méndez, R., *El procedimiento de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación,* Jurisprudencia Argentina 2016-III, fascículo 8.

4.4 Ley 26061. Protección integral de los derechos del niño, niña y adolescentes.

Finalmente se sancionó la Ley 26994 aprobada por el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. La figura de la adopción se encuentra detallada entre los artículos 534 al 637. Una de las grandes diferencias con respecto a las leyes anteriormente mencionadas, es la aparición de aquellos principios que creen en una protección general de los niños, niñas y adolescentes. Dichos principios los encontramos mencionados en el artículo 595, así como también en la Ley de Protección Integral de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y en la Convención sobre Derechos del Niño.

La ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 3º realiza la mención del interés superior del niño en donde se debe respetar su condición de sujeto de derecho, de ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, el respeto al desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; así como también menciona que se debe respetar el centro de vida donde hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Estos puntos mencionados se deben tener en cuenta al momento de decidir dejar desamparado al menor. De esta manera, para un niño que fue adoptado y creó cierto estilo o centro de vida (en donde logró crear cierto desarrollo y vínculo junto con esas personas que decidieron iniciar con el proceso de adopción) estas personas serán su núcleo o grupo familiar. Sería irreal que de una forma intempestiva ese desarrollo de sus derechos le sean arrebatados sin mediar responsabilidad alguna de familia a quienes desisten del proceso de adopción por diferentes motivos que conllevan daños psicológicos en el niño.

En el artículo 7º se menciona que la familia es la responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. De esta manera, si un niño llama por madre o padre a las personas que lo acogen, entenderá de por sí que forma parte de una familia.

En el Título II se encuentran establecidos algunos principios, derechos y garantías; derecho al disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida. Es decir que si durante ese determinado tiempo que estuvo el menor en guarda tuvo una cierta calidad de vida, esa misma tendría que seguir durante un lapso correspondiente de tiempo, para que no cause algún inconveniente psicológico ni físico. Otros de los derechos que se mencionan, son el derecho a la salud, a la educación, derecho a opinar y a ser oídos.

En el artículo 33 *Medidas de protección integral de derechos*, se menciona que la falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes (sea circunstancial, transitoria o permanente)

no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización. En el artículo 34 determina que las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. En esta misma sección podemos destacar la mención de la reparación de consecuencias, creando en el niño cierta desprotección de todos aquellos derechos y principios mencionados aquí. Si se comprueba la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas (mencionas en el artículo 37):

a. Aquellas tendientes a que las niñas, niños y adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar.
b. Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar.
c. Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa.
d. Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de uno de sus padres, responsables legales o representantes.
e. Asistencia económica.

4.4.1 Convención sobre Derechos del Niño

En la Convención sobre derechos del niño se menciona el interés superior del niño, de garantizar la supervivencia y desarrollo del niño y el derecho a la libertad de expresión. Surge allí una expresión de nuestro interés, resaltada a continuación: “teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores ***u otras personas*** responsables a él ante la ley, (...) A los padres ***u otras personas*** encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño” (art. 3.2º). De igual manera en el artículo 27.3º “A los padres ***u otras personas*** encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar…”. Esta manifestación podría incluir a aquellas personas que desisten de la guarda de adopción, quienes durante un determinado tiempo fueron responsables de hacer valer los derechos y principios del niño. Si tales personas desisten, quedaría el niño desamparado de asistencia económica, más allá de lo psicológico y emocional.

Para continuar, ampliaremos los artículos de interés para nuestra temática, pertenecientes a la *Convención sobre derechos del niño*.

- Artículo 3:

  1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.

  2. Los *Estados Partes* se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

  3. Los *Estados Partes* se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

- Artículo 6

  1. Los *Estados Partes* reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

  2. Los *Estados Partes* garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

- Artículo 8

  1. Los *Estados Partes* se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

  2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los *Estados Partes* deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

- Artículo 9

1. Los *Estados Partes* velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, 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 como por ejemplo en los casos en que el niño es 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.

- Artículo 12

  1. Los *Estados Partes* garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniendo en cuenta las opiniones del mismo en función de su edad y madurez.

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

- Artículo 13

  El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresa, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por él.

- Artículo 18

  Los *Estados Partes* pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Tal obligación incluye a los padres o a los representantes legales. El interés superior del niño será su base.

- Artículo 21

  Los *Estados Partes* que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial.

- Artículo 27

1. Los *Estados Partes* reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los *Estados Partes* tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero.

Capítulo 5: El Proceso de la Adopción en Argentina

"Estos cambios legislativos no han dado ningún resultado positivo en orden a la eficacia práctica, porque año a año crecen tanto los niños en situación de abandono, como las personas que desean adoptar y no lo logran. Desde su punto de vista, la probada ineficacia del sistema argentino de adopción motivó que uno de los fines tenidos en cuenta en la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación sea mejorarlo." Medina, G. (2012).

5.1 Situación de Adoptabilidad

La adopción es un largo camino que transitan quienes están dispuestos a ser pacientes, un largo camino para los pretensos adoptantes y para los niños finalmente adoptados.

En el Código Civil y Comercial de la Nación se encuentra, entre los artículos 607 y 614, el procedimiento de adopción. En el Capítulo 2 art. 607 se dictan supuestos para la declaración de la situación de la adoptabilidad. Los motivos que conllevan a que niños, niñas o adolescentes sean declarados en situación de adopción se dan cuando los padres toman la decisión libremente de emplazar a su hijo/a en esa posición. Toma validez si se da luego de 45 días de nacido, cuando fallecieron los padres y no hay ningún familiar de origen (primos, abuelos, tíos, etc.) ni filiación alguna, o cuando no haya dado resultado en un plazo de 180 días, es decir aquellas situaciones que desfavorecen o dejan en abandono al niño, niña o

adolescente para su desarrollo de vida. A su vez, no puede ser dictada la situación de adoptabilidad del niño, si se ofrece asumir su guarda o tutela por parte de algún familiar o referente afectivo del niño, teniendo en cuenta el interés del mismo. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días. La decisión del juez de declarar la situación de adoptabilidad de un menor es el último medio de protección infantil. Luego de que se hayan dado algunos de los acontecimientos expresados que llevan al niño, niña o adolescente a establecerse en el estado de adoptabilidad, es institucionalizado, es decir que ingresa a un hogar. "La institucionalización debe ser siempre transitoria: busca proteger a la niña, niño y adolescente e intenta reanudar el vínculo con su familia de origen. Es una medida que toma el Estado a través del órgano de protección de derechos correspondiente y que es supervisada por el juez de cada causa"[33]. De esta manera, el Estado se encuentra presente con antelación a dictarse el estado de adoptabilidad, debe acompañar tanto al niño como a su familia biológica del mismo, para reanudar su vínculo, cuando esto no es posible, el juez tiene la facultad de dictar la situación de adoptabilidad.

Según la Ley de Protección Integral de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 33 las medidas de Protección Integral De Derechos son aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. La amenaza o violación de derechos puede provenir de la acción u omisión del Estado, la sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización (acorde a la Ley 26061). Teniendo en cuenta las situaciones que debió transitar el menor, ya sea porque se haya violado o amenazado algún derecho, por sufrir alguna pérdida familiar, por diferentes motivos o por decisión de los padres, es necesario que el Estado y demás instituciones generen cierta tranquilidad en aquellos niños que se encuentran en estado de adoptabilidad para no crear problemas psicológicos ni afectivos a futuro. En dicho procedimiento además de los padres/

[33] **Anónimo, *Adopción en Argentina. Guía informativa*, Ediciones SAIJ, Ciudad autónoma de Buenos Aires, 2017.**

otros representantes del niño, niña o adolescente, se encuentra el órgano administrativo que participó en la etapa extrajudicial, y el Ministerio Público.

Es destacable el avance en el sentido de la obligación de los jueces de escuchar al niño/a y de que este forme parte del juicio de adopción Además de que se establece claramente la competencia del Juez y el inicio del trámite judicial que consta de dos procesos: la declaración de situación de adoptabilidad y la adopción propiamente dicha. Las reglas de procedimiento, que tienen como característica fundamental la celeridad y el cumplimiento de la garantía de plazo razonable y los efectos de la sentencia.

5.2 Procedimiento de Adopción

Para comenzar el procedimiento, se deben tener en cuenta los requisitos anteriormente mencionados: tener un mínimo de 25 años de edad y ser argentino o tener cinco años de residencia en el país en el caso de extranjeros. Pueden ser adoptantes unidos en matrimonio, una única persona, viuda, soltera, divorciada o que se encuentre en unión convivencial, aquellas personas que desean lograr el deseo de formar una familia por medio de la adopción y brindarle el cuidado necesario para el desarrollo de vida del niño, niña o adolescente.

Para cumplir el deseo de adoptar es necesaria de manera gratuita la inscripción en el Registro de Aspirantes de Guarda con Fines Adoptivos (RUAGA). Su función es además de desplazar un menor a un grupo familiar, evaluar a aquellas personas que se postulan. Esta inscripción no solo es gratuita sino que es única, válida para todo el país, personal y no requiere de intermediarios (abogados) para realizarla. Los futuros adoptantes no pueden acercarse a instituciones para formalizar una adopción, únicamente deben ingresar e inscribirse. Una vez registrado y habiendo brindado toda la documentación necesaria (documentos personales, antecedentes penales, acta de unión convivencial o matrimonio, etc.), los aspirantes quedan a la espera de ser seleccionados para adoptar. No hay un tiempo exacto, pueden ser seleccionados rápidamente como así también puede demorarse años. Llegado el caso, el registro se contacta con los futuros adoptantes para la validación de la información presentada y coordinación del inicio del proceso de evaluación.

