**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Berazategui

# "ADOPCIÓN UNIPERSONAL POST MORTEM"

Tutora: Dra. Adriana del Carmen Guglielmino.

Alumna: Elizabeth D'elia.

Título a obtener: Abogada.

Teléfono: 011 6542 5546

E-mail: elizabethgdelia@gmail.com

Buenos Aires, febrero 2021.

# ÍNDICE

**SOLICITUD DE TUTORÍA PARA TESIS** 5

**ACEPTACIÓN DE TUTORÍA** 6

**RESERVA DE TEMA DE TRABAJO FINAL** 7

**PROYECTO DE TRABAJO FINAL** 8

Método 8

Área Temática 8

Resumen 8

Preguntas Problema 8

Hipótesis 8

Problema Jurídico Relevante 9

**Introducción.** 10

**EVOLUCIÓN HISTÓRICA, SOCIAL Y CULTURAL DE LA FAMILIA Y LA ADOPCIÓN.** 11

**FAMILIA Y ADOPCIÓN: CONCEPTUALIZACIÓN.** 16

Principios Generales 19

Adopción unipersonal 20

**LEGISLACIÓN ARGENTINA. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA ADOPCIÓN** 21

Código Civil de Vélez Sársfield 21

Ley 13.252/1948 21

Ley 19.134/1971 22

Régimen de Adopción Modificatorio del Código Civil 22

Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos 23

Código Civil y Comercial de la Nación 23

**JURISPRUDENCIA ARGENTINA** 25

Caso I: "M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos". Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fecha: 26/09/2012. 25

Caso II: "L. M. S. S/ ADOPCIÓN (MENOR: G. B. C.) – Expte. MEX 9420/17 – Juzgado de Menores de Corrientes num. III. 5-ago-2020 29

**DERECHO COMPARADO 35**

Ecuador 35

Colombia 37

España 39

**PLANTEO JURÍDICO DEL PROBLEMA. NECESIDAD DE REGULACIÓN 42**

El Código Civil y Comercial 43

Propuesta 46

Conclusión 48

**GLOSARIO Y ABREVIATURAS 50**

**BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES 50**

**ANEXO I 55**

**ANEXO II 69**

**ANEXO III 103**

**ANEXO V 105**

**ANEXO VI 106**

**ANEXO VII 107**

**NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS 120**

***Agradecimientos:***

*A Dios.*

*A mis padres, Samuel y Silvia, quienes me instruyeron con buenos valores para llegar a ser quien soy hoy, me dieron lo mejor de ellos y me apoyaron incondicionalmente en cada paso de mi vida y de esta carrera.*

*A mi tutora, la Dra. Adriana Guglielmino, por ser un ejemplo de excelencia como profesional y como docente, quien me guio en la redacción de este trabajo.*

*A aquellos compañeros, ahora colegas, con quienes compartí momentos inolvidables, que hicieron este camino mucho más grato y especial.*

*A los profesores apasionados por la enseñanza, que me enseñaron mucho más que leyes.*

*A la Universidad Abierta Interamericana, lugar que se convirtió en mi segunda casa, donde pude crecer a nivel personal y académico.*

*A todos los que de una manera u otra me alentaron a no rendirme y perseguir mis sueños, para hoy llegar a ser Abogada.*

***"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana".***

*Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia.*

**SOLICITUD DE TUTORÍA PARA TESIS**

Buenos Aires, 9 de septiembre de 2020.

Estimada Dra. Adriana del Carmen Guglielmino:

Me dirijo a usted por medio de la presente a fin de solicitarle su ayuda como tutora para la confección de mi trabajo final. El título del mismo será: "Adopción Unipersonal Post Mortem".

Asimismo, declaro conocer expresamente los recaudos dispuestos por el Resolución C.S. N° 5379/19 U.A.I. para la confección de trabajos finales, y asumo la responsabilidad de desempeñar el desarrollo del presente trabajo de investigación conforme las pautas metodológicas dispuestas por mi tutor siendo las mismas de tipo orientativas; como así también bajo la experticia adquirida como alumna en el marco de las materias dictadas por la Universidad Abierta Interamericana.

Declaro bajo juramento que el trabajo de investigación a confeccionar resultará pura y exclusivamente obra intelectual de quien suscribe, asumiendo la responsabilidad civil y/o penal de la autoría intelectual de la obra a desarrollar, liberando a la Dra. Adriana del Carmen Guglielmino de cualquier consecuencia jurídica devenida del presente trabajo.

Saludos cordiales.

Elizabeth D'elia.

D.N.I.: 40.903.389

Legajo 5555.

# ACEPTACIÓN DE TUTORÍA

Buenos Aires, 10 de septiembre de 2020.

Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana

Dr. Marcos Córdoba.

S _____ / _____ D

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico al Sr. Decano que tengo el agrado de aceptar desempeñarme como tutora del Trabajo Final de la alumna Elizabeth D'elia. -

Toda vez que 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 civil y/o penal por la presente obra.

Declaro conocer la reglamentación e instructivos vigentes.

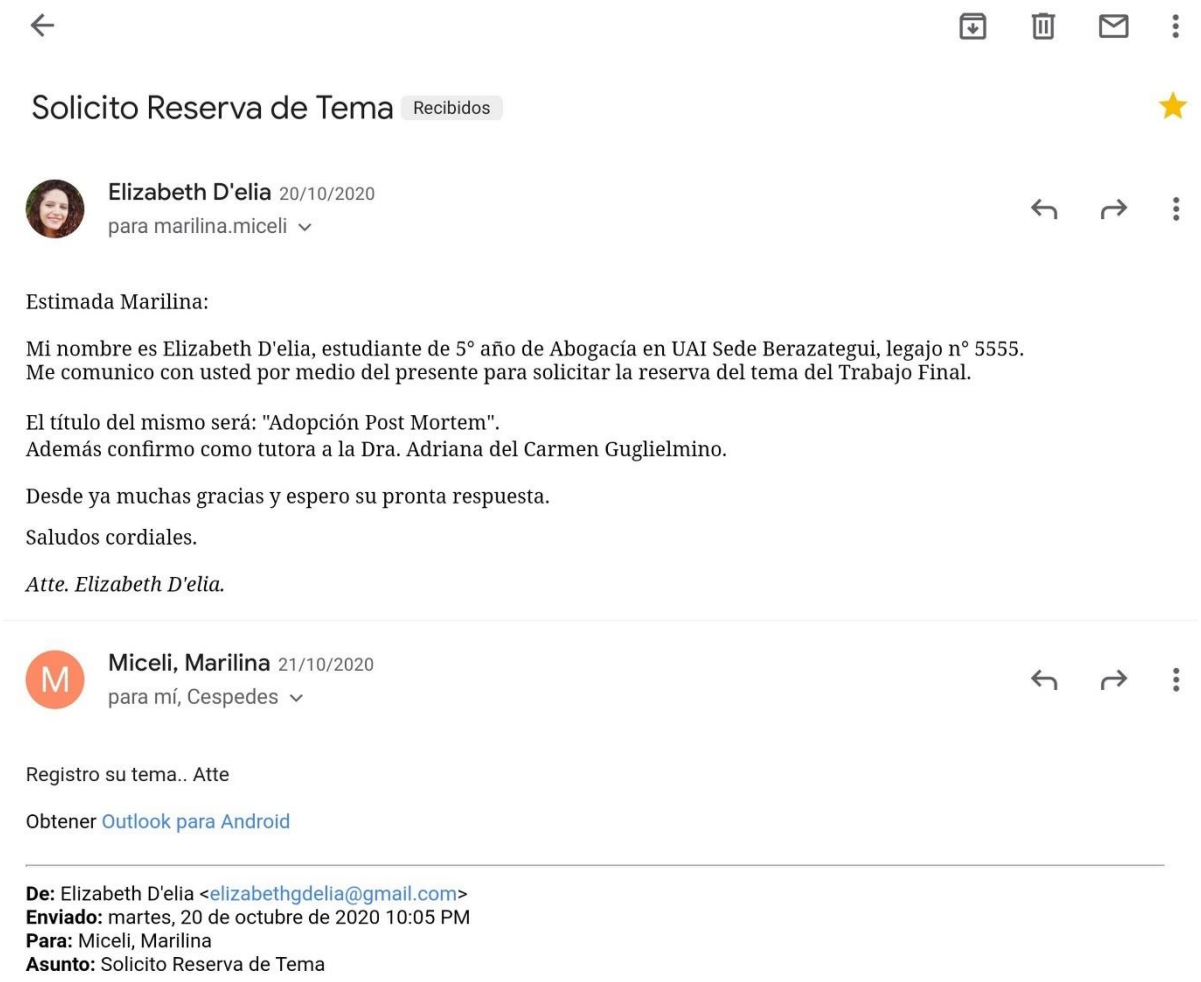
Atte.

Dra. Adriana del Carmen Guglielmino.

Av. Olazábal 5214 – Piso 4 of. 27.

adguglielmino@hotmail.com

# RESERVA DE TEMA DE TRABAJO FINAL



Solicito Reserva de Tema Recibidos

**Elizabeth D'elia** 20/10/2020
para marilina.miceli

Estimada Marilina:

Mi nombre es Elizabeth D'elia, estudiante de 5° año de Abogacía en UAI Sede Berazategui, legajo n° 5555.
Me comunico con usted por medio del presente para solicitar la reserva del tema del Trabajo Final.

El título del mismo será: "Adopción Post Mortem".
Además confirmo como tutora a la Dra. Adriana del Carmen Guglielmino.

Desde ya muchas gracias y espero su pronta respuesta.

Saludos cordiales.

*Atte. Elizabeth D'elia.*

**Miceli, Marilina** 21/10/2020
para mí, Cespedes

Registro su tema.. Atte

Obtener Outlook para Android

---

**De:** Elizabeth D'elia <elizabethgdelia@gmail.com>
**Enviado:** martes, 20 de octubre de 2020 10:05 PM
**Para:** Miceli, Marilina
**Asunto:** Solicito Reserva de Tema

# PROYECTO DE TRABAJO FINAL

## Método

Cualitativo, deductivo.

Perspectiva descriptiva, estructuralista.

## Área Temática

Derecho de Familia. Derecho Constitucional.

## Resumen

Origen y contexto histórico y normativo de la figura de adopción. Análisis de jurisprudencia argentina inédita en torno a la Adopción Unipersonal Post Mortem, fundados en la preeminencia del derecho a la identidad, el interés superior de la persona menor de edad y los vínculos socioafectivos. Vacío normativo. La importancia y necesidad de su regulación.

Adopción Port Mortem. Adopción Unipersonal. Vacío Normativo. Interés superior del niño.

## Preguntas Problema

¿Cómo fue transformándose la familia como institución a lo largo del tiempo y cómo repercutió esto en la adopción?

¿Qué es la figura de la Adopción Post Mortem?

¿Cuáles son los factores que hacen a la adopción post mortem unipersonal?

¿Se encuentra regulada en nuestro sistema normativo?

¿Cómo fueron resueltos los casos jurisprudenciales presentados en torno a este instituto?

¿Cuál es el fundamento esencial de esta figura y que busca proteger?

¿Cuál sería la solución a la solución al vacío legal?

## Hipótesis

La regulación normativa de la adopción post mortem es necesaria debido a que es una situación que hoy en día puede generarse, en un contexto de "familia" como una institución dinámica que se encuentra en constante evolución y transformación.

Actualmente, el vacío normativo en el Código Civil y Comercial deja desprotegido al menor y su derecho a la identidad e interés superior, siendo que el derecho debe adaptarse y dar solución a las circunstancias que la realidad le presenta. Por esta razón es imprescindible la modificación de la normativa vigente de manera que se contemple esta variante del instituto de adopción.

## Problema Jurídico Relevante

La familia es una institución que forma parte de la base fundamental de la sociedad, y como tal, el derecho debe ocuparse de regular y proteger las relaciones que los diferentes vínculos de parentesco generan.

Prácticamente desde sus orígenes, el derecho contempló el instituto de la adopción, acompañando su evolución a lo largo de la historia. Hoy en día, nos encontramos con un instituto ampliamente regulado por nuestro Código Civil y Comercial en muchos aspectos, empero no se contempla una situación en particular. La adopción unilateral post mortem no se encuentra regulada, por lo que en casos como este el niño, niña o adolescente quedaría en situación de desamparo, caso que la misma figura de adopción pretende evitar.

El desarrollo de este trabajo apunta a realizar una propuesta de regulación normativa de la adopción unilateral post mortem, mediante una modificación del Código Civil y Comercial, con fundamento en el interés superior del niño y el derecho a la identidad del mismo.

# "ADOPCIÓN POST MORTEM Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO"

## Introducción.

El ser humano se encuentra profundamente marcado por aquellas vivencias surgidas en su círculo familiar. Todos los sucesos que experimenta a lo largo de su existencia lo marcan para siempre, sobre todo aquellos ocurridos durante los primeros años de vida. Por ello, los niños merecen especial protección por parte del Estado, el cual a través de las normas positivas vela por la seguridad y la integridad de los mismos en todas las áreas. Podemos afirmar que la niñez forma parte del sector más vulnerable de la sociedad, ya que depende de alguien que los proteja y los ayude a desarrollarse para convertirse en personas adultas independientes y autónomas. Este rol es esencialmente cumplido por los padres, pero si ellos se viesen imposibilitados o no se encontrasen en condiciones de hacerlo debido a alguna circunstancia, el niño se encuentra desamparado. La figura de la adopción existe hoy en día para suplir esta eventual falencia, para garantizarles a estos menores la contención que solo puede brindar un hogar y una familia.

En el presente trabajo analizaremos la novedosa "Adopción Unipersonal Post Mortem", una variación de la figura surgida en fallos jurisprudenciales de los últimos años. Para ello, haremos una breve reseña histórica y conceptual del instituto de la familia y la adopción, observando especialmente las sentencias inéditas de los Tribunales de Justicia de nuestro país con sus respectivos fundamentos.

De esta forma, evidenciaremos el actual vacío normativo y la necesidad de regulación de esta figura, teniendo en cuenta siempre y de forma prioritaria el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

## Capítulo 1:

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA, SOCIAL Y CULTURAL DE LA FAMILIA Y LA ADOPCIÓN.

Desde los inicios de la humanidad, podemos observar la relevancia de la figura familiar tanto a nivel general –histórico, social y cultural– como a nivel individual de cada ser humano. Los vínculos afectivos que se forjan dentro de un hogar definen de por vida a las personas, ya que en el mismo cada niño desde su temprana edad busca no solo la satisfacción de las necesidades materiales –como la alimentación, el vestido y la vivienda– sino también de las afectivas: que les brinden la protección, contención y apoyo, fundamentales para un crecimiento y desarrollo sano.

La familia es el núcleo básico de toda sociedad que moldea a los ciudadanos, y como toda estructura social, no se mantuvo estática e inmutable a través del tiempo, fue atravesando diversos cambios, cuya evolución desarrollaremos en este capítulo. Estos cambios en la forma de vivir las relaciones familiares y en cuanto a su estructura comprenden una transformación paulatina y completa en relación a su conceptualización, caracterización, tipos existentes y las concepciones ideológicas y sociales.

Definir el instituto "familia" resulta una tarea muy compleja, dado lo expuesto anteriormente, ya que esta fue evolucionando junto con el ser humano y se fue adaptando a las distintas realidades sociales. El origen etimológico del vocablo deriva del latín *famul*, que significa siervo o conjunto de esclavos pertenecientes al mismo dueño.

Este grupo social es de existencia natural, independiente y anterior a cualquier orden jurídico, ya que no surgió de una norma, sino que fue constituido originalmente en las tribus o clanes primitivos que, hace miles de años y previo a cualquier idea de Estado o Derecho, se fueron agrupando en pueblos de cazadores y agricultores. La motivación principal de la misma era simplemente la necesidad de supervivencia, protección y conservación de la especie; donde hombre y mujer se unían a través de vínculos transitorios e inestables. La familia estaba en general compuesta por el hombre, la mujer y sus hijos en especial cuando estos llevaban un estilo de vida nómada y se encontraban en constante movimiento. En este caso, se consagraba un "matriarcado" en el sentido que la mujer era quien desempeñaba el rol familiar más importante, mientras que el del hombre revestía un carácter accidental y transitorio. Los lazos fraternos solían ser más relevantes que aquellos entre marido y mujer al punto que, en ciertos casos, a la mujer no le importaba quien era el padre de su hijo, ya que ella misma seguía ligada a su propia

familia. El hombre por su lado también vivía con su familia, y sólo visitaba a la mujer esporádicamente con el único fin procreacional. En este sentido, hasta la herencia se transmitía por línea femenina[1]. El surgimiento y la expansión de la agricultura produjo el asentamiento de las tribus y, por ende, también su aumento en tamaño, extendiéndose a más cantidad de parientes, siempre pretendiendo tener un antepasado común, el cual podía ser una persona o bien provenir de la naturaleza, tal como se ve reflejado en la cultura maya, inca o egipcia.

Ahora bien, cuando la economía primitiva fue reemplazada por otra más compleja, el hombre comenzó a apoderarse de todas las formas de trabajo remunerado y, sintiéndose dueño de la situación, se convirtió en el señor de su grupo, plantando firmemente los cimientos de la familia patriarcal[2]. Este cambio rotundo derivó en consecuencias como la transmisión de la herencia por vía masculina y la exigencia de fidelidad absoluta por parte de la mujer hacia su marido. Este último punto en particular fue determinante en la historia de la mujer, ya que por siglos vivió a la sombra de su esposo tanto personal como legalmente, hasta recién en las últimas décadas que se generó un cambio, colocándolas en un plano de igualdad de manera paulatina.

Aristóteles (384 – 322 a.C.), afirmaba que la familia era la base de la polis griega, y que quien fuere la cabeza de la misma debía aprender a gobernarla en tres esferas diferentes: según la relación amo-esclavo, la relación marido-esposa y padres-hijos. En aquel entonces, la familia se encontraba unida por el principio de la religión doméstica, que se manifestaba a partir del culto a los antepasados; el amor no era el que le daba el origen ya que, por ejemplo, aunque el padre hubiese amado mucho a su hija, jamás hubiese podido legarle sus bienes, ya que la ley sucesoria se lo prohibía. Este culto a los antepasados se veía reflejado desde el momento de la unión en matrimonio del hombre y la mujer, donde los dioses del marido pasaban a ser los dioses de la esposa, mediante una ceremonia sagrada[3]. En este mismo sentido, los hijos eran una manera de asegurar la prolongación de la religión que profesaban.

Sabemos que una de las mayores influencias en nuestro derecho proviene de la antigua Roma, y en este caso no es la excepción. Ya en un contexto de Estado, nos encontramos con la tradicional familia monogámica y patriarcal, donde el Pater Familiae

[1] Enciclopedia Jurídica Omeba. Bibliográfica Omeba, 1954. OMEBAf03. p. 78.
[2] Ibidem. p. 79.
[3] CRUZ CRUZ, J. "Familia, Trabajo y Política en Aristóteles". Madrid, España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1989. p. 22.

era el único miembro de la familia que poseía derechos ante la ley. Además, no solo era el único administrador del patrimonio familiar, sino que era el magistrado que dirimía los conflictos entre parientes, con el poder de la vida y la muerte respecto a su esposa e hijos, incluso con la facultad de venderlos como esclavos si así lo considerase; y también cumplía el rol de sacerdote del culto doméstico. Se puede decir que la familia romana consagraba una unidad religiosa, política y económica, que en principio era independiente del Estado, sin perjuicio de que más tarde fue absorbida por este. Así, las leyes positivas comenzaron a regular las relaciones familiares de manera progresiva, y en aquel entonces suavizaron el poder del Pater. A pesar de lo estricto y estructurado que puede percibirse este modelo familiar, solía existir gran afecto entre los miembros de la familia romana.

En la Edad Media, la familia se caracterizó por constituir un círculo económico cerrado que se autoabastecía, labrando la tierra, produciendo su alimento y vestimenta. Los grupos de artesanos y agricultores desarrollaban su vida de manera armónica y pacífica, donde el padre trabajaba, la madre gobernaba el hogar y los hijos continuaban el oficio de su padre, conocimiento que se transmitía por generaciones y que, junto con las herramientas necesarias para realizar estas tareas, conformaban la única herencia que estos dejaban. Por otro lado, en la esfera socioeconómica alta, se encontraban los señores feudales, que seguían el principio de la primogenitura, dejando en posición de desventaja a hijos menores e hijas mujeres.

Con la difusión del cristianismo, el poder extremo y arbitrario del Pater se fue suavizando, el cual pasó de ser alguien que se imponía a ser un guía espiritual para su familia. La esclavitud fue abolida, se le dio a la mujer una postura de mayor dignidad y libertad, y la patria potestad de los hijos se fue moderando, tendiendo a ser un conjunto de derechos y deberes respecto de los hijos, y ya no una figura de sometimiento.

La idea de que la familia es un pilar fundamental de la sociedad no se ha quedado ahí, más bien se ha expandido hasta nuestros días. Podemos verlo plasmado en el texto de nuestra Constitución Nacional art. 14 bis, que consagra la protección integral de la familia, así como también se encuentra en los tratados internacionales con jerarquía constitucional consagrados en el art. 75 in. 22. Actualmente, podemos afirmar que las funciones familiares se centran en la solidaridad entre sus miembros, la crianza y educación de los hijos y fundamentalmente el desarrollo afectivo a través del amor.

Para brindar un acercamiento a la percepción moderna del término, es oportuno citar a Medina y Roveda, quienes resumen muy acertadamente que "la familia actual es

principalmente convivencia orientada por el principio de solidaridad en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos; en tal sentido familia es la comunidad de vida material y afectiva que permiten la subsistencia, y desarrollo de los miembros del grupo familiar, así como el intercambio solidario del fruto de esas actividades y de la mutua compañía y apoyo moral y afectivo, procurando la mejor forma posible de alcanzar el desarrollo personal, la autodeterminación y la felicidad para cada uno"[4]. Sin embargo, a virtud de verdad, no hay una sola percepción de lo que es la familia en sí, ya que hay modelos muy variados de la misma, cuyas funciones también son distintas, que me enfocaré en desarrollar más adelante.

Lo que nos concierne de manera particular, y centrándonos en el tema principal de este trabajo, es cómo se fue transformando la figura de la adopción hasta llegar a lo que es hoy en día. Como primer antecedente, debemos contemplar a Roma, que receptó la figura primero de manera práctica, con la finalidad ya expuesta anteriormente de perpetuar el culto a los antepasados; aunque también podríamos mencionar a Moisés para tomar dimensión de la antigüedad de la figura, quien siendo hebreo fue prohijado por la hija del Faraón de Egipto[5]. En el siglo VI, la figura tomó relevancia y forma ya que se encontraba contemplada en el Código de Justiniano, el cual legislaba la adoptio plena (donde el adoptante era un ascendiente que se encontraba en ejercicio de la patria potestad, que incorporaba al adoptado a la familia) y la adoptio minus plena (en este caso el adoptante podía ser un extraño, y el adoptado le correspondían derechos sucesorios ab intestato del adoptante y parientes directos, aunque no quedaba sometido a la patria potestad). Estas dos formas de adopción tenían como fin no dejar al Pater sin heredero varón en caso de que no tuviese hijos o se encontrare imposibilitado de tenerlos de manera natural, y así asegurar la sucesión jurídica, política y religiosa mediante el culto familiar, siendo el sujeto principal el adoptante y no el adoptado[6]. Este instituto fue incluso utilizado por algunos emperadores para establecer la sucesión al trono, como fue el caso del Justino quien adopta a su sobrino Justiniano para que lo suceda como emperador del Imperio Romano de Oriente.

[4] MEDINA, G. – ROVEDA, E. "Derecho de Familia" Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2016. p. 4.
[5] La Biblia. Libro de Éxodo. Versión Reina Valera. Revisión 1960. Capítulo 2, Versículo 10.
[6] VAZQUEZ, H. "*La Adopción en Roma (un acto esencialmente político-religioso)*". Jurisprudencia Argentina n° 6107, 1998. p. 2-5.

En los dos casos anteriores, la adoptio se otorgaba cuando el adoptado no era jefe de su propia familia. Por el contrario, la adrogatio era una figura que le permitía a un pater mayor de 60 años incorporar a su familia a otro y con él a los familiares de este último.

El antiguo derecho español de la época medieval tomó como base el derecho justinianeo, y permitió la adopción de cualquier varón o mujer capaz por parte de un varón que no poseyera descendientes legítimos[7]. Por su parte, el derecho francés contempló una circunstancia innovadora en algunos de los diversos proyectos presentados en la Asamblea Nacional como consecuencia de la Revolución: la adopción de menores de edad. Pero esta fue una opinión minoritaria, y el Código de 1804 terminó por limitar la adopción solo a mayores de edad, quienes debían prestar su consentimiento, conservando la tradición romana.

Tanto en Italia como en Francia, el instituto cayó en desuso hasta la Primera Guerra Mundial, donde a causa de las muertes que tuvieron lugar en aquel entonces muchas familias quedaron destruidas, dejando gran cantidad de niños huérfanos o abandonados. Entonces, se dictaron leyes en los años 1919 y 1923 respectivamente que finalmente permitieron la adopción de menores de edad.

En lo que respecta al derecho argentino, será desarrollado oportunamente en el capítulo correspondiente a legislación al cual nos remitimos.

El derecho acogió esta figura desde sus inicios en Roma, de vital influencia para nuestro sistema normativo, hasta las leyes vigentes hoy en día. Esta influencia puede verse, por ejemplo, en algunos de los requisitos para la realización de la adopción, que han trascendido hasta nuestros días, como lo es la diferencia de 18 años de edad entre adoptante y adoptado, y la previa aprobación de las cuentas de la tutela para que se pueda adoptar. Estas leyes fueron acompañando la evolución de la familia, adaptando el ordenamiento jurídico a los diversos cambios ideológicos y estructurales, en busca del bienestar y la protección de los derechos de cada uno de los ciudadanos. Es por ello que, sujetándonos al constante cambio en materia de derecho de familia, hay circunstancias que son necesario regular, como lo es la que procederemos a plantear en el presente trabajo.

[7] Ley 1, Título XXII, Libro IV, Fuero Real.

## Capítulo 2:

## FAMILIA Y ADOPCIÓN: CONCEPTUALIZACIÓN.

Jurídicamente hablando, podemos definir a la familia en un sentido amplio o bien restringido. Familia en sentido amplio es la "institución formada por el conjunto de personas entre las cuales existen vínculos emergentes del matrimonio, la unión convivencial y el parentesco, que tiende a procurar a sus miembros su desarrollo personal"[8]. En sentido restringido, el concepto varía según quiénes y con qué fin lo apliquen, por ejemplo, el Código Civil y Comercial establece en el artículo 48 que los legitimados para ejercer la acción de prodigalidad corresponde solamente al cónyuge, conviviente, ascendientes y descendientes, tomando solo a estos como familia, mas no al resto de los parientes.

Como ya mencionamos, los tipos de familia existentes hoy en día son muy variados, en un intento por individualizarlas, podemos realizar la siguiente clasificación según diferentes criterios:

- Orientación sexual de sus miembros: las familias heterosexuales, en principio, pueden concebir entre sí, mientras que las homosexuales no pueden hacerlo sin la intervención de un tercero.
- Origen del vínculo de la pareja: en la familia matrimonial el cónyuge tiene derechos sucesorios, mientras que en la extramatrimonial no los tiene.
- Origen del vínculo de los miembros: la familia personal es aquella que deriva del parentesco de sangre o bien de TRHA, otorgando derechos sucesorios; mientras que la familia por afinidad es la que se origina con el matrimonio y de ella no derivan derechos sucesorios.
- Origen de la relación filial: la familia de origen en aquella en la que el niño nace, y la adoptiva es la nacida a partir del vínculo jurídico de la adopción. Difieren la una de la otra en relación a los derechos sucesorios y de alimentos.
- Cantidad de padres que conviven con el niño: si es monoparental, el niño convive con uno solo de sus progenitores, mientras que si ambos padres conviven de manera conjunta estamos hablando de una familia biparental.

[8] MEDINA, G. – ROVEDA, E. Op. Cit. p. 6.

- Número de uniones entre sus miembros: podemos diferenciar las familias de unión única de las familias ensambladas o recompuestas principalmente por el alcance de la responsabilidad parental de los hijos por afinidad y de los comunes.
- Número de miembros: familia nuclear (pareja e hijos), anaparental (no hay padres) y extendida (comprende a todas las personas que se encuentren vinculadas por lazos de parentesco).

Habiendo nombrado de manera muy breve las diferentes clases de familias, podemos definir al derecho de familia como el conjunto de normas que regulan las relaciones familiares que giran en torno a cinco dimensiones: el matrimonio, las uniones convivenciales, el parentesco y las relaciones paternofiliales como también las derivadas de la tutela y otros institutos de protección de menores o incapaces. Todas ellas se encuentran contempladas en el CCyC. El objetivo de su regulación es la protección de la familia en los diferentes ámbitos, ya que al tratarse de una célula base de la sociedad es indispensable su tratamiento legislativo.

De las cinco dimensiones antes mencionadas, nos corresponde enfocarnos en aquellas relaciones originadas por los vínculos paternofiliales. Para ello es necesario definir que es el parentesco, y el CCyCN nos proporciona un concepto en el artículo 529, determinando que es "el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, TRHA, la adopción y la afinidad". Como se puede apreciar, tres de las cuatro formas de parentesco provienen de fuentes filiales, mientras que sólo la última de ellas es derivada del matrimonio. La filiación (del griego *filius*, que significa hijo) es aquel lazo de parentesco que une a los padres e hijos, generador de derechos y deberes recíprocos entre ellos. Primeramente, la filiación por naturaleza es la que deriva de un vínculo natural, biológico, de consanguinidad, la cual puede ser matrimonial o extramatrimonial. Luego, la filiación por TRHA es generada por la voluntad procreacional, donde interviene la ciencia médica. Esta fue una nueva incorporación del CCyC, la cual genera gran cantidad de debates pero que exceden el objeto de este trabajo. Finalmente, tenemos a la filiación por adopción, originada por una sentencia judicial, y no por un vínculo biológico como en los dos casos anteriores.

Como ya expusimos en el capítulo anterior, la figura de la adopción fue sometida a muchos cambios sustanciales a lo largo de la historia. Actualmente el CCyC dispone que la adopción es una "institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden

ser proporcionados por su familia de origen"[9]. Esta definición puede que no sea de lo más acertada ya que ciertos aspectos de la misma no se corresponden con todos los tipos de adopción existentes en nuestra legislación actual, lo cual veremos a continuación.