Durante el año 2020 se declaró el aislamiento social, preventivo y obligatorio debido a un brote de COVID-19, generando así cambios en la manera de llevar a cabo ciertos procesos, como la adopción. En un principio aquellas vinculaciones fueron suspendidas. Lentamente la justicia debió adaptarse a los cambios, y mutar los procesos a la vía online. Esto llegó a generar incertidumbre e incomodidad tanto en los adoptantes como en los futuros adoptados, ya que realizar entrevistas a través de una pantalla podría crear cierta distancia

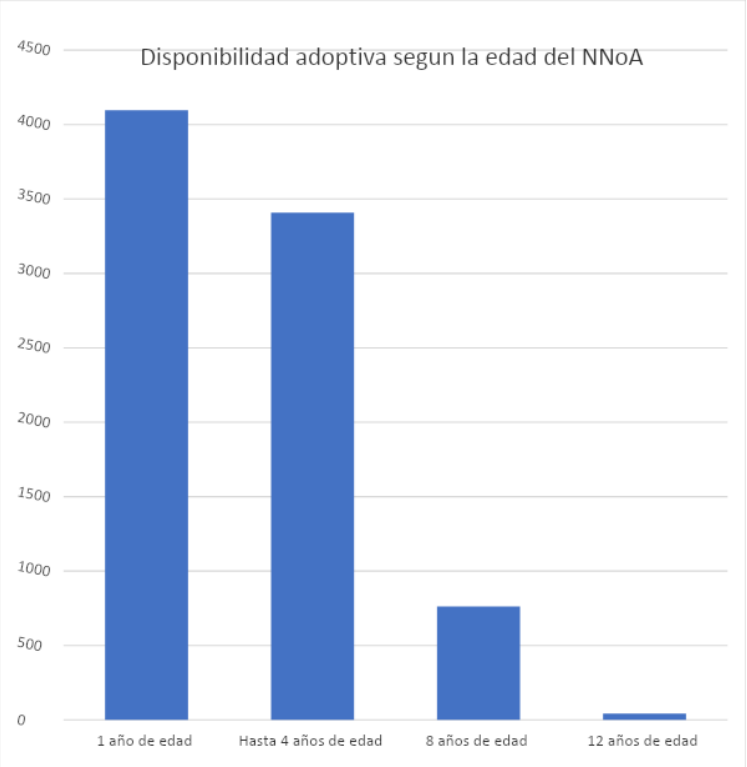
entre ambos. Finalmente, con el ordenamiento de las pautas referidas a lo sanitario, se permitió mediante hisopados negativos crear un ambiente para que el encuentro pueda realizarse presencialmente. De esta forma cualquier conflicto que involucre a niños, niñas y adolescentes tiene una sola forma de llegar entre sí, y que por ahora, los procesos prolongados y no resueltos tendrán efectos devastadores. Es nocivo para los niños y puede tener graves consecuencias en el futuro. Es por ello que el doctor Marcelo Molina**,** juez del Tribunal de Familia N° 5, escribió su libro "*¿Cuánto tiempo es un tiempito?*", con relatos que recopiló a través de su función. El título se debe a la pregunta de una niña que le preguntó cuánto tiempo iba a tardar él en encontrarle una familia. La respuesta del adulto fue "un tiempito", a lo que la niña le preguntó: "¿cuánto tiempo es un tiempito?". Teniendo en cuenta lo expresado por Marcelo Molina destacamos la importancia de que en donde se involucren niños en las sentencias deben dictarse en un plazo breve, es decir que haya serenidad y actuar de manera inmediata para que no se vulneren los derechos de los niños, asi como tambien no crear consecuencias dañinas a futuro.

5.3 Datos Estadísticos según la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. D.N.R.U.A. La Adopción en Números en Argentina.

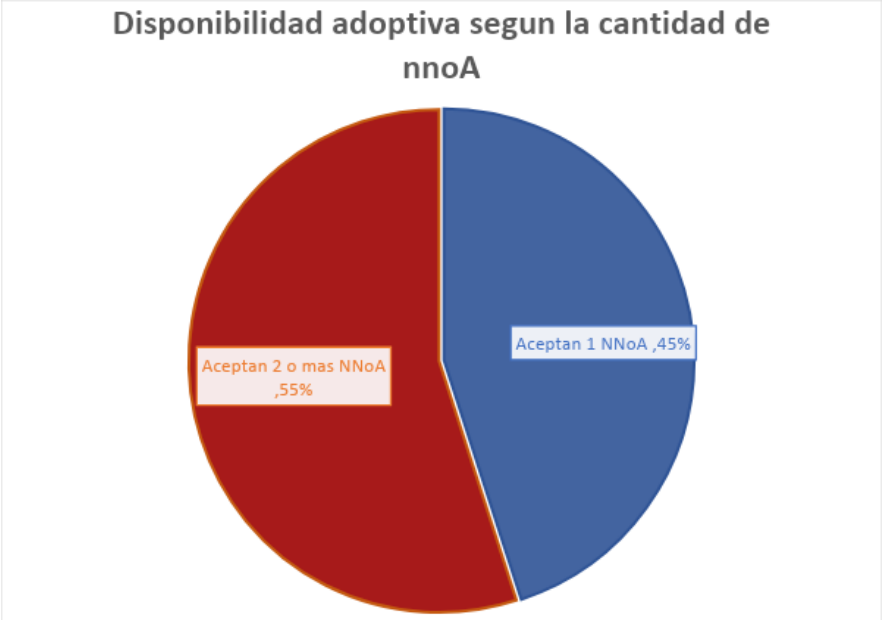
Estadísticas Año 2019 (Anterior a la Pandemia) – Fuente Base de datos DNRUA-

Cantidad de Solicitantes por Legajo	**Casos**	**%**
Legajos con 1 solo solicitante	1020	22,00
Legajos con 2 solicitantes (matrimonios, uniones convivenciales, parejas, matrimonios igualitarios	3560	78,00
Total de legajos	4580	100,00

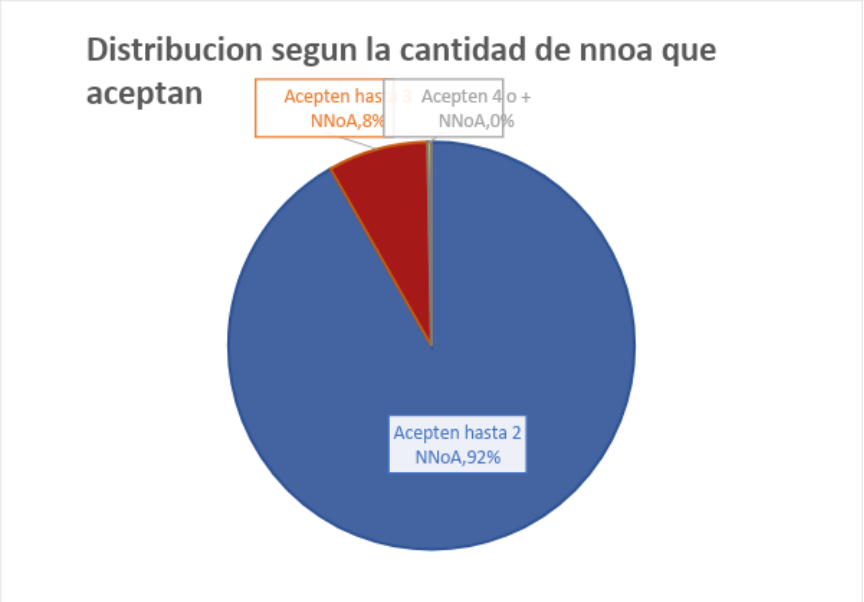
Disponibilidad adoptiva según la edad del NNoA	Casos	%
1 año de edad	4097	89%
Hasta 4 años de edad	3409	74%
8 años de edad	763	17%
12 años de edad	42	1%



Disponibilidad adoptiva según la cantidad de NNoA que aceptan	Casos	%
Aceptan 1 solo NNoA	2050	45
Aceptan 2 o más NNoA	2350	55

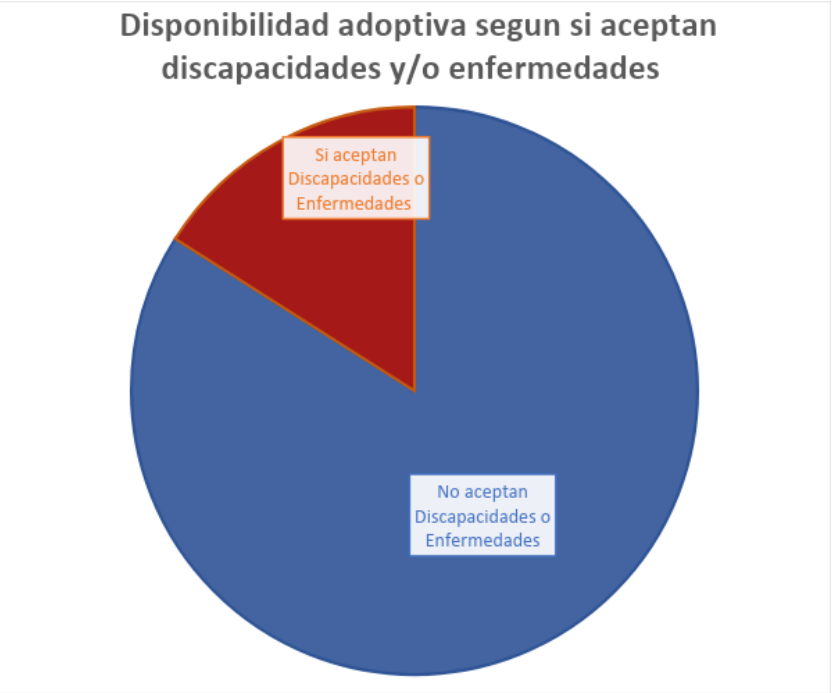


Distribución según cantidad de NNoA que aceptan	Casos	%
Aceptan hasta 2 NNoA	2325	92
Aceptan hasta 3 NNoA	197	8
Aceptan 4 o + NNoA	8	0,3
Total de legajos		100