El CCyC clasifica este instituto en tres tipos diferentes[10]:

La adopción plena le otorga al adoptado la condición de hijo, extinguiendo los vínculos con la familia de origen (si es que los hubiese tenido); sin perjuicio de que los impedimentos matrimoniales con esta última subsisten. El adoptado pasa a gozar de los derechos y obligaciones que posee todo hijo. Esta es irrevocable. Sin perjuicio de ellos y debido a estos efectos que produce, hay ciertos requisitos necesarios para que este tipo de adopción sea otorgada, que apuntan directamente a una situación de desamparo del niño respecto de su familia de origen:

- Niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre, sin filiación establecida.
- Niños, niñas o adolescentes declarados en situación de adoptabilidad
- Padres privados de la responsabilidad parental.
- Padres manifestaron ante autoridad competente su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni el cónyuge del adoptante[11]. A diferencia de la adopción plena, los vínculos no se extienden a la familia del adoptante. El adoptado puede ser mayor de edad. La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente[12], aunque el adoptado mantiene el vínculo con el progenitor de origen. Podemos observar que estos dos casos no parecen encontrarse totalmente comprendidos en la definición que proporciona el artículo 594 CCyC, ya que, por un lado, no comprende la adopción de mayores de edad al afirmar que tiene por objeto la protección de "niños, niñas y adolescentes"; y por otro en el sentido que la adopción se puede dar cuando el adoptado ya posea una familia que le pueda proporcionar la satisfacción de sus necesidades básicas como en la adopción de integración.

[9] Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 594.
[10] Ibidem. Art. 620.
[11] Idem.
[12] Idem.

**Principios Generales**

En el ámbito jurídico, un principio es una proposición que le otorga coherencia al derecho, con el objetivo de guiar de manera sustancial a las normas y elaboración de las mismas, llegar a una mejor interpretación de las mismas poniéndole un límite al juez a la hora de aplicar las normas y finalmente de integrar el derecho supliendo las lagunas o insuficiencias del ordenamiento jurídico. En materia de familia, el CCyC fija una serie de principios exclusivos en materia de adopción, los cuales son complementarios a los del derecho de familia en general, los de filiación y los generales de este código. Los siguientes se encuentran en el artículo 595 CCyC:

El interés superior del niño: Este principio tiene que ver con la satisfacción plena e integral de los derechos del niño, y también es aquello que le conviene más allá de sus derechos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de su entorno. Aplicándolo a la adopción, el juez debe tener en cuenta a la hora de dictar sentencia, que debe tomar la decisión más beneficiosa para el menor en todo momento.

Derecho a la identidad: Se relaciona con la conexión del adoptado con sus raíces y familia de origen.

Agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada: deja plasmada la tendencia a la permanencia del niño en su núcleo familiar, sin perjuicio de las excepciones en caso de que se encuentren en entornos abusivos, ya que esto privaría al menor de dignidad, estabilidad y bienestar.

La preservación de los vínculos fraternos: su fin es mantener el vínculo y la relación entre hermanos, tanto en caso de realizarse una adopción plena o una simple. Se puede ver al establecer una medida de protección la continuación de la convivencia de los hermanos[13].

Derecho a conocer sus orígenes mediante la facilitación del acceso a tal información.

Derecho a ser oído: Con jerarquía constitucional, el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que el niño mayor de 10 años tiene el derecho de expresar su opinión en los asuntos que le afecten directamente, teniendo en cuenta su edad y madurez.

[13] Ley 26.061. Art. 41 in. b.

## Adopción unipersonal

Cuando el CCyC establece quienes son los legitimados para adoptar, nos encontramos con los matrimonios, las parejas vinculadas por una unión convivencial, o bien que esta puede darse de manera unipersonal, sin necesidad de que sean dos los adoptantes. Esto abrió las posibilidades de adopción y la creación de familias monoparentales. Sin embargo, el CCyC no regula el supuesto de fallecimiento de aquella persona que poseía la guarda con fines de adopción antes de ser dictada la sentencia de adopción, dejando desprotegido al niño. Este es el tema central de este trabajo, el cual desarrollaré con mayor profundidad en los capítulos siguientes.

Pero antes de pasar a ello, es pertinente señalar que, si bien hay una laguna del derecho en relación a la adopción unipersonal post mortem, si hay un artículo en específico del CCyC que se acerca bastante a la situación antes expuesta. Este es el artículo 605, que establece que, en caso de que en un matrimonio o unión convivencial que poseía una guarda con fines de adopción respecto de un niño, niña o adolescente, fallezca uno de los cónyuges antes de ser dictada la sentencia de adopción, en ese caso el juez puede otorgársela al cónyuge sobreviviente, generando el adoptado vínculos jurídicos tanto con el adoptante en vida como también respecto del fallecido. En este caso se contempla el interés superior del adoptado, ya que se entiende que durante el tiempo que convivió con aquellos que iban a ser sus padres adoptivos, pudo estrechar una relación y adaptarse a su realidad y su entorno, por lo que sacarlo de ahí significaría un perjuicio, tanto a su interés, como a su derecho de identidad.

Como ya mencionamos, los tiempos cambian, la sociedad evoluciona y se transforma, generando nuevas realidades y, en consecuencia, nuevas necesidades y derechos, los cuales deben ser protegidos al amparo de normas positivas.

## **Capítulo 3:**

## **LEGISLACIÓN ARGENTINA. TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA ADOPCIÓN.**

Como ya aludimos anteriormente en varias oportunidades, el derecho no se mantiene estático, sino que se va transformando junto con la sociedad y amoldándose a ella y a sus necesidades. A continuación, procederemos a hacer una breve reseña de la evolución normativa y el tratamiento que se le da a la figura de la adopción, con los cambios y modificaciones que fueron produciéndose.

**Código Civil de Vélez Sársfield** - Ley 340. 25/9/1869 (derogada).

Originalmente, el Código Civil no regulaba la adopción. Vélez por su parte manifestó su desacuerdo con el instituto en su nota de acompañamiento al proyecto del Código Civil, en la cual expresaba que se trataba de un instrumento ajeno al siglo XIX, ya que se encontraba inspirado en los antiguos principios familiares romanos, que ya no tenían ninguna vigencia. En su redacción original, la nota al artículo 4050 aclara que el Código Civil no reconocía ninguna clase de adopción, pero si los derechos de los adoptados bajo la legislación anterior.

**Ley 13.252/1948** (derogada).

Sin perjuicio de lo expresado por Vélez Sarsfield, las reformas del derecho francés e italiano tuvieron su repercusión en Argentina. Luego de varios proyectos de ley se sancionó esta ley, que reconocía la adopción con el alcance del instituto de la adopción simple de nuestros días, con los siguientes requisitos:

- Se crea un vínculo entre adoptante y adoptado sin extinguir los lazos con la familia de sangre.
- Adoptante y adoptado deben tener una diferencia de edad de 18 años.
- El adoptante debía tener un mínimo de 40 años, a menos que haya celebrado matrimonio por al menos 8 años.
- Si el adoptante se encontraba casado, debía tener la conformidad de su cónyuge.
- No podían adoptar las personas que ya tuvieran descendencia propia.
- El adoptante no tenía vocación sucesoria sobre el adoptado.

**Ley 19.134/1971** (derogada).

Esta ley reemplazó a la del año 1948, incorporando la adopción plena, que era un instituto que la doctrina argentina ya receptaba y que también se encontraba vigente en Europa. Además de esto, se procedió a una transformación sustancial del régimen de adopción con el objetivo de agilizar el proceso, eliminando ciertas limitaciones. Entre los cambios más relevantes se encuentran los siguientes:

- Admisión de la adopción plena que es irrevocable, le confiere al adoptado la posición de hijo legítimo (se mantiene, por otro lado, la figura de la adopción simple).
- Se modifica la edad mínima del adoptante y de la cantidad de años del matrimonio, los cuales pasaron a ser 35 y 5 años respectivamente.
- Se admite la adopción de más de un niño.
- Se aprueba la adopción aun cuando el adoptante ya posea descendencia (lo cual se aparta de la concepción romana en cuanto al fin del instituto).

**Régimen de Adopción Modificatorio del Código Civil** - Ley 24.779 28/2/1997 (vigente, de alcance general)

Esta ley fue sancionada como consecuencia directa de la incorporación de la Convención de los derechos del Niño a nuestro derecho como Tratado Internacional de jerarquía constitucional con la reforma de la CN del año 1994. Al respecto, la Dra. Clara A. Obligado analiza cuatro aspectos fundamentales que incorporó y modificó esta ley[14]:

- Guarda: se suprimió el carácter extrajudicial de la guarda, estableciendo un carácter judicial a fin de brindar mayor seguridad al procedimiento. Se crea el registro de aspirantes a guarda con fines de adopción para evaluar la idoneidad de los adoptantes. La declaración del estado de adoptabilidad del menor debía ser realizada por un juez.
- Residencia: se fijó un tiempo mínimo de 5 años de residencia fehaciente e indubitable en la República[15], con el objetivo de evitar el traslado del adoptado a otro país comprometiendo su interés o su identidad (principios receptados en la Convención antes mencionada).

[14] CHECHILE, A. M. "*Derecho de Familia*". Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2015. P. 446.
[15] Código Civil de Vélez Sarsfield. Ley n° 24.779. Art. 315.

- Realidad biológica: compromiso de hacérsela conocer al adoptado, el cual queda fijado en la sentencia de adopción[16].
- Derecho a ser oído: de acuerdo con el grado de madurez del menor[17]. Esto se corresponde con lo establecido en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

**Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos** - Ley 25.854 4/12/2003 (vigente, de alcance general)

Este registro fue creado con el objetivo de formalizar una lista de aspirantes, mediante la cual se realizan tareas de evaluación de los mismos para asegurar que si en el futuro adoptasen un niño, le puedan brindar la contención que se merece y un ambiente sano para que este se desarrolle. Cada provincia dispondrá de una sede en su territorio, donde los aspirantes pueden anotarse. Esta inscripción tiene un plazo de vigencia de 1 año calendario, posterior al cual deben ratificar su interés en permanecer en la misma, o se los excluirá de ella.

La Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivo (DNRUA) fue creada por resolución 408/2014 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y es actualmente la encargada de la administración de la base de datos de los registros de todo el país. Su trabajo principal consiste en lograr la transparencia de la base de datos y la agilización de los procesos, para una mayor seguridad y operabilidad.

**Código Civil y Comercial de la Nación** – Ley 26.994/2014.

El Título VI del Libro segundo de Relaciones de Familia (artículos 594 a 637) trata la adopción de manera más rigurosa y detallada que en sus precedentes normativos. Contiene 6 capítulos que tratan:

1) Disposiciones generales (artículos 594 a 606).
2) Declaración judicial de la situación de adoptabilidad (artículos 607 a 610).
3) Guarda con fines de adopción (artículos 611 a 614).
4) Juicio de adopción (artículos 615 a 618).
5) Tipos de adopción (artículos 619 a 633).
6) Nulidad e inscripción (artículos 634 a 637).

[16] Ibidem. Art. 321 in. h.
[17] Ibidem. Art. 321 in. c.

Los cambios principales con respecto a los antecedentes normativos son los siguientes:

- Incorporación de una parte general que contiene principios rectores en materia de adopción.
- Regulación de tres tipos de adopción: plena, simple y de integración. Además, el CCyC contiene disposiciones de Derecho Internacional Privado en el Libro VI que regulan la adopción en este contexto particular.
- El derecho del niño a ser oído toma un carácter central.
- Regulación de la declaración judicial de adoptabilidad (es primera etapa judicial; la segunda y tercera son el otorgamiento de la guarda con fines de adopción y luego la adopción propiamente dicha).
- Se disminuye la edad para adoptar de 35 a 25 años, y también la diferencia de edad entre adoptante y adoptado que pasa de 18 a 16 años.
- Se suprime la condición del plazo determinado de años de matrimonio.
- El niño mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado.
- Incorporación de la adopción de integración y de la adopción internacional.

A todo esto, podemos divisar que hubo un gran avance normativo en lo que a adopción respecta. Sin embargo, no se encuentra regulada la figura de la adopción unilateral post mortem, dejando un vacío en aquellos casos que, una vez declarado el estado de adoptabilidad del niño, niña o adolescente y otorgada la guarda con fines de adopción a una única persona, si se produjere el fallecimiento repentino del que sería el adoptante, el pretenso adoptado quedaría en una situación de desamparo. Como ya sabemos, el lapso de tiempo que el menor pase con aquella persona que en el futuro se convertiría en su padre o madre, genera un vínculo afectivo con aquel, y también con la familia que le rodea. Y si este falleciera, todo vínculo con el niño, niña o adolescente quedaría disuelto, al menos al amparo del CCyC.

## Capítulo 4:

## JURISPRUDENCIA ARGENTINA

En el siguiente capítulo haremos una breve reseña de dos antecedentes jurisprudenciales relevantes en torno a la adopción unipersonal post-mortem, donde se podría encontrar la clave del tema; en tanto las palabras de los tribunales son el único precedente que se puede invocar en estos casos, dada la novedad y el casi nulo tratamiento de la figura.

### Caso I: "M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos". Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fecha: 26/09/2012.

Cita: JJuris7669 - ADOPCIÓN "POST MORTEM". Declaratoria de herederos. Nulidad. Improcedencia. Interés superior del niño (Editorial Juris).

Texto del Fallo en Anexo I.

Antecedentes de la causa

El menor A.J.R.S., nacido el treinta de enero del año 2003, fue otorgado en guarda preadoptiva a la Sra. M.I.M.d.S., viuda de R., el treinta de agosto de 2005, siendo que el niño ya se encontraba bajo su cuidado y recibiendo trato de hijo desde que tenía tan solo ocho meses de vida; fundándose la decisión en la idoneidad moral, espiritual, afectiva, económica y material de la guardadora, y en el hecho de que el niño se encontraba contenido a nivel afectivo, provisto de estabilidad familiar. Poco tiempo después, el dieciséis de abril del 2006, M.I.M.d.S. sufre un desafortunado accidente automovilístico que le cuesta la vida, sin haber antes dado inicio al proceso de adopción propiamente dicho. Ante esto, la Defensora de Pobres y Menores N°1 de Gualeguaychú solicitó se declare al menor hijo de su fallecida guardadora, como medida autosatisfactiva, en pos del interés superior del niño. La resolución del Juzgado de Primera Instancia fue favorable, declarando la adopción plena del menor A., quién pasó a llamarse A.M.d.S.

El conflicto surge cuando los padres de la causante promueven la sucesión ab intestato, en la que el menor A. es declarado único heredero en abril de 2007. Ante esto, los progenitores promovieron un recurso de revisión con el objeto de declarar la nulidad de la adopción y la declaratoria de herederos, alegando que su nieto adoptivo los desplazaba de la línea sucesoria, siendo que existían vicios formales y sustanciales que invalidaban ambos pronunciamientos, entre ellos: "*extinción de la guarda preadoptiva*

*por el fallecimiento de la guardadora, la falta de legitimación de la defensora de menores para promover la adopción, la improcedencia del trámite de medida autosatisfactiva acordado a la causa y la incompetencia del juez de familia para decidir sobre dicho aspecto al haberse iniciado la sucesión*". El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos hizo lugar a la acción.

Por su parte, el Defensor General de la provincia Maximiliano Benítez, dedujo un recurso extraordinario ante la CSJN, que al ser denegado dio origen al de queja, alegando la arbitrariedad de la sentencia y la violación al artículo 16 de la Ley Fundamental. Finalmente, la CSJN declaró precedente el recurso de queja y formalmente admisible el recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia impugnada y ordenando el reenvío de la misma al tribunal de origen para que dicte un nuevo fallo.

Argumentos del Tribunal

Esta decisión de la CSJN fue fundada en una serie de argumentos en respuesta a lo expresado por la mayoría de la Sala Civil y Comercial de Entre Ríos, que dejó sin efecto la adopción y declaratoria de herederos sosteniendo lo siguiente:

i) El caso no se encuentra legalmente previsto.
ii) Una vez fallecido el único guardador, la guarda se extingue por no ser posible su objetivo procesal y su propósito de protección y cuidado del menor.
iii) La guarda y la adopción son dos procesos autónomos, y el uno no es la continuación del otro.
iv) La voluntad y legitimación activa para el proceso de adopción que plantea el artículo 315 del Código Civil no se configura de manera suficiente con la solicitud de guarda preadoptiva que había presentado la causante.
v) Los derechos y obligaciones de la guarda preadoptiva son intransmisibles.
vi) El Ministerio Pupilar carece de legitimación activa, ya que esta le corresponde por ley exclusivamente al adoptante.
vii) La Defensoría de Menores no posee legitimación adoptiva.
viii) La carencia de representación del menor no es argumento suficiente para la intervención del Ministerio de Defensa.

ix) Es inadmisible la extensión de las facultades del Ministerio de Defensa realizada para que este intervenga, al amparo del artículo 40 in. c de la Ley Orgánica del Ministerio Público de Entre Ríos N° 9.544/2004.[18]

x) En este tipo de procesos (guarda y adopción), el Ministerio Pupilar no es el representante legal del adoptado.

xi) No puede subsanarse la falta de legitimación ya que es un vicio esencial.

xii) La adopción no es compatible con el interés superior del niño dado que no puede cumplirse el fin de la misma y, además, lo coloca nuevamente en situación de desamparo y estado de adoptabilidad. El Código Civil en cambio prevé el otorgamiento de una segunda adopción.[19]

Por su parte, el Sr. Procurador General de la Nación, dados los hechos y circunstancias del caso, y lo expuesto anteriormente, se expuso en relación a: "*la procedencia de la instancia extraordinaria, la función de los jueces de familia en materia de derecho de familia; la promoción, impulso y jerarquización del vínculo adoptivo; el derecho del niño a ser oído; la legitimación del Defensor de incapaces para promover la demanda de adopción y la conexión entre procesos*".[20] La CSJN adhirió a sus argumentos para fallar en favor del menor A.

- **<u>Procedencia de la instancia extraordinaria</u>**: "*si bien el instituto de la adopción refiere —en principio— a preceptos de derecho común, cuya interpretación sería ajena a la actividad revisora extraordinaria de V.E. (art. 15 de la ley 48), pienso que el tribunal superior de la causa ha incurrido en una apreciación rigurosamente literal de los textos legales aplicables, en desmedro del mejor interés del niño consagrado en los arts. 3.1 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), y con la consecuente frustración de los derechos amparados por los arts. 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional, Dicha circunstancia configura, a mi ver, justificación bastante para autorizar la*

[18] Ley Orgánica del Ministerio Público de Entre Ríos N° 9.544/2004. Artículo 40: Los defensores de pobres y menores e incapaces en las instancias y fueros que actúen, tendrán los siguientes deberes y atribuciones: in. c: "*Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieran de asistencia o representación legal, fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuviesen a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos*".

[19] Artículos: 312 in fine, 377, 38, 389, 392 y concs. Código Civil.

[20] GUGLIELMINO, Adriana del Carmen – "*La adopción post-mortem unilateral. Análisis sobre la necesidad de una regulación estricta que unifique la diversidad de criterios jurisprudenciales*". Buenos Aires, 2020.

*apertura de esta instancia excepcional*"[21]. Entonces, podríamos decir que frente a un asunto que afecta a un menor, y en pos a lograr la solución más favorable al mismo, la ley cede de cierta forma ante estas circunstancias excepcionales. De la misma forma, se dejó de lado el hecho de que el recurso de queja presentado fue extemporáneo (artículos 282, 285 y 158 CPCCN), porque tan como la Corte lo expresó, en un caso así la preeminencia del principio de perentoriedad solo conduciría a frustrar los derechos de un niño.

- **Función de los jueces de familia en materia de derecho de familia**: de acuerdo con la función que les es dada a los magistrados en esta área específica del derecho, no pueden dirimir en los problemas que se les presentan aplicando fórmulas o modelos prefijados, dejando a un lado las particularidades del caso y de sus partes. *"Los tribunales han de implementar el principio del mejor interés del niño analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias de éste se ven o se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir"*[22]. En palabras más simples, si los jueces se limitan a una aplicación rigurosamente literal de los textos legales sin tener en cuenta cada uno de los hechos que forman parte del proceso, la resolución final del caso será inadecuada y hasta perjuiciosa para el menor en cuestión. Los NNA tienen derecho a una protección especial que debe ser prioritaria a cualquier otra circunstancia.
- **Promoción, impulso y jerarquización del vínculo adoptivo**: con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Toda decisión debe ser tomada a la luz del interés más ventajoso para el niño, por lo que los jueces deben ser prudentes a la hora de analizar aquellos supuestos que no se encuentran contemplados en la ley expresamente, pero que tampoco están prohibidos por la misma. Así, el tiempo que el menor pasó con su guardadora desde sus primeros meses de vida, el vínculo materno-filial que se formó durante estos años, la relación con el grupo familiar, etc, deben ser tenidos en cuenta y puestos en primer plano.
- **Derecho del niño a ser oído**: como ya mencionamos, este es un derecho fundamental de los NNA, que establece que la opinión de los menores debe ser tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, lo cual incluye no solo

[21] M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos. CSJN. 26/09/2012.
[22] Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4 y 42 y parág. 6 del art. 44)", 2003, HRI/GEN/1/Rev. 7, parág. 12, pág. 365).

el hecho de escuchar lo que el niño tenga para decir, sino también observar y analizar su conducta, expresiones, sonidos, etc. En este caso, la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú se abstuvo de escuchar al niño A. ya sea de forma personal o por otros medios, irregularidad que no puede ser pasada por alto.

- **Legitimación del Defensor de incapaces para promover la demanda de adopción**: la función que el artículo 59 del derogado Código Civil les atribuye es de orden público, y a lo largo de su dictamen, el Procurador General hace una breve reseña jurisprudencial fundamentando así la legitimación del Defensor de Menores e incapaces. "*A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación*".[23]
- **Conexión entre procesos**: *"Por lo demás, no obstante que el trámite de guarda no necesariamente continúa y culmina con la adopción, su íntima conexión resulta obvia, desde que la primera constituye una etapa introductoria de la segunda (arg. S.C. G. N° 617; L. XLIII; in re "G., M.G. s/ protección de persona – causa n° 73.154/05", fechado 16 de septiembre de 2008)*[24]. En sumatoria, analizando lo establecido en el Código Civil, podemos notar que apoya lo ya expresado, lo cual queda en evidencia en el artículo 322 que retrotrae los efectos de la sentencia de adopción a la fecha del otorgamiento de la guarda preadoptiva, y en el artículo 317 que califica al guardador de adoptante.

**Caso II: "L. M. S. S/ ADOPCIÓN (MENOR: G. B. C.) – Expte. MEX 9420/17 – Juzgado de Menores de Corrientes num. III. 5-ago-2020**

Cita: MJ-JU-M-126935-AR | MJJ 126 935

Texto del Fallo se encuentra en Anexo 2.

Antecedentes de la causa

B.C.G., nacido en la Ciudad de Corrientes el día quince de octubre del año 2003, es hijo biológico del Sr. C.G. y la Sra. C.B.P., quien por motivos laborales y de carencias

[23] Código Civil de la Nación, Artículo 59 - Ley Nacional 340 (derogada).
[24] M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos. CSJN. 26/09/2012.

económicas decidió delegar de hecho su cuidado a la Sra. M.S.L., por lo que el menor con apenas meses de vida, pasó a integrar el grupo familiar de esta última, recibiendo trato de hijo, conviviendo tanto con ella como con sus dos hijos biológicos (hermanos por línea paterna del adoptado) y dos guardados.

En el año 2013, mediante la Resolución N° 472 con fecha del once de octubre, el Juzgado de Familia N° 1 de Corrientes declaró al menor en estado de adoptabilidad, y le otorgó a la accionante, M.S.L., la guarda preadoptiva[25], dejando asentado que su madre biológica lo había abandonado sin hacer ningún tipo de reclamo.

El dieciséis de febrero del año 2017, la pretensa adoptante inició ante los estrados del Juzgado de Menores N° 3 de Corrientes el proceso de adopción unipersonal, cumpliendo con las condiciones personales y de idoneidad que establece el CCyCN. Sin embargo, desafortunadamente falleció poco tiempo después de forma inesperada. A causa de ello, el adolescente quedó en un estado de desprotección, ya que el proceso filiatorio no había concluido antes de fallecer la Sra. M.S.L.

Ante esta situación, y a fin de resolver el proceso ya iniciado, con base en el principio de oficiosidad y de tutela judicial efectiva, el tribunal se expidió al respecto, declarando la procedencia del otorgamiento de la adopción plena de B.C.G. a M.S.L. bajo la figura de adopción unipersonal post mortem, fundándose en el interés superior de la persona menor de edad, el principio de realidad familiar y la integración del menor a su grupo familiar. En sumatoria, estableció la adición del apellido de su madre adoptiva M.S.L. al adoptado B.C.G., y este pasó a llamarse B.C.G.L., respetando así la voluntad del menor y por ende el derecho a ser oído y el derecho a la identidad.

Argumentos del Tribunal

- Interés superior del Niño, Niña o adolescente (en adelante NNA).
  Tal como se fija en el texto de los siguientes artículos, la decisión del juez se ve fundada y gira en torno a perseguir aquella solución que resulte más favorable a los intereses de la persona menor de edad, la parte más vulnerable del proceso.
    - Convención de los Derechos del Niño 1989 (aprobada en nuestro país mediante la sanción de la Ley N° 23.849/1990).

[25] "L.M.S. S/GUARDA PREADOPTIVA" – Expte. N° 53.865/10, Juzgado de Familia N° 1 ed Corrientes. Este tribunal también actuó con anterioridad en los autos "L.M.S. S/GUARDA JUDICIAL" – Expte. 36.592, exponiendo la conformidad de los padres biológicos de entregar a B.C.G. al cuidado de M.S.L.

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 a que se atenderá será el interés superior del niño."*

- Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061/2005

  Artículo 3: se entiende por interés superior de los NNA la *"la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley",* respetando sobre todo su condición de sujeto de derecho, el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta; además de su centro de vida, que es aquel lugar en el que el NNA haya transcurrido la mayor parte de su vida.

  Además, el artículo 21 establece que los Estados Partes que reconozcan y/o permitan a la figura de la adopción deben cuidar que se respete el interés superior del niño de forma primordial.

- Principio de realidad familiar y conservación de los vínculos fraternos

  Debido a la convivencia de B.C.G. con el grupo familiar de la pretensa adoptante durante casi la totalidad de sus 16 años de vida, podemos afirmar que se ha concebido un estrecho vínculo filial entre ellos, y que el menor ha podido integrarse al grupo familiar de la Sra. L., compuesto por ella, sus dos hijos biológicos y sus dos guardados. En consecuencia, "*no reconocer el vínculo afectivo forjado entre la persona menor de edad y la persona que en vida fuera su pretensa adoptante por el hecho de encontrarse hoy fallecida implica a todas luces excluir la socioafectividad como constructor de filiaciones (…) y desconocer un principio básico y elemental como lo es el principio de realidad familiar."*[26]

- Derecho a la identidad estática y dinámica

  La doctrina establece que la identidad de una persona se conforma por múltiples elementos, tales como *"el genoma humano, las huellas digitales, el nombre, la nacionalidad, la inscripción de nacimiento, la lengua de origen, la identidad cultural, el desarrollo del crecimiento en un determinado ambiente, sea familiar*

[26] "L. M. S. S/ ADOPCIÓN (MENOR: G. B. C.) – Expte. MEX 9420/17 – Juzgado de Menores de Corrientes num. III. 5-ago-2020.

*o social, desplegando los atributos de la personalidad"*[27]. En este sentido, podemos distinguir dos aristas de la identidad: por un lado, la estática, que es inmodificable, o que al menor tiende a no variar; y por otro lado la dinámica, que va variando a lo largo del tiempo.

- El CCyCN instaura en su artículo 626 una serie de reglas que rigen el apellido del hijo por adopción plena. En lo que nos concierne, tratándose de una adopción unipersonal, el adoptado debe llevar el apellido del adoptante (in. a), circunstancia que fue tenida en cuenta por el juez, ya que B.C.G pasó a tener el apellido L. de su madre adoptiva. Por otro lado, el in. c versa que *"excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante", como podemos ver que sucedió, ya que B.C.G. mantuvo su apellido G.*

- Derecho del niño a ser oído

  La opinión del NNA con relación a diferentes aspectos de su adopción, como su consentimiento para el desarrollo de la acción o bien para la adjudicación de un apellido, debe ser tenida en cuenta, siempre considerando la edad y el grado de madurez del menor. B.C.G. expresó su deseo de formar parte de la familia de M.S.L., así como también manifestó que quería conservar el apellido de su padre biológico y agregar el de su adoptante, solicitudes que fueron acatadas por el juez a la hora de fallar. Este es un derecho fundamental de los NNA, y lo podemos ver plasmado en los siguientes textos legales en los cuales el juez se fundó:

  - CCyCN: en primer lugar, el artículo 26 sobre el ejercicio de los derechos de la persona menor de edad reconoce el derecho de la misma a ser oído en los procesos judiciales que le afecten directamente y también de participar en las decisiones sobre su persona; al igual que el artículo 639 in. c y 707, agregando que su participación será conforme a su edad y grado de madurez.
  - Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061: este mismo derecho se plantea en los artículos 24 y 27 de esta ley, también obligando a los organismos estatales a cumplir con estas garantías (art. 27).

[27] KEMELMAJER, A.– HERRERA, M. "*Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*". Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2014. Tomo III. P. 615-616.

- El artículo 12 de la CDN posee similar contenido, acatándose a las normas procesales de la ley nacional.

- Principio de oficiosidad y principio de tutela judicial efectiva

  Los procesos de familia deben respetar una serie de principios, necesarios debido a las circunstancias especiales que se tratan en estos contextos. Estos dos principios recién mencionados funcionan en conjunto, apuntando a perseguir y conseguir una solución justa, a base de verdad; tarea que depende exclusivamente de los jueces, que están obligados a impulsar las causas de esta índole (artículos 706 y 709 CCyCN).

- Principio de no discriminación

  En este punto en particular, el juez hace hincapié en el vacío normativo al que se enfrenta, diciendo que, si bien la norma da una solución en caso de que se produzca el fallecimiento de un guardador en una adopción conjunta, pudiendo otorgarle la adopción al sobreviviente; no se contempla esta opción si nos encontramos frente a un único adoptante. Entonces, *"negar a las familias monoparentales una idéntica respuesta a la que reza el artículo 605 del CCyCN para las personas casadas o en unión convivencial ¿implica discriminar? La respuesta afirmativa se impone"*.[28]

Consideraciones/observaciones

La particularidad de este caso reside en que el proceso de adopción es meramente llevado a cabo con el fin de reconocer la filiación del menor respecto de la presunta adoptante fallecida, con el objetivo de conservar a G.B.C. dentro del seno familiar en el que fue criado, y en el que se desarrolló desde sus primeros meses de vida; a diferencia del caso anterior, donde no solo se buscaba reconocer la filiación en miras al interés superior del niño, sino que también entraba en juego el derecho sucesorio y, por ende, los intereses de aquellos sobre quienes recaería la herencia de la causante en caso de que el menor no hubiese sido declarado único heredero del patrimonio de la misma, gracias a esta sentencia de adopción unipersonal post mortem.