Disponibilidad adoptiva según si aceptan discapacidad y/o enfermedad	Casos	%

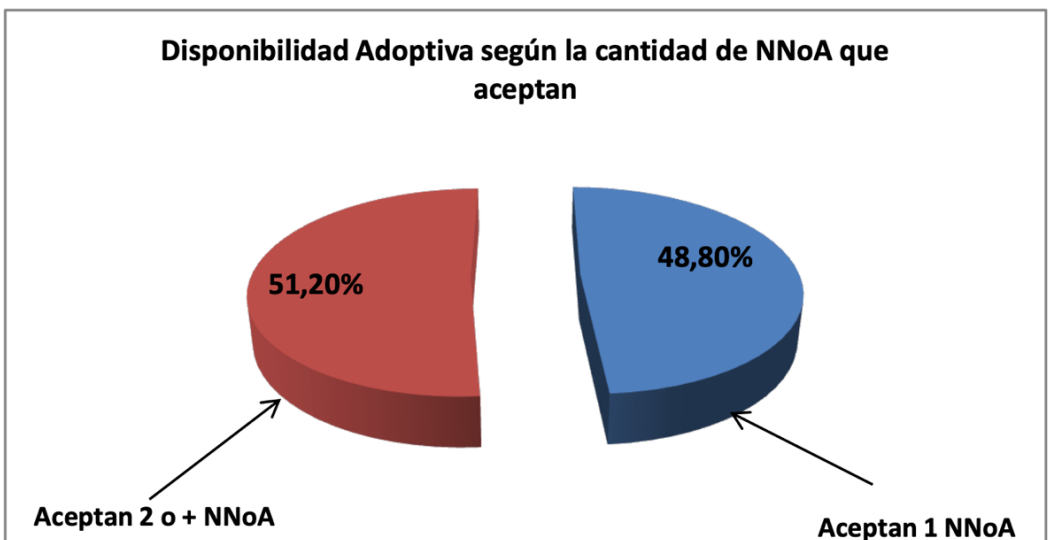
No aceptan Discapacidades o Enfermedades	3867	84
Si aceptan Discapacidades o Enfermedades	713	16
Total de legajos	4580	100,00



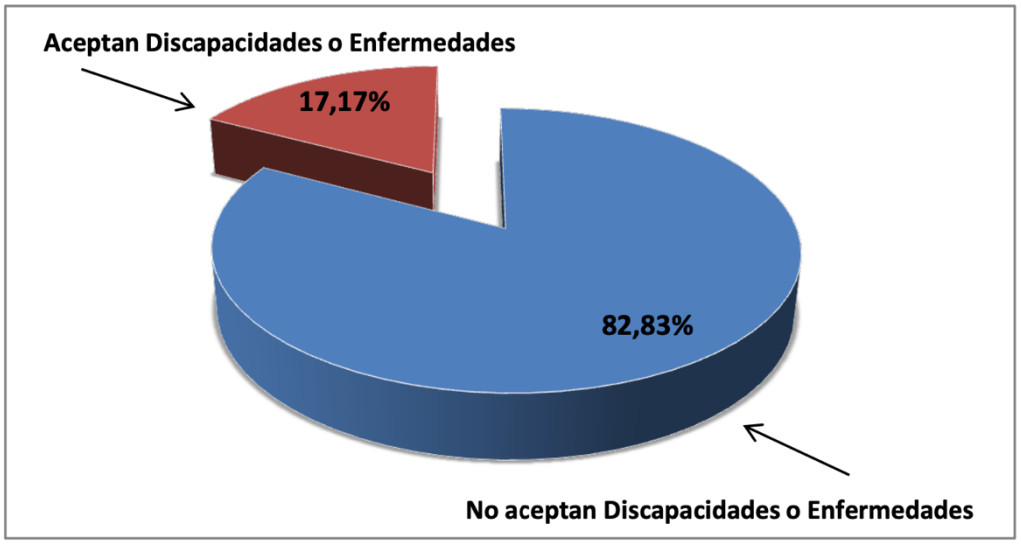
Cantidad de Solicitantes por Legajo	Casos	%
Legajos con 1 solo solicitante	751	23,97
Legajos con 2 Solicitantes (matrimonios, uniones convivenciales, parejas, matrimonios igualitarios)	2382	76,03
Total de legajos	**3133**	**100,00**

Estadísticas al 31/12/2020 - Fuente Base de datos DNRUA -

Disponibilidad Adoptiva según la cantidad de NNoA que aceptan	Casos	%
Aceptan 1 solo NNoA	1529	48,80
Aceptan 2 o más NNoA	1604	51,20
Total de legajos	**3133**	**100,00**



Disponibilidad Adoptiva según si aceptan Discapacidades o Enfermedades	Casos	%
No aceptan Discapacidades o Enfermedades	2595	82,83
Si aceptan Discapacidades o Enfermedades	538	17,17
Total de legajos	**3133**	**100,00**

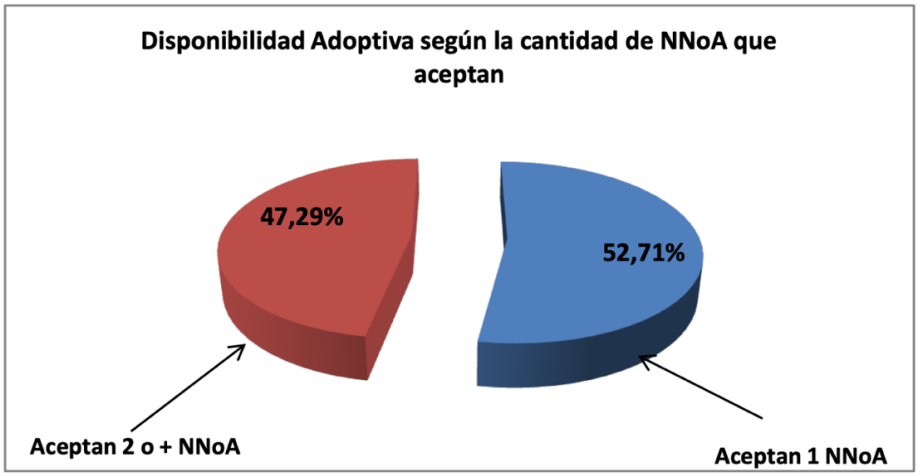


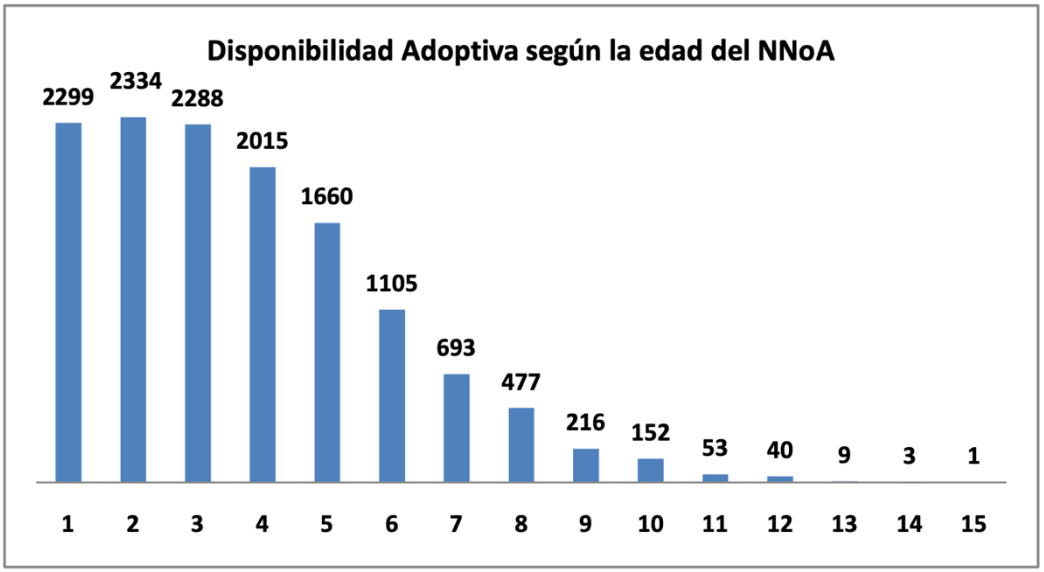
Estadísticas al 1/12/2021 - Fuente Base de datos DNRUA -

Cantidad de Solicitantes por Legajo	Casos	%
Legajos con 1 solo solicitante	623	23,78
Legajos con 2 Solicitantes (matrimonios, uniones convivenciales, parejas, matrimonios igualitarios)	1997	76,22
Total de legajos	**2620**	**100,00**

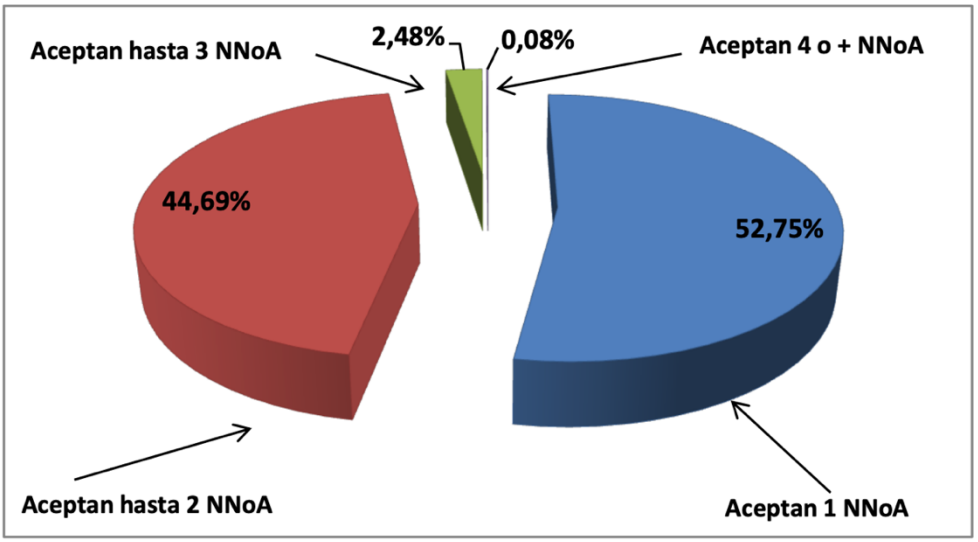
Disponibilidad adoptiva según la edad del NNoA	Casos	%
1 año	2299	87.75
2 años	2334	89.08
3 años	2288	87.33
4 años	2015	76.91
5 años	1660	63.36
6 años	1105	42.18
7 años	693	26.45
8 años	477	18.21
9 años	216	8.24
10 años	152	5.80
11 años	53	2.02
12 años	40	1.53
13 años	9	0.34
14 años	3	0.11
15 años o más	1	0.04
Nota: Los cortes de edad no son excluyentes, P. E., quien acepta 8 años, también puede aceptar 4 y 1		

Disponibilidad Adoptiva según la cantidad de NNoA que aceptan	Casos	%
Aceptan 1 solo NNoA	1381	52,71
Aceptan 2 o más NNoA	1239	47,29
Total de legajos	**2620**	**100,00**

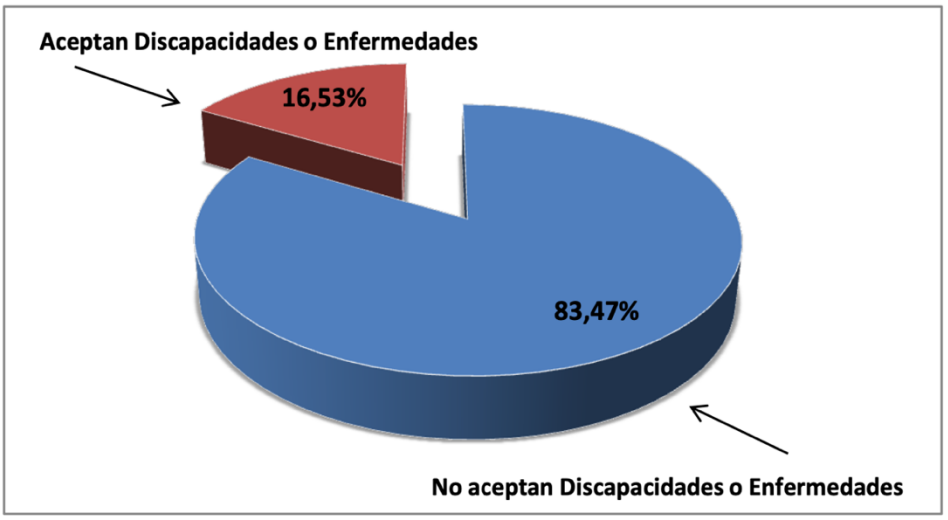




Distribución según la cantidad de NNoA que aceptan	Casos	%
Aceptan 1 solo NNoA	1382	52,75
Aceptan hasta 2 NNoA	1171	44,69
Aceptan hasta 3 NNoA	65	2,48
Aceptan 4 o + NNoA	2	0,08
Total de legajos	**2620**	**100,00**



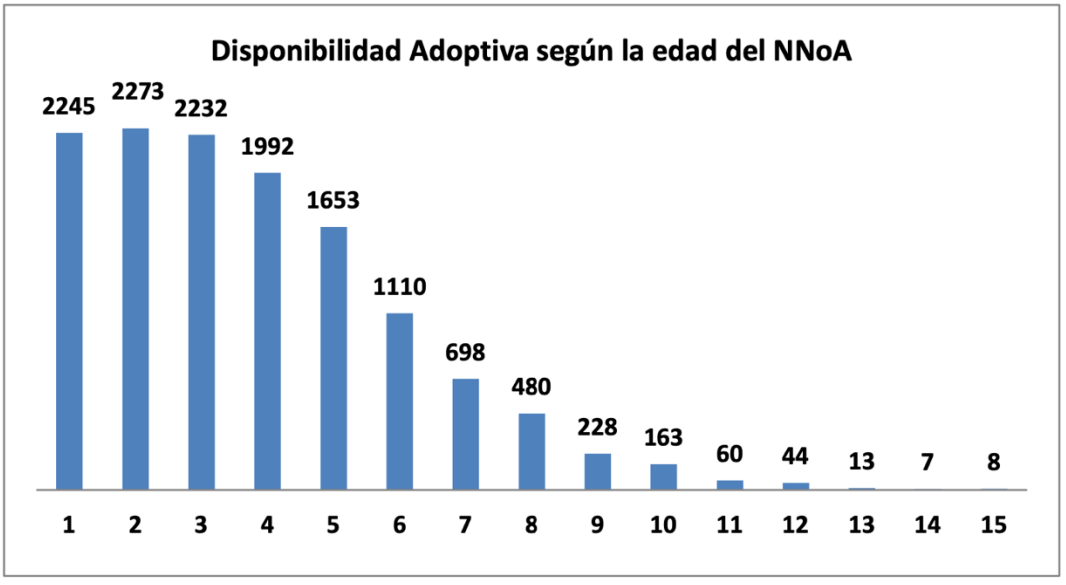
Disponibilidad Adoptiva según si aceptan Discapacidades o Enfermedades	Casos	%
No aceptan Discapacidades o Enfermedades	2187	83,47
Si aceptan Discapacidades o Enfermedades	433	16,53
Total de legajos	**2620**	**100,00**



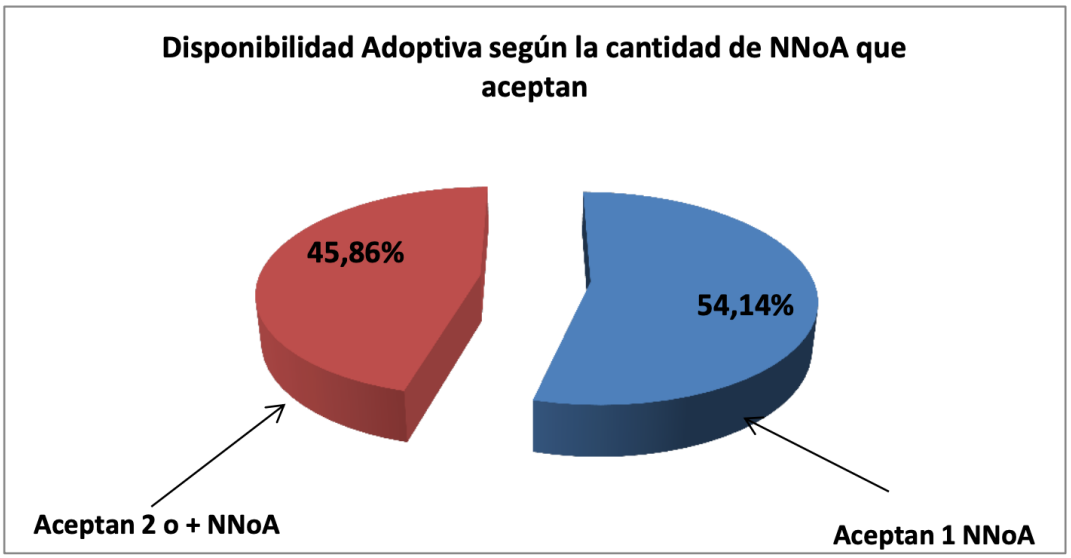
Estadísticas al 2/3/2022 - Fuente Base de datos DNRUA -

Cantidad de Solicitantes por Legajo	Casos	%
Legajos con 1 solo solicitante	626	24,35
Legajos con 2 Solicitantes (matrimonios, uniones convivenciales, parejas, matrimonios igualitarios)	1945	75,65
Total de legajos	**2571**	**100,00**

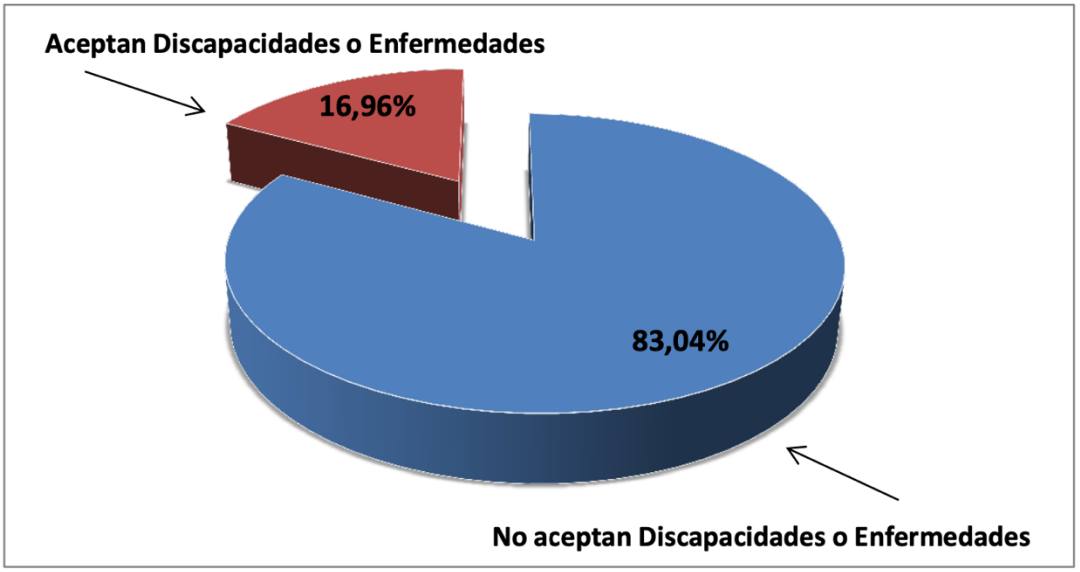
Disponibilidad adoptiva según la edad del NNoA	Casos	%
1 año	2245	87,32
2 años	2273	88,41
3 años	2232	86,81
4 años	1992	77,48
5 años	1653	64,29
6 años	1110	43,17
7 años	698	27,15
8 años	480	18,67
9 años	228	8,87
10 años	163	6,34
11 años	60	2,33
12 años	44	1,71
13 años	13	0,51
14 años	7	0,27
15 años o más	8	0,32
Nota: Los cortes de edad no son excluyentes, P. E., quien acepta 8 años, también puede aceptar 4 y 1		



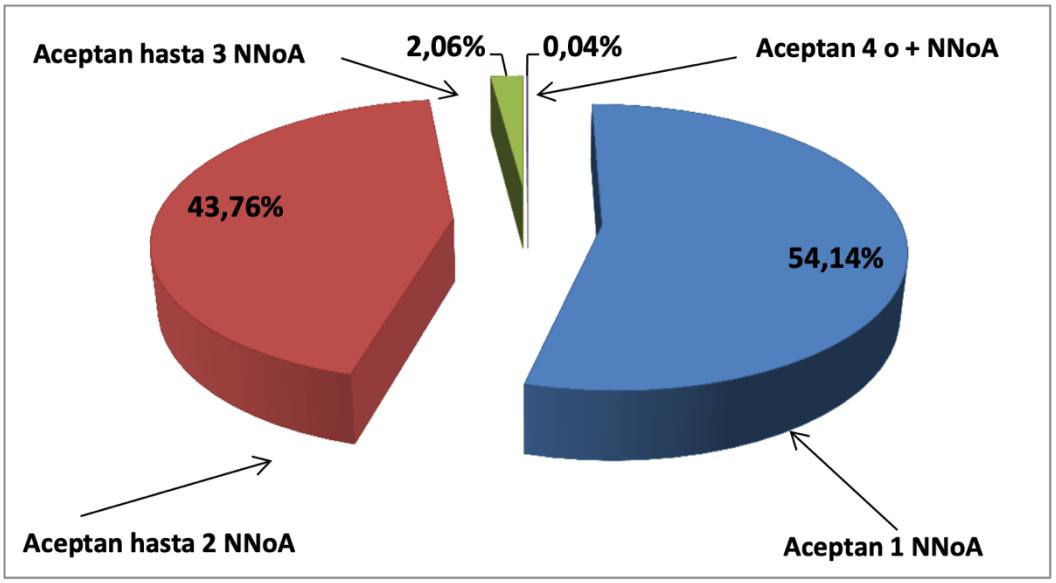
Disponibilidad Adoptiva según la cantidad de NNoA que aceptan	Casos	%
Aceptan 1 solo NNoA	1392	54,14
Aceptan 2 o más NNoA	1179	45,86
Total de legajos	**2571**	**100,00**