De esta forma, se pone en manifiesto el ejercicio del derecho a la identidad del menor, ya que la decisión del tribunal fue tomada con el único fin de que se le reconociera a G.B.C. su pertenencia a la familia de quien en vida fue su presunta adoptante.

[28] "L. M. S. S/ ADOPCIÓN (MENOR: G. B. C.) – Expte. MEX 9420/17 – Juzgado de Menores de Corrientes num. III. 5-ago-2020. Anexo II.

En relación a este caso, es oportuno mencionar las palabras de Dr. Eduardo Pettigiani, en contexto de su exposición como parte del Ciclo de Conferencias Maestros del Derecho de la Facultad, en el año 2013. En su clase magistral titulada "*Convergencia y Divergencia de Intereses en la Adopción en procura de su Armonización*" hizo referencia a los conflictos de intereses generados a lo largo del proceso de adopción, y cómo estos afectan al menor en cuestión. El profesor explica la razón de su desacuerdo al entonces anteproyecto del CCyCN, debido a que presentaba falencias, entre ellas las referentes a la importancia que se le otorga al Registro de Adoptantes. "*El Registro de Adoptantes es un instrumento muy útil, pero no lo sacralicemos, no lo pongamos como un lugar que debe dar todas las soluciones en problemas tan humanos como estos*. *Hay que tener en cuenta muchas circunstancias, y no solamente partir de una presunción de que todo lo que no se hace a través del registro es venta o mercantilización infantil*". Lo que él quiso decir con esto es que muchas veces se consideran mal vistas aquellas guardas respecto a menores que no se hayan otorgado judicialmente, se tildan de ilegales. Sin embargo, esto no siempre ocurre de esa forma, ya que puede suceder que aquella madre que decide entregar a su hijo en guarda de hecho a otra persona lo hará a conciencia, sabiendo que lo deja en manos de alguien que sabrá protegerlo en el seno de su familia, en un entorno de afecto donde se pueda desarrollar plenamente.

"*El Estado no te brinda una ayuda ante esta situación de incertidumbre* [entiéndase: cuando una madre no tiene los recursos para sostener a su hijo], *pero si uno quiere de alguna manera acompañar a su hijo en esta situación y ver en manos de qué persona ese hijo va a seguir adelante con su vida,* [el Estado] *tampoco te da esa posibilidad, sino que entrega al hijo a quien el Registro considere*" más apropiado. Por lo tanto, se debe "*restringir al Registro de Adoptantes como árbitro y señor del destino de los hijos que se alejan de sus padres*".

Esto se relaciona con el caso en cuestión en que efectivamente el menor G.B.C. fue entregado por su madre biológica a su adoptante M.S.L. en principio bajo una guarda de hecho. Su progenitora consideró que su hijo se encontraría bien acogido con M.S.L., y así fue, hasta el punto de que una vez fallecida, el ahora adolescente quiso ser adoptado por ella y ser legalmente su hijo; hijo de quien lo cuidó y crio la mayor parte de su vida.

## Capítulo 5:

## DERECHO COMPARADO.

Si bien la figura de la adopción unipersonal post mortem no se encuentra receptada en la normativa internacional, es importante destacar ciertos aspectos en relación a los regímenes adoptivos de algunos países a modo de referencia, en cuanto a su postura en torno a la monoparentalidad. Vale destacar que todos estos han ratificado la CDN al igual que nuestro país.

### Ecuador

La Constitución Ecuatoriana del año 2008 establece en el artículo 44 que:

"*El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.*

*Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales*".

Desde este punto de partida, podemos ver la relevancia que este Estado le adjudica a la protección de los NNA prevaleciendo su interés superior, principio rector del cual se desprende un sistema de adopción que se encuentra regulado en un "Código de la Niñez y Adolescencia", el cual establece los lineamientos que regulan multiplicidad de situaciones en las cuales los menores se ven involucrados, tales como trabajo infantil, alimentos, patria potestad, relaciones de familia, adopción, entre otros; además de sentar las bases para todos estos procesos con principios fundamentales. Este texto legal solo recepta la adopción plena (artículo 152), que al ser irrevocable, dota al NNA de mayor protección. Cabe destacar el artículo 153 sobre principios de la adopción, que en el in. 3 versa: "*Se priorizará la adopción por parte de parejas heterosexuales constituidas legalmente, sobre la adopción por parte de personas solas*". Si bien reconoce la adopción unipersonal, las personas solas no se encuentran en igualdad de posibilidades con respecto a las "parejas heterosexuales", lo cual no resulta sorpresivo ya que el matrimonio entre

personas del mismo sexo fue aprobado en 2019, antes reconocido solo como unión de hecho. Si bien mundialmente la sociedad ha evolucionado, en el Ecuador todavía se cuestiona la capacidad de una persona sola de criar a un niño partiendo de la base exclusiva que plantea su Constitución, con un claro orden de prelación de los adoptantes.

En cuanto a los requisitos para calificar domo adoptante, se encuentran los enumerados a continuación:

- Encontrarse domiciliados en el Ecuador o en o en algún Estado con el cual este haya suscrito convenios de adopción[29] (por ejemplo, España).
- Gozar de Capacidad legal y encontrarse en pleno ejercicio de los derechos políticos[30].
- Ser mayores de veinticinco años[31].
- Tener una diferencia de edad mínima de catorce años y máxima de cuarenta y cinco con respecto al adoptado.[32]
- En los casos de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales[33].
- Gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales[34].
- Disponer de los recursos económicos necesarios para satisfacer las necesidades básicas del adoptado[35].
- Estar libre de antecedentes penales por delitos sancionados con penas de reclusión[36].

En resumen, si bien la adopción unipersonal se encuentra permitida, presentan muchas limitaciones para los postulantes solteros (o bien divorciados/as, viudos/as), haciendo que el trámite sea muy engorroso y largo, desmotivando sus intenciones de acoger a un niño, darle un hogar y una familia, ya que se los deja como última opción. En

[29] (Ley Ecuatoriana N° 2002-100) - Código de la Niñez y adolescencia. Artículo 159 in. 1.
[30] Ibidem. Artículo 159 in. 2 y 3.
[31] Ibidem. Artículo 159 in. 4.
[32] "*La diferencia mínima se reducirá a diez años cuando se trate de adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, en los casos de unión de hecho que cumpla con los requisitos legales. Estas limitaciones de edad no se aplicarán a los casos de adopciones entre parientes. Tratándose de parejas, los límites de edad se aplicarán al cónyuge o conviviente más joven*". Ibidem. Artículo 159 in. 5.
[33] Ibidem. Artículo 159 in. 6.
[34] Ibidem. Artículo 159 in. 7.
[35] Ibidem. Artículo 159 in. 8.
[36] Ibidem. Artículo 159 in. 9.

cuanto a este instituto en contexto post mortem, no se encuentran antecedentes jurisprudenciales o doctrinarios.

**Colombia**

De forma similar que ocurre con el Ecuador, el Estado Colombiano regula el instituto de la adopción en su Constitución Política, como así también en su Código de la Infancia y la Adolescencia. Es interesante como Colombia coloca a la familia en un lugar de preeminencia como institución, consagrando en su "Capítulo 2 de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales", artículo 42: "*la familia es el núcleo fundamental de la sociedad*". Este reconocimiento continúa con la garantía de protección integral de la familia, al igual que nuestra CN lo fija en el artículo 14 bis; como así otorgando la igualdad de derechos y deberes de los hijos ya sean matrimoniales o extramatrimoniales, si su filiación fuese biológica, adoptiva o a través de TRHA. La igualdad de derechos y oportunidades también alcanzó a hombres y mujeres en el artículo 43, que finaliza diciendo que "*el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia*", lo cual no es algo menor, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las familias monoparentales llevadas adelante por mujeres.

Si bien hay muchos aspectos positivos para destacar sobre la Constitución Política colombiana, muchos ellos exceden el objetivo de este trabajo, por lo que solo mencionaremos el artículo 44, que enumera los derechos fundamentales de los niños, y la obligación del Estado de asistirlo y protegerlo, lo cual consecuentemente es la base para el sistema adoptivo de este país.

"*Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, 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 de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.*

*Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*

*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*".

De carácter proteccionista la adopción pretende alcanzar como fin último el cumplimiento de los derechos de los niños con prevalencia de su interés superior. Se encuentra en el capítulo relativo a las "Medidas de Restablecimiento de los Derechos", como instituto restaurador de la dignidad y la integridad de los NNA, definiéndolo como:

Artículo 61. "…*es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza*".

Más adelante, el artículo 68 expresa que los facultados para adoptar son las personas solteras, reconociendo la adopción unipersonal, como también los matrimonios, convivientes por al menos 2 años, guardadores y el cónyuge o conviviente con respecto al hijo de su cónyuge/conviviente (ver Anexo III: Gráfico Estadístico sobre Adopciones unipersonales y conjuntas en Colombia). Según este Código, no se permite la adopción por parte de parejas del mismo sexo, ya que esto no se encuentra regulado; es más, hasta se establece expresamente que la familia "*Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer, de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*"[37]. Sin embargo, el 3 de noviembre del 2015, la Corte Constitucional de Colombia aprobó la adopción igualitaria, y a partir del 2017 se han registrado las primeras adopciones de parejas del mismo sexo.

Los requisitos para los adoptantes son:

- Mínimo de 25 años de edad (al igual que en Ecuador), siendo al menos 15 años mayor que el adoptado.
- Idoneidad física, mental, moral y social suficiente para poder otorgarle una familia estable al NNA.

Aunque la adopción unipersonal se encuentre receptada en este Código, este no es el caso de la adopción unipersonal post mortem. Pero a diferencia del caso de Ecuador, en Colombia se encuentra expresamente prohibida por ley. El artículo 126 sobre "Reglas especiales para el Procedimiento de Adopción" es determinante en in. 3 diciendo: "*Terminación anticipada del proceso: Cuando falleciere el solicitante de la adopción antes de proferirse la sentencia el proceso terminará*". Sin perjuicio de ello, en el párrafo

[37] Constitución Política de Colombia 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016. Artículo 42.

siguiente, manifiesta la continuación del proceso en caso de que la solicitud fuese conjunta y falleciere uno de los adoptantes, tal como establece el artículo 605 del CCyCN.

**España**

Al igual que ocurrió originalmente en la antigua Roma según lo explicitado en el Capítulo 1 del presente trabajo, la adopción solía cumplir una función meramente de continuidad de aquellos apellidos ilustres o de transmisión de herencia para los que no tenían descendencia. Siglos más tarde, se refleja el cambio de paradigma de esta figura, con el objetivo principal de otorgarle a aquellos niños desamparados un hogar y una familia. Este país europeo tiene la particularidad de que en los últimos años, no solo han crecido la cantidad de adopciones dentro del mismo, sino también las adopciones internacionales. El instituto tuvo su auge alrededor del año 2010, momento a partir del cual las adopciones decrecieron abruptamente, debido a, principalmente, la popularización de los alquileres de vientre y la denegatoria a las parejas del mismo sexo cuando se trataba de adopciones internacionales (ver Anexo IV).

El Código Civil español entiende a la adopción como el principal instituto de protección de menores, y al igual que los otros ordenamientos jurídicos ya vistos, pone en manifiesto la preeminencia del interés superior del niño a lo largo del proceso, el cual se ve reflejado primordialmente en el consentimiento que el menor debe dar sobre si desea formar parte de la familia de sus adoptantes. Asimismo, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor dispone en el artículo 2 que "*primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*", además del derecho a ser oído a nivel familiar, administrativo y judicial en el artículo 9, entre otros.

Es vital distinguir la siguiente normativa al respecto:

Constitución Española

*Artículo 39*

*2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad*

*4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

"*La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior*"

En España pueden adoptar

Los requisitos para inscribirse como adoptante en España son los que se mencionarán seguidamente, que surgen del artículo 175 y 176 del Código Civil.

- Mayor de 25 años, con una diferencia de edad de entre 16 hasta 45 años respecto del adoptado.
- Obtener un certificado de idoneidad emitido por una autoridad pública, donde se expresa el cumplimiento de las condiciones psico-pedagógicas y socioeconómicas. "*Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción*"[38].
- No encontrarse privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad de un hijo anterior.

En cuanto a la adopción post mortem, debemos referirnos al artículo 176 Código Civil Español:

"*Cuando concurran algunas de las siguientes circunstancias…*

- *Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.*
- *Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.*
- *Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.*

*…podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento o el mismo hubiera sido otorgado mediante documento público o en testamento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de prestación de tal consentimiento*".

[38] Código Civil Español. Artículo 176 in. 3.

Es decir, que la única manera de que se dicte sentencia de adopción post mortem, es si el adoptante manifestó su consentimiento previamente a su fallecimiento. Si no fuese así, el vínculo adoptivo no se generaría. Existieron varios precedentes en el año 2018 de mujeres que perdieron a sus maridos en medio de procesos de filiación por adopción. Los menores en cuestión terminaron siendo adoptados por las mujeres únicamente, sin poder gozar de los derechos sucesorios de los padres. Algunas de las madres llegaron a ser madres viudas con respecto a los hijos en común que tenían con sus difuntos maridos, y madres solteras del menor que adoptaron, configurando una situación injusta con respecto a los hijos. En este punto, es más que evidente que si se tratara de una adopción unipersonal y el adoptante falleciera sin prestar el consentimiento como la ley lo indica, no hay posibilidad de que se dicte una sentencia de adopción a favor de ese vínculo.

Al respecto, el Ministerio de Justicia se expidió diciendo “*no haber dictado ninguna resolución concreta, puesto que se trata de un tema sujeto a la calificación de los encargados de cada registro civil*", razón por la cual "se limitan a aplicar la norma" de manera general. Pone como ejemplo de una situación similar el hecho de que "*si una persona fallece antes de que le sea concedida la nacionalidad lo hará como extranjero y no como español*".

## **Capítulo 6:**

## **PLANTEO JURÍDICO DEL PROBLEMA. NECESIDAD DE REGULACIÓN**.

Como ya sabemos, El Código Civil y Comercial entró en vigencia actualizando nuestro derecho de fondo en muchos aspectos, entre ellos aquellos concernientes al régimen de adopción, tal como se expuso a lo largo de este trabajo. La normativa que regula esta figura se fue modificando desde su primera aparición con la sanción de la ley 13.252, pero aun así no se ha podido encontrar una solución óptima en el texto normativo para muchos casos de menores que están en situación de adoptabilidad, desprovistos de vínculos parentales. Estamos hablando de una figura fundamental en cuestión de filiación y de derecho de familia en general, razón por la cual es imprescindible que nuestra legislación responda a las exigencias de la realidad que se nos presenta.

La monoparentalidad es un fenómeno cada vez más común hoy en día. Desde hace ya varios años, se puede observar un claro crecimiento, lento pero constante, de esta tendencia, como un nuevo modelo de familia y de organización social. Varias son las causas de este aumento, entre ellas el crecimiento de los divorcios, rupturas de uniones convivenciales y la menor duración de ambos vínculos jurídicos. El gráfico del Anexo IV, ilustra la evolución de los tipos de hogares en nuestro país según datos del INDEC, en el cual podemos observar como la línea que representa los hogares monoparentales marca una tendencia creciente a partir del año 1996, fijando un incremento de este tipo de familias en relación al porcentaje total de hogares de la República Argentina, hasta el año 2018 inclusive, pasando de un 10% a un 19% durante este período.

Por su parte, la progresión de la categoría "pareja con hijos", también conocida como la familia tradicional o familia tipo, deja en evidencia un aumento entre 1986 y 1996, alcanzando allí su pico máximo en un 51%, y luego cayendo repentinamente hasta alcanzar un valor final de 35% en 2018.

Por otro lado, las familias unipersonales fueron las que mostraron un mayor crecimiento durante los años registrados en el gráfico, sin ninguna caída, con un registro inicial de 9%, el más bajo en comparación con las demás categorías; pero con un aumento constante hasta el último registro, con un 20% del total de los hogares argentinos, siendo el segundo valor más alto del 2018. Para brindar información más específica al respecto de este tipo de hogar, según los censos del INDEC de los años 2001 y 2010, la cantidad de hogares pasó de 1.5 a 2.1 millones. Y ¿por qué es importante destacar estos datos?

Básicamente, aquellas personas que se encuentren llevando adelante un hogar de manera independiente, si bien no la totalidad de ellas, pueden ser los potenciales adoptantes bajo la forma unipersonal de este instituto. Actualmente, en base a los registros del DNRUA, casi el 24% de las solicitudes de adopción fueron presentadas por una única persona (ver gráfico del Anexo V).

De esta manera, los modelos de familia se fueron diversificando, dejando de lado la familia tradicional, para abrir las puertas a múltiples formas de vivir las relaciones familiares y, sobre todo, la parentalidad. La sociedad está cambiando constantemente, hoy por hoy ya no se genera un rechazo social total, como hace no mucho tiempo sucedía, hacia aquellas personas que toman la decisión de formar una familia por su cuenta. Además, mediante esto, serían un medio para que muchos de los tantos menores que se encuentran en situación de desamparo, puedan gozar encontrar un hogar, donde no solo se les cubran todas las necesidades materiales, sino también las emocionales y espirituales, brindándoles cariño y todos los medios para que se desarrollen plenamente.

Desafortunadamente, las familias monoparentales no son un tema muy abordado en profundidad en Argentina en general, y cuanto más aun esta figura originada por una filiación adoptiva póstuma unipersonal. Sin embargo, esta circunstancia no le reduce importancia.

**El Código Civil y Comercial**

Uno de los cambios más relevantes del CCyCN se encuentra al inicio del mismo, en el Título Preliminar, donde en sus primeros tres artículos expresan lo siguiente:

*Artículo 1°. Fuentes y aplicación*

*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*

*Artículo 2°. Interpretación*

*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*

*Artículo 3°. <u>Deber de resolver</u>*

*El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.*

Para ilustrar el artículo 1 del CCyC, podemos mencionar a uno de los más destacados maestros argentinos del derecho, el Dr. Germán Bidart Campos, quien expresó que "*la ley no es el techo del ordenamiento jurídico*"[39], haciendo hincapié justamente en una sentencia de adopción del año 1995, en la cual se otorgaba la adopción de un menor a sus abuelos, en contra de lo estipulado en la Ley de Adopción 19.134 artículo 5 in. b (derogada), ya que se le dio preeminencia a lo establecido en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que habían sido añadidos a nuestro ordenamiento hacía no mucho tiempo. Presenciamos un cambio de paradigma, donde el CCyCN amplió las fuentes del derecho, que ya no se restringen a únicamente las leyes como lo planteaba el CCiv., flexibilizando el derecho en pos de proveer a las personas de soluciones más justas. Con esto queda asentado que, si bien debemos sujetarnos a la ley, esta no siempre conlleva la solución mas adecuada para el caso concreto, por lo que se debe apelar a la finalidad de la norma, a los principios jurídicos involucrados; lo que nos lleva al artículo 2, que plasma la idea de que a la hora de realizar una labor interpretativa y desentrañar el significado de una norma, además de tener presentes los principios, valores jurídicos, leyes análogas, con el fin de llegar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico, siempre en consonancia con las disposiciones relativas a los tratados de derechos humanos; manteniendo así un verdadero diálogo de fuentes. En tercer lugar, en el artículo 3 podemos encontrar la obligación conferida a los magistrados de dirimir en los conflictos mediante el dictado de una sentencia fundada de manera razonable, deber que les es otorgado a ellos como parte de uno de los poderes de un Estado de Derecho.

El capítulo 4 fue dedicado al análisis de dos fallos jurisprudenciales en los cuales los jueces, a falta de una norma positiva que contemplara el caso particular que se les presentaba, optaron por realizar una interpretación amplia del texto normativo, tal como se acaba de mencionar. De esa manera, los menores en cuestión pudieron gozar de los derechos que les corresponden como sujetos de derecho. Ahora bien, es necesario regularizar la figura de la adopción unipersonal post mortem a nivel normativo, con el objeto de otorgarle seguridad jurídica a todos aquellos NNA que eventualmente pasen por

[39] BIDART CAMPOS, G. "*La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)*", en Revista La Ley, p. 4. 1997-F-145.

una situación similar, apelando al interés superior de los mismos, y buscando una solución expedita y justa a su caso.

En este sentido, podemos encontrar los fundamentos en los que se basa la necesidad de regulación de esta figura, el eje central del presente trabajo. A continuación, se enumeran una serie de principios y derechos de los NNA, con el respectivo respaldo normativo vigente, para darle encuadre jurídico a la propuesta. Por razones de practicidad y a fin de evitar repeticiones, nos remitimos a lo desarrollado al respecto de los mismos en el análisis del fallo "L. M. S. S/ ADOPCIÓN (MENOR: G. B. C.) – Expte. MEX 9420/17 – Juzgado de Menores de Corrientes num. III. 5-ago-2020" del capítulo 4, sumando a aquello lo siguiente.

- **Interés superior del niño**

Es el principio rector en materia de niñez, que forma una suerte de columna vertebral en materia de derecho de familia extendiéndose a todo el derecho, que les asegura a los NNA la protección de todos sus derechos, ya que cualquier decisión que deba tomarse en relación a su persona, será orientada a alcanzar su mayor bienestar, poniéndolos en preeminencia por sobre otros intereses individuales o colectivos si fuese necesario. Esto se debe a que son considerados la parte más vulnerable de la sociedad. "*el principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos, por lo que, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño*"[40].

Así, este interés lleva a una flexibilización del derecho, en pos de la prevalencia de la verdad formal por sobre la verdad formal, rechazando la posibilidad de que una interpretación estricta de la ley genere un perjuicio a los NNA. Aun así, la invocación de este principio puede llevar a resoluciones muy distintas, incluso opuestas, como ya lo hemos visto en el capítulo de jurisprudencia. Es por eso que siempre deben analizarse rigurosamente los antecedentes de cada caso, porque "*cada historia es única y tiene su propia identidad*"[41].

Este principio se encuentra receptado en el CCyCN, lo podemos encontrar como parte tanto de las disposiciones especiales sobre adopción, como también en las relativas a relaciones de familia, más específicamente en los artículos 595 in. a y 706 in. c. Por su

[40] CSJN, "S., C.", 02/08/2005, LL, 2006- B, 348, LL, 2005-D, 873 y Fallos: 328:2870
[41] "L. M. S. S/ ADOPCIÓN (MENOR: G. B. C.) – Expte. MEX 9420/17 – Juzgado de Menores de Corrientes num. III. 5-ago-2020"

parte, la CDN lo ampara en el ya mencionado artículo 3.1 como así también en el 21: "*Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial*".

- **Derecho a la identidad:** es **"***el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea "uno mismo" y no "otro". Este plexo de características de la personalidad de "cada cual" se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona en su "mismidad", en lo que ella es en cuanto específico ser humano*".[42]
    - **CCyC:** es uno de los principios generales, ubicado en el artículo 595 in. b.
    - **CDN:** su artículo 8 establece lo siguiente:

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

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

  "*La identidad se va construyendo, no es solamente la identidad de origen. Es por eso que los primeros meses de vida del menor son esenciales*"[43].
- **Derecho a ser oído** (remisión a lo expresado en el capítulo 4).
- **Seguridad jurídica:** de aquellos menores que eventualmente se encuentren en una circunstancia similar. Afortunadamente, no es común que se den casos como los presentados, pero eso no les resta importancia.
- **Derecho a la preservación de los vínculos fraternos** (remisión a lo expresado en el capítulo 4).

**Propuesta**

Habiendo manifestado todo esto, habiendo marcado la importancia de la figura de la familia en la sociedad, la relevancia de la filiación adoptiva para los NNA, y dados los

[42] FERNANDEZ SESSAREGO, C. "*Derecho a la identidad personal*". Buenos Aires, 1992. Astrea, p. 113.

[43] PETTIGIANI, E. – "*Convergencia y Divergencia de Intereses en la Adopción en procura de su Armonización*" Ciclo de Conferencias "Maestros del Derecho" de la Universidad Abierta Interamericana. Buenos Aires, 2013.

argumentos y fundamentos jurídicos a favor de la adopción unipersonal post mortem, es ineludible plantear una muy breve, pero no menor modificación al régimen de adopción argentino.

El artículo 605 del CCyCN establece lo siguiente:

*"**Artículo 605.- Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores**. Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja.*

*En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido".*

Buscando alterar lo menos posible el texto actual de la ley, una posible opción modificatoria de dicho artículo podría ser, en esencia, algo similar a la configurada a continuación (el texto subrayado es el agregado/modificado):

***"Artículo 605.- Fallecimiento de uno de los guardadores**. Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja.*

*Si la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente hubiese sido otorgada a una única persona y esta falleciere antes de que se completase el período legal, el juez puede otorgarle la adopción al guardador fallecido, creando un vínculo con el adoptado, siempre apelando al interés superior del niño.*

*En ambos casos, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido".*

## Conclusión

La sociedad evoluciona constantemente, y las personas cambian junto con ella, generando nuevas discusiones jurídicas. Como hemos tratado, nuestro ordenamiento jurídico no contempla la Adopción Unipersonal Post Mortem que si bien, para fortuna de los menores, no es una situación muy frecuente, no puede ser dejada de lado. Los jueces argentinos ya han sentado un precedente jurisprudencial muy importante al haber fallado a favor de este tipo de adopción, y esperemos pueda servir de referencia a nivel internacional.

Pero, aunque este es un buen inicio, no es suficiente: el Estado debe garantizarle el pleno ejercicio de sus derechos a los menores, mediante la debida protección jurídica a través de las leyes positivas, por lo que es preciso regular esta variante del instituto de filiación, para otorgarles a todos aquellos niños, niñas y adolescentes la seguridad jurídica de que sus derechos e intereses permanecerán como una prioridad. La regulación de la misma sería un avance más en torno a la protección de los derechos de los NNA, misma razón por la cual las leyes respecto a menores se han modificado en oportunidades anteriores.

Los NNA tienen derecho a tener una familia, un hogar, a rodearse de personas que favorezcan e impulsen su pleno desarrollo a nivel emocional, físico, psíquico y humano. También tienen derecho a decidir, en la medida que su madurez lo permita, con quienes quiere crecer, a expresar dónde y con quienes se siente cómodo, determinar a quienes considera su familia. Por lo tanto, si un menor en situación de adoptabilidad, teniendo en cuenta por todo lo que seguramente haya pasado debido a esto; si ha forjado lazos de cariño y afecto con su guardador y pretenso adoptante, en quien recae su sentimiento de pertenencia e identidad, no lo privemos de ser legalmente considerado hijo de aquella persona.

Como ya se ha expresado muchas veces antes, los niños son el futuro de la humanidad, responsabilidad que recae directamente en nosotros los adultos, quienes debemos participar activamente en su protección. Como se mencionó al inicio de este trabajo, el rol de los padres marcará de por vida a los niños. Tal como dijo el Dr. Eduardo Pettigiani, "la maternidad, como la paternidad, deben asumirse con mucho amor y alegría". Entonces, si un adulto y un menor logran integrarse de tal forma que conformen una pequeña familia a pesar de las circunstancias; incluso después de un repentino y

desafortunado fallecimiento del pretenso adoptante, merece la pena que este vínculo perdure.

## GLOSARIO Y ABREVIATURAS

CCyCN: Código Civil y Comercial de la Nación.

CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.

CN: Constitución Nacional.

NNA: niños, niñas y adolescentes.

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida

## BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES

### Fuentes Legislativas

Vigentes

Constitución de la Nación Argentina – Ley N.º 24.430/1994.

Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994.

Convención sobre los Derechos del Niño - Ley N.º 23.849/1990.

Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N.º 26.061/2005.

Ley 25.854 4/12/2003 - Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

Ley Orgánica del Ministerio Público de Entre Ríos N° 9.544/2004

Constitución de la República del Ecuador 2008.

Código de la Niñez y adolescencia - Ley Ecuatoriana N.º 2002-100.

Constitución Política de Colombia 1991. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016.

Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley Colombiana 1098 de 2006.

Código Civil Español.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. España.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. España.

Derogadas

Código Civil de Vélez Sársfield - Ley 340. 25/9/1869.

Ley de Adopción N.º 13.252/1948.

Ley de Adopción N.º 19.134/1971.

Régimen de Adopción Modificatorio del Código Civil - Ley 24.779 28/2/1997

**Fuentes Bibliográficas**

HERRERA, M. – CARAMELO, G. – PICASSO, S. – "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado". Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus 2015.

HERRERA, M. – CARAMELO, G. – PICASSO, S. – "*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*". Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus 2015.

MEDINA, G. – ROVEDA, E. "*Derecho de Familia*" Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2016.

COSTA, J. C. – "*Manual de Derecho Romano Público y Privado"*. Buenos Aires. Lexis Nexis Argentina. 2007.

KEMELMAJER, A.– M. HERRERA. "*Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*". Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2014. Tomo III.

CRUZ CRUZ, J. "Familia, Trabajo y Política en Aristóteles". Madrid, España. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1989. p. 22.

VAZQUEZ, H. "La Adopción en Roma (un acto esencialmente político-religioso)". Jurisprudencia Argentina n° 6107, 1998.

CHECHILE, A. M. "*Derecho de Familia*". Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2015.

FERNANDEZ SESSAREGO, C. "Derecho a la identidad personal". Astrea. Buenos Aires, 1992.

La Biblia. Libro de Éxodo. Versión Reina Valera. Revisión 1960.

**Fuentes de Internet**

PETTIGIANI, Eduardo – "*Convergencia y Divergencia de Intereses en la Adopción en procura de su Armonización*" Ciclo de Conferencias "Maestros del Derecho" de la Universidad Abierta Interamericana. Buenos Aires, 2013. https://uai.edu.ar/facultades/derecho-y-ciencias-pol%C3%ADticas/comprender-el-derecho/maestros-del-derecho/

GUGLIELMINO, Adriana del Carmen – "*La adopción post-mortem unilateral. Análisis sobre la necesidad de una regulación estricta que unifique la diversidad de criterios jurisprudenciales*". Buenos Aires, 2020.

CORRAL TALCIANI, H. "*El nuevo régimen jurídico de la adopción en Chile*" – Revista Chilena de Derecho, ISSN 0716-0747, Vol. 28, N.º 1, 2001, págs. 9-46

https://gradoceroprensa.wordpress.com/2017/12/04/el-pensamiento-politico-de-aristoteles-la-familia/ Consulta: noviembre 2020.

http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/21887/Capitulo1.pdf Consulta: noviembre 2020.

https://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/2889-adopcion-post-mortem-interes-superior-del-nino Consulta: noviembre 2020.

https://www.unoentrerios.com.ar/la-provincia/es-entrerriano-el-primer-caso-adopcion-post-mortem-el-pais-n2552722.html Consulta: noviembre 2020.

https://www.derechoecuador.com/la-adopcion Consulta: enero 2021.

MACHICADO, J. – *"¿Qué Es Un Principio?*", Apuntes Jurídicos™, 2013. http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/principio.html Consulta: noviembre 2020.

BIDART CAMPOS, G. "La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)", en Revista La Ley, p. 4. 1997-F-145.

Adopción por Parte de Padres Solteros. https://www.abogado.com/recursos/adopcion/adopcion-padre-o-madre-soltera.html Consulta: enero 2021.

Evolución y características de las adopciones en la Ciudad de Buenos Aires entre 1981 y 2010. Dirección General de Estadística y Censos. Ministerio de Hacienda, 2012. https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2015/04/ir_2012_490.pdf Consulta: enero 2021.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. https://www.indec.gob.ar/. Consulta: enero 2021.

D.N.R.U.A. Consulta: enero 2021. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estadisticas_pais_al_31_diciembre_2020c_0.pdf

Datos estadísticos D.N.R.U.A. 2019. https://serfamiliaporadopcion.org/noticias/datos-estadistico-d-n-r-u-a/ Consulta: enero 2021.

MAZZEO, V. "*La importancia de las familias monoparentales en Argentina. Diferencias regionales, 1980-2001*". Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, ALAP. Córdoba, 2008. http://www.alapop.org/alap/images/DOCSFINAIS_PDF/ALAP_2008_FINAL_38.pdf Consulta: enero 2021.

CUELLO, E. "*La interpretación del Interés Superior del Niño en los procesos de adopción*". 2018. Trabajo Final, Universidad Siglo 21. https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/15855/CUELLO,%20ELENA.pdf?sequence=1 Consulta: enero 2021.

LANZAVECHIA, G. "*Interés superior del niño en el Código Civil y Comercial de la Nación*". MicroJuris, 2018. http://www.saij.gob.ar/gabriel-lanzavechia-interes-superior-nino-codigo-civil-comercial-nacion-dacf180248-2018-03-16/123456789-0abc-defg8420-81fcanirtcod? Id SAIJ: DACF180248.

RAMOS VIVANCO LIGIA, G. – "*La adopción de niños, niñas con discapacidad como mecanismo de protección de sus derechos en el Ecuador*". Quito, 2018. Trabajo Final, Universidad Central del Ecuador. http://200.12.169.19/bitstream/25000/15134/1/T-UCE-013-AB-254-2018.pdf Consulta: enero 2021.

MARTÍNEZ BRAVO, V. – "*La vulneración de las familias monoparentales en la adopción de niños, niñas y adolescentes en el Ecuador*". Guayaquil, 2019. Trabajo Final, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/13077 Consulta: enero 2021.

Programa de Adopciones de la Dirección de Protección. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/infografia_de_programa_de_adopciones_2_observaciones_finales_002_3.pdf

MOLINER NAVARRO, R. "*Adopción, Familia y Derecho*". España, 2011. Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho versión impresa ISSN 2070-8157. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572012000200007 Consulta: enero 2021.

VALMORISCO, C. "*Perder a tu pareja en el proceso de adopción*". España, 2018. https://www.eldiario.es/nidos/perder-pareja-proceso-adopcion-desamparo_1_2793513.html Consulta: enero 2021.

ÁLVAREZ, P. "*Las adopciones de niños extranjeros se desploman en España en apenas una década*". Ediciones El País S.L. Madrid, 2019. https://elpais.com/sociedad/2019/01/29/actualidad/1548791578_921945.html Consulta: enero 2021.

Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. España, 2017. https://www.mscbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/pdf/Boletinproteccion18provisionalcorrecto.pdf Consulta: enero 2021.

DI NELLA, D. RULLI, M. VERCELLINO, S. – "*Familias Monoparentales y Diversidad Familiar en Río Negro. Un Programa de Investigación y Transferencia para la Construcción de una Agenda Local*". Universidad Nacional de Río Negro. https://rid.unrn.edu.ar/bitstream/20.500.12049/5406/1/10.-Familias-monoparentales-y-diversidad-familiar-en-R%C3%ADo-Negro.-Di-Nella-Rulli-y-Vercellino.pdf Consulta: enero 2021.

ZABALZA, G. – SCHIRO, M. V. – "*Reflexiones Sobre el Derecho a la Identidad en la Adopción y la Procreación Asistida*". Universidad Nacional del Centro. Buenos Aires, 2011. http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/rt/printerFriendly/1386/1600#_ftn1

HERRERA, M. – "*Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas*". InDret, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, 2017.

Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento. https://www.cippec.org/

## ANEXO I

**Sumario**: Revoca una sentencia del TSJ de la provincia de Entre Ríos que había anulado la adopción plena de un menor, declarada luego del fallecimiento de su guardadora en un accidente de tránsito, y la declaratoria de herederos, que había determinado que el niño mencionado era el único sucesor universal de la causante. La Corte Suprema señaló, en su fallo, que "el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño".

**Partes**: M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos.

**POR: CSJN**

**Fecha**: 26/09/2012

**Fallo**: Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de A. M. d. S. en la causa M. d. S., R. Y otra si ordinario si nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos, para decidir sobre su procedencia. Considerando:

l°) Que con fecha 30 de agosto de 2005 se otorgó a M. l. M. d. S., vda. de R., la guarda preadoptiva del menor A. J. R. S. -nacido el 30 de enero de 2003-, quien había permanecido bajo su cuidado y recibido el trato de hijo desde los primeros días de septiembre de 2003, cuando tenía 8 meses de vida. Dicha decisión se fundó no solo en el hecho de que la solicitante había demostrado su solvencia e idoneidad moral, espiritual, afectiva, económica y material, sino también porque el juez entendió que en el hogar provisto por la guardadora se había generado una realidad afectiva producto de una arraigada y consolidada estabilidad familiar.

2°) Que seis meses después de haber sobrevivido a un accidente con una avioneta que cayó en el Río de La Plata y días después de haber aceptado formalmente el cargo de guardadora preadoptante, el 16 de abril de 2006 M. l. M. d. S. falleció como consecuencia de un accidente automovilístico en la localidad de Mar de Ajó, provincia de Buenos Aires, sin que hasta ese momento hubiese promovido el correspondiente juicio de adopción propiamente dicho.

3) Que frente a dicha situación y en a tención al vínculo que se había generado entre la guardadora y el niño, quienes habían convivido por más de dos años y medio, el 3 de mayo de 2006 la Defensora de Pobres y Menores n° 1 de Gualeguaychú, provincia de

Entre Ríos, en ejercicio de la representación promiscua del menor, solicitó como medida autosatisfactiva que se declare a A. J. R. hijo adoptivo de su guardadora fallecida, por ser la medida que mejor contemplaba el interés superior del menor. Dicho planteo tuvo favorable acogida, concediéndose la adopción plena, ordenándose su anotación con el nombre de A. que le había dado la causante desde su temprana edad y por el cual era pública y familiarmente conocido, designándosele además una tutora legal.

4°) Que en forma simultánea, el 4 de mayo de 2006, R. M. d. S. y M. S. E. de M. d. S., padres de M. l., promovieron la sucesión ab intestato de su hija, en la que él niño fue declarado

único heredero el 19 de abril de 2007 (con posterioridad la resolución fue ampliada, nombrándose a M. M. M. d. S., hermana de la causante, heredera instituida según testamento ológrafo declarado válido) .

Cabe destacar que con fecha 26 de abril de 2007, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Entre Ríos confirmó la sentencia de grado que había designado tutora del niño a otra de las hermanas de la causante, M. E. M. d. S., con fundamento en la aludida disposición de última voluntad.

5°) Que ante tal situación, alegando como perjuicio concreto que el menor A. los desplazaba de la línea sucesoria, los progenitores de la causante promovieron acción autónoma de revisión de la cosa juzgada, con el objeto de que se declarara la nulidad de la sentencia de adopción y de la declaratoria de herederos. Invocaron que existían vicios formales y sustanciales que invalidaban los distintos pronunciamientos, tales como la extinción de la guarda preadoptiva por el fallecimiento de la guardadora; la falta de legitimación de la defensora de menores para promover la adopción; la improcedencia del trámite de medida autosatisfactiva acordado a la causa y la incompetencia del juez de familia para decidir sobre dicho aspecto al haberse iniciado la sucesión.

6°) Que contra el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos que, al casar la sentencia de cámara, hizo lugar a la acción planteada y declaró la nulidad de las citadas resoluciones, el señor Defensor General de la provincia de Entre Ríos dedujo el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja. El recurrente sostiene: a) que la promoción de la adopción encontró suficiente respaldo en el imperativo de impedir la frustración de un derecho, supuesto en el cual es necesaria su actuación como representante directo; b) que el fallo es arbitrario al concluir que la sentencia de adopción dictada es incompatible con el mejor interés del menor, pues una familia será digna de protección por parte del Estado cuando sea posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable; el que se debió colocar al niño en el centro

de su protección, dictando un pronunciamiento que resulte armónico con la propia realidad de quien ya está inserto en un grupo familiar y ha desarrollado en él su identidad dinámica; d) que, en el caso, ya se habían verificado los recaudos plenos para la tramitación y culminación de la adopción, que son el estado de adoptabilidad del niño y la idoneidad, la aptitud y el vínculo con M. I.; e) que al decidir como lo hizo, el a quo ha conculcado el derecho de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional pues sí el niño hubiera estado bajo la guarda preadoptiva de un matrimonio y uno de ellos falleciere, el art. 324 del Código Civil autorizaría que sea adoptado por el cónyuge sobreviviente y como hijo del matrimonio, pero tratándose de una guardadora individual que fallece, dicha opción no existiría pese a verificarse la total integración del niño a la familia extensa de ella.

7°) Que por encontrarse comprometidos los intereses de un menor de edad, se dio vista al señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema, quien después de asumir la representación de aquél y de expedirse respecto de la procedencia del remedio federal, solicitó que se revoque la sentencia y se rechace la acción intentada, por entender que la decisión apelada se aparta de las normas aplicables al caso y de la delicada misión que incumbe a los jueces de familia, con la consecuente frustración de los derechos amparados por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, como así también de la Convención sobre los Derechos del Niño.

8°) Que los agravios del apelante han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos fundamentos esta Corte se remite por razón de brevedad.

9°) Que asimismo, corresponde poner de resalto que en un reciente caso en que se alegaba la violación del derecho de protección a la familia de un padre y su hija biológica en un proceso de adopción también tramitado en la provincia de Entre Ríos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia"; que dicho interés superior "...se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y. en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades ... ", y que su determinación "... en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales,

probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño ... " (caso "Forneron e hija vs. Argentina", sentencia del 27 de abril de 2012).

10) Que en dicha causa, la Corte Interamericana también insistió en el reconocimiento del derecho a la identidad, al que conceptualizó como "... el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad... ", destacando la especial importancia que entraña durante la niñez.

11) Que esta Corte Suprema ha señalado que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (conf. Fallos: 328:2870; 331:2047 y causa N.157.XLVI uN.N. 0 U., V. s/ protección de persona", sentencia del 12 de junio de 2012) .

Asimismo, se ha señalado que al considerar y hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (conf. Fallos: 328:2870 y 331:147).

12) Que, en consecuencia, no resulta razonable interpretar que, en el caso, el interés superior del niño se encuentre reflejado en una aplicación literal y dogmática de los preceptos normativos que regirían la materia, que produce como consecuencia -entre otras que no han sido evaluadas par el a quo la desvinculación del menor A. respecto de quien en vida lo cuidó en sus primeros años de existencia generando un vínculo materno-filial, lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener su guarda sino también al designarlo públicamente como "mi hijo" en uno de sus testamentos ológrafos (ver fs. 107 del expte. s/ sucesión ab intestato).

13) Que las circunstancias señaladas bastan para poner de manifiesto que las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto, por lo que corresponde revocar la sentencia apelada (art. 15 de la ley 48).

14) Que no obsta a lo expresado la circunstancia de que el Defensor General de la provincia de Entre Ríos hubiese deducido el recurso de queja por apelación extraordinaria denegada, fuera del plazo establecido por los arts. 282 Y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con más la ampliación del art. 158.

15) Que ello es así, pues dar prioridad al principio de perentoriedad de los plazos no solo resultaría contrario a razones de justicia y equidad que median en el caso, sino que

además significaría frustrar los derechos que se encuentran en juego mediante una decisión excesivamente rigurosa.

16) Que en tal sentido, se ha resuelto que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los tramites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (conf. Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210).

17) Que por último, en cuestiones en que se ven involucrados los derechos de los menores, esta Corte Suprema ha afirmado que resu1ta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos se limitan a decidir prob1emas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (conf. Fallos: 323:91; 328:2870; 331:147 y 2047). Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente la queja, formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Con costas (art. 68 del de la Nación).

Notifíquese.

HIGHTON DE NOLASCO. JUAN CARLOS MAQUEDA

ES COPIA FIEL.

M. 73. XLVII.

RECURSO DE HECHO

M. d. S., R. Y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos.

Recurso de hecho interpuesto por: A. M. d. S., representado por e1 Dr. Maximiliano Francisco Benítez -Defensor General de la Provincia de Entre Ríos-.

Tribunal de origen: Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 31 Secretaría n° 3, Gualeguaychú, Entre Ríos. Juzgado de Familia | Civil y Penal de Menores de Gualeguaychú | Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial y Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, Sala Civil, Comercial y Laboral.

Suprema Corte:

-1-

Contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos que dejó sin efecto la adopción post mortem acogida en las dos instancias anteriores, así como la declaratoria de herederos dictada en su consecuencia, el Defensor General de dicha provincia interpuso recurso extraordinario, cuya denegatoria da lugar a la presente queja (v. fs. 318/330, 338/360 Y 383/386 del expediente n° 581/07).

Para así decidir, la mayoría de la Sala Civil y Comercial de aquel tribunal sostuvo sustancialmente que:- (i) el caso no está legalmente previsto, con lo cual se debe " ... definir el sentido y alcance a dar a la aplicación de la normativa reguladora concebida por el legislador a una situación especial como la de autos teniendo como standard rector la primacía de la preservación del interés del niño ... " (sic; v. fs. 323 supra). (ii) la muerte del único guardador extingue la guarda no sólo por tornarse impracticable su objetivo procesal, así como su propósito en lo que hace a la protección, custodia, educación y contención del niño, que indefectiblemente quedará frustrado. También porque -en tanto presupuesto necesario, aunque no suficiente de la adopción- se ve truncada su razón de ser, ante la imposibilidad jurídica y fáctica de instaurar la acción respectiva, de ejercicio personal, voluntario e indelegable. (iii) el proceso autónomo de adopción no es una mera continuación del trámite -también autónomo- de la guarda preadoptiva. (iv) si bien la solicitud de la guarda preadoptiva haría presumir la futura intención de adoptar, la voluntad y legitimación activa a tal fin no es sustituible (art. 315 del Código Civil), de manera que sin el acto del adoptante cuya función es impulsar el emplazamiento en el estado de familia adoptivo, tal emplazamiento no es viable. (v) el ejercicio de los derechos y obligaciones que conlleva la guarda preadoptiva, es intransmisible. (vi) cuando el deceso del aspirante se produce con anterioridad al inicio de la adopción, el dato antes indicado no puede soslayarse con la intervención del Ministerio Pupilar, que carece de legitimación adoptiva, puesto que dicha legitimación le es atribuida por la ley al adoptante, exclusiva y excluyentemente. (vii) la imprescindible participación en el proceso de adopción y la representación promiscua, en los términos de los arts. 59 y 321 inc. a) del Código Civil, no le confieren legitimación adoptiva a la Defensoría de Menores. (viii) la urgencia provocada por la súbita carencia de representación del menor a raíz de la muerte de la guardadora, no es fundamento válido para la injerencia del Ministerio de la Defensa al amparo de las normas que rigen su función.

(ix) la invocación de este último estatuto es excesiva e irrazonable a todas luces, en tanto se da al art. 40 inc. c) de la ley provincial 9544, una inadmisible extensión que violenta el régimen adoptivo vigente. (x) en los procesos de guarda y adopción el Ministerio Pupilar no es representante legal del adoptando, como tampoco lo son el guardador o el adoptante postulado. (xi) el vicio esencial de falta de legitimación no puede ser subsanado. (xii) aun sorteando el defecto apuntado, la adopción no es compatible con el interés superior del niño, puesto que -por ser material y jurídicamente imposible- no podrá cumplirse el objeto primordial de este arbitrio, cual es la relación afectiva que justifica ese tipo de filiación, y el compromiso legal y moral de cuidado y formación. (xiii) resulta paradójico y contrario a dicha finalidad, que el acto constitutivo de la filiación implique simultáneamente la puesta del menor en desamparo y en estado de adaptabilidad. En ese orden, frente al deceso del adoptante, el legislador no ha seguido los lineamientos diseñados para la filiación biológica -en cuyo ámbito, prevé la designación de tutor- sino que establece específicamente el otorgamiento de una segunda adopción (art. 312 primer párrafo in fine, 377, 38, 389, 392 Y concs. del Código Civil). (xiv) este caso no puede asimilarse al supuesto que contempla el art. 324 del Código Civil -referido a la muerte de uno de los esposos postulantes- pues allí el principal designio del sistema permanece intacto. (xv) también difiere sustancialmente del precedente jurisprudencial que otorgó la adopción post mortem en favor de un aspirante fallecido en el curso del proceso de adopción, dado que allí se había ejercido la acción por la parte legitimada y se trataba de una larga historia vital consolidada con vínculos biológicos compartidos.

En cuanto a la procedencia formal de la apelación, debo decir ante todo que -a mi entender- el Ministerio Público de la Defensa se encuentra habilitado para recurrir la sentencia definitiva, desde que ésta desestimó la legitimación de aquel organismo para entablar la demanda de adopción del niño A. y evaluó el mejor interés de éste en la emergencia de la adopción post mortem.

En este sentido, creo que el arbitrio sustentado a fs. 384 vta. -que apoya la denegatoria de la apelación federal en la ausencia de legitimación adoptiva-, resulta incongruente en tanto que, de seguirse ese temperamento, cualquier sujeto a quien se le rehusara la participación en juicio, se vería apriorísticamente impedido de impugnar su exclusión del proceso.

De igual manera, lo resuelto a fs. 383/386 desconoce expresas directivas legales según las cuales -tal como se explicitará más adelante-, el Ministerio Pupilar es parte esencial en los asuntos que comprometen a menores de edad, llegando a gozar de autonomía de postulación en múltiples situaciones.

Hecha esta aclaración, cabe señalar ahora que si bien el instituto de la adopción refiere -en principio- a preceptos de derecho común, cuya interpretación sería ajena a la actividad revisora extraordinaria de V.E. (art. 15 de la ley 48), pienso que el tribunal superior de la causa ha incurrido en una apreciación rigurosamente literal de los textos legales aplicables, en desmedro del mejor interés del niño consagrado en los arts. 3.1 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), y con la consecuente frustración de los derechos amparados por los arts. 17, 18 Y 19 de la Constitución Nacional. Dicha circunstancia configura, a mi ver, justificación bastante para autorizar la apertura de esta instancia excepcional (arg. Fallos: 308: 1978 y 321 :865).

-IV. En orden al cometido que nos ocupa, juzgo menester tener presentes las líneas interpretativas que pueden extraerse de los precedentes de Fallos:- 308:1978; 321:865; 328:2870; 330:642; 331:147; y S.C. G. N" 617, L. XLIII, "G., M.G. s/protección de persona -causa n° 73.154/05-", del 16 de septiembre de 2008.

A ellas corresponde ceñirse, dándolas aquí por reproducidas, aunque creo de utilidad destacar seguidamente algunos de esos conceptos, en función de las características del debate por el que se me corre vista:-

i.- en el ámbito de los derechos del niño, se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para su protección, que encuentra justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social.

ii.- acorde con la misión específica que les compete en el ámbito del derecho de familia, los jueces no pueden dirimir los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las características del caso. Por ende, para apreciar si corresponde la adopción de un niño, no es posible prescindir del estudio de los antecedentes de la causa.

iii.- los tribunales han de implementar el principio del mejor interés del niño analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias de éste se ven o se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N" 5, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 Y parág. 6 del artículo 44)", 2003, HRI/GEN/1/Rev. 7, parág. 12, p. 365). Aquella regla no atiende exclusivamente a los beneficios en el plano económico, social o moral, sino que impone ponderar las implicancias que la sentencia pueda tener sobre la personalidad en desarrollo.

iv.- la atención central hacia el interés del niño, orienta y condiciona toda solución en materia de menores de edad, de manera que -como órgano supremo de uno de los poderes

del Gobierno Federal- corresponde a esa Corte aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley Fundamental).

v.- la CDN no sólo vuelve sobre dicho interés en repetidas oportunidades (arts. 9.1 y 3, 18, 20.1, 37.c y 40.2.b.iii), sino que lo hace con una muy particular significación en la presente materia: "[I]os Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial" (art. 21).

vi.- en palabras del Comité, ese interés será "la" consideración primordial en la adopción y no sólo "una" consideración primordial (Observación General W 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, CRC/C/GC/7/Rev. 1, párr. 36.b).

vii.- el niño tiene derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial. Ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de la persona menor de edad -como extremo de ponderación ineludible para los jueces- debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia del caso.

viii.- la identidad filiatoria también puede gestarse a través de vínculos consolidados en los primeros años de vida, configurándose alli un dato con contenido axiológico relevante a la hora de evaluar el interés superior del interesado.

ix.- la interpretación de este régimen requiere máxima prudencia en aquellos supuestos no contemplados expresamente, pero tampoco incluidos entre las causales de prohibición. Se torna así aconsejable preferir aquella inteligencia de la ley que no la oponga eventualmente a los textos constitucionales; y, en definitiva, aquella que favorezca la vigencia del instituto y no la que dificulte o entorpezca la jerarquización del vínculo adoptivo y la integración familiar.

x.- el efecto retroactivo de la sentencia constituye un elemento de juicio conducente. Como lo adelanté, es desde este enfoque que habrán de examinarse los dos fundamentos en los que asienta la sentencia apelada (v. asimismo Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos" [2a . edición; OEAlSer.L.N/11.133; Doc. 34, 29/10/2008], cap. 1, parág. 44 [toda decisión debe ser tomada "a la luz del interés más ventajoso para el niño"]).

En cuanto a la incompatibilidad de la adopción con el interés del adoptando -que el fallo presupone-, los jueces entienden que ello es asi por la imposibilidad de cumplimiento de los fines del instituto, idea que correlacionan con el absurdo que -en su parecer- comporta que, dictada la sentencia de adopción, el niño A. quede nuevamente en estado de adaptabilidad, por asi preverlo el art. 312 del Código Civil.

Pienso que esa referencia contrasta marcadamente con el texto y el contexto del precepto citado, que no parece imponer una segunda adopción, sino que deja abierta expresamente la posibilidad de que así ocurra ("se podrá otorgar" [el subrayado me pertenece]), de modo que la adopción sucesiva por quienes no sean cónyuges no está vedada, como si lo está la adopción simultánea.

A mi modo de ver, lo relativo a la frustración del objetivo de este mecanismo legal por muerte de la postulante única, fue abordado con igual dogmatismo. Digo esto porque -allende lo delicado de la adopción póstuma monoparental, en orden al efectivo cumplimiento de las obligaciones que la paternidad conlleva-, lo cierto es que, en el sub lite, los jueces consideraron malogradas a dichas finalidades, sin dar razón de su aserto en función de los factores particulares de la causa.

En este sentido, se abstuvieron inmotivadamente de escuchar personalmente o por otros medios al niño, puesto que no ordenaron una evaluación interdisciplinaria actualizada, pero tampoco tuvieron en cuenta los informes técnicos producidos. Omitieron igualmente estudiar cuál es el vínculo de A. con la figura de quien fue declarada su madre y con la realidad vital en la que ella lo insertó desde sus primeros meses; ni qué lugar ocupa en su vida el grupo con el que reside, que -según la sentencia de adopción- serían sus tíos y primos maternos (v. fs. 257/265 del sucesorio venido en fotocopias); ni, en fin, qué secuelas psicofísicas son esperables en este niño si se dejara sin efecto el estado filiatorio en el que fue emplazado.

De tal suerte, estimo que los genéricos argumentos del tribunal fuerzan los términos del ordenamiento que rige el caso, olvidando que los magistrados -en su arduo oficio- deben desentrañar la significación jurídica de las leyes y superar la rigidez de las pautas gramaticales y, a la vez, abstenerse de toda inteligencia que equivalga a prescindir del régimen aplicable (arg. Fallos: 316:814; 319:2476; 326:1864, por remisión al dictamen de esta Procuración). La búsqueda de ese equilibrio era, en mi opinión, tanto más exigible porque nuestro sistema normativo -bien que no contempla específicamente el supuesto de autos- no repulsa sino que recepta la idea de la adopción post mortem respecto del guardador fallecido (art. 324 del Código Civil), admitiendo también ciertos efectos relacionados con personas muertas, como es la adición del apellido de éstas (arts. 326 y 332).

Dicha circunstancia tiene, en la especie, repercusiones en torno a las aristas constitucionales del problema, puesto que el voto de la mayoría se impuso como premisa cardinal y único enfoque para el análisis, la primacía del interés del niño en las circunstancias específicas de la causa. Asimismo, enfatizó la necesidad de valorar " ...

todos los aspectos de los efectos jurídicos de la decisión y si la preservación de ... [los] derechos fundamentales como lo es el emplazamiento en el seno de una familia, se cumplimenta en el caso ... adecuadamente e identifica con el objetivo de sumar a favor de su crecimiento, desarrollo y felicidad", facetas estas cuya relevancia fundamental en la vida del niño se encargó de subrayar. Sostuvo también que el hecho natural y necesario de adoptar, funciona y se desarrolla antes de que el juez proporcione el instrumento legal que da permanencia y juridicidad a los vínculos engendrados.

Sin embargo, la Corte local no se atuvo al postulado que ella misma se había dado, y ha terminado -en palabras de V. E.- poniendo a la CDN al margen de la solución del sub discussio, desde que -insisto- no hizo aplicación ni consideración concreta de sus pautas, en orden a las condiciones puntuales de este niño (con S.C. G. W 617, L. XLIII, "G., M.G. s/protección de persona -causa n° 73.154/05-", consid. 5°; argo S.C. P. W 140, L. XLIV, "P. de la S., L. del C. c/ P., G.E. s/divorcio y tenencia", consid. 9° y 10°, del 10/8/2010).

-VI. Respecto del restante eje conceptual de la sentencia (esto es, la falta de legitimación del Defensor de Menores para promover la demanda de adopción), creo pertinente recordar los conceptos expuestos por esta Procuración in re S.C. V. W 154, L. XLIV, "Vargas, Moisés Roberto c/ Balut Hermanos S.R.L. s/daños y perjuicios", que VE apreció de conformidad en su fallo fechado el 7 de junio de 2011, reafirmando la doctrina de que el Ministerio Público Pupilar -entre otras y, en lo que aquí nos incumbe- tiene la atribución de entablar cuantas acciones hagan a la defensa de los intereses de los menores de edad; potestad -agrego hoy- que es facultad y deber, y adquiere magnitud singular cuando el niño carece de representación legal.

Estimo, en efecto, que estas nociones resultan -en lo tocante al caso aplicables al problema planteado en sede provincial, desde que aluden a una cláusula básica de la legislación de fondo -como es el art. 59 del Código Civil-, al tiempo que -si bien hacen referencia a una ley nacional- la homóloga local reproduce casi textualmente sus lineamientos (v. art. 40 de la ley entrerriana n° 9.544).

Allí tuve oportunidad de decir que "... los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que los aquellos demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación (v. Fallos: 331 :994 consid. 5°, con cita de Fallos: 312: 1580 y de lo dispuesto concordantemente por los arts. 59, 494 Y sgtes. del Código Civil)."

" ... Profundizando esa idea, en el precedente de Fallos: 331 :994 (consid. 5°), esa Corte ha puesto de resalto que, con la sanción de la ley 24.946, entre los deberes y atribuciones de los defensores públicos de menores e incapaces, se cuenta el de " ... intervenir en los términos del art. 59 del Código Civil, en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores e incapaces, y [entablar en defensa de éstos, las acciones y recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios]; así como el promover o intervenir en cualquier causa y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, cuando carecieren de asistencia o representación legal; [fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos] (art. 25, inc. i; 54, incs. a y c; 55, inc. b y Fallos: 324:245) ... " ( ... v. asimismo dictamen emitido en S.C. R. W 221, L. XLIV in re "Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/daños y perjuicios - ordinario" resuelto de conformidad el 6/7/2010) ...".

" ... y si bien, en esa ocasión, se reiteró la doctrina sentada en Fallos: 320:2762, 324: 151 y 324:253, en el sentido de que la intervención de la Defensoría se caracteriza por ser promiscua y complementaria (en tanto representa al menor en forma conjunta con sus representantes legales, a quienes no sustituye ni reemplaza [v. consid. 6°]); al propio tiempo, se puso de resalto que dicho organismo puede requerir, en su carácter de parte, todas las medidas conducentes para la mejor defensa de la persona y bienes de los incapaces. Desde ese ángulo, se enfatizó que la función atribuida por el art. 59 del Código Civil y la ley 24.946, es de orden público y" ... no se limita a una simple ratificación de lo actuado por los representantes necesarios, sino que sus atribuciones se extienden a entablar todas las acciones y recursos necesarios en resguardo del interés de sus representados ... "

" ... Por otro lado, en Fallos: 323:1250 (consid. 13 y 14), V.E. hizo mérito de la nota del codificador al art. 58 del Código Civil, para remarcar el alto cometido que la ley ha asignado al Ministerio Pupilar y valorizar su función institucional, adoptando una postura contraria al menoscabo de los derechos de los herederos menores cuyos intereses no fueron defendidos con el celo necesario por sus diversos representantes (v. asimismo, en lo pertinente, Falios: 305:1945; 320:1291; 325:1347; 330:4498; S.C. C. N" 1096, L. XLIII, "Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ANSeS s/daños y perjuicíos" del 19/5/2009; y S.C. R. N" 221, L. XLIV, "Rivera, Rosa Patricia -en nombre y

representación de sus hijos menores- e/Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. Del Ejército Arg. s/daños y perjuicios", del 6/7/2010) ... ".

La reseña que antecede, me lleva a concluir que el tribunal local se ha apartado inmotivada mente de la doctrina de esa Corte. en ese sentido, es sabido que -aun cuando los pronunciamientos de V.E. sólo resuelven los juicios que le son sometidos y no obligan en casos análogos- los jueces deberían sujetar sus decisiones a esa jurisprudencia o justificar la falta de conformidad (Fallos: 329:4931; 330:704 y 4040; Y 332:616, entre muchos otros).

Advierto aquí la seriedad que reviste la discordancia apuntada, dado que por esa vía ha venido a consagrarse la pérdida de derechos personales y patrimoniales en cabeza del niño, consecuencia que exigía, de suyo, extremar la prudencia en el análisis de los componentes fácticos' y jurídicos de la cuestión (arg. Fallos: 308: 1978, por remisión al dictamen de esta Procuración).