Disponibilidad Adoptiva según si aceptan Discapacidades o Enfermedades	Casos	%
No aceptan Discapacidades o Enfermedades	2135	83,04
Si aceptan Discapacidades o Enfermedades	436	16,96
Total de legajos	**2571**	**100,00**



Distribución según la cantidad de NNoA que aceptan	Casos	%
Aceptan 1 solo NNoA	1392	54,14
Aceptan hasta 2 NNoA	1125	43,76
Aceptan hasta 3 NNoA	53	2,06
Aceptan 4 o + NNoA	1	0,04
Total de legajos	**2571**	**100,00**



Más allá de las estadísticas dadas, destacamos la importancia que requiere solicitar una adopción, es decir que aquellas personas que desean adoptar respeten lo valioso que es expresar su voluntad o consentimiento de crear a futuro cierto vínculo socio-afectivo con un NNoA, que generarán expectativas en los futuros adoptados. Y por otro lado lo fundamental que es que el Estado realice el seguimiento requerido para cada una de las adopciones así como también la celeridad de las mismas.

5.4 Guarda Pre Adoptiva

La guarda con fines de adopción está reconocida por la ley en la que es deber y responsabilidad de los futuros padres adoptivos brindar cuidado personal al niño con derecho a tomar decisiones en la vida diaria y obtener el título de responsabilidad del niño.

Más allá de su concepción en primer término la guarda tiene como finalidad integrar al menor en estado de abandono a un nuevo grupo familiar en donde se crean distintos encuentros y conexiones para lograr la adaptación tanto del menor como de los padres adoptivos, teniendo en cuenta derechos y deberes. Es decir que no es un proceso judicial

propiamente dicho sino que es un accesorio del proceso, es el proceso anterior a una adopción. En el CCYCN lo encontramos estipulado en el Capítulo 2 arts. 611 a 614.

Su origen se remonta a la necesidad de regular aquellas adopciones que se realizaban de manera directa, es decir la entrega directa de los progenitores de un menor a familias que deseaban adoptar sin la intervención de órganos jurisdiccionales. De esta forma en el artículo 611 del CCYCN "Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrada directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otras familias del niño".

En el artículo 613 se dispone que el Juez que declaró la situación de adoptabilidad del menor, será quien seleccione a los pretensos adoptantes según la lista del registro único de aspirantes, teniendo en cuenta las diferentes evaluaciones. De manera espontánea puede comparecer la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, como así también ser convocado por el Juez. También en dicho artículo se hace mención de ciertos requisitos para la selección de los futuros adoptantes, de ser sus condiciones personales, edades, aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación, sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; y sus principios generales mencionados en el artículo 595. El Juez es quien establece la guarda con fines de adopción (el periodo transcurrido de la guarda no puede ser mayor a seis meses).

Entendemos que se evalúa de manera generalizada a los futuros adoptantes para que estos puedan brindarle todas sus necesidades, es así que al momento de la selección se tiene en cuenta cómo se desarrollan los niños, niñas y adolescentes al momento de la comunicación o si los futuros adoptantes pueden realizar su correcto cuidado y funcionamiento tanto afectivo como económico. No debería dejarse en situación de abandono al adoptado en caso de desistimiento de los padres tanto de forma económica como afectiva ya que de esta forma "nace la expectativa y voluntad del niño de relacionarse afectivamente con quienes anhela como progenitores. Él no comprende procedimientos formales. Su voluntad es instintiva, desea vínculos afectivos".[34]

La retractación durante las guardas pre adoptivas ocasiona daños en los niños, niñas o adolescentes que son objeto de protección. "Su situación de vulnerabilidad, se agrava pues el niño ha gozado de la posesión de estado de hijo, tomando la identidad de esa familia, siendo parte de ella ante la sociedad; creó afectos con los pretensos adoptantes que luego, lo

[34] **Dra García de Solavagione, *Daños derivados del Proceso de Adopción*, Revista de Derecho de Daños.**

restituyen. En este valioso tiempo transcurrido, el niño pierde su dignidad. Es un objeto, un ente. Pero lo más dañoso, es que pierde la chance de ser parte de otra familia dispuesta a adoptarlo".[35] De esta forma se vulnera como persona al niño, niña o adolescente El Estado es quien lo deja vulnerable, aunque esté estipulado que se deben cumplir principios generales, así como también derechos, a la salud, a la educación, etc. Es decir que se generan responsabilidades jurídicas tanto en los guardadores como en el Estado. Los órganos destacados en el proceso de selección y evaluación, definen tanto edad, valoración psicológica así como también el grado de compromiso.

El artículo 52 estipula que la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos. Es decir que, al momento de desistir de esa guarda, al menor le generan un daño psicológico-afectivo tanto presente como futuro, es una persona en un evolutivo desarrollo que toma confianza de aquellas que personas que lo rodean y que durante un plazo deciden crear un vínculo familiar.

En el artículo 1737 se expresa que existe daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Además, en el art. 1739 se dictamina que para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de posibilidades es indemnizable en la medida que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador. Destacamos la expresión de que *sea razonable* en dicho artículo, de manera tal que la cuota alimentaria como resarcimiento del daño ocasionado hacia el niño, niña o adolescente sea en un plazo no mayor al ejecutado como guardadores del menor. Por otro lado, el artículo 1749 dicta que es responsable de daño el sujeto que incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, el artículo 3 expresa que los *Estados Partes* se comprometen a asegurar al niño, la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

---

[35] García de Solavagione, *Revista de derecho de daños, tomo 2: Daños derivados del proceso de adopción*, 2019, p. 15.

Concluimos que es destacable el avance en el sentido de la obligación de los jueces de escuchar al niño/a y de que éste forme parte del juicio de adopción, además de que se establece claramente la competencia del Juez y el inicio del trámite judicial, las reglas del procedimiento, las cuales tienen como característica fundamental la celeridad y el cumplimiento de la garantía de plazo razonable y los efectos de la sentencia. Sin embargo, la adopción es un largo camino que transitan quienes están dispuestos a ser pacientes, un largo camino para los pretensos adoptantes y para los niños que sean finalmente adoptados. Como es observable, la legislación flexibiliza rigorismos y acota los tiempos haciendo caso a las críticas por la actual dilatación de los procedimientos y la burocratización de los trámites y tomando como principal antecedente el *Caso Fornerón* por el cual la CIDH encontró responsable al Estado por considerar que hubo una violación al plazo razonable en el caso. Con respecto a esto, la Corte sostuvo: "Pese a que el Sr. Fornerón es el padre biológico de la niña —y así lo reconoció ante las autoridades desde poco después de su nacimiento— no ha podido ejercer sus derechos ni cumplir con sus deberes de padre, ni M ha podido disfrutar de los derechos que le corresponden como niña respecto de su familia biológica. Adicionalmente, la ausencia de una decisión y establecimiento de un régimen de visitas ha impedido que padre e hija se conozcan y que se establezca un vínculo entre ambos, ello en los primeros 12 años de vida de la niña, etapa fundamental en su desarrollo. Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales generó afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos del señor Fornerón y de su hija".[36]

Todo lo concluido, entendemos que implica un trabajo mucho más profundo que requiere tanto de un cambio de mirada global del instituto por parte de organismos, jueces, familias, Estado y demás actores del derecho, como de una apertura interpretativa radical, que permita internalizar los postulados preestablecidos a nivel legislativo e ir compatibilizándolos simultáneamente con las necesidades de la vida diaria a fin de que dichos postulados no resulten obsoletos o de imposible aplicación práctica.

5.5 Revocación

Para comprender dicho concepto debemos tener en cuenta ciertas características: una de ellas corresponde a la voluntad, es decir que es requerida mediante la voluntad de las partes, tanto

[36] **Lopes, C., *Algunos problemas de la adopción en Argentina puestos de manifiesto por la Corte Interamericana de derechos humanos*, Revista N° 8, Julio de 2014.**

el adoptante como el adoptado, y además es un acto jurídico que debe ser entre vivos. No se podrá realizar una revocación a la muerte de alguna de las partes.

La Dra. Kemelmajer junto con Marisa Herrera y Nora Lloveras denominan la revocación como "el acto jurídico que deja sin efecto una adopción eficazmente concedida a causa de motivos configurados durante su vigencia y que la ley considera de suficiente justificación".[37]

Los Doctores Rivera y Medina indican que la revocación de la adopción "es un acto jurídico constitutivo y de desplazamiento del estado de familia adoptivo que cesa por razones posteriores a su constitución y que la priva de efectos hacia el futuro".[38] De esta manera, los autores señalan a la revocación como un acto jurídico, en el cual se presentan ciertas causales que admiten la revocación, desplazando del estado de familia a las partes que conforman ese vínculo o relación familiar. Consecuentemente, una vez concedida la revocación, el ejercicio de la responsabilidad parental se restituirá en caso de que el adoptado sea menor de edad, cesan los impedimentos matrimoniales entre las partes, cesan los derechos hereditarios y además cesa la obligación alimentaria entre las partes.

Se mencionaron anteriormente los tipos de adopción. En este caso el Código Civil y Comercial de la Nación señala que la adopción plena es irrevocable fundamentándose principalmente ya que una vez que se dicta sentencia de la filiación adoptiva plena, se extingue o reemplaza los vínculos jurídicos con la familia de origen, además de que el emplazamiento del hijo adoptivo de forma plena lo posicione al igual estatus que otros hijos sin importar su origen de filiación. A diferencia de la adopción simple o de integración que sí se acepta la revocación. En el caso de la adopción simple se encuentra constituido en el artículo 629 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual hace alusión a que hay ciertas causales que hacen revocable la adopción una vez que la sentencia queda firme, el adoptado pierde el apellido de adopción, a excepción de que el adoptado realice la petición al juez de conservar el apellido fundándose en el derecho a la identidad. "El derecho al nombre consagrado en tratados internacionales, que en nuestro país tiene rango constitucional, no puede ser entendido de manera limitada, ósea, exclusivamente ligado a la faz estática asociada al emplazamiento filial".[39]

- Por causales de indignidad por parte del adoptado o adoptante.