Por lo demás, no obstante que el trámite de guarda no necesariamente continúa y culmina con la adopción, su íntima conexión resulta obvia, desde que la primera constituye una etapa introductoria de la segunda (arg. s.e. G. N° 617; L. XLIII; in re "G., M.G. s/protección de persona - causa n° 73.154/05", fechado 16 de septiembre de 2008). En este punto, el razonamiento de los jueces no da cuenta de que el legislador regula a ambos tramos del tracto adoptivo en un mismo capítulo; retrotrae los efectos de la respectiva sentencia a la fecha de otorgamiento de la guarda (art. 322); y, en el inc. "c" de su art. 317, califica al postulante a guardador preadoptivo como "adoptante". -VII. Más allá de advertir que los jueces omitieron estudiar los argumentos planteados a fs. 263 vta. y 275 vta. del expediente n° 581/07 (referidos, de una parte, a la idoneidad de la acción autónoma de nulidad como vía para impugnar la valoración de los hechos o la interpretación del derecho; y, de otra, a la existencia de un error de hecho en la plataforma fáctica que dio origen al pronunciamiento atacado mediante dicha acción, como condición que delimitaría, sine qua non, su procedencia formal; puntos estos que merecían respuesta, sobre todo -al par de tratarse de aspectos técnicamente atinentes- frente al impacto que la solución jurisdiccional puede tener en la vida de una persona en plena formación), en el contexto que vengo describiendo creo que, en definitiva, la sentencia incurre en dogmatismo cuando -valiéndose únicamente de óbices formales- desconoce la posibilidad de que el Defensor de Menores pueda impulsar -en beneficio de A- la continuación de los procedimientos iniciados por la guardadora fallecida, con la explícita pretensión de adoptarlo.

Y, al propio tiempo, olvida la directiva central de la CON, plasmada especialmente en sus arts. 3 y 21. Así lo dígo, porque -reitero- en el fallo no se sopesan en ningún momento los datos específicos del caso donde -además de los elementos ya ponderados-, tenemos que:- (i) la occisa había pedido y obtenido la guarda con miras a adopción; (ii) en ese marco judicial -y en los términos de lo decidido a fs. 94 vta. ap. 1) del expediente n° 2963, de los que la Corte local no se hizo cargo- había tenido al pequeño a su cuidado por un periodo mayor al de seis meses requerido por el art. 316 del Cód. Civil; (iii) habría trabado con él un lazo a nivel materno-filial, que fue evaluado como tal y positivamente por los especialistas; (iv) existió una voluntad adoptiva vastamente manifestada y ratificada en juicio por la guardadora, quien además -según la documental agregada a fs. 107 del sucesorio [de la que la aclara se hace eco a fs. 371 segundo párrafo del exp. n° 581/2007]-, habría designado públicamente a A. como "mi hijo". Estimo que, aun al decidir aristas procesales del asunto -que, por cierto, no escapan a la perspectiva hermenéutica de las cláusulas convencionales citadas-, era menester que el tribunal estudiara escrupulosamente todos esos aspectos, no en función -desde luego- de los méritos de la custodia ejercida en el pasado por una persona muerta, sino en pos de establecer la significación que para A. ha tenido esa vivencia -estable y referida a años fundacionales de su existencia-, así como las repercusiones personales, sociales y patrimoniales que, en esta emergencia singular, podrían sobrevenir para el infante a partir de la abrupta interrupción de las actuaciones producida -bueno es advertirlo- por circunstancias insalvables y ajenas a los dos protagonistas de esta relación humana cuya consagración jurisdiccional dio origen al pleito.

-VIII. En tales condiciones, y dadas las peculiaridades del caso. aconsejo que se haga lugar a la queja, se declare procedente el recurso extraordinario interpuesto y se revoque la sentencia apelada.

Buenos Aires, de abril de 2012.

## ANEXO II

***"L. M. S. S/ ADOPCIÓN (MENOR: G. B. C.) – Expte. MEX 9420/17 – Juzgado de Menores de Corrientes num. III. 5-ago-2020Partes: L. M. S. s/ adopción (menor: G. B. C.)***

Cita: MJ-JU-M-126935-AR | MJJ126935 | MJJ126935

Adopción unipersonal post-mortem: procedencia del otorgamiento de la adopción plena del adolescente a la pretensa adoptante fallecida durante el proceso, por prevalecer el principio de realidad familiar, al haberse probado que aquél se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros meses de vida.

**Sumario**:

1.-Corresponde otorgar la adopción plena del adolescente a la pretensa adoptante fallecida durante el proceso, al haberse probado que aquél se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros meses de vida, prevaleciendo el principio de realidad familiar, la preservación de los vínculos fraternos, como así también el derecho a la identidad en sus distintas fases (estática y dinámica); así como el superior interés de la persona menor de edad, el principio de tutela judicial efectiva y de no discriminación.

2.-No reconocer el vínculo afectivo forjado durante tanto tiempo entre la persona menor de edad y la persona que en vida fuera su pretensa adoptante por el hecho de encontrarse hoy fallecida implica a todas luces excluir a la socioafectividad como constructor de filiaciones (elemento éste ineludible a las filiaciones que tienen como fuente a la adopción y a las técnicas de reproducción humana asistida) y desconocer un principio básico y elemental como lo es el principio de realidad familiar.

3.-Si bien la abogada patrocinante de la pretensa adoptante fallecida no requirió el dictado de la sentencia constitutiva de estado filial luego de la defunción de la accionante, en virtud del principio de oficiosidad (art. 706 y 709 del CCivCom.) que rige todos los procesos de familia, el reconocimiento de aquél auténtico vinculo filial generado durante tanto tiempo merece admitirse y; consecuentemente debe ser registrado; todo ello pese al fallecimiento de la interesada, pues considerando el transcurso del tiempo como forjador de vínculos, cabe sostener que el menor también es parte interesada en la relación creada y hoy extinta, pero no por ello categorizada como de menor rango o de menor envergadura.

4.-Procede la adopción unipersonal post-mortem, pues imaginando que la persona que en vida fuera la pretensa adoptante -antes de fallecer- hubiera estado casada o en una unión

convivencial (es decir, el proceso adoptivo hubiera sido peticionado por un matrimonio o dos integrantes de una unión convivencial); al momento de su deceso el proceso adoptivo hubiera continuado con su cónyuge o conviviente y el juez hubiera otorgado la adopción al sobreviniente y generado vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja (art. 605 del CCivCom.).

5.-Negar a las familias monoparentales una idéntica respuesta a la que reza el art. 605 del CCivCom. para las personas casadas o en unión convivencial implica discriminar.

6.-La voluntad adoptiva de la persona que en vida fuera la pretensa adoptante se desprende del escrito postulario, a través del cual oportunamente peticionó la adopción plena del adolescente, de quien ya tenía otorgada hace muchos años la guarda judicial.

7.-El art. 617 del CCivCom. en su último inciso establece que el expediente será reservado y las audiencias privadas, todo lo cual implica que el actual sistema de adopción que involucra la filiación adoptiva desde que se inicia el proceso con la familia de origen y hasta que culmina con la adopción propiamente dicha se caracteriza por propender a la absoluta participación de todos los involucrados, por haber abierto puertas para que ingresen quienes revistan importancia en la vida de la persona menor de edad; de modo que la finalidad no es ocultar el origen sino que apunta a evitar prudentemente que se ventilen en ámbitos públicos situaciones vinculadas con la intimidad familiar y personal.

8.-La historia vital del adolescente rememorada a través de sus manifestaciones da cuenta de una existencia envuelta por el abandono materno y que, no obstante haber mantenido un trato asiduo con su progenitor biológico, ha optado por ser adoptado de manera plena por la persona que en vida le prodigó trato y cuidado inherente a la de un hijo; dichas expresiones crean la más íntima convicción de que la adopción plena es la que mejor se condice con la realidad circundante del adolescente.

9.-De las constancias de la causa surge que la persona que en vida fuera la pretensa adoptante no solicitó modificar el prenombre del adoptado, lo cual atendiendo a la edad del adolescente y a sus propias manifestaciones (quien siempre se identificó con el nombre que posee), cercenan la cuestión en torno a la inmutabilidad del prenombre de origen del pretenso adoptado.

**Fallo**:

Corrientes, 05 de agosto de 2020.

AUTOS Y VISTOS: Estos obrados «L. M. S. S/ ADOPCIÓN (MENOR: G. B. C.) – Expte. MEX 9420/17 RESULTA:

Que, a fs. 1/2 la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L. con el patrocinio letrado de la Dra. Pura Cristina Gauna promueve Juicio de Adopción Plena del adolescente B. C. G.

Explica que mediante Resolución N° 472 de fecha 11/10/2013 el Juzgado de Familia N° 1 en los autos «L. M. S. S/ GUARDA PREADOPTIVA», Expte. N° 53865/10 declaró el estado de desamparo y de adoptabilidad del entonces niño B. C. G., otorgándosele a la accionante su guarda preadoptiva. Narra que el niño es hijo biológico de la persona que en vida fuera su conviviente, el Sr. C. G. y de la Sra. Payano, quien lo abandonó al niño haciendo entrega de él, no realizando reclamos de ninguna naturaleza.

Explica que con anterioridad el Juzgado en mención le otorgó la guarda judicial del niño en los autos «L. M. S. S/ GUARDA JUDICIAL», Expte. N° 36.592. Expone que en dichas actuaciones los padres biológicos del niño prestaron conformidad a la guarda por ella solicitada.

Comenta que se encuentra debidamente inscripta en el Registro Único de Adoptantes bajo el N° de Legajo 922 y que ha demostrado desde que tuvo al niño en guarda de hecho sus aptitudes maternales, encontrándose en condiciones morales, materiales y espirituales para seguir brindando todo el amor y el cariño para su formación integral en forma plena. Explica además que el niño se ha integrado a la familia extensa, recibiendo todo el amor y todo el cariño de la adulta y sus hijos. Informa que el niño en la actualidad concurre a la Escuela Normal «Juan Pujol» de esta ciudad, siendo un excelente alumno.

Ofrece pruebas y peticiona se tenga por promovido juicio de adopción plena del menor B. C. G. por parte de la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L.

Que, a fs.3/12 adjunta copias simples de Resolución N° 472 de fecha 11/10/2013 del Juzgado de Familia N° 1, Dictamen N° 761 de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 1, Acta de Nacimiento y de Reconocimiento del adolescente B. C. G.

Que, a fs. 13 se agrega Tasa de Colegiación y de Aporte al IOSAP.

Que, a fs. 14 mediante Auto N° 642 de fecha 09/03/2017 se tiene a la Sra. M. S. L. por presentada con patrocinio letrado de la Dra. Pura Cristina Gauna. Por denunciado domicilio real y constituido el legal. Por cumplimentado con lo dispuesto por el art. 89 del RIAJ (denuncia CUIL/CUIT propio y de los patrocinantes). Se tiene por acompañada documental. Se da intervención a la Sra. Asesora de Menores e Incapaces en turno. Se dispone librar Oficio al Cuerpo de Trabajadores Sociales Forenses a los efectos de efectuar un informe socioambiental en el domicilio donde reside la persona menor de edad. Asimismo, se dispone librar Oficio al Cuerpo de Psicología Forense. Por último se le hace saber a la peticionante que deberá acompañar el Registro actualizado de su inscripción ante el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (RUAGA) y que deberá adjuntar copia certificada de la Resolución de guarda preadoptiva N° 472 dictada en el Expte. N° 53865/10 tramitado ante el Juzgado de Familia N° 1 de esta

ciudad, debiendo además denunciar el nombre de los progenitores del menor que pretende adoptar.

Que, a fs. 21 el Cuerpo de Psicología Forense otorga turno de entrevista psicológica para la Sra. M. S. L., el cual es notificado telefónicamente conforme certificación actuarial de fs. 22.

Que, a fs. 24, la Sra. L. denuncia los nombres de los progenitores biológicos del pretenso adoptado y solicita se libre Oficio al Juzgado de Familia N° 1 a los fines de que remita el Expte. N° 53.865/10 «L. M. S.S/ GUARDA PREADOPTIVA» a los fines de su agregación en estos autos, en donde además consta los Edictos citatorios para la progenitora del niño y se encuentra agregado por cuerda el Legajo del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos.

Que, a fs. 25/28 se glosa informe socio ambiental con sondeo vecinal realizado en el domicilio donde reside el pretenso adoptado junto a la pretensa adoptante y su grupo familiar.

Que a fs. 27/28 se agrega informe de evaluación psicológica realizada a la Sra. L. y a B. C. G.

Que, a fs. 29 mediante Auto N° 1693 de fecha 01/06/2017 se dispone librar Oficio al Juzgado de Familia N° 1 a los efectos de solicitar el Expte. N° 53.865/10 «L. M. S. S/ GUARDA PREADOPTIVA» y el Expte. N° 36592 «L. MARI AS. S/ GUARDA JUDICIAL», y Legajo de Inscripción N° 920 del RUA Ctes., que se encuentra reservado en Secretaría de dicho Juzgado. Asimismo, se dispuso librar Oficio al Hospital de Salud Mental «San Francisco de Asís» a fin de que otorguen turno para que B. C. inicie tratamiento psicoterapéutico. Además, se dispuso librar Oficio al Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos a los fines de comunicar el inicio de la presente causa (art. 4 ley 5521). Por último, se corrió vista a la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 1 quien intervino en representación del niño B. C. G. en los autos ut-supra referenciados.

Que, a fs. 35/36 la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 1 mediante Dictamen N° 687 toma formal intervención conforme lo prescribe el art. 103 del CCyC y art. 39 del Dec. Ley 21/00 por C. B. G.

Que, a fs. 46/47 el Hospital de Salud Mental «San Francisco de Asís» otorga turno de entrevista psicológica para el niño B. C. G.

Que, a fs.49 obra agregado Memorándum de Citación N° 700 a efectos de notificar el turno de entrevista psicológica otorgado por el Hospital de Salud Mental «San Francisco de Asís».

Que, a fs. 50/53 consta agregado Memorándum de Citación N° 700 con informe de comisionado.

Que, a fs. 54 mediante Auto N° 4201 de fecha 14/11/2017 se libra Oficio al Cuerpo de Trabajadores Sociales Forenses y nuevo Oficio al Hospital de Salud Mental «San Francisco de Asís» a los mismos fines y efectos que el anterior.

Que, a fs. 57 el Hospital de Salud Mental «San Francisco de Asís» otorga turno de entrevista psicológica para el niño B. C. G.

Que, a fs. 60 obra agregado Memorándum de Citación N° 09 a efectos de notificar el turno de entrevista psicológica otorgado por el Hospital de Salud Mental «San Francisco de Asís».

Que, a fs. 61/64 se agrega Memorándum de Citación N° 09 debidamente diligenciado.

Que, a fs. 65 mediante Auto N° 458 de fecha 16/02/2018 se dispone librar Oficio con habilitación de días y horas inhábiles al Hospital de Salud Mental «San Francisco de Asís» a los fines de que informen la asistencia de B. C. G. a entrevista psicológica, debiendo en caso afirmativo, remitir informe en relación a la entrevista llevada a cabo, comunicando además sobre la evolución, diagnóstico y tratamiento. Caso contrario, se requirió el otorgamiento de nuevo turno. Asimismo, se dispuso proceder a la devolución de las actuaciones «L. M. S. S/ GUARDA JUDICIAL», Expte. 53.865/10 (un Cuerpo en 198 fs.), «L. M. S. S/ GUARDA», Expte. N° C05 36.592/05 (un Cuerpo en 142 fs.) y Legajo N° 922 en 14 fs., librándose Oficio a los fines dispuestos.

Que, a fs. 70/73 obra agregado nuevo Informe Socio ambiental practicado en la residencia donde reside el pretenso adoptado.

Que, a fs.77/78 el Hospital de Salud Mental «San Francisco de Asís» otorga turno de entrevista psicológica para el niño B. C. G.

Que, a fs. 79/109 se agregan copias certificadas del Expediente N° 53865/10 «L. M. S. S/ GUARDA JUDICIAL», consistente en escrito de promoción de guarda preadoptiva, partida de nacimiento de la Sra. C. B. P., Partida de Nacimiento de la Sra. M. S. L., Partida de Nacimiento del Sr. C. G., Partida de Nacimiento de B. C. G. y Acta de Reconocimiento, D.N.I. del Sr. C. G., D.N.I. de la Sra. M. S. L., Resolución N° 41 de fecha 11/04/2007 en los Autos «L. M. S. S/ GUARDA», C05 36592/5, cedula de notificación a la Sra. C. B. P. sin diligenciar y cédula de notificación al Sr. C. G. debidamente diligenciada, escrito de promoción de guarda preadoptiva, D.N.I. de B. C. G., Partida de Nacimiento de la Sra. M. S. L., Partida de Nacimiento de B. C. G. y Acta de Reconocimiento, publicaciones en el Boletín Oficial de fechas 06/12/2010, 07/12/2010, 09/12/2010 y escrito de presentación de Edictos, Dictamen N° 875 de la Sra.

Asesora de Menores e Incapaces N° 1, Audiencia informativa de fecha 21/03/2013 a la que compareció el niño B. C. G., Dictamen N° 122 de la Asesoría de Menores e Incapaces N° 1, Resolución N° 472 del 11 de octubre de 2013, escrito de interposición de recurso de apelación interpuesto por la pretensa adoptante, contestación de traslado de la Sra. Defensora de Pobres y Ausentes N° 2, cédula de notificación al Sr. C. G., Dictamen N° 761 de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 1.

Que, a fs. 110 mediante Auto N° 2172 de fecha 12/06/2018 se fija Audiencia para la pretensa adoptante y el pretenso adoptado a efectos de darles lectura respecto del informe psicológico obrante a fs. 27.Asimismo, se dispone librar oficio al Cuerpo de Trabajadores Sociales Forenses a efectos de realizar un amplio informe socio ambiental en el domicilio de la pretensa adoptante, específicamente a efectos de indagar si el adolescente mantiene actualmente algún vínculo con la familia de origen y/o cualquier dato que pueda resultar de interés para la presente causa.

Que, a fs. 112 consta Acta de Audiencia Informativa a la que compareció la pretensa adoptante.

Que, a fs. 113 consta Acta de Audiencia Informativa a la que compareció la pretensa adoptante y el pretenso adoptado.

Que, a fs. 114 consta Acta de Audiencia Informativa a la que compareció nuevamente la pretensa adoptante.

Que, a fs. 118/119 consta Cédula de Notificación dirigida a la persona que en vida fuera la Sra. L. debidamente diligenciada.

Que, a fs. 120/123 consta Informe Socio ambiental realizado en el domicilio de la pretensa adoptante.

Que, a fs. 124 mediante Auto N° 3881 se intima a las partes a la presentación de Partidas de Nacimientos originales o copias legalizadas expedidas por el Registro Provincial de las Personas de Corrientes tanto del pretenso adoptado como de la pretensa adoptante. Asimismo, se dispone librar nuevo Oficio al Juzgado de Familia N° 1 a efectos de solicitar nuevamente que prestando su valiosa colaboración procedan al envío «ad effectum videndi» de los autos «L. M. S. S/ GUARDA PREADOPTIVA», Expte. N° 53865/10 como así también Legajo de Aspirantes a Guarda con fines adoptivos que se encuentra reservado en Secretaría de dicho Juzgado.

Que, a fs. 125/128 obra Dictamen N° 1673 de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 1.

Que, a fs. 133/135 consta Oficio N° 4652 dirigido al Juzgado de Familia N° 1 con constancia de recepción.

Que, a fs. 137/140 obra Informe del Juzgado de Familia N° 1 acompañando los autos requeridos y solicitando se aclare el número de Legajo por no corresponder a esos autos.

Que, a fs.141 mediante Auto N° 85 de fecha 05/02/2018 se dispone librar nuevo Oficio al Juzgado de Familia N° 1 a efectos de solicitar nuevamente que prestando su valiosa colaboración procedan al envío «ad effectum videndi» del Legajo de Inscripción N° 922 que según certificación obrante a fs. 200 de los autos remitidos se encuentra reservado en Secretaría de dicho Juzgado. Asimismo, se libra Oficio a la mencionada Magistratura a los fines de la devolución de los autos oportunamente suministrados.

Que, a fs. 145 mediante Auto N° 3163 de fecha 14/08/2019, en virtud de facultades otorgadas a la suscripta por los arts. 709 y cc. del CCyC de la Nación, se dispone librar Oficio al Cuerpo de Trabajadores Sociales Forenses a efectos de realizar un amplio informe socio ambiental en el domicilio de la pretensa adoptante.

Que, a fs. 147/150 consta Informe socio ambiental realizado en el domicilio de la persona que en vida fuera la pretensa adoptante, el cual comunica el deceso de la mencionada.

Que, a fs. 151 mediante Auto N° 4382 de fecha 17/10/2019 en virtud de lo informado por la pericia social, y previendo el impulso procesal a cargo de esta Judicatura conforme lo establece el art. 709 del CCyC de la Nación, se dispone fijar fecha de audiencia informativa con el pretenso adoptante en compañía de su hermana, la Sra. M. C. G.

Que, a fs. 153/157 consta Memorándum de Citación N° 1281 adjuntando informe policial.

Que a fs. 158 mediante auto N° 4814 de fecha 15/11/2019 se dispone fijar nueva fecha de audiencia informativa con el pretenso adoptante en compañía de su hermana, la Sra. M. C. G.

Que, a fs. 160/161 consta agregado copias certificadas de D.N.I. de la Sra. M. C. G. y del adolescente C. B. G.

Que, a fs. 162 se agrega Acta de Audiencia Informativa a la que asistieron la Sra. G. y el pretenso adoptado. En el mismo acto se dispone fijar fecha de Audiencia Informativa para el Sr. William David G.a efectos de mantener un contacto personal y directo con el mismo conforme lo estatuye la norma del art. 598 del CCyC de la Nación.

Que, a fs. 164/168 consta Memorándum de Citación N° 1425 debidamente diligenciado.

Que, a fs. 169/170 consta agregado copia simple de Informe de Baja de Afiliado de la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L. como así también Acta de Defunción de la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L. expedida por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Corrientes.

Que, a fs.171 consta agregado copia certificada de D.N.I. del Sr. William David G., hermano del pretenso adoptado.

Que, a fs. 172 consta Acta de Audiencia de Informativa a la que asistió el Sr. William David G. En el mismo Acto se dispuso llamar autos para sentencia.

Que, a fs. 174 mediante Auto N° 1380 de fecha 01/06/2020 a fin de evitar nulidades futuras se dispuso interrumpir el llamamiento de autos para sentencia atento las previsiones del art. 598 del CCyC de la Nación y constatar la relación jurídica existente entre la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L. y los Sres. Ramón Dionisio García y Rosa Sandra García , quienes según las constataciones sociales realizadas en el domicilio familiar forman parte integrante del mismo.

A esos fines, se dispuso librar Oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la provincia de Corrientes a efectos de que se sirvan elevar a esta Judicatura Partidas de Nacimientos del Sr. RAMON DIONISIO GARCIA, D.N.I. N° 34.175.273, quien presuntivamente nació en Corrientes en fecha 3/06/1989 y de la Sra. ROSA SANDRA GARCIA, D.N.I. N° 36.318.036, quien presuntivamente nació en Corrientes en fecha 14/08/1992, informando además si ambos adultos han sido adoptados por la Sra. que en vida fuera M. S. L., D.N.I.N° x.xxx.xxx, remitiendo -de existir y ser posible- información relativa al juzgado interviniente, sentencia y fecha de la misma.

Asimismo, se dispuso por Secretaría entablar comunicación telefónica con la Sra. M. C. G., D.N.I. N° x.xxx.xxx o con el Sr. WILLIAM DAVID G., D.N.I. N° 30.518.051, a efectos de que prestando su colaboración, informe si existe efectivamente sentencia de adopción otorgada a la Sra. que en vida fuera M. S. L. de los Sres. RAMON DIONISIO GARCIA, D.N.I. N° 34.175.273 y ROSA SANDRA GARCIA, D.N.I. N° 36.318.036, todo ello de conformidad con los lineamientos estabelecidos por el Superior Tribunal de Justicia, el cual habilitó comunicación mediante uso de médios telemáticos y electrónicos conforme «Marco Regulatorio de Emergencia General (MREG)» aprobado por Acuerdo Extraordinario N° 9/20 (pto. QUINTO) y de acuerdo a las medidas, pautas y directrices establecidas por Acdo. Extraordinario N° 10/20 y Acdo. Extraordinario N° 11/20.

Por último, se dispuso correr vista a la Sra. Asesora de Menores e Incapaces a efectos de que, atento al principio de realidad familiar, interés superior del niño, tutela judicial efectiva, no discriminación y el derecho a la identidad, esta Judicatura expida oficiosamente (art. 706 y 709 del CCyC de la Nación) sentencia de adopción post mortem del adolescente B. C. G.

Que, a fs. 176 obra certificación de comunicación telefónica entablada con la Sra. M. C. G. quien manifestó que no existe Sentencia de Adopción en relación a los Sres. García con a la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L.

Que, a fs. 177/180 consta glosado Dictamen N° 628 de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 1.

Que, a fs.182 mediante auto N° 2179 de fecha 21/07/2020 se dispone librar oficio reiteratorio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la provincia de Corrientes a los mismos fines y efectos que el dispuesto por Auto N° 1380 de fecha 01/06/2020 obrante a fs. 174.

Que, a fs. 184/187 consta Dictamen N° 889 de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces N° 1 el cual se encuentra en archivo de Tribunales desde el año 2011.

A fines ilustrativos, acompaña copia extraída del sistema IURIX de Sentencia del año 2009 recaída en los autos «L. M. S. C/ TUTELA», Expte. EXP 6773/7 que tramitó ante el Juzgado de Familia N° 1 en virtud de la cual se otorga la tutela de la niña Camila Ayelén de Jesús García, D.N.I. N° 47.615.539 a favor de la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L. a efectos de asistir y mantener a la misma en su crianza, educación, alimentación y cuidado. Asimismo, informa que ante el Juzgado de Menores N° 1 tramitó la causa «GARCIA RAMON DIONISIO Y ROSA SANDRA S/ SITUACION», Expte. N° 1897/94 -que actualmente se encuentra en Archivo de Tribunales- en la cual -según constancias del sistema- obran agregadas partidas de nacimiento de Ramón Dionisio y Rosa Sandra García; en virtud de lo cual entiende que no habrían actuaciones judiciales en las que se acredite la guarda y/o la adopción de las mencionadas personas, siendo ello coincidente con las manifestaciones de la Sra. M. C. G., dado lo cual entiende conveniente prescindir del informe del Registro Provincial de las personas y no supeditar el dictado de la sentencia en estos obrados a la espera de contar con las partidas de nacimiento de los Sres. García.

Que, a fs. 188 obra certificación que da cuenta la presentación espontánea en fecha 23/07/2020 ante estos Estrados Judiciales de la Sra. M. C.G., exponiendo intenciones de percibir -en nombre del adolescente- la pensión de la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L., como así también incluirlo en la obra social. Informó que el Instituto de Previsión Social de la Provincia (I.P.S.) requirió a la nombrada el instrumento legal que demuestre el emplazamiento filiatorio a los fines de poder viabilizar la pensión.

Que, a fs.189 mediante Auto N° 2180 de fecha 21/07/2020 se dispuso llamar autos para sentencia.

**Y CONSIDERANDO**:

I.- Que, la suscripta es competente para entender en el presente proceso. El artículo 615 del CCyC de la Nación estatuye que en el juicio de adopción «Es juez competente el que otorgó la guarda con fines de adopción [.]» y, si bien ésta Magistrada no otorgó la Guarda

con fines de Adopción del adolescente de autos; ello sobrevino como consecuencia de la reforma material de los Juzgados de Familia y de Menores dispuesta por Acuerdo 19/15, pto. UNDECIMO del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, el cual en su parte pertinente establece que los Juzgados de Menores tienen competencia material en los siguientes asuntos: «[.] Determinar la competencia material de los Juzgados de Menores de la ciudad de Corrientes en los siguientes temas: a) Declaración judicial de la situación de adoptabilidad. b) Guarda con fines de adopción. c) Juicio de adopción [.]».

II- Antes de realizar un análisis minucioso de las normas que conforman el plexo normativo en el campo adoptivo, creo imperioso ponderar los antecedentes de la causa y el escenario situacional ante el cual nos encontramos.

El Juzgado de Familia N° 1 de esta ciudad en los autos «L. M. S. S/ GUARDA JUDICIAL», Expte. EXP 53865/10 mediante Sentencia N° 472 de fecha 11/10/2013 declaró el estado de desamparo y de adoptabilidad del -entonces- niño B. C. G., D.N.I. N° xx.xxx.xxx y, asimismo otorgó su guarda preadoptiva a la persona que en vida fuera Sra. M. S. L., D.N.I.N° x.xxx.xxx.

Que, a raíz del cambio de competencia material establecida por Acdo. 19/15, pto. UNDECIMO del Máximo Tribunal provincial referencio ut-supra, la persona que en vida fuera la pretensa adoptante con el patrocinio letrado de la Dra. Pura Cristina Gauna inició ante estos Estrados Judiciales en fecha 16/02/2017 el proceso de Adopción del niño de referencia.

Si bien, de las constancias de la causa surge que la persona que en vida fuera la pretensa adoptante cumple con la edad, las condiciones personales y de idoneidad; las cuales resultaron favorables (conforme valoración de las medidas probatorias dispuestas oficiosamente por esta Judicatura) y a las cuales me referiré con posterioridad; durante la tramitación del proceso aconteció un hecho inesperado: el fallecimiento de la persona que en vida fuera la pretensa adoptante.

En razón del inopinado y luctuoso suceso, valorando que el -hoy- adolescente se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros meses de vida, prevaleciendo el principio de realidad familiar de B. C., la preservación de los vínculos fraternos, como así también el derecho a la identidad en sus distintas fases (estática y dinámica); en uso del principio de oficiosidad que rige el Fuero (arts. 706 y 709 del CCyC de la Nación), esta Judicatura debe expedirse sobre la pretensión inicial de la accionante a fin de dar una respuesta jurisdiccional a la situación devenida y; de este modo prevalecer el superior interés de la persona menor de edad, el principio de tutela judicial efectiva y de no discriminación. Paso a explicar.

Pues bien; de las copias agregadas en autos (fs. 3/12 y 79/109), más específicamente copias certificadas de Sentencia N° 472 de fecha 11/10/2013 dispuesta en los autos «L. M. S. S/ GUARDA JUDICIAL», Expte. EXP 53865/10 y Resolución N° 41 de fecha 11/04/2007 en los autos «L. M. S. S/ GUARDA», Expte. C05 36592/5; ambos tramitados ante el Juzgado de Familia N° 1 surge que B. C. G.es hijo biológico del ex conviviente de la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L., Sr. C. G., D.N.I. N° xx.xxx.xxx y de la Sra. C. B. P., D.N.I. N° xx.xxx.xxx.

De las constancias referenciadas emana también que la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L. -previo al nacimiento del hoy pretenso adoptado- había procreado dos hijos en común con el Sr. C. G.: los Sres. M. C. G., D.N.I. N° x.xxx.xxx y WILLIAM DAVID G., D.N.I. N° 30.518.051(hermanos por línea paterna de B. C.).

Asimismo se desprende que, en razón de motivos laborales y carencias económicas, la Sra. Payano delegó -de hecho- el cuidado de B. C. en la persona que en vida fuera la Sra. L., quien desde los pocos meses de vida lo incorporó a su grupo familiar, recibiendo el niño desde ese entonces trato de hijo.

Desde aquella oportunidad y hasta el momento de su fallecimiento, la persona que en vida fuera la Sra. L. generó estrechos vínculos filiales con B. C. y viceversa.

III.- Planteado este contexto, como lo aseveré con anterioridad y preponderando no solo el interés superior del hoy adolescente (art. 3.1 CDN y art. 3 ley N° 26.061) sino también el derecho a la identidad (estática y dinámica) como el principio de realidad familiar; deviene forzoso reconocer el verdadero vínculo materno- filial forjado todos estos años, pues no se trata de restringir o extinguir vínculos, sino por el contrario, ampliarlos o más bien: reconocerlos.

Ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en fecha 26 de septiembre del año 2012 en relación a este supuesto adoptivo de excepción, antecedente central para la resolución del presente caso (CSJN, 26-9-2012, «M. d., S., R.y otra s/ Ordinario s/ Nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos»).

La voluntad adoptiva de la persona que en vida fuera la pretensa adoptante se desprende del escrito postulario que obra agregado a fs. 1/2, a través del cual oportunamente peticionó la adopción plena de B. C. G., de quien ya tenía otorgada hace muchos años la guarda judicial primeramente en los términos del entonces art. 264 del CC de la Nación («[.] a los fines de educar, mantener, criar al menor, y tramitar la cobertura social ante el IOSCOR y percibir el salario familiar correspondiente, por el plazo de dos (02) años [.]») y con posterioridad la guarda preadoptiva.

Y si bien, su abogada patrocinante no requirió el dictado de la sentencia constitutiva de estado filial luego de la defunción de la accionante; entiendo que en usanza del principio de oficiosidad (art. 706 y 709 del CCyC de la Nación) que rige todos los procesos de familia; el reconocimiento de aquél auténtico vinculo filial generado durante tanto tiempo merece admitirse y; consecuentemente debe ser registrado; todo ello pese al fallecimiento de la interesada, pues considerando el transcurso del tiempo como forjador de vínculos, podemos sostener que B. C. G. también es parte interesada en la relación creada y hoy extinta, pero no por ello categorizada como de menor rango o de menor envergadura.

Realizando un breve relato de la historia vital de este grupo familiar; debo recordar que conforme surge del estudio integral de las presentes actuaciones, la persona que en vida fuera la Sra. L. no registró un matrimonio con el progenitor biológico de B. C., con quien se circunscribió a mantener una unión convivencial. Extinta esa unidad de vida, el Sr. G. engendró junto a la Sra. Payano al hoy pretenso adoptado; dado lo cual cabe destacar que el presente proceso no versa sobre una adopción de integración, ya que al no existir convivencia familiar (entre la persona que en vida fuera la Sra. L. y el Sr.G.), mal podríamos estar hablando de este tipo adoptivo; el cual refleja una organización familiar que el Código Civil y Comercial visibiliza de manera clara como lo es la familia ensamblada. Y ello es así ya que la adopción de integración tiene una finalidad u objetivo diferente a la adopción en general, ya que es el pretenso adoptante adulto el que procura integrarse a la familia del niño o adolescente. (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, V-B, 280/281). Del mismo modo, la jurisprudencia tiene dicho que: «El instituto de la adopción integrativa no está orientado a amparar a un niño abandonado, sino a su incorporación a una familia en la que su padre o madre han contrarío matrimonio y desean que ese hijo de uno de ellos, sea un hijo en común, un hijo de ambos para integrar o constituir una única familia en lo jurídico porque -seguramente- ya la constituyen en la práctica». (CNCiv. Sala C, 1-6-2000 E. D. 188-688, citado en Colección Temática Derecho de Familia N° 4, Filiación adoptiva, Juris, Rosario, 2005, Jurisprudencia temática, p. 277).

Ciertamente, las constancias de autos nos exhiben un grupo familiar conformado por el pretenso adoptado, la persona que en vida fuera la Sra. L. y su grupo familiar (compuesto por dos hijos biológicos -hermanos por línea paterna del pretenso adoptante- y dos guardados). Va de suyo que la adopción integrativa no encuadra en la situación descripta al encontrarse el progenitor biológico de B. C.excluido de dicho escenario familiar, con

quien la persona que en vida fuera la adoptante no comparte (ni compartió al momento de incoarse la acción) convivencia alguna.

En vista de la situación descripta es que el Juzgado de Familia N° 1 declaró el estado de desamparo y de adoptabilidad del pretenso adoptado, otorgando consecuentemente su guarda preadoptiva a la persona que en vida fuera la Sra. L. (fs. 99/105) quien se encontraba efectivamente inscripta en el Registro de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos.

Por lo brevemente descrito, es que nos encontramos en presencia de un proceso adoptivo propiamente dicho, al encauzarse el presente caso bajo la normativa estatuida por el art. 594 del CCyC de la Nación, el cual reza: «La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código». Esta definición está pensada desde la perspectiva del niño, niña o adolescente cuya familia de origen no puede brindarle un debido resguardo.

Más precisamente; nos encontramos frente a un proceso adoptivo póstumo unipersonal, es decir solicitado por una única persona quien en vida fuera la Sra. L. En este sentido, el art. 599 del CCyC de la Nación estatuye que: «El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona».

IV.- En este marco de ideas, me resulta esclarecedor puntualizar del porqué de esta sentencia adoptiva unipersonal post-mortem.

Imaginando que la persona que en vida fuera la Sra. L.-antes de fallecer- hubiera estado casada o en una unión convivencial (es decir, el proceso adoptivo hubiera sido peticionado por un matrimonio o dos integrantes de una unión convivencial); al momento de su deceso el proceso adoptivo hubiera continuado con su cónyuge o conviviente y el juez hubiera otorgado la adopción al sobreviniente y generado vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja (art. 605 del CCyC de la Nación).

Empero, es el caso que estamos en presencia de una adopción peticionada por una única persona: la persona que en vida fuera Sra. L.

En este caso el Código Civil y Comercial no otorga una respuesta similar a la del art. 605 para las familias monoparentales. Por ello, me pregunto Negar a las familias

monoparentales una idéntica respuesta a la que reza el art. 605 del CCyC para las personas casadas o en unión convivencial ¿implica discriminar? La respuesta afirmativa se impone. La propia CSJN sostenía ya en el año 1990 que la protección constitucional de la familia no se limita a aquella surgida del matrimonio legítimo (CSJN, 08/03/1990, JA 1990-II-379).

En esta línea, debo recordar que los magistrados estamos llamados a desentrañar el significado de las leyes, superando la rigidez de las normas y el dogmatismo de los preceptos normativos que rigen la materia; evitando una interpretación gramatical y ceñida a su literalidad; pues la situación imperante en autos y la manda establecida por los arts. 1, 2 y 3 del CCyC de la Nación nos obliga a un diálogo de fuentes entre el Código Civil y Comercial, la Constitución Nacional, los tratados Internacionales de Derechos Humanos y los principios generales del derecho, obligándonos a salir de la comodidad e interpretar las normas en absoluto respeto del superior interés del niño (art. 3.1 CDN y art.3 ley N° 26.061).

Los jueces deben recurrir a los principios que imperan en materia de niñez y emprender un ejercicio hermenéutico que no puede ser ajeno a la noción de «socioafectividad». El análisis transversal de dicho concepto, sumado al respeto de los derechos humanos básicos de todo NNA abocado a cada caso en particular, es lo que permitirá brindar respuestas que se ajusten a cada situación [.]. La jurisprudencia nos enseña que los casos difíciles no se resuelven con la mera aplicación de una norma, sino más bien apelando a principios de raigambre constitucional-convencional, obligando al juez a brindar soluciones adecuadas a cada caso en concreto; labor que resulta de imposible cumplimiento si no se tiene en cuenta el componente afectivo, pues en definitiva se está en presencia de relaciones humanas que varían en cada situación en particular (LEONARDO R. VÍTTOLA, GUARDA, SITUACIONES IRREGULARES Y SOCIOAFECTIVIDAD, C. P. Grosman, RESPONSABILIDAD PARENTAL DERECHO Y REALIDAD. Una perspectiva psico-socio-jurídica-, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, 452/453).

Lo contrario, implicaría una interpretación en detrimento del mejor interés del niño (art. 3.1 CDN y art. 3 ley nacional N° 26.061), el cual la Convención sobre los Derechos del Niño exhorta proteger en su art. 21 al consagrar que «Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial [.]».

En otros términos; se debe adaptar las normas y sus interpretaciones a las diversas formas de familias, pues en palabras de Germán Bidart Campos «la realidad también legisla».

En el recientemente presentado informe Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos retoma los preceptos de la Corte Interamericana, en particular de la Opinión Consultiva 17/02 y manifiesta «que no existe un concepto tradicional o limitado de familia, ya que ello interferiría en el derecho a la vida privada de las personas, y además entiende que en la sociedad actual existen diversas modalidades de vínculos de carácter familiar». Está claro entonces, que cuando hablamos de «familia», lo hacemos con la más abarcativa de las acepciones, comprendiendo en el concepto a las múltiples formas de organización familiar (Marcela Pájaro, «FAMILIA MONOPARENTAL Y DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. UNA COMBINACIÓN DIFÍCIL, PERO NO IMPOSIBLE», Silvia Eugenia Fernández, Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Ed. ABELEDOPERROT, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, T. I., p. 926).

V.- Retomando; al haberse cumplimentado efectivamente con las reglas relativas a la declaración de adoptabilidad; la persona que en vida fuera la Sra. L. había peticionado -y así se le otorgó- la guarda con fines de adopción de B. C. G. Transcurrió ampliamente el tiempo que establece la ley para peticionar la adopción y así lo hizo. Generó con el -hoy- adolescente un lazo afectivo genuino, es decir un verdadero trato materno-filial, el cual fue favorablemente peritado (fs. 27/28).

Ahora; no reconocer el vínculo afectivo forjado durante tanto tiempo entre la persona menor de edad y la persona que en vida fuera su pretensa adoptante por el hecho de encontrarse hoy fallecida implica a todas luces excluir a la socioafectividad como constructor de filiaciones (elemento éste ineludible a las filiaciones que tienen como fuente a la Adopción y a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida) y desconocer un principio básico y elemental como lo es el principio de realidad familiar.

En esta línea, la noción de socioafectividad se la debemos al derecho brasilero.[.] Pocos términos son tan gráficos o precisos apelándose simplemente a su denominación. Socioafectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí. [.] Como bien lo señala la reconocida autora brasilera M. Berenice Dias: La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse

tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos y para eso el ejemplo más evidente es la adopción (Marisa Herrera, «SOCIOAFECTIVIDAD E INFANCIA ¿DE LO CLÁSICO A LO EXTRAVAGANTE?», Silvia Eugenia Fernández, Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Ed. ABELEDOPERROT, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, T. I., p. 974/975).

VI.- Y es que, la identidad filiatoria se gesta a través de vínculos estrechos y consolidados durante el tiempo, conformando ello un dato relevante a la hora de evaluar el mejor interés de la persona menor de edad; es decir de B. C. G.

Cada historia es única y tiene su propia identidad. Los antecedentes de la causa, más específicamente la larga convivencia del adolescente desde sus primeros meses de vida dentro del grupo familiar de la Sra. L. compuesto por sus hermanos, el trato materno filial forjado durante tanto tiempo, la plena integración e identificación del adolescente con este sistema social primerio y la voluntad adoptiva de la persona que en vida fuera la pretensa adoptante representada por la acción incoada en estos autos y la sentencia ya recaída por la cual obtuvo la guarda preadoptiva del hoy pretenso adoptado, envuelven este decisorio y sentencia la cuestión traída a mi juzgamiento, es decir la adopción de B. C. G. por parte de la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L.

Reedito la Audiencia Informativa a la que asistió el adolescente y en la cual manifestó: «Yo quiero seguir siendo parte de la familia aunque mi mamá haya fallecido. Quiero seguir siendo adoptado por mi mamá. Con WILLIAM me llevo bien, bastante bien. No está mucho en casa, él trabaja en la prefectura. Ahora después de lo que pasó con mi mamá estamos bien, nos acomodamos. Yo ayudo en la casa, antes era más cómodo cuando estaba mi mamá. Ahora colaboro en la casa porque veo que mis hermanos necesitan mi ayuda. Yo quiero tener apellido L. Con mi papá me sigo relacionando, a veces viene a mi casa. [.]».

Explicado que el adolescente la diferencia entre adopción simple y plena, expuso «Quiero la adopción plena, aunque siga manteniendo contacto con mi papá. Mi papá se puso muy mal cuando falleció mi mamá porque le quería mucho a ella [.]».

Esta unión familiar también se ve reflejada en las expresiones de su hermana, la Sra. M. C. G., quien expuso en el mismo acto procesal que: «Mi mamá siempre estuvo dispuesta a adoptarle a B. Ella siempre nos comentó esta situación. Como él era nuestro hermano por parte de padre nunca tuvimos drama. Yo ahora estoy trabajando y me ocupo de los chicos. Para nosotros no cambió nada en ese sentido desde que falleció mi mamá. B. está

bastante bien, al principio sí estaba muy decaído. Yo fui la que lo llevó a él a casa entonces no me imagino sin él en nuestra vida [.]» (ver Acta agregada a fs. 162).

En esta línea, no resulta ocioso subrayar que las medidas dispuestas oficiosamente a instancia de esta Judicatura -como son las pericias psicológicas y socioambientales- arrojaron resultados favorables.

Los disimiles informes socioambientales agregados en autos no solo dan cuenta de la plena integración de B. C. al grupo familiar de la persona que en vida fuera la Sra. L. sino también sus deseos manifiestos y sostenidos en ejercer el cuidado de B. C. con el debido y consecuente emplazamiento filial.

Así a fs. 25/26 la trabajadora social informó en torno a la conformación del grupo familiar y su historicidad que: «[.] La Sra. L. informa que se [SIC] su relación de pareja con el Sr. C. G., procrearon dos hijos: David y C. de 27 y 22 años respectivamente, posteriormente se separaron, manteniendo a la fecha una buena relación. Ramón Dionisio y Rosa Sandra, estaban internados en el Hogar «Tía Amanda» al ser abandonados por su familia de origen y ella se hizo cargo de ambos. Estos hermanos presentan retraso madurativo y concurren al Centro «San Jose». La niña Camila Ayelén (10) es hija de Rosa Sandra. El niño de autos es hijo de la expareja de S. L., y vive con su familia desde hace mucho tiempo, y ella solicitó hacerse cargo del niño.- [.]».

En otra oportunidad, la Asistente Social informó en torno a la integración del adolescente al grupo familiar y plasmó «[.] B. convive con el sistema familiar desde pequeño por lo que la familia se halla plenamente integrada, la vinculación con sus hermanos es positiva y las relaciones intrafamiliares son favorables, según manifiesta la entrevista. Mantiene con su progenitor relación frecuente y favorable, los encuentros se realizarían en el domicilio de autos y no se vincula con otro integrante de la familia ampliada paterna o materna. [.] B.tiene dos grupos de pertenencia, uno de ellos relacionado al barrio en el que reside y el otro vinculado a la escuela a la que asiste. [.] Desde poco tiempo del nacimiento, el actual grupo familiar se ha constituido en sistema conviviente por lo que está integrado a la cotidianeidad familiar. Las vinculaciones intrafamiliares serían positivas [.]». (fs. 120/122).

En una nueva ocasión, la trabajadora social apreció que «[.] se infiere que desde poco tiempo del nacimiento, el actual grupo familiar se ha constituido para B. en sistema conviviente por lo que está integrado a la cotidianeidad familiar. Está inserto en el sistema educativo formal, en caso de requerir atención médica utilizan el sistema privado y cuenta con médico de cabecera. Las vinculaciones intrafamiliares serían positivas. El adolescente de autos, convive en el sistema en estudio en contexto de contención afectiva

y material y tiene cubiertas sus necesidades, aún después del fallecimiento de su adoptante, tiempo desde el cual su hermana mayor M. C. G. habría asumido el rol materno [.]» (fs. 147/149).

Por otro lado; la familia habita una casa adjudicada por INVICO. Consta de tres dormitorios, comedor-cocina, baño instalado, patio y lavadero. Se trata de una vivienda tipo, construida con paredes de ladrillos revocados y pintadas, los techos de zinc con cielorrasos y pisos de mosaicos. Poseen los servicios de agua potable, cloacas, energía eléctrica y televisión por cable. El mobiliario que ostentan es suficiente para la familia, encontrándose en buen estado de conservación.

En relación al sondeo vecinal efectuado, la Asistente Social comunicó «[.] El medio vecinal aporto buenas referencias sobre la familia en estudio, indicando la composición de la misma y actividades que desempeñan, marcando que para los vecinos no existen problemas con éstos. Los interrogados caracterizaron a la Sra. L. como una persona decente y responsable para con la crianza de sus hijos y de los menores a su cargo [.]» (fs. 26/27), como así también «[.] En la consulta a los vecinos surge que coincidieron en opinar que el grupo familiar goza de positivo concepto. Son consideradas personas tranquilas, solidarias, trabajadoras. Dispensan trato favorable al joven; atendiendo sus necesidades afectivas y materiales. La familia no presenta dificultades en su relacionamiento en el medio comunitario y no observaron conductas que se contrapongan a las normas de convivencia establecidas en el medio barrial [.]» (fs. 121).

Sumado a ello, el informe psicológico vincular practicado en su oportunidad a la persona que en vida fuera la Sra. L. y al -hoy- adolescente B. C. arrojó resultados sumamente favorables al apreciar la profesional en psicología actuante que la adulta se erigió en guardadora del pretenso adoptado desde que éste era bebe, criándolo junto a sus otros hijos desde aquella época. La perito observó entre los peritados un vínculo afectivizado, cargado de historias, evidenciándose una ligazón afectuosa intensa. A su turno, B. expresó la existencia de integración con su familia adoptiva.

Dado lo expuesto, la perito interviniente apreció técnicamente que B. se encuentra en plenas facultades y conocimiento de la filiación que se pretende realizar.

No albergo dudas que la palabra «reconocimiento» es la que se alza para dar eficacia al vínculo generado entre la persona que en vida fuera la Sra. L. y el adolescente B. C. G. El trato materno filial de tipo afectuoso y afianzado fue el producto de muchísimos años de resguardo y protección; el cual se forjó en una estructura familiar estable, la cual incluyó a B. C. como un integrante más, creando vínculos estrechos con cada uno de sus miembros. El reconocimiento a esta relación genuinamente generada es la mejor

respuesta que se puede proporcionar a la persona que en vida cumplió el rol de madre, prodigándole a la persona menor de edad los cuidados inherentes a la de un hijo, velando por su desarrollo integral y emplazándolo en los hechos en ese estado.

VII.- Por otro lado, de las constancias de la causa surge que la pretensa adoptante cumplió con la edad (art. 601 inc. a y 599 del CCyC de la Nación), el plazo de residencia (art. 601, inc.a del CCyC de la Nación) e Inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (art. 601, inc. b del CCyC de la Nación.

La persona que en vida fuera M. S. L. estuvo inscripta en el Registro Único de Adoptantes bajo número de Legajo 922 el cual, según certificación obrante a fs. 200 en los autos «L. M. S. S/ GUARDA JUDICIAL», Expte. N° 53.865/10 se encuentra reservado en Secretaría del Juzgado de Familia N° 1. Dicho Legajo -conforme se desprende del Auto N° 458 obrante a fs. 65 de estas actuaciones- fue concedido en préstamo a esta Magistratura, habiendo sido devuelto oportunamente a la Magistratura de origen.

Como lo tuve dicho ut- supra; del cotejo sistémico de los presentes obrados, también surge el cumplimiento efectivo de los requisitos legales referidos a la declaración de adoptabilidad y guarda con fines de adopción (llamada «guarda preadoptiva» con anterioridad a la sanción del CCyC de la Nación).

El Juzgado de Familia N° 1 de esta ciudad en los autos «L. M. S. S/ GUARDA JUDICIAL», Expte. EXP 53865/10, a través de la Sentencia N° 472 de fecha 11/10/2013 declaró el estado de desamparo y de adoptabilidad del -entonces- niño B. C. G., D.N.I. N° xx.xxx.xxx y, asimismo otorgó su guarda preadoptiva a la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L., D.N.I. N° x.xxx.xxx (ver copia certificada agregada a fs. 99/105). Ergo, el plazo judicial de guarda con fines de adopción se encuentra ampliamente cumplido. En virtud de lo expuesto, encuentro satisfecho asimismo lo preceptuado por el art.616 del CCyC de la Nación, el cual estipula que el juicio de adopción sólo puede iniciarse una vez fenecido el plazo fijado como período de guarda con fines de adopción.

Ante este irregular escenario, damos por sentado que la indefinición de la situación legal de la persona menor de edad no puede persistir.

Por otro lado conforme lo establece el art. 617 del CCyC de la Nación, gozan de la calidad de parte en el proceso de adopción la pretensa adoptante (hoy fallecida) y adoptado, quienes compondrían eventualmente las dos caras de la misma moneda: la filiación adoptiva.

La persona que en vida fuera la pretensa adoptante, la Sra. M. S. L. quien actuó con el patrocinio letrado de la Dra. Pura Cristina Gauna ejerció su derecho a ser oída,

específicamente en las Audiencias cuyas Actas lucen agregadas a fs. 112 y 114 a través de las cuales, todas las personas de este entramado jurídico han sido parte de la misma, incluso el propio adolescente, a quien conforme norma del art. 595 inc. f) del CCyC de la Nación he podido escuchar de visu en las Audiencias celebradas (véase fs. 113 y 162). Asimismo, ha sido representado en autos a través del Ministerio Público Pupilar, conforme lo determina el artículo 617 del CCyC en el inc. c), 103 del CCyC de la Nación y 39 del Dcto. Ley N° 21/00 (Ley Orgánica del Ministerio Público); por lo tanto tal recaudo debe encontrarse satisfecho ya que desde el inicio de las actuaciones se ha dado intervención a la Asesoría de Menores e Incapaces N° 1.

Cabe destacar que el art.617 del CCyC de la Nación en su último inciso establece que el expediente será reservado y las audiencias privadas, todo lo cual implica que el actual sistema de adopción que involucra la filiación adoptiva desde que se inicia el proceso con la familia de origen y hasta que culmina con la adopción propiamente dicha se caracteriza por propender a la absoluta participación de todos los involucrados, por haber abierto puertas para que ingresen quienes revistan importancia en la vida de la persona menor de edad. De modo que, la finalidad no es ocultar el origen sino que apunta a evitar prudentemente que se ventilen en ámbitos públicos situaciones vinculadas con la intimidad familiar y personal.

Por otro lado, el artículo 596 del CCyC de la Nación instituye el derecho del adoptado a conocer los orígenes. Este compromiso de hacer conocer los orígenes al hijo adoptivo recae en los padres adoptivos como uno de los tantos actos que les corresponde de conformidad con las obligaciones emergentes de la responsabilidad parental.

Empero, el escenario de autos es un tanto diferente, pues desde su corta edad el pretenso adoptado conoce sus orígenes. Es así que, en ocasión de Audiencia Informativa ante la suscripta manifestó no desear llevar el apellido de su progenitora biológica pues ella lo abandonó (ver fs. 113).

Asimismo, en la Audiencia cuya Acta obra agregada a fs. 162 manifestó tener trato asiduo con su progenitor biológico; todo lo cual también fue advertido por la profesional en psicología que evaluó al adolescente y cuyo informe consta agregado a fs. 27.

A su turno, el artículo 597 del Código Civil y Comercial de la Nación establece los sujetos pasibles de adopción: «Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental [.]».

De la copia agregada a fs. 11 surge que B. C. G.nació el día 14 de octubre del año 2003 en esta ciudad de Corrientes capital, por lo cual a la fecha tiene la edad de 16 años, siendo un adolescente.

VIII.- Ahora bien, me referiré a los tipos de adopción, particularmente al tipo pleno por ser el peticionado (fs. 1/2) y el cual adelanto, considero ajustado a la realidad sobrevenida en autos.

El artículo 620 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: «La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva l os mismos derechos y obligaciones de todo hijo [.]». A su turno, el artículo 621 estatuye que: «El Juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño [.]».

El Código Civil y Comercial establece que procede la adopción plena como pauta a considerar por el magistrado, ante la situación de desprendimiento de la crianza manifestada por los progenitores, la cual también es soporte fáctico de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad.

Por su parte, el art. 625 del CCyC de la Nación instaura que «La adopción plena se debe otorgar, preferentemente, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida. También puede otorgarse la adopción plena en los siguientes supuestos:a) cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad; [.]».

El legislador ha puesto especial cuidado en este tema en el respeto por el derecho a la identidad, y por esa razón ya no se establece legalmente que la adopción sustituye a la filiación originaria, ni se borra de un plumazo, «extinguiendo» la biografía de quien será adoptado.

No obstante, lo que se extinguen son los vínculos jurídicos con los progenitores biológicos y aquellos miembros de la familia de origen respecto de los cuales no se preserven expresamente (hermanos, abuelos, tíos). La característica definitiva de la adopción plena seguirá estando dada por la extinción de los vínculos con la familia anterior, con más la generación de otros que los reemplazan.

En esta línea, no puedo soslayar la Audiencia Informativa que mantuve con B. C., oportunidad en la cual manifestó «[.] A mi me gusta el tema de la adopción. Lo que no me gustó fue que me pusieran el apellido de mi mama biológica. Yo quiero tener el apellido de mi papá biológico, que es G. Para mi es algo valioso el apellido, lo que no me gusta por ahí es el apellido de mi mamá biológica porque ella me abandonó. L. no es que

no me gusta, pero me quedo con el de G., no sé porqué. No sé cual apellido ponerme. Quiero tener el apellido L. pero mantener el apellido de mi papá [.]» (Acta de Audiencia glosada a fs.113).

Del Acta referenciada surge que en dicha oportunidad, el pretenso adoptado fue explicitado (con palabras sencillas) la diferencia entre adopción simple y adopción plena, refiriendo que desea ser adoptado bajo la forma plena. Asimismo, refirió que desea continuar manteniendo un régimen comunicacional con su progenitor biológico, adicionándole al apellido paterno el apellido de la pretensa adoptante.

Dichas manifestaciones fueron corroboradas y asentidas con posterioridad, ya que conforme se colige del Acta de una nueva Audiencia (agregada a fs. 162), el adolescente expuso puntualmente que:»Yo quiero seguir siendo parte de la familia aunque mi mamá haya fallecido. Quiero seguir siendo adoptado por mi mamá. Con WILLIAM me llevo bien, bastante bien. No está mucho en casa, él trabaja en la prefectura. Ahora después de lo que pasó con mi mamá estamos bien, nos acomodamos. Yo ayudo en la casa, antes era más cómodo cuando estaba mi mamá. Ahora colaboro en la casa porque veo que mis hermanos necesitan mi ayuda. Yo quiero tener apellido L. Con mi papá me sigo relacionando, a veces viene a mi casa [.]».

Nuevamente se procedió a explicar con palabras acordes a su edad la diferencia existente entre la adopción plena y adopción simple, solicitándose refiera el tipo de adopción que desea, manifestando: «Quiero la adopción plena, aunque siga manteniendo contacto con mi papá. Mi papá se puso muy mal cuando falleció mi mamá porque le quería mucho a ella, pero no me dijo para ir con él. Cuando era chiquito me decía para ir con él pero no quería, ahora de grande no me dijo más» (fs. 162).

A ello, debe añadírsele que la extinta Sra. L. expuso oportunamente en Audiencia Informativa que el adolescente no mantenía ningún vínculo con su familia de origen; siendo que el único que lo visitaba en su domicilio es su progenitor biológico (véase fs. 112).

La historia vital del adolescente rememorada a través de sus manifestaciones (arts. 26, 639 y 707 CCyC de la Nación, arts. 24 y 27 de la ley 26.061 y art. 12 de la CDN) nos da cuenta de una existencia envuelta por el abandono materno y que, no obstante haber mantenido un trato asiduo con su progenitor biológico; ha optado por ser adoptado de manera plena por la persona que en vida le prodigó trato y cuidado inherente a la de un hijo (la Sra.L.). Dichas expresiones envuelven este decisorio y crean en mí, la más íntima convicción de que la adopción plena es la que mejor se condice con la realidad circundante del adolescente traído a marras.

No surge de éstos obrados ni de las propias declaraciones del adolescente circunstancia alguna que amerite la preservación de vínculo jurídico con algún miembro de la familia biológica. Estoy convencida que la adopción plena es la que mejor se condice con el superior interés de B. C.

Por todo ello, valorando lo peticionado por la pretensa adoptante -hoy fallecida- (fs. 1/2 y fs. 114) pero, principalmente la vinculación forjada todos estos años entre B. C. y su mamá adoptiva, quien contuvo, protegió, cuidó y resguardó -emocional y económicamente- al adolescente, brindándole el lugar subjetivo de hijo y; previendo en conjunto toda la historicidad del adolescente, entiendo adecuado en atención a su interés superior (art. 3.1 CDN y art. 3 de la ley N° 26.061) reconocer dicho vínculo y otorgar a la persona que en vida fuera la Sra. L. su adopción en el carácter pleno.

IX.- Lo anteriormente referenciado, tiene íntima vinculación con el prenombre y apellido del adoptante. El artículo 623 del CcyC de la Nación, el cual refiere al Prenombre del adoptado en los siguientes términos: «El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione».

La pretensa adoptante en su escrito inicial no peticionó en relación al prenombre y apellido del adoptado. Dado lo expuesto, me atendré a las constancias de la causa, la edad e historicidad del adolescente, valorando específicamente las manifestaciones de B.C., quien en toda oportunidad solicitó mantener el apellido de su progenitor biológico y adicionarle el apellido de la pretensa adoptante.

Ahora bien, la norma del artículo 623 del CCyC de la Nación establece que: «El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione».

Podemos conceptualizar al nombre como aquella designación que corresponde a cada persona, la individualiza de manera exclusiva, y tiene como función esencial la identificación y distinción en relación con los demás. Se compone básicamente de dos elementos: el prenombre, nombre de pila, nombre propio o individual, y el apellido. Con el primero de sus componentes, básicamente, la persona se diferencia de los miembros de su propia familia; con el segundo, se identifica con ella respecto de todo el entorno social.

De las constancias de la causa surge que la persona que en vida fuera la Sra. L. no solicitó modificar el prenombre del adoptado lo cual; atendiendo a la edad del adolescente y a sus propias manifestaciones (quien siempre se identificó con el nombre que posee) cercenan la cuestión en torno a la inmutabilidad del prenombre de origen del pretenso adoptado.

Y en este sentido, la presencia del nombre como parte integradora de la porción estática de la identidad no puede ser discutida, ya que se instala en el ser humano de manera permanente desde que es impuesto, a la vez que lo acompaña en el proceso de construcción que implica el desarrollo de la identidad en su faz dinámica.

Ahora bien, debo destacar que de las constancias agregadas a fs. 11/12 y 23 se desprende que el pretenso adoptado fue inscripto a su nacimiento únicamente con filiación materna bajo el nombre B. C. PAYANO. Con posterioridad, en fecha 14/09/2004 fue reconocido por su progenitor biológico (Sr. C.G.), oportunidad desde la cual el adolescente lleva el nombre B. C. G.

En relación al apellido del adoptado, debo destacar que ya de las copias certificadas de las actuaciones «L. M. S. S/ GUARDA JUDICIAL», Expte. EXP 53865/10 que tramitó ante el Juzgado de Familia N° 1 y que obra agregado a fs. 97 de estos autos, surge sus manifestaciones del Acta de Audiencia Informativa a la que asistió el -entonces- niño B. C., quien expuso: «vine con mama que se llama M., vivo con mis hermanos y con la hija de Rosa que tiene 6 años. [.]». En ese estado, la Sra. Asesora de Menores e Incapaces indagó en torno a la adopción pretendida por su mamá, refiriendo que quiere ser hijo adoptivo de M. Asimismo, la Sra. Representante del Ministerio Público Pupilar inquirió en torno a su nombre refiriendo el niño desear se mantenga tal cual es: B. C. G.

El art. 626 del CCyC de la Nación establece que «El apellido del hijo por adopción plena se rige por las siguientes reglas: a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante [.]». A su turno, el inc. c) del artículo en mención estipula que «excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta». Por último, el inc. d) establece «en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión».

La más destacada doctrina entiende que [.] la identidad resulta integrada por múltiples componentes como el genoma humano, las huellas digitales, el nombre, la nacionalidad, la inscripción de nacimiento, la lengua de origen, la identidad cultural, el desarrollo del crecimiento en un determinado ambiente, sea familiar o social, desplegando los atributos de la personalidad. Estas apreciaciones han llevado a sostener que la identidad involucra

dos vertientes:la estática, inmodificable o con tendencia a no variar, y la dinámica, que por definición no puede permanecer inmutable en el tiempo. [.] Tan profundo el cambio de paradigma, que por primera vez desde que la ley 19.134 incorporó la adopción plena al ordenamiento jurídico se reconoce el derecho del hijo adoptado en forma plena a mantener su apellido de origen por razones fundadas en su derecho a la identidad. [.] Como se ha dicho en varias ocasiones, el Código está motivado por el principio de realidad, y ése es el que talla en la excepción contenida en esta norma respecto de la continuidad del apellido de origen, pues generalmente, son los niños más grandes o los adolescentes adoptados quienes requieren del respeto de su identidad -en esa porción estática que impone el nombre originario- mediante, entre otras cosas, la posibilidad de conservar ese dato identitario. No necesariamente reclamarán su conservación en primer orden, pues en un punto aparece un conflicto de lealtades entre aquel pasado y su presente conformado por su familia adoptiva, pero lo que sí se puede advertir -cuando en verdad se procura el ejercicio del derecho a ser oídos- es que se manifiestan más cómodos conservando su apellido original. Lo cual no debería sorprendernos pues hace nada menos que al despliegue del aspecto dinámico que engloba la identidad personal. De allí que, en ése como en ninguno de los ejemplos que puedan pensarse, aparece con nitidez el entrecruzamiento entre los dos aspectos involucrados en la identidad personal, dando sentido a la tesis intermedia que sostiene que el nombre no encuadra únicamente en la primera de las fases, sino que resulta imbuido de ambas.Podría incluso sostenerse que a medida que la persona tiene más edad, más crece la influencia del aspecto dinámico, decreciendo el estático de origen [.] (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, III, 615/616).

En relación a la adopción unipersonal que rige nuestro caso se caracteriza por la participación del pretenso adoptado, quien otorga su opinión, para lo cual se debe tener encuentra su edad, grado de madurez y deseos sobre el tema.

Como lo expuse ut-supra y a los fines de evitar repeticiones innecesarias; el adolescente expuso en forma reiterada ante la suscripta (fs. 113 y 162) sus deseos de mantener el apellido de origen (perteneciente a su progenitor biológico) es decir G., pero además exhibió deseos de añadir a dicho apellido el de la persona que lo cuidó desde que contaba con pocos meses de vida; es decir el de la persona que en vida fuera la pretensa adoptante, Sra. L.

En muchas ocasiones, la conservación del apellido originario cobra especial relevancia para la persona menor de edad, y nunca antes fue ni reconocido ni admitido por el

ordenamiento pues siempre la visión fue la sustitución, el reemplazo absoluto de todo lo que implicara la historia, la ancestralidad, el origen del niño que ingresaba por adopción plena a la familia.[.] En la actualidad, se admite la petición que podrá ser formulada tanto por el adoptado con edad y grado de madures suficiente como por los pretensos adoptantes, siendo materia ineludible de análisis al momento del ejercicio por parte del menor de edad del derecho a ser oído, debiendo pinar y dar sus razones sobre el punto, a fin de que el magistrado interviniente pueda dimensionar el grado de comprensión del niño, niñas o adolescente, y establecer lo más certeramente posible la competencia para expedirse como lo haga (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Rubinzal-Culzoni, III, 626).

Hoy B. C. cuenta con 16 años de edad, ha sido oído (arts. 26, 639 y 707 CCyC de la Nación, arts. 24 y 27 de la ley 26.061 y art. 12 de la CDN) y su opinión ha sido valorada conforme su edad y grado de madurez. Ha sido coincidente en forma reiterada en torno al apellido que desea llevar: el de origen (perteneciente a su progenitor biológico) reclamando con posterioridad se añada el apellido de la pretensa adoptante. Esto demuestra a todas luces un equilibrio armónico entre la faz estática y dinámica de su identidad personal, y clarifica la historia y realidad familiar del adolescente. Por lo expuesto y atendiendo específicamente a las manifestaciones del propio interesado, entiendo que el adolescente deberá llamarse B. C. G. L.

X.- Por otro lado, el artículo 618 del CCyC de la Nación establece que la sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción por lo cual, este fallo se retrotraerá a la fecha 11 de octubre del año 2013, fecha en la cual el Juzgado de Familia N° 1 de esta ciudad otorgó la guarda preadoptiva de B. C. G. a la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L.

XI.- Asimismo, no puedo obviar la norma del art.598 del CcyC de la Nación, el cual reza «[.] La existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción. En este caso, deben ser oídos por el juez, valorándose su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez. Todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí».

Esta obligación surge por imperio del principio de realidad que los jueces no pueden desatender. Es claro que la incorporación de un nuevo miembro a la familia genera modificaciones sustanciales en las dinámicas familiares y repercute de manera directa en los niños. En este sentido, en caso de existir hijos del pretenso adoptante, para que la adopción llegue a buen puerto, no sólo es importante conocer la opinión de los pretensos adoptantes y del pretenso adoptado, también es necesario escuchar a los hijos del

adoptante. Sólo así el juez podrá establecer un mapa global de la situación a evaluar, prestando atención no sólo a los vínculos del pretenso adoptado con su adoptante o sus adoptantes sino también con aquellas personas que vivirán con él y serán sus hermanos. Desde el prisma de la democratización de las relaciones familiares es lógico que la voz de todos sus miembros, ante un hecho tan trascendente como una adopción, deba ser escucha (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Rubinzal-Culzoni, III, 154).

En vista de ello, me ajusto a los informes sociales realizados en el domicilio de la persona que en vida fuera la Sra. L., de los cuales surge que la adulta tuvo en vida dos hijos biológicos, los Sres. M. C. G., D.N.I. N° x.xxx.xxx y WILLIAM DAVID G., D.N.I. N° 30.518.051, hijos en común con su ex conviviente y progenitor biológico del pretenso adoptado.

Empero, también mana de los informes interdisciplinarios la convivencia de los Sres. RAMON DIONISIO GARCIA, D.N.I. N° 34.175.273 y ROSA SANDRA GARCIA, D.N.I.N° 36.318.036 con la niña Camila Ayelén de Jesús García (hija de la Sra. García) en la residencia familiar, quienes conforme se desprende del informe agregado a fs. 25/26 «[.] Ramón Dionisio y Rosa Sandra estaban internados en el Hogar «Tía Amanda» al ser abandonados por su familia de origen y ella se hizo cargo de ambos. Estos hermanos presentan retraso madurativo y concurren al centro «San Jorge». [.] Los recursos económicos de la familia provienen del sueldo mensual de L. y de la pensión por discapacidad que perciben Ramón y Rosa. La Dirección de Minoridad y Familia otorga una suma mensual, para el sostenimiento de los hermanos García».

Asimismo, a los fines de indagar la filiación de los Sres. García, a fs. 176 se mantuvo comunicación telefónica con la hija biológica de la Sra. L. quien informó que sobre los mismos (Sres. García) no pesa sentencia de adopción, pues la persona que en vida fuera la Sra. L. se ocupó de su cuidado al tenerlos simplemente «a cargo».

Esta información también se corrobora del Dictamen N° 889 de la Sra. Representante del Ministerio Público Pupilar, quien informó que «[.] en el Expte. N° 6773/7 caratulado «L. M. S. S/TUTELA» en trámite por ante el Juzgado de Familia N°1, se dictó Resolución en diciembre de 2009 otorgando la TUTELA de la menor Camila Ayelén Jesús García -hija de Sandra Rosa García- a la Sra. M. S. L. (se acompaña copia extraída del sistema para su ilustración, toda vez que el mismo se encuentra en archivo desde el año 2011. En los considerandos de la misma, refiere que la guarda de Rosa Sandra y Ramón Dionisio les fue otorgada a la Sra. M. S. L. en el Juzgado de Menores N°1 en el marco del Programa de Familias Sustitutas. – Asimismo, se registra el expte.N° 1897/94 caratulado «GARCIA

RAMON DIONISIO Y ROSA SANDRA S/SITUACIÓN» del Juzgado de Menores N°1, (actualmente en archivo de Tribunales) donde, según constancias del sistema, obran partidas de nacimiento de Ramón Dioniso y Rosa Sandra García. Teniendo en consideración lo precedentemente referenciado, habida cuenta que lo manifestado concuerda con lo dicho por la Srta. G. en la certificación actuarial de fs. 176, es decir, no habrían actuaciones judiciales en las que se acredite la guarda y/o adopción de tales personas por parte de la Sra. L., este Ministerio de Menores entiende conveniente prescindir del informe del Registro Provincial de las Personas y no supeditar el dictado de sentencia en estos obrados, a la espera de contar con las partidas de nacimiento de los hermanos Ramón y Rosa García. (fs. 184/187).

Esclarecida la cuestión en torno a que los Sres. Rosa Sandra y Ramón Dionisio García no fueron hijos biológicos ni adoptivos de la persona que en vida fuera la Sra . L. sino sus guardados; se dispuso audiencia con sus hijos biológicos conforme lo establece el art. 598 CCyC de la Nación a fines de ser oídos.

Así, en Audiencia cuya Acta obra agregada a fs. 162, la Sra. M. C. G. prestó conformidad a la adopción de B. C. por parte de su mamá, considerándolo un hermano más y así expresó «Mi mamá siempre estuvo dispuesta a adoptarle a B. Ella siempre nos comentó esta situación. Como él era nuestro hermano por parte de padre nunca tuvimos drama. Yo ahora estoy trabajando y me ocupo de los chicos. Para nosotros no cambió nada en ese sentido desde que falleció mi mamá. B. está bastante bien, al principio sí estaba muy decaído. Yo fui la que lo llevó a él a casa entonces no me imagino sin él en nuestra vida [.]».

Del mismo modo fue citado el Sr.William David G., quien en iguales términos que su hermana manifestó «Estoy de acuerdo con esto, BRIAN es un hermano para mí. Con mi hermana nos estamos organizando y aportamos los dos, nos estamos arreglando» (ver fs. 172).

Traigo a colación el Dictamen N° 628 de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces interviniente en autos, quien propició «[.] teniendo en consideración que durante la tramitación del juicio de Adocpión [SIC] falleció la accionante, contando con el consentimiento de los demás hijos de la extinta de continuar con el proceso judicial y emplazar a B. como su hermano e hijo de su madre, tal como lo venían considerando hasta la fecha, habida cuenta que estándar aplicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el Interés Superior del Niño proporcional un parámetro objetivo que permite hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección y aconsejando a los tribunales ser sumamente

cautos en modificar situaciones de hecho respecto a personas menores de edad, entiende este Ministerio Tutelar que B. C. debe ser emplazado en el estado familiar de hijo de la Sra. M. S. L. en la convicción de que tal decisión resulta conveniente a los derechos fundamentales del menor y a su «INTERES SUPERIOR» – art. 3.1. de la C.D.N. y art. 3°) de la Ley N° 26.061 -, debiendo ordenarse la inscripción respectiva en el Registro Civil de las Personas con el apellido de L., conforme fuera solicitado por el adolescente en las audiencias obrantes en autos [.]» (fs. 177/179).

XII.- Ahora bien, encontrándose el adolescente B. C. en guarda con fines adoptivos de la persona que en vida fuera la Sra. M. S. L. quien a su vez se encuentra fallecida (fs. 170); no puedo desconocer que en la actualidad el adolescente, pese a la filiación adoptiva que hoy se le otorga, carece de un adulto que ejerza legalmente los deberes inherentes de cuidado y resguardo.

Por ello, en aras del Interés Superior de B.y en cumplimiento del principio de la oficiosidad que debe regir en todos aquellos procesos en los que se encuentren en juego los intereses y la persona de NNA, es que a los fines de propender a la protección de su persona, entiendo oportuno y necesario, además de otorgar la filiación adoptiva al adolescente discernir quien ejercerá efectivamente su rol de cuidado ante el deceso de la extinta Sra. M. S. L., concluyendo en tal sentido que la figura legal de la guarda es la que mejor se adecua a la situación imperante.

Sin perjuicio de ello, debo precisar que si bien la suscripta no es competente para resolver esta figura (guarda) conforme a los lineamientos dados por el Acdo. 19/15, pto. UNDECIMO del Superior Tribunal de Justicia, en razón de la situación planteada y a fin de propender al resguardo integral de la persona menor de edad, teniendo como norte y prima fundante el interés superior de B. C. G. (art. 3.1 CDN y art. 3 de la ley nacional N° 26.061) no puedo sortear expedirme sobre el resguardo y continencia del adolescente sin conculcar derechos fundamentales de carácter convencional-constitucional; dado lo cual entiendo apropiado expedirme en torno a esta figura de protección, siendo la suscripta quien se encuentra en mejores condiciones de resolver lo más adecuado a su persona.

Es así que, de las constancias salientes en autos surge que la hermana del pretenso adoptado, Sra. M. C. G., es la figura protectiva, es decir la persona que desde el fallecimiento de su progenitora ha asumido la continencia del adolescente.

En Audiencia Informativa (fs. 162), la Sra. G. refirió carecer de inconvenientes en ostentar el cuidado del adolescente ya que el escenario familiar no se modificaría en absoluto al ser inherentemente ella la encargada de la asistencia de su hermano.

Lo pretérito, se corrobra del último informe socio ambiental incorporado, el cual comunica «[.] C.es tutora en la escuela a la que asiste B., quien cursa el ciclo secundario, según los dichos de la entrevistada, con favorable rendimiento escolar, el ciclo anterior debió compensar 5 materias y adeudaba una, hasta julio del presente año que la rindió con resultados positivos. En el presente ciclo su rendimiento académico habría mejorado considerablemente. [.] Recordó además que la progenitora del adolescente se llama Cristina Moyano, la mujer habría hecho abandono del recién nacido por lo que la madre de la entrevistada, S. L. solicitó la responsabilidad de los cuidados. C. menciona haber asumido esa responsabilidad al fallecimiento de su madre [.]», dado lo expuesto la profesional actuante apreció que el adolescente convive en el sistema familiar en contexto de contención afectiva y material. Tiene cubiertas sus necesidades, aún después del fallecimiento de la persona que en vida fuera su adoptante, tiempo desde el cual su hermana mayor M. C. G. habría asumido el rol de contención (fs. 148).

Surge ostensiblemente que la figura legal idónea para propender a la protección de la persona del adolescente luego del fallecimiento de su pretensa adoptante es la guarda, específicamente la prevista en el art. 657 del CCyC de la Nación.

En esta línea, cabe destacar que el Art. 657 del Código Civil y Comercial de la Nación consagra la figura jurídica por la cual los progenitores no deciden delegar el cuidado del hijo a otra persona, sino que la guarda es consecuencia de una resolución jurisdiccional.

Se trata de una excepción al derecho de los hijos a vivir con sus progenitores, el cual se encuentra consagrado expresamente por los artículos 7° y 8° de la C.D.N., ya que ante situaciones específicas podrá resultar necesaria -en forma excepcional y para asegurar su superior interés-.

La normativa en mención establece: «Otorgamiento de la guarda a un pariente.En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio».

Es decir, se instituye una solución provisoria ya que tiene un límite temporal de un año, prorrogable por razones fundadas por otro año más.

Empero, dado que en octubre del año 2021 el adolescente adquiría la mayoría de edad, entiendo ajustado que la guarda que se otorga mediante este Resolutorio se extienda hasta esa oportunidad, es decir hasta los 18 años, pues la norma habilita en determinados supuestos su renovación y, atendiendo a que las circunstancias familiares no variarán en razón del fallecimiento de la pretensa adoptante y la extinción de vínculos jurídicos con sus progenitores biológicos, resulta adecuado atendiendo al superior interés del adolescente (art. 3.1 CDN y art. 3 ley 26.061) otorgar la guarda judicial del art.657 del CCyC de la Nación hasta su mayoría de edad.

En este sentido, cabe recordar que el otorgamiento de la guarda a un pariente se genera cuando se verifica que la permanencia del niño en su medio familiar resulta contraria a su interés, es decir cuando la convivencia con los progenitores coloca al niño en una situación de 7 vulneración (o amenaza de conculcación) de sus derechos fundamentales, o cuando los progenitores por diversas situaciones no puedan hacerse cargo del niño.

Este instituto jurídico privilegia la familia extensa -en concordancia con la ley 26.061-, en la determinación del cuidado personal de los adolescentes, cuando temporariamente sus padres no puedan hacerlo. El guardador designado judicialmente adquiere un estatus jurídico frente a terceros que les permitirá ejercer con mayor eficacia las funciones inherentes al cuidado del niño.

De este modo, se garantiza al niño y adolescente el ejercicio de sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud (por la posibilidad de gozar de la cobertura médica del guardador), su derecho a la educación, a la alimentación, etcétera. El guardador tiene el cuidado personal del niño y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana. (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, IV, 148/151).

Se destaca que uno de los principios rectores y básicos que se derivan de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes es la permanencia y preservación de los vínculos familiares de origen. Resaltando en este sentido, que M. C. G. es hija del progenitor biológico de B. y a partir del dictado de esta Sentencia es hermana adoptiva del adolescente.

En esta línea, las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece como uno de sus objetivos:»[.] b) Velar por que, mientras se busca n esas soluciones permanentes, o en los casos en que estas resulten inviables o contrarias al interés superior del niño, se

determinen y adopten, en condiciones que promuevan el desarrollo integral y armonioso del niño, las modalidades más idóneas de acogimiento alternativo [.]».

Del mismo modo, dichas Directrices establecen como orientación general que: «[.] Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos [.]», concibiendo responsable al Estado en tales decisiones al expresar que: «[.] Cuando la propia familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado, con las entidades públicas locales competentes o las organizaciones debidamente habilitadas de la sociedad civil, o a través de ellas. Corresponde al Estado, por medio de sus autoridades competentes, velar por la supervisión de la seguridad, el bienestar y el desarrollo de todo niño e acogimiento alternativo y la revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de acogimiento adoptada.[.]».

Conforme lo vengo exponiendo, no puedo soslayar que en todos los casos en que un niño o adolescente no conviva con sus progenitores -se trate de períodos cortos o largos- resulta necesario dar un marco legal al guardador que le posibilite el ejercicio integral de sus derechos ya sea en el ámbito de la salud, escolar, en los beneficios que otorga la seguridad social, por ejemplo para que un adulto lo autorice a realizar un viaje escolar, para prestar el consentimiento para prácticas médicas de urgencia o para cobrar la asignación familiar, entre muchos otros.

En razón de las constancias obrantes y del estudio sistémico de las presentes actuaciones, no albergo dudas que la Sra. M. C. G. es la persona que se erigió en figura protectiva del adolescente luego del fallecimiento de su madre -y pretensa adoptante de la persona menor de edad-.

Por las razones expuestas, dictamen favorable del Ministerio Público Pupilar, lo reglado por los artículos 3.1, 9.1, 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3,7, 9, 17, 27 y 41 de la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 26.061) normas del Código Civil y Comercial de la Nación, doctrina y jurisprudencia citadas, es que;

**FALLO**:

1°) OTORGAR LA ADOPCIÓN PLENA del adolescente B. C. G., D.N.I. N° xx.xxx.xxx, nacido en la ciudad de Corrientes, Departamento Capital, República Argentina a las 06.48

hs. del día quince de octubre del año 2003, hijo de la Sra. C. B. P., D.N.I. N° xx.xxx.xxx, inscripto ante el Registro Provincial de las Personas de Corrientes bajo Acta N° 1693, Tomo 445 ley 1878, Folio 47, Año 2003 y Acta de Reconocimiento N° 1683, Tomo N° 942, Folio 42 vta., año 2004 efectuado el día catorce de septiembre del año 2004 por el Sr. C. G., DNI N° xx.xxx.xxx a la Sra. M. S. L., D.N.I.N° x.xxx.xxx, clase 1951, nacionalidad argentina, profesión jubilada, estado civil soltera, domiciliada en B° 17 de Agosto, Sector 10, Mz. I., Grupo 166, casa N° 31 de esta ciudad, quien se encuentra FALLECIDA, inscripción hecha ante el Registro Provincial de las Personas de Corrientes bajo Acta N° 2809, Tomo 799, Folio 09, Año 2018 en Corrientes, Departamento Capital, República Argentina a los doce días del mes de diciembre del año 2018. El adoptado queda emplazado en el estado de hijo de la adoptante con efecto retroactivo a la fecha de la Sentencia de Guarda con fines de adopción (11/10/2013) conforme lo establece el art. 618 del CCyC de la Nación.

2°) ESTABLECER que el adolescente adoptado mantendrá sus prenombres y apellido de origen adicionándose el apellido de la adoptante, debiendo llamarse en consecuencia B. C. G. L., D.N.I. N° xx.xxx.xxx, nombres y apellidos que deberá usar de ahora en adelante y para todos los actos de su vida.

3°) OTORGAR a la Sra. M. C. G., D.N.I. N° x.xxx.xxx la Guarda del adolescente B. C. G. L., D.N.I. N° xx.xxx.xxx en los términos del Art. 657 del CCyC de la Nación hasta su mayoría de edad por los fundamentos expuestos.

4°) La Sra. M. C. G., D.N.I. N° x.xxx.xxx deberá tomar posesión del cargo ante estos Estrados Judiciales con las formalidades de ley. POR SECRETARÍA, expídase copia certificada de la presente Resolución y hágase entrega a efectos de ser presentada ante las autoridades que lo requieran.

5°) NOTIFICAR al adoptado y a la guardadora por el medio procesal más idóneo, habilitándose a tal efecto COMUNICACIÓN Y NOTIFICACION MEDIANTE USO DE MEDIOS TELEMATICOS Y ELECTRONICOS conforme «Marco Regulatorio de Emergencia General (MREG)» dispuesto por Acdo. Extraordinario 09/20, pto. QUINTO STJCtes. y de acuerdo a las medidas, pautas y directrices establecidas por Acdos. Extraordinarios N° 10/20, N° 11/20 y N° 12/20.

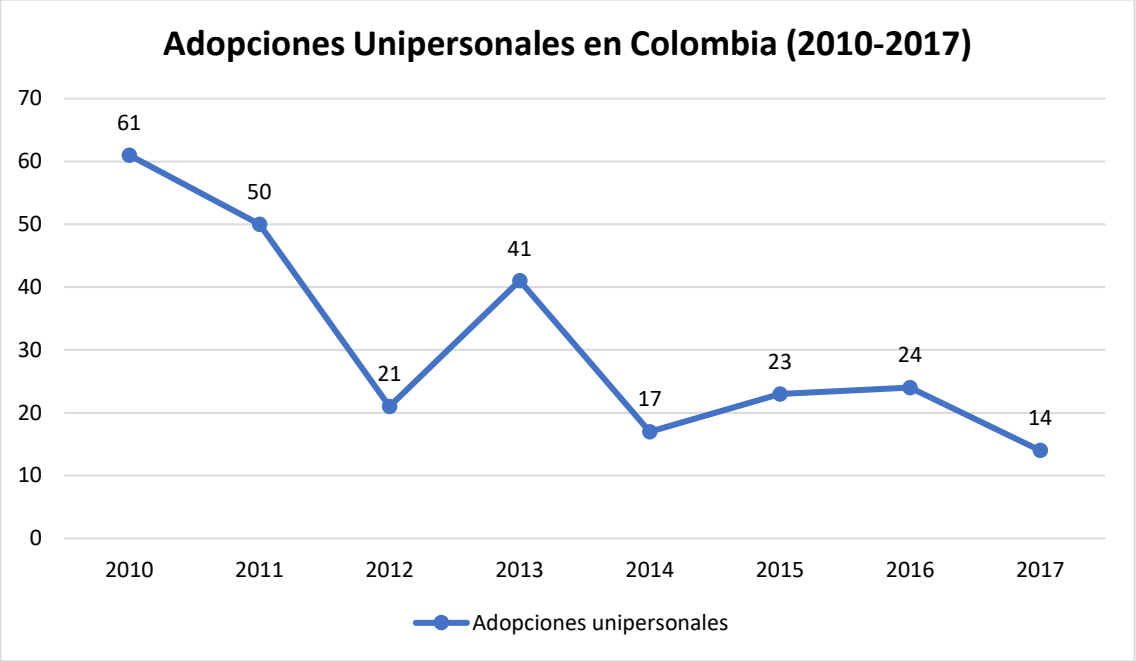
6°) LIBRAR OFICIO CON PREFERENTE DESPACHO AL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES, Departamento Capital, con transcripción de la parte resolutiva, a sus efectos y para su correspondiente inscripción.

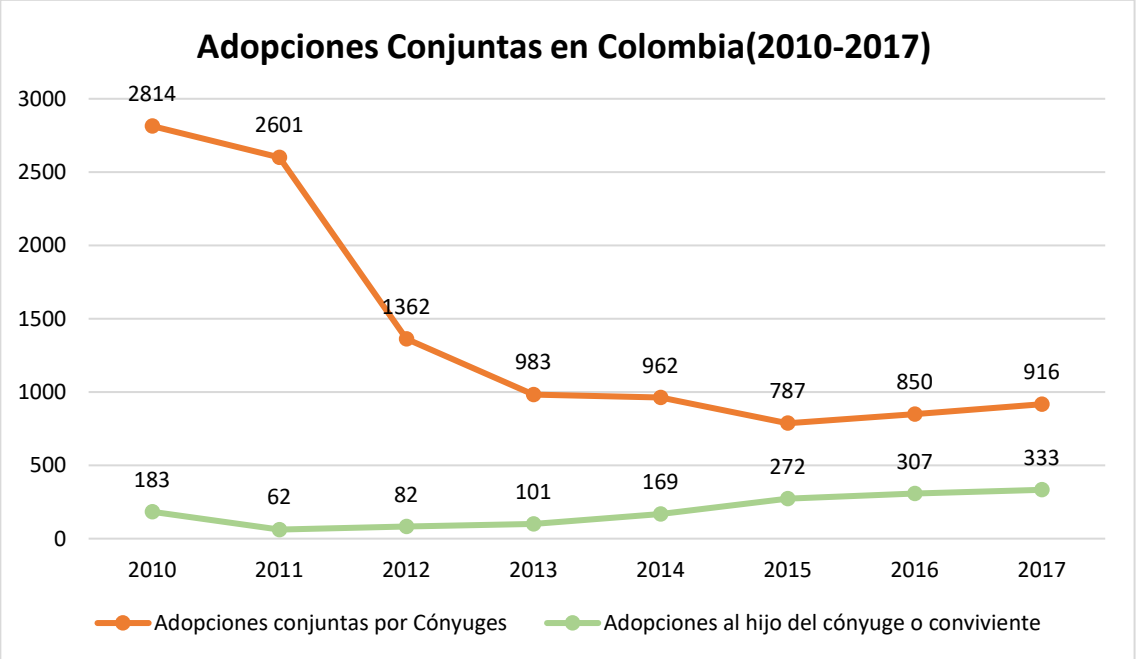
7°) LIBRAR OFICIO AL REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES A GUARDA CON FINES ADOPTIVOS DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES (RUA CTES.) a los fines de comunicar lo dispuesto por el presente conforme lo estatuye el art. 4 de la ley 5.521, el art. 12 del Decreto N° 1328/2009 reglamentario de la ley nacional N° 25.854 (adherida por ley provincial N° 6167). Adjúntese al Oficio a librar copia certificada del presente Fallo

8°) NOTIFICAR a la Asesoría de Menores e Incapaces N° 1, CON PREFERENTE DESPACHO.

9°) INSERTAR COPIA EN AUTOS, REGISTRAR, NOTIFICAR Y PROTOCOLIZAR.

## ANEXO III




Gráficos de elaboración propia, en base a estadísticas del Sistema de Información Misional (SIM) - ICBF y actas del Comité de Adopciones Regional, con fecha de corte en el 31 de diciembre de 2017.