---

[37] Kemelmajer de Carlucci, Herrera, M., Lloveras, N., *Tratado de Derecho de Familia. Tomo III*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 671.

[38] Medina, Roveda, *Manual de Derecho de Familia.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 718.

[39] Kemelmajer de Carlucci, Herrera, M., Lloveras, N., *Tratado de Derecho de Familia. Tomo III*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p.675.

- Por pedido justificado del hijo adoptado mayor de edad.
- Acuerdo entre partes mayores de edad manifestado judicialmente.

Con respecto a la adopción de integración de carácter simple o plena el código señala en el artículo 633 que las causales son idénticas a la revocación de adopción simple.
Causales de indignidad: basta la prueba de que al causante le es imputable el hecho lesivo. Estas causales se encuentran estipuladas en el artículo 2281 del Código Civil y Comercial de la Nación;

a) Los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos,
b) cuando se haya maltratado u ofendido su memoria gravemente al causante,
c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado de reclusión o prisión, a excepción si la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente o ascendiente, hermano. Así mismo, si se obró un cumplimiento de un deber legal,
d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida. No afecta a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice,
e) con respecto a los alimentos debidos, si los parientes o el cónyuge no suministraron al causante los alimentos debidos o que no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo,
f) el padre extramatrimonial que no reconoce voluntariamente al causante menor de edad,
g) también teniendo en cuenta los testamentos, en el caso de que al causante lo haya inducido o coartado la voluntad para que otorgue o modifique testamento ya sea falsificando, alterando, sustituyendo u ocultando el mismo,
h) aquellos que provocaron algunas de las causales anteriormente mencionadas se permite revocar las donaciones.

Con respecto a la revocación de la guarda preadoptiva puede ser revocada o modificada si sobrevinieren situaciones que aconsejen esa revocación, que debe ser debidamente fundada. El juez debe fijar cuál es la causal, es decir aquello que motivó al juez a revocar esa guarda, ya que depende el destino o futuro del niño. Una de esas circunstancias se pueden dar debido a la incomparecencia de los guardadores en relación con el niño, niña o adolescente en las entrevistas que se le realizan en el seguimiento. De esta manera, aquellas entrevistas que se

realizan para el desarrollo o comunicación del niño para con sus guardadores son importantes para lograr la adopción.

Capítulo 6: Jurisprudencia y Doctrina

6.1 Jurisprudencia

6.1.1 L.M.A. y Otros/Adopción-Acciones Vinculadas

A los 23 días del mes de abril de 2010 el Juzgado de Menores Nº2 de Corrientes Capital, otorgó la guarda provisoria con fines de adopción de dos niños, un niño de 3 años y a otro de 7 años aproximadamente, a un matrimonio. Los futuros adoptantes retiraron a los niños del hogar Amanda ubicado en la Provincia de Corrientes para llevarlos a vivir con ellos en Buenos Aires. Habiendo sido otorgada la guarda provisoria con fecha 12 de mayo de 2011, la pareja, teniendo ya bajo su cuidado a ambos niños, da inicio al Proceso de Adopción con el objetivo de emplazar en el estado de hijo a ambos menores.

Aquí se trata de una guarda con fines de adopción, en la que los niños estuvieron durante cinco años conviviendo con el matrimonio, debido a que el otorgamiento fue el 23 de abril de 2010 y la sentencia de primera instancia fue el 5 de febrero de 2015. "El juez de grado resolvió tener presente el pedido de desistimiento de la acción y del derecho efectuado por el matrimonio A-B, hasta tanto los niños se encuentren con sus derechos restablecidos en una nueva situación de guarda, desafectando a los guardadores, de los deberes de cuidado y de convivencia. Así mismo, fijó una cuota alimentaria a favor de los niños, proveniente del sueldo de la Sra. A y ordenó al matrimonio mantener la obra social del Poder judicial de Nación a favor de los niños"[40]. A-B deciden apelar a la instancia anterior, solicitando que se revoque íntegramente el resolutorio atacado y manifiestan que al no existir una relación jurídica o vínculo no se puede exigir una obligación alimentaria a favor de los menores. Por otro lado, argumentan que hubo falta de intervención por parte de la Asesoría de Menores, como así también el Servicio Local, quien ha desprotegido a los niños, y no ha fortalecido las relaciones familiares, provocando cierto cansancio moral y desaliento espiritual.

[40] **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I, *L.M.A y Otros s/ADOPCIÓN- ACCIONES VINCULADAS*, p. 1.**

De esta manera se confirma la resolución apelada en cuanto hace lugar al cese de la guarda, al desistimiento de la acción, del derecho y a la obligación alimentaria por parte de la Sra. A, del 30% de su sueldo y además se mantiene la cobertura de una obra social, si no les fuera posible incorporar a los niños en tal entidad, el costo destinado a tal fin deberá estar comprendido dentro del 30% de la obligación alimentaria[41]. Dicha obligación alimentaria cesará al cabo de cinco años o con la guarda otorgada a otra persona.

6.1.2 S., V. M. S/ Materia A Categorizar

"Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo hacer cesar la guarda con fines de adopción y fijar una cuota alimentaria a favor de la niña a cargo de la Sra. A.V.P., por el monto de CUATRO MIL PESOS MENSUALES ($4000), hasta nueva resolución, la que deberá dictarse una vez que otra familia asuma el cuidado material de la adolescente"[42].
La Sra. A.V.P. decide apelar dicho pronunciamiento argumentando que respecto a la guarda pre adoptiva, tal etapa está prevista para exponer por un periodo de tiempo, la aptitud tanto de los futuros adoptantes como la adaptación de los niños. En este caso la convivencia con el adolescente duró un año, debido a que se hicieron todos los intentos posibles de poder consolidar la relación. De esta manera argumenta que no resulta justo que se le obligue a cubrir una cuota alimentaria hasta que otra familia asuma su cuidado, sino que se debería estipular un periodo de tiempo.

Otro de los argumentos establece que no hubo un cese intempestivo de la guarda, debido a que la Sra. A.V.P. habría adelantado la dificultad que existía para afianzar el vínculo, y que por otro lado no encuadra la obligación alimentaria por parte de la misma hacia la menor, ya que no existe vínculo jurídico o relación jurídica entre la niña y guardadora. Más allá de los argumentos presentados por la apelante, se confirma la resolución dada en primera instancia. "Se rechazan los agravios traídos a esta instancia, respecto de la imposición de la cuota alimentaria y su monto, y se hace lugar al agravio del plazo de la obligación. Se imponen las costas de Alzada a la recurrente quien solo deberá asumir los honorarios de su propia letrada, ya que no hay contraparte con quien distribuirla"[43].

6.1.3 A., O. E. S. Vulneración De Derechos

---

[41] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I, *L.M.A y Otros s/ ADOPCIÓN- ACCIONES VINCULADAS*, San Martín, Buenos Aires, p. 14.
[42] Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, *S., V. M. S/ Materia a categorizar*, Buenos Aires, 2016, p. 1.
[43] Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, *S., V. M. S/ Materia a categorizar,* Buenos Aires, 2016, p. ult.

A los 26 días del mes de septiembre de 2012 el matrimonio D.B. – B. se presenta a la institución con el deseo de acceder a la posibilidad de obtener una guarda con fines de adopción con respecto a O. quien había estado institucionalizada desde la fecha 14 de julio de 2005, en aquel entonces la adolescente tenía 4 años de edad.
El 15 de noviembre de 2012 los Sres. D. B. – B se presentan solicitando la guarda judicial "relatando que conocieron a O. en el Hogar, que tienen un lazo afectivo que los une y a fin de brindarle una mayor contención teniendo en la actualidad una autorización para retirarla los días viernes y reintegrarla los domingos"[44].

Se realizan varios informes gracias al Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, en el cual se identifica que el matrimonio tenía firmes deseos de obtener la guarda de O. proyectando para la menor una familia que la contenga y presenciar en sus etapas de crecimiento. Con fecha 25 de febrero de 2015 les otorgan la guarda a los Sres. D.B. – B. Durante los dos años y cinco meses, a pesar de las dificultades presentadas con respecto a la relación entre la adolescente y los ex guardadores, se crea cierto trato familiar o solidaridad familiar, donde el matrimonio la integró con respecto a terceros presentándola como su hija, así como también preocuparse por la salud, educación, ocio y además crear cierto proyecto familiar junto con la menor.

En primera instancia se fija una cuota alimentaria en favor de la niña con la suma de TRES MIL PESOS MENSUALES ($3000) que deberán abonar el matrimonio en un plazo no mayor al plazo que han tenido a O. bajo su guarda, el periodo de 2 años y 5 meses, salvo que sea otorgada en guarda a otra familia, de esta manera la obligación alimentaria se dejará sin efecto. La cuota tendrá carácter retroactivo. Los Sres. D.B. – B deciden interponer recurso de apelación argumentando que por un lado hubo falta de intervención o cierta inacción de los organismos, y que además no existe vínculo jurídico o relación jurídica que encuadre a la figura de progenitor a fin. De igual manera se rechaza la apelación interpuesta por el matrimonio y se confirma la resolución de primera instancia, sin costas de Alzada.

6.2 Doctrina

Para comenzar a analizar los argumentos interpuestos en los casos anteriormente detallados, en los cuales se otorgó a favor de los menores una cuota alimentaria por parte de los ex guardadores, tenemos en cuenta la Convención de Derechos de los niños, niñas y

[44] **Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial. SALA II, *A., O. E. S. Vulneración de Derechos*, Morón, Buenos Aires, 2016, p. 3.**

adolescentes, así como también la Ley 26061- Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

A partir de la Reforma Constitucional de 1994 se produce un cambio fundamental en el orden jurídico argentino, en el cual se encuadran nuevos derechos y garantías. Además, se le otorgó a los Tratados de Derechos Humanos jerarquía constitucional y la supremacía por sobre las leyes. "La convención, a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social y con derecho de expresar libremente sus opiniones"[45].

Es decir que se utiliza para la protección de los primeros años de todo niño, ya que esta etapa es una de las más importantes para el desarrollo de cada ser humano en la vida. En el artículo 3 de la Convención estipula que "todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde a cada Estado parte asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo"[46]. Dicho artículo consagra algunos de los argumentos interpuestos en los casos anteriores, por un lado, el interés superior del niño y por el otro "… u otras personas responsables...".

El interés superior del niño gracias a la Convención se considera una norma fundamental, es decir como uno de los principios generales de la misma, se considera a los niños, niñas y adolescentes sujetos de pleno derecho. No solamente lo encuadra la Convención de los derechos del niño en su artículo 3: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienes social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño", sino también en el artículo 9: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño"*;* y en el artículo 21: "prescribe que los estados partes garantizarán, entre otros, el instituto de la adopción, cuidado que el interés superior del niño sea lo primordial, que esta situación esté determinada por las autoridades competentes y que sea admisible previendo la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales"[47].

---

[45] **Legendr, M., *Convención sobre los Derechos del Niño*, Madrid, Unicef, 2006, p. 6.**
[46] **_____ p. 10.**
[47] **Lora, L., *Discurso jurídico sobre El interés superior del niño*, en Avances de**

Otros instrumentos como por ejemplo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, articulo 5 inc b): "Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos". De esta manera, en cualquier situación de litigio en donde una de las partes sean niños/as o adolescentes, prevalecerá el interés superior de los mismos.

Por otro lado, cada estado parte del Convenio, por medio de una ley introdujo los principios fundamentales, como lo es el interés superior del niño, en su ordenamiento jurídico. En el caso de Argentina, por medio de la Ley Nº 26061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, consagra en el artículo 2: "La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos".

Principalmente se halla dicho principio en el artículo 3, en el cual se estipula el interés superior del niño y que se debe respetar la condición de sujeto de derecho, el derecho a ser oídos como lo menciona el artículo teniendo en cuenta la edad, grado de madurez y su capacidad, también el respeto al pleno desarrollo personal de sus derecho, y además la importancia de su centro de vida, es decir que por centro de vida se entiende que es el lugar donde los niños hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. El artículo además estipula que: "Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustaran al ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios, Ediciones Suarez, Mar del Plata, 2006, p. 1.

La Convención estipula que los niños no serán objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio y que tiene el derecho de la protección de la ley ante estas situaciones.

Por contrario, al argumento señalado por los ex guardadores, en el cual señalan que no existe vínculo jurídico o relación jurídica para con los menores, como así también no encuadra la figura de progenitor a fin, debemos situar dichos conceptos en el ordenamiento jurídico. En todos los casos los matrimonios no alcanzaron ser los padres adoptivos pero si ha existido en diferentes lapsos de tiempos un vínculo socio-afectivo, cierta solidaridad familiar en la cual asumieron una obligación voluntariamente. Y desistir de dicha obligación causa cierto daño a los niños ya que se encontraban en una situación en la cual sus futuros adoptantes, los trataban como sus hijos haciéndolos sentir que formaban parte de su grupo familiar, brindándoles todos los recursos necesarios, no solo materiales sino también cierto cariño y contención. Cita lo sostenido por el Sr. Juez el Dr. Lami quien en su incidencia dicta: "Así mismo, el matrimonio que pretendía la adopción plena se encontraba a la espera del dictado de la sentencia judicial que hiciera que ese vínculo afectivo, se transformara en jurídico (...) Los niños han pasado un tiempo considerable en el seno de esta familia, que es muy difícil que pueda desconocerse la existencia de un vínculo sano, recíproco o estable, de identidad a esta familia, ya que sus "padres" cubrieron sus necesidades afectivas y materiales"[48].

Con respecto a lo citado, se obliga a extender los lazos de afecto con los que puede contar un niño. El Código Civil y Comercial adopta la denominación de padre e hijo *afín*. Si bien como se ha expresado, el parentesco por afinidad se genera tras el matrimonio y las uniones convivenciales no hacen nacer este tipo de lazos jurídicos, se mantiene la noción de *afín* con un sentido más amplio o laxo, más allá de que técnicamente se configure o no un vínculo de parentesco[49]. De esta manera se entiende que aquella persona que convive con el hijo de quien no está unido por un vínculo afectivo, tendría la obligación de cumplir con sus deberes como progenitor afín. En tal efecto se estipula que en caso de haya cambios en la situación del menor en el cual le ocasione un grave daño, la persona que asumió durante la vida común el sustento, puede el juez fijar una cuota alimentaria a favor del niño, niña o adolescente. No se define un plazo sino que queda a consideración del juez pero en el caso del desistimiento de la guarda pre-adoptiva, el plazo que se debería considerar para la imposición de la cuota

---

[48] **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I, *L.M.A y Otros s/ ADOPCIÓN- ACCIONES VINCULADAS,* San Martín, Buenos Aires, P. 6-7.**

[49] **Lorenzetti, *Código Civil y Comercial, comentado,* p. 463**

alimentaria sería el tiempo equivalente total que los guardadores convivían con los menores o hasta que sea otorgada la guarda a otra familia. Así mismo, la Convención sobre los Derechos del niño en los artículos 23, 26 y 27, podrían encuadrar a la figura de los guardadores como "...otras personas que cuidan de él...", "...personas que sean responsables del mantenimiento..." y "...personas encargadas del niño".

Otro de los temas a tratar es lo que abarca el monto de la cuota alimentaria. Como primera regla general lo referido a la satisfacción de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Pero se debe tener en cuenta, la educación y esparcimiento, vestimenta, asistencia y los gastos con respecto a la salud. Durante el tiempo en el cual los niños convivieron con sus "padres", futuros adoptantes, tuvieron la oportunidad de gozar de aquellos derechos, y en tal caso de que cese dicha situación lo deja al menor en un estado de vulnerabilidad. No solo las consecuencias que contrae este tipo de situación con respecto a que un niño que no solamente fue abandonado una vez, sino una segunda vez. Por otro lado, mientras los niños se encuentran al cuidado de los futuros adoptantes, han perdido la posibilidad de ser adoptados por otras familias.

Más allá de todos los argumentos que conllevan a aplicar una cuota alimentaria a favor de los niños, es a voluntad que las parejas deciden comenzar con el proceso de adoptar a un niño, es decir de emplazarlo en el estado de hijo proporcionándole sus necesidades tanto materiales como afectivas.

Capítulo 7: Derecho Comparado

7.1 *Adoption Disruption*

En Estados Unidos el reintegro del niño antes de finalizar la guarda pre-adoptiva tiene su denominación propia, *Adoption Disruption*, cuyo significado es interrupción de la adopción. "La interrupción se refiere a las circunstancias que ocurre cuando se detiene un proceso de adopción después de que el niño es colocado en un hogar adoptivo pero antes de que finalice legalmente"[50].

En la legislación de Estados Unidos también encontramos *Adoption Dissolution*, es decir disolución de la adopción, que a diferencia de la interrupción, acontece cuando una

[50] **Child Welfare Information Gateway, *Discontinuity and Disruption in Adoptions and Guardianships, Numbers and Trends*, 2021. En: Adoption Disruption/Dissolution - Child Welfare Information Gateway**

adopción acaba después de haber sido finalizada legalmente. La mayoría de los estudios que evaluaron las características asociadas con la *disruption* ocurrieron durante las décadas de 1980 y 1990. Se estima que aproximadamente del 10 al 25% de las adopciones se interrumpen antes de finalizar el proceso legalmente. Se tiene en cuenta que algunos de los factores para la interrupción son la edad del niño mayor, la presencia de problemas de comportamiento, la falta de preparación o servicios, la falta de información sobre el niño y las expectativas poco realistas de los padres. Es decir que la adopción no funcionó y el niño debe ser trasladado del cuidado de la familia adoptiva, que generalmente es a pedido de los padres y no hay un límite de tiempo.

Con respecto a la selección de los futuros padres adoptivos, se debe tener en cuenta su preparación. Los posibles adoptantes deberían de contar con la información necesaria para potenciar las posibilidades de que se vuelvan efectivamente los padres del niño en cuestión. La familia debería poder acceder a la mayor cantidad de datos, ya que desde el momento en el que un niño es atendido por protección infantil, toda su información es recabada y compilada para su utilización llegado el caso de una posible adopción. Esta información es, esencialmente, sobre las experiencias, la historia de la familia biológica y las experiencias siguientes. También el historial médico completo, sus evaluaciones, diagnósticos y tratamientos.

7.2 Adopción En Latinoamérica

7.2.1 Brasil

La Constitución Federal de Brasil expresa en su artículo 226 que la familia es la fundación de la sociedad, y gozará de protección especial del Estado. En su articulo 227 dispone que la familia, la sociedad y el gobierno tienen el deber de garantizar a los niños, adolescentes y jóvenes, con absoluta prioridad, los derechos a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el ocio, la formación profesional, la cultura, la dignidad, libertad y armonía familiar y comunitaria, además de salvaguardarlos contra toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión. No solamente se encuentran dichas garantías en la Constitución, sino también forman parte de la Ley de la Niñez y Adolescencia nº 8069. En su artículo 1º manifiesta que esta ley dispone sobre la protección integral al niño y al adolescente. El articulo 5º regula que ningún niño o adolescente será objeto de cualquier forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión, siendo

castigado conforme a la ley cualquier atentado a sus derechos fundamentales, por acción u omisión. "Según la Constitución, el Estado garantizará la asistencia familiar en la persona de cada uno de los que la integran, creando mecanismos para evitar la violencia en el ámbito de sus relaciones. Sin embargo, es hasta la Ley N ° 13.257 del año 2016, que se cristaliza como derecho de los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser criadas/os y educadas/os en el seno de su familia y, excepcionalmente, en una familia sustituta, asegurando la convivencia familiar y comunitaria, en un entorno que garantice su desarrollo integral, de acuerdo con su artículo 190"[51].