**ANEXO IV**

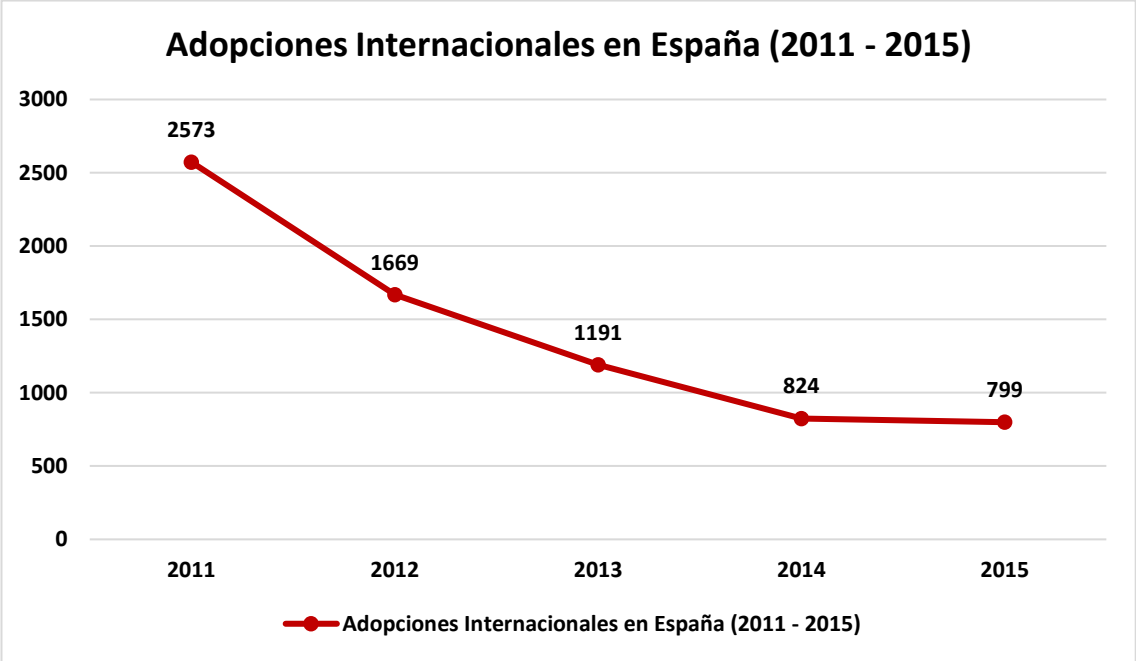
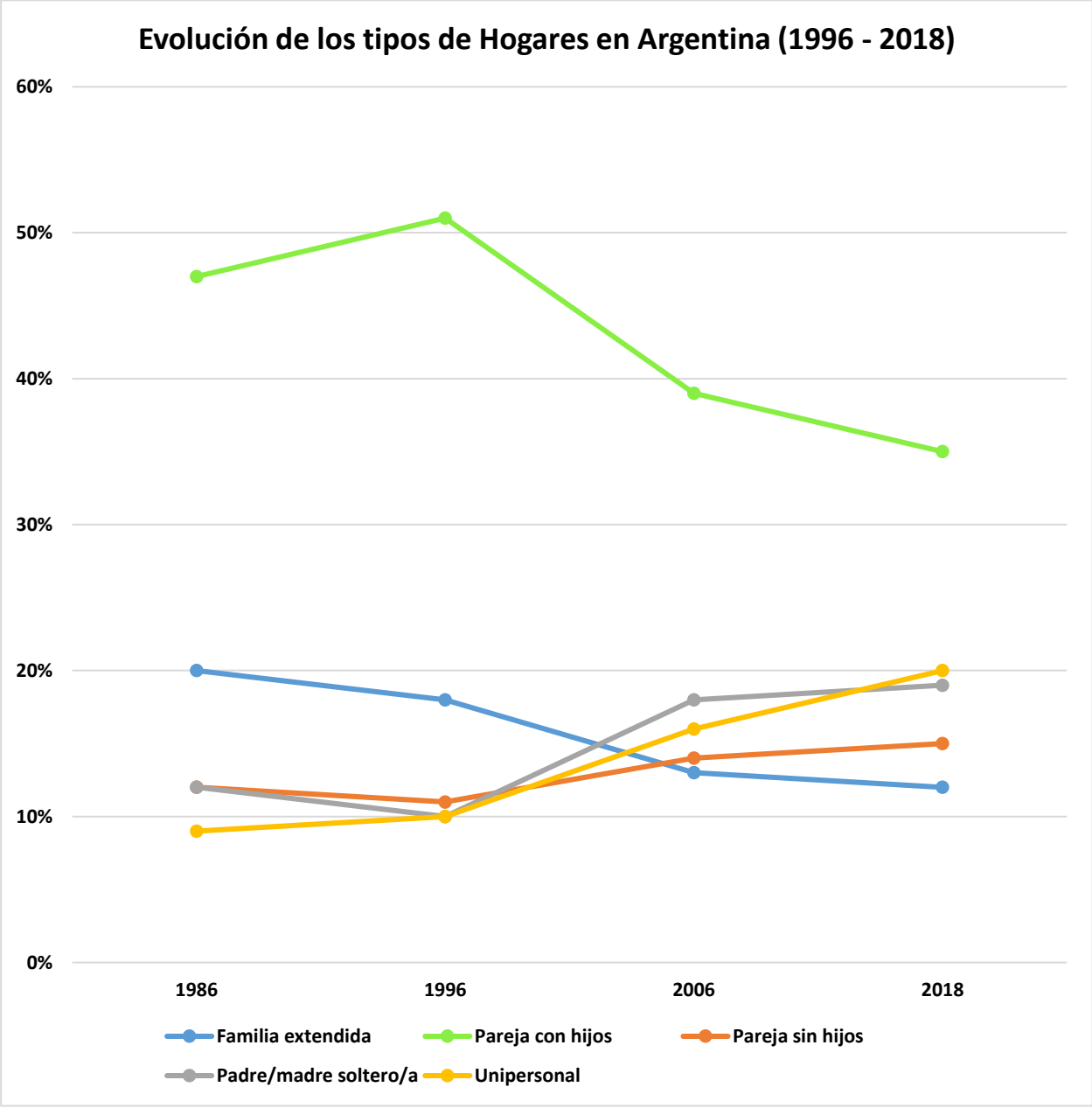



Gráfico de elaboración propia, en base a los datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de España.

**ANEXO V**




| Año/Categoría | Familia extendida | Pareja con hijos | Pareja sin hijos | Padre/madre soltero/a | Unipersonal |
|---|---|---|---|---|---|
| 1986 | 20% | 47% | 12% | 12% | 9% |
| 1996 | 18% | 51% | 11% | 10% | 10% |
| 2006 | 13% | 39% | 14% | 18% | 16% |
| 2018 | 12% | 35% | 15% | 19% | 20% |

Gráfico de Elaboración propia, en base a estadísticas del INDEC en CIPPEC.

**ANEXO VI**

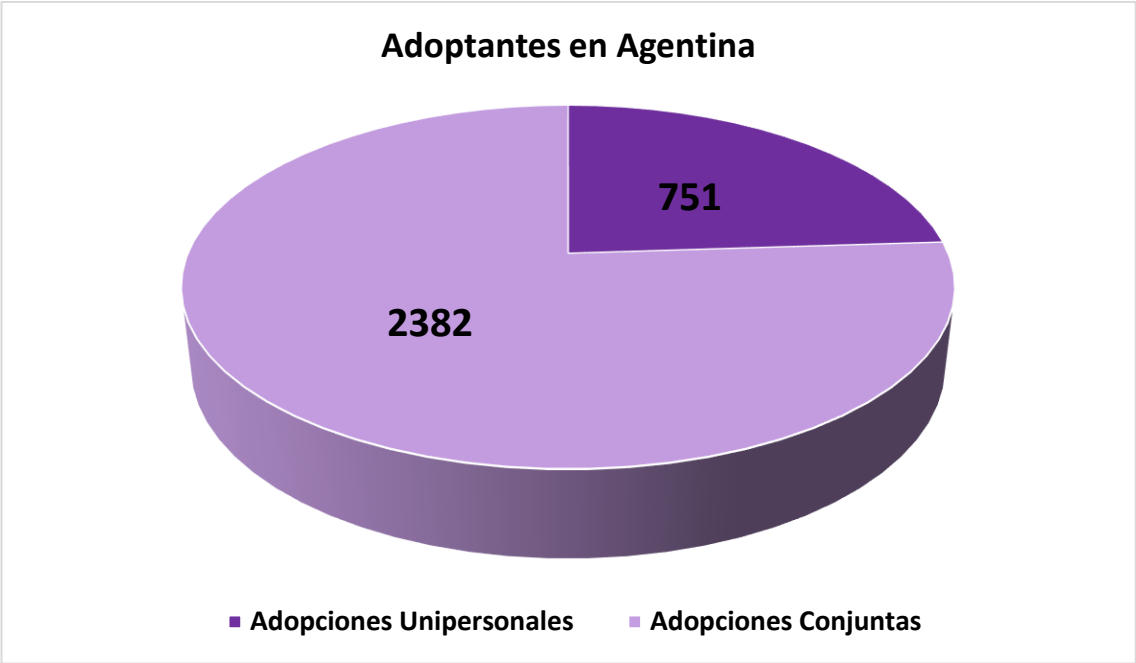



Gráfico de elaboración propia, en base a estadísticas del DNRUA, con fecha al 31 de diciembre de 2020.

## ANEXO VII

En atención a las recientes decisiones judiciales, es oportuno mencionar un fallo novedoso, cuya sentencia es de tan solo unos días posteriores a la presentación inicial del presente trabajo. Se presentará brevemente "P. P. W. L. S/ ADOPCIÓN – F", sobre la adopción post mortem de un niño en la provincia de Salta, que amplia el alcance de la figura tratada a lo largo de las páginas anteriores por las razones de hecho que se expondrán a continuación.

A diferencia de los casos tratados anteriormente, en este se presenta a M.P.K., un niño de 9 años de edad a la fecha, quien había sido entregado en guarda al matrimonio K. – P.P. al poco tiempo de su nacimiento en el año 2011. Los tres convivieron en la ciudad de Rosario, años en los cuales el menor forjó un evidente vínculo afectivo con sus guardadores, llamándolos mamá y papá.

Debido a diferentes circunstancias de la vida, tanto la Sra. K., como el Sr. P.P. fallecieron en noviembre de 2018 y mayo de 2020 respectivamente, dejando a M. en situación de desprotección y desamparo. Ante esto, su abuela materna, residente en la ciudad salteña de San José de Metán, lo acogió y contuvo durante este difícil proceso, volviendo a otorgarle el sentimiento de pertenencia en un hogar, rodeado de sus afectos más cercanos.

Nos encontramos entonces con una persona menor de edad, cuyos guardadores con evidente voluntad adoptiva han fallecido. Ya no se trata de una familia monoparental como hemos analizado, sino que hablamos de un matrimonio. Por ende, en primera instancia y tal como deja en evidencia el expediente, esta situación quedaría regulada con el artículo 605 CCCN, ya que el padre había manifestado la intención de continuar con la adopción a pesar del deceso de su esposa. Pero luego, ante el fallecimiento del pretenso adoptante, nos encontramos nuevamente con el vacío normativo que ya tratamos. Aquí entra en juego nuevamente la figura de la adopción post mortem como medida protectoria de los derechos de NNA, apelando a su interés superior, al principio de realidad familiar y a la conservación de los vínculos socioafectivos.

La jueza que llevó adelante este caso, Dra. Frida Bosernitzán, proporcionó una solución certera ante la situación que se le presentó, otorgando la adopción plena del menor M. a los que en vida fueron sus pretensos adoptantes, con fundamento en lo expresado en nuestro CCCN y la CDN (ya desarrollado precedentemente). Solo algunas de las palabras destacadas de la jueza, tanto en su sentencia como en lo informado por

ella en medios de comunicación, fueron que "como operadores de justicia, se ven obligados a garantizarle al niño su derecho a crecer y desarrollarse en familia, encontrando respuestas superadoras", es decir, ir más allá de las limitaciones del texto legal, con tal de lograr una protección efectiva de los derechos de las personas menores de edad, recalcando la importancia del afecto y el amor como creador de vínculos y relaciones familiares.

Sin más que agregar, se adjunta a continuación el texto del fallo en cuestión.

**Partes**: "P. P. W. L. S/ ADOPCIÓN – F"

**Tribunal**: Juzgado de Primera Instancia de Personas y Familia de Metán

**Sala/Juzgado**: I

**Fecha**: 22-dic-2020

**Cita**: MJ-JU-M-130283-AR | MJJ130283 | MJJ13028

Se otorga la adopción plena post-mortem de un niño a favor de sus guardadores ya fallecidos, quedando al cuidado de la abuela.

Sumario:

1.-Corresponde conceder la adopción plena del niño a sus pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso, quedando al cuidado de su abuela, prevaleciendo el principio de realidad familiar, al haberse probado que aquel se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros días de vida, que los actores demostraron su aptitud a tal fin y sobre todo por ser ese el deseo del menor, ordenándose además el cambio del apellido del niño, disponiendo que oportunamente la familia extensa haga conocer al menor los datos relativos a su origen, dando así cumplimiento con lo preceptuado por el art. 596 del CCivCom.

2.-El CCivCom. en su art. 594 establece que la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen, la misma adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones del mencionado Código.

3.-El CCivCom. ha establecido condiciones y principios en resguardo del interés superior del niño, ello se justifica por la trascendencia de la institución de la adopción y

la importancia de sus efectos, dado que con la misma se emplaza al adoptado en el estado de hijo del adoptante; y en particular en la adopción plena el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo biológico del adoptante con todos los parientes de éste, todo ello conforme lo establece el art. 535 del CCivCom..

4.-Teniendo en cuenta lo establecido en el art. 620 del CCivCom. la adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales, asimismo, el adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo, otorgándole el carácter de irrevocable -art. 624 CCivCom., emplazándose en el estado de hijo creando el nexo jurídico de parentesco con todos los parientes del adoptante, así también conforme al art 626 inc b CCivCom. si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales, debiendo valorar el juez la opinión del adoptado al respecto, es por ello que al momento de instituir el emplazamiento de estado filial y la consecuente modificación del apellido debe otorgarse suma importancia la opinión de los niños.

**Fallo**:

N.R: Se advierte que este fallo no se encuentra firme.

San José de Metán, de diciembre de 2020.

Y VISTOS estos autos caratulados: «P. P., W. L. POR ADOPCION – F» EXPTE. Nº EXP-45157/19, y:

RESULTA Que a fs. 08/09 de autos se presenta por ante la Proveyente el Dr. F. G. S. MP., en su carácter de apoderado del Sr. W. L. P. P. DNI Nº …, quien actúa por sus propios derechos a fin de iniciar juicio de Adopción Plena del niño M.P. DNI Nº ... nacido 14 de agosto de 2011 en el Hospital Materno Infantil Dpto. Capital, Pcia. de Salta. - Expone los hechos, funda el derecho que hace a su pretensión y ofrece pruebas. - Que a fs. 10 de autos se da curso legal a la presente acción, otorgando intervención a la Asesoría de Menores y al Ministerio Fiscal. A fs. 13 rola acta de audiencia: »a los 30 días del mes de Septiembre de 2019, siendo hs. 10:00, comparecen a los fines decretados en los autos caratulados: «P. P., W. L. POR ADOPCION» EXP 45157/19, que se tramita por ante este Juzgado de 1º Instancia en lo Civil de Personas y Familia del Distrito Judicial del Sur Metán, el Sr. P. W. L., DNI. Nº …, junto al menor M.P., acompañado del Dr. F. S. G., en presencia de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces Nº 2 Dra. Karina Patricia Singh. Abierto el acto por S.S. Dr. Carlos A. Graciano Juez Subrogante y Secretaría actuante.

La elección efectuada por las partes de llevar a cabo la adopción, se celebra la presente audiencia, también se deja constancia de lo dispuesto por el Art. 605 del (Fallecimiento de Madre). Puesto en uso de la palabra al Sr. W. L., manifiesta que, cuando murió su esposa, M. lloró mucho, hizo un tratamiento con una psicóloga, que trabaja con los niños con Yoga, Músico terapia, cromoterapia, mantras, mandalas y otras disciplinas dentro de la psicología que ayudan a superar la situación, y ella a su vez le dio 5 ejercicios que hagan a la noche antes de dormir para armonizar, para sacar la ira y termina con un mantra para dormir relajado y armónico. Expresa que se siente identificado con el apellido materno desprendiéndose esto de la manera que el niño contesta cundo se le pregunta por su nombre. Manifiesta que en el mes de Abril la Psicóloga le dio de alta. Que en el colegio que asiste a través del gabinete psicológico se le da contención todos los días, que el dicente tiene reuniones trimestrales con el gabinete y M. anda muy bien académicamente. Que su hijo siente mucha pertenencia en el Colegio y el Club. Puesto en uso de la palabra a M. P. K. manifiesta que vive en Buenos Aires en Tigre, que lo pasa lindo, que tiene muchos amigos y juegan al Fútbol en el recreo, que también juega al Rugby en un club, que su padre es el entrenador, que en realidad son 12 entrenadores ya que son 60 chicos los que juegan. Que va al Colegio M. H., que asiste a segundo grado. Expresa que le gusta estar con su padre, que tiene 19 primos algunos en Rosario de la Frontera. Se puede apreciar que existe una plena integración entre el niño y padre adoptante.» Siguen firmas (SIC). - Que a fs. 20/22 rola Informe Social en el que se concluye que: «Consideraciones: Se infiere que el matrimonio P. – K. y M. se han conformado como familia. Ante la muerte de su madre, el Sr. P. pudo brindarle a M. los recursos necesarios para afrontar su pérdida. Surge de la entrevista que tanto la institución educativa como familiares y amigos acompañan al niño y al padre frente a la muerte de la Sra. K. Se advierte claramente la construcción de un vínculo paterno filial entre el Sr. P. P. y M.» SIC.- Que a fs. 32/37 el Dr. F. G. S. apoderado de los actores adjunta acta de defunción de los Sres. M. K. y W. L. P. P. Hace saber que M. se encuentra al cuidado de la madre de la difunta Sra. M. K. A fs. 38 se ordena correr vista de lo manifestado a la Sra. Asesora de Menores e Incapaces quien a fs. 39 solicita se constate la situación actual del menor M.P., persona a cargo del mismo, grupo familiar conviviente y todo otro dato de interés. A fs. 43 rola acta de audiencia del 24 de Julio de 2020 mediante la utilización de medios tecnológicos atento la pandemia COVID 19, que impide ser realizada en forma presencial,.» siendo hs. 12:00, comparecen a los fines decretados en los autos caratulados: «P. P., W. L. POR ADOPCION – F» EXP 45157/19, que se tramita por ante este Juzgado de 1º Instancia en lo Civil de Personas y Familia del Distrito Judicial del Sur Metán, la Sra. N. A. G. G. DNI

Nº ... de 74 años de edad (abuela) en compañía de la Tía Sra. J. K. y en presencia de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces Nº 2 Dra. Karina Singh. - Abierto el acto por S.S. Dra. Frida Bosernitzán Juez y Secretaría actuante, SS comienza a realizar la audiencia del día de la fecha mediante Zoom a los fines de establecer contacto con el niño M. quien manifiesta estar acompañado de su abuela N. A. G. G. DNI Nº ... de 74 años de edad y su tía J. K. A preguntas realizadas por SS M. manifiesta que vive con su abuela a quien le dice Nani y con la cual se encuentra muy bien y que son sus deseos de seguir viviendo con ella. M. refiere que tiene primos con los cuales comparte su tiempo libre todos los días ya que la cuarentena la pasan en familia. Que su tía J. vive a tres cuadras, su tía S. (quien es la madrina) a seis cuadras y cerca también su tío A., todos de apellido K. Refiere que tiene clases virtuales y que el 3 de agosto recomienzan las clases. Que tiene el apoyo de dos psicopedagogas que van a su domicilio una a la mañana que lo acompaña con las tareas en inglés y la otra psicopedagoga a la tarde para las tareas en castellano, porque el colegio al que concurre es bilingüe. Que a veces, cuando está en la casa de su tía J. ella lo ayuda con las tareas, ya que ella es psicopedagoga de profesión. M. manifiesta que tiene muchos amigos y estos le regalaron una bicicleta con cambios y salen a dar una vuelta en bicicleta o caminando. Que en su barrio comparten con sus ocho primos que viven en el mismo lugar, pero que en total tiene quince primos y los restantes viven en la misma localidad, pero no en su barrio. Manifiesta la Sra. J. K. que M. cumple años el 14 de agosto y le van a hacer una linda fiestita.

A preguntas realizadas por la Sra. Asesora de menores e Incapaces a M., si se siente bien con su abuela: el mismo manifiesta que se siente bien y quiere quedarse con ella. A preguntas realizadas a la Sra. G.: La misma refiere que la peticionante es ella. Manifiesta M. que considera que todos son su familia y que está rodeado de mucho afecto. A pregunta realizada de cómo le gustaría llamarse el mismo responde M. P. K., solo así. A preguntas realizadas a la Sra. J. la misma manifiesta que cuando comiencen las clases M. va a ir con una de las maestras que lo llevaría o quizás en el transporte escolar ya que algunos de sus primos van al mismo colegio y que su abuela también lo podría llevar ya que tiene auto y maneja; que a las reuniones de la escuela la que iría es la Sra. N. A. G. G. Preguntado el menor respecto de si tiene contacto con sus familiares de Rosario de la Frontera el mismo manifiesta que tiene contacto con su abuelo paterno W. P. mediante mensajes, y llamadas, también con su tía T. a quien llama T. Que se organizaron en un grupo de WhatsApp entre todos los familiares de Bs As y de Rosario de la Frontera y que hace poco lo llamo a su abuelo por su cumpleaños. Puesta en posesión de la palabra la Sra. N. manifiesta que quiere que todo el trámite legal se termine así M. tenga su propio

DNI y que además ese es el deseo del niño. Se deja constancia por Secretaría que todo el tiempo que duró la audiencia el niño buscaba contacto con su abuela, se los ve abrazados lo cual denota el cariño que la misma le dispensa y da cuenta del lazo afectivo que los une». (SIC). A fs. 64/65 rola presentación de la Sra. N. G. G. DNI Nº ... quien pone en conocimiento que la misma es madre de M. K. quien fuera madre de M.

Refiere que M. se caso con W. L. P. P. y que M. llego a sus vidas el 14 de agosto de 2011, desde ese momento M. fue parte de su familia como M. P. K. Ante el fallecimiento de su hija el 24 de noviembre de 2018 y de su yerno el 30 de mayo de 2020 M. vive con ella, ya que su domicilio es centro de reunión familiar, donde se encuentra muy cómodo y con muchos amigos y está absolutamente integrado a su familia. Manifiesta que: »Tanto él como todos nosotros nos encontramos a la espera del dictado de la sentencia de adopción». SIC. - Que a fs. 77 vta y 78 rola informe socio ambiental realizado en el domicilio de la Sra. N. G. G. DNI Nº … Que a fs. 87/91 rola dictamen de la Sra. Asesora de Menores Nº 1, Dra.Karina Patricia Singh quien se expide favorablemente a la acción interpuesta de Adopción Plena. - Que a fs. 41 rola dictamen del Ministerio Fiscal quien estima que puede hacerse lugar a la Adopción del niño M.

CONSIDERANDO

Que vienen los presentes obrados a los fines de expedirme respecto de la de la Adopción Plena del niño M. DNI Nº ..., solicitada oportunamente por los Sres. M. K. y W. P. P.- Entrando en el análisis de la cuestión planteada, cabe señalar que se debe resolver las presentes actuaciones teniendo en cuenta que el INSTITUTO DE LA ADOPCIÓN es un instrumento legal establecido para la protección del niño y conforme con la misión específica que les compete en el ámbito del derecho de familia, donde se dirimen problemas humanos cuyas soluciones se instrumentan a través del análisis del caso concreto y no mediante la aplicación de fórmulas o modelos predispuestos por consecuencias lógicas previamente establecidas del entramado normativo. Es por ello que para apreciar si corresponde la adopción de un niño, no es posible prescindir del estudio de los antecedentes de la causa, como así también de valorar el mejor interés del Niño consagrado en los art. 3.1 y 21 de la de la Convención de los Derechos del Niño. En este orden de ideas el Código Civil y Comercial de la Nación es en lo que respecta al Instituto de Adopción, en su Art. 594 establece que «La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de

origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.». Dicha norma señala, en cumplimiento del principio del interés superior del niño, el derecho del niño a tener una familia donde pueda encontrar lazos afectivos que le permitan cristalizar su personalidad en formación, cuando ello no pueda ser proporcionado por su familia de origen. - En el caso sub examine el niño M. se encontraba contenido por el matrimonio P. – K. conforme constancia de acta de audiencia de fs. 13 que en su parte pertinente dice: «Puesto en uso de la palabra a M. P. K. manifiesta que vive en Buenos Aires en Tigre, que la pasa lindo, que tiene muchos amigos y juegan al Fútbol en el recreo, que también juega al Rugby en un club, que su padre es el entrenador, que en realidad son 12 entrenadores ya que son 60 chicos los que juegan. Que va al Colegio M. H., que asiste a segundo grado. Expresa que le gusta estar con su padre, que tiene 19 primos algunos en Rosario de la Frontera». Es decir que el niño M. se encontraba contenido junto al matrimonio P. – K. y actualmente debido al hecho luctuoso de ambos padres su realidad vital se desarrolla con su abuela, tíos y primos maternos. La doctrina entiende que: «La concepción de la adopción ha variado durante el siglo pasado y ha tomado un rumbo diferente al que traía desde sus orígenes: ya no se pone el acento en las necesidades del adoptante, ni en su imposibilidad de tener hijos biológicos, sino que el instituto hace centro en la necesidad de amparo de los niños, y en crear entre estos y sus adoptantes un vínculo signado por el amor con similares características al de la relación natural.». (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado/ Julio César Rivera y Graciela Medina – 1ra Ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La LEY. 2015. Pag.594). - En el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores de justicia, solidaridad y paz social. En este sentido C.S.J.N. precisó que «La adopción es una institución de protección familiar y social especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral. El interés superior del niño representa el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo y, a fin de evitar subjetividades en procura de superar la relativa indeterminación de la expresión, resulta útil asociar dicho «interés del niño» con sus derechos fundamentales. Así resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos.» (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 02/08/2005, S., C. s/ Adopción; Actualidad Jurídica de Córdoba – Familia y Minoridad, vol. 17, septiembre de 2005, p. 1753). El Código Civil y Comercial de la Nación ha

establecido condiciones y principios en resguardo del interés superior del niño, ello se justifica por la trascendencia de la institución y la importancia de sus efectos, dado que con la adopción se emplaza al adoptado en el estado de hijo del adoptante; y en particular en la adopción plena el adoptado adquiere el mismo parentesco que tendría un hijo biológico del adoptante con todos los parientes de éste, todo ello conforme lo establece el art. 535 del C.C y C.N. En virtud de lo expresado corresponde analizar si se cumplen en las presentes actuaciones las condiciones y principios que regulan la institución.- En éste sentido, podemos deducir que cuando un menor se encuentra desamparado, entiéndase privado de su entorno familiar o cuando el que tiene no resulta adecuado para su desarrollo, la mejor opción escogida por el legislador, con preferencia sobre cualquier otro tipo de medida, como podría ser la permanencia en instituciones públicas, es su inserción en un nuevo entorno familiar. Para ello, en nuestro sistema jurídico se arbitró el instituto de la adopción como instrumento jurídico que establece entre el o los menores y su o sus adoptantes un vínculo de filiación equiparable a la biológica en todos sus efectos. Con ello se pretende unir real y filialmente al menor con quienes de hecho no son sus progenitores biológicos. - La normativa vigente que encuadra jurídicamente en el instituto de la adopción establece que cuando la situación de desamparo se verifica de manera irreversible, la adopción es el medio más adecuado para proteger los intereses del menor. De allí, tal como lo dispone el art. 594, la adopción solo puede concederse por resolución judicial, la que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptado, que se sobrepone con el necesario equilibrio a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la responsabilidad parental; es decir su capacidad de otorgar al menor el entorno más adecuado para su protección integral, de modo tal que queda fuera de toda duda que el sustrato de la adopción, como en el resto de las normas jurídicas que se ocupan del menor, persigue primordialmente una finalidad tuitiva, es decir, que estamos ante un mecanismo singular de protección del menor que se encuentra en una situación de desvalimiento, en la que también confluyen lógicamente los intereses de los adoptantes.- Es por ello que se debe entender que la voluntad del matrimonio K.-P. P. de adoptar al niño M. en forma inobjetable, se encuentra plasmada en los autos caratulados "Guarda Judicial con fines de adopción del menor M.P." Expte Nº 41.424/15, en la sentencia de fs. 389/397. La voluntad adoptiva de las personas que en vida fueron los pretensos adoptantes se desprende de sus permanentes manifestaciones a lo largo del proceso, a través del cual oportunamente peticionaron la adopción del menor, de quien ya tenían otorgada hace un tiempo la guarda Judicial y a quien en vida le prodigaron trato y cuidado inherente al de

un hijo. Dichas expresiones crean la más íntima convicción de que la adopción plena es la que mejor se condice con la realidad circundante del menor, que con una marcada madurez manifestó en acta de audiencia de fs. 43 de los presentes obrados, su indudable intensión de ser hijo del matrimonio P. K., donde salta a la vista los lazos socioafectivos con su familia extensa, que le ha otorgado al niño el estado de nieto, primo, sobrino: «A preguntas realizadas por SS M. manifiesta que vive con su abuela a quien le dice Nani y con la cual se encuentra muy bien y que son sus deseos de seguir viviendo con ella. M. refiere que tiene primos con los cuales comparte su tiempo libre todos los días ya que la cuarentena la pasan en familia. Que su tía J. vive a tres cuadras, su tía S. (quien es la madrina) a seis cuadras y cerca también su tío A. Todos de apellido K. Refiere que tiene clases virtuales y que el 3 de agosto recomienzan las clases.» Que a veces cuando está en la casa de su tía J. ella lo ayuda con las tareas, ya que ella es psicopedagoga de profesión. M. manifiesta que tiene muchos amigos y estos le regalaron una bicicleta con cambios y salen a dar una vuelta en bicicleta o caminando. Que en su barrio comparten con sus ocho primos que viven en el mismo lugar, pero que en total tiene quince primos y los restantes viven en la misma localidad pero no en su barrio». SIC. Que el interés superior de M. comprende la máxima satisfacción de su derecho a tener una familia, que se encuentra realizado mediante la concesión de la adopción post mortem de sus padres M. K. y W. L. P. P., otorgando de este modo un marco legal a su situación socio afectiva con su familia extensa atento el hecho luctuoso del fallecimiento de ambos adoptantes.

La Convención de los Derechos del Niños con respecto a la preservación de la identidad en su art. 8 entiende que «el derecho a la identidad debe ser preservado como un valor en sí mismo a través de diferentes medidas de acción positiva; y siempre teniendo en cuenta que la identidad involucra dos aspectos, uno estático, conformado por el genoma humano (y que en el tema de la adopción se vincula con la familia de origen) y otro dinámico, derivado del despliegue temporal y fluido de la personalidad, que compromete los aspectos éticos, religiosos y culturales (que son provistos por la familia adoptiva) -cfr. aut. cit., «Tratado de Derecho de Familia», Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 50/5-. En este contexto se debe entender que no hay dudas, conforme a constancias de autos, que la preservación