Sobre los daños causados es pre-adopciones desistidas, particularme en Brasil, resaltamosñ el siguiente caso: "En el año 2009, el Ministerio Público do Estado de Minas Gerais en Brasil, provocó una solución jurídica, encuadrada en tanto en el ámbito de la responsabilidad civil (una indemnización en dinero) a la que se sumó el pago de una prestación alimentaria hasta los 24 años del niño: Una pareja había pretendido adoptar un niño y lo reintegró pasados los siete meses de la guarda. El niño se refería a pretensos adoptantes como padre, y se constató el daño psicológico (...) El abandono le generó problemas a la niña, pues, como lo demuestran los informes presentados por la fiscal, se pudo percibir que, además del evidente sufrimiento emocional en relación a la decisión de regresar al albergue, la niña aparece perdida y confundida, especialmente en cuanto a su identidad..."[52]

Para aquellos niños que esperan ser adoptados el daño psicológico causado quedará para todo su desarrollo de vida. En sus primeros años de vida, el niño o niña no es consciente de todo el proceso detrás de formar parte de una familia, de lograr confiar en aquellas personas que anhelan adoptarlo.

7.2.2 Colombia

En la Constitución Política de Colombia expresa en el articulo 5, que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara la familia como institución básica de la sociedad. Además en el artículo 42 hace referencia a que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, ya sea constituido por vínculos naturales o jurídicos, también dicta que el Estado y la sociedad deben garantizar la protección integral de la familia.

---

[51] Anónimo, *Observatorio Regional Derecho de Vivir en Familia,* Brasil, 2022, p. 1.
[52] Basset, U., *Cese intempestivo de la guarda preadoptiva: ¿Responsabilidad civil o alimentos?*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 2016.

Con respecto a los derechos fundamentales de los niño, se hace mención al derecho a la vida, a la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión en su opinión, menciona que serán los niños protegidos contra toda forma de abandono y finalmente manifiesta que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En Colombia, la Ley nº 1098 es la Ley para la infancia y la adolescencia teniendo como finalidad garantizar a los niños, niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia. Dentro de la dicha ley se hace mención al interés superior del niño en el artículo 7 y artículo 8. A continuación revisaremos algunos extractos relevantes para el análisis: "La normatividad colombiana consagra el derecho de los alimentos con categoría superior, como parte integrante del desarrollo integral de los seres humanos (...) Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social. No es posible renunciar al derecho de pedir alimentos, ya que es un derecho irrenunciable, intransferible por causa de muerte. No puede venderse ni cederse en modo alguno el derecho de pedir alimentos"[53].

7.2.3 Ecuador

En la Constitución de la República del Ecuador, se detalla en el artículo 44 que tanto el Estado como la sociedad y la familia, promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y además deben asegurar el pleno ejercicio de sus derechos, teniendo en cuenta el interés superior y siempre prevaleciendo por encima de los demás sus derechos. El artículo 45 expresa que las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad y que el estado debe garantizar la vida, el cuidado y protección desde la concepción. Además se menciona que tienen el derecho a tener una familia y a disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria. En Ecuador, de acuerdo con el Código de la Niñez y Adolescencia que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes la protección integral para lograr su desarrollo y disfrute pleno de sus derechos conforme al interés superior del niño mencionado en el artículo 11.

---

[53] **Dr Hurtado Jaramillo, *Regulación del cuidado, la asistencia familiar y las obligaciones alimentarias a favor de menores,* presentado a la Secretaria General de las Naciones Unidas, Colombia.**

Debemos tener en cuenta que en los países mencionados anteriormente se hace hincapié en que todo niño, niña o adolescente debe tener la protección del Estado, la sociedad y la familia para lograr un pleno disfrute y desarrollo de sus derechos, y que sus derechos prevalecen por encima de los demás.

Conclusión

Para plantear la siguiente sección, se necesita abordar de manera ordenada cada uno de los capítulos tratados. Primordialmente se realiza la selección tanto de información como estadísticas para lograr el interés en la temática planteada. De esta manera se desarrolla la figura de la adopción dada por nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, así como también la evolución o progreso que tuvo la adopción a partir del año 1948. Con respecto a la evolución se obliga a extender el concepto familia, es decir que se extiende aquellos lazos afectivos con los que puede contar un NNoA haciendo mención de la importancia del concepto p*rogenitor afín.*

A lo largo de los años la evolución de la adopción creó nuevos fines y objetivos, de manera tal que se destaca la importan de el interés superior del NNoA, el derecho a ser oído, y la relevancia o ventaja que tienen los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes por sobre los adultos. Es destacable el avance en el sentido de la obligación de los jueces de escuchar al niño/a y de que este forme parte del juicio de adopción, además de que se establece claramente la competencia del Juez y el inicio del trámite judicial. Sin embargo, la adopción es un largo camino que transitan quienes estén dispuestos a ser pacientes, un largo camino para los pretensos adoptantes y para los niños que sean finalmente adoptados. A pesar de todo, implica un trabajo mucho más profundo que requiere tanto un cambio de mirada global del instituto por parte de organismos, jueces, familias, Estado y demás actores, que permita internalizar los postulados preestablecidos a nivel legislativo e ir compatibilizándolos simultáneamente con las necesidades de la vida diaria a fin de que dichos postulados no resulten obsoletos o de imposible aplicación práctica.

Destacamos la importancia que brinda la Convención sobre los Derechos de los niños considerando a aquel interés superior mencionado anteriormente como una norma fundamental y conceptuar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de pleno derecho. Esto es considerable a partir de la Reforma Constitucional de 1994 otorgando jerarquía constitucional a los tratados internacionales y convenciones estipulados en el artículo 75º

inciso 22. Asimismo, entendemos como gran avance la Ley 26061 Protección Integral de los Derechos de NNoA ya que anteriormente se encontraba la Ley Patronato que consideraba como objeto de tutela adulta y estatal a los niños, niñas y adolescentes, de esta forma, y en concordancia con la Constitucional Nacional y los diversos tratados internacionales, dicha ley considera a los NNoA como sujetos de derechos, quienes tanto el Estado, como la sociedad y las familias deben asegurarles esos derechos y garantías para lograr su pleno desarrollo. Esta modificación sirve principalmente para promover, prevenir, asistir, resguardar y proteger aquellos derechos.

Consiguientemente abordamos el desarrollo de datos estadísticos presentados por DNRUA que nos hacen reflexionar sobre varios temas. Por un lado, el fuerte impacto de la pandemia, que generó que en fecha a marzo de 2022 disminuyeran la cantidad de legajos por solicitantes. En el año 2019 había un total de 4580 legajos, en 2020 hubo 3133, en 2021 hubo 2620 y hasta marzo de 2022 hay 2571 legajos por solicitante. Esto quiere decir que durante la pandemia hubo cierta disminución en las solicitudes por parte de personas adoptantes, generando así cierta incertidumbre a aquellos NNoA que deseaban ser adoptados. Según las estadísticas, hasta marzo de este año, lograría finalmente volver a aquellos números que se establecían en el año 2019. No solamente se generaron cambios en la cantidad de legajos solicitados, sino que también se ve una brecha menor entre la solicitud de un solo solicitante y dos, tal es así que en el año 2019 solo 22% era legajos de un solicitante y hasta marzo de 2022 el 24,35% corresponde a uno. Esto quiere decir que, el concepto familia no está conformado únicamente por dos personas sino que una sola persona puede tener la oportunidad de adoptar a NNoA. Con respecto a la cantidad de NNoA que aceptan, según los porcentajes hubo un decrecimiento en aquellos legajos que aceptan dos o más. En el año 2019 se registró un 55% en aquellas adopciones disponibles que aceptaban dos o más y en el año 2022 se registra un 45,86%.

Uno de los temas anteriormente mencionados en este trabajo es que aquellas personas que desean adoptar, prefieren la adopción de niños de corta edad, esto sucede a que puede llegar a ser más probable la adaptación con un niño de un año, que adaptar a un adolescente, que haya pasado por varias situaciones desfavorables y que sea mayor la dificultad para su desarrollo en una nueva familia. En caso hipotético de que un niño de 12 años pudo haber pasado por varias familias de guarda, crea cierto daño psicológico o desconfianza que dificulta el desenvolvimiento con nuevas familias que anhelan adoptarlo. De esta forma, estos

datos demuestran que aproximadamente el 2% prefiere adoptar adolescentes pero los datos especifican que aumentó levemente la cantidad de legajos que aceptan a niños a partir de 12 hasta 15 años. No solo corresponde a mencionar la edad de los NNoA sino también a aquellos legajos que aceptan cuatro o más NNoA a la ahora de adoptar. Estos casos ocurren cuando son hermanos y se evita separarlos. De esta forma, en el año 2019 se registraron ocho legajos que aceptaban a cuatro o más niños, mientras que en el año 2022 solamente un legajo. Y finalmente mencionar que los solicitantes prefieren la adopción de aquellos NNoA que no padecen alguna discapacidad o enfermedad.

Realizamos comparaciones legislativas en materia de familia con Brasil, Colombia y Ecuador detallando en sus Constituciones la importancia, primacía de los derechos y garantías de los NNoA. Y que el Estado es quien debe garantizar la asistencia familiar en la persona de cada uno de los que la integran, ya que la familia es la fundación de la sociedad. Además realizamos la mención de la figura establecida en Estados Unidos denominada *Adoption Disruption*.

Finalmente la hipótesis presentada: *La viabilidad de un resarcimiento frente a la retractación durante la guarda con fines de adopción o revocación de la adopción simple basados en el vínculo de socioafectividad que generaron los pretensos adoptantes*; desde mi punto de vista es necesario la viabilidad de un resarcimiento frente al arrepentimiento o revocación durante el proceso de la adopción.

Podemos confirmar luego del desarrollo de diversas legislaciones y jurisprudencia tratada que se debe tener en cuenta el interés superior del niño, más allá de los intereses de los adultos. Primordialmente se tiene en cuenta la importancia de los derechos y garantías de los NNoA: a vivir en familia, a educarse, a jugar, a su identidad, a su intimidad, a acceder a la salud, a la protección ante la violencia, a expresar su opinión. Esto quiere decir que ante cualquier situación en donde una de las partes sean niños e ir en contra de alguno de esos derechos mencionados, será el interés del niño que prevalecerá por encima de la otra parte. Por contrario expresar que no existe vínculo jurídico o relación jurídica entre los menores y futuros adoptantes, es inaceptable, ya que a pesar de que no se alcanza a la adopción propiamente dicha, se crean vínculos socio afectivos, es decir cierta solidaridad familiar durante un lapso determinado de tiempo, en el cual se asume por parte de los futuros adoptantes una obligación voluntaria, y por el lado de los NNoA cierta expectativa de formar

parte de una familia así como también cierta pérdida de posibilidades de crear vínculos con otras personas, mas allá del daño psicológico ocasionado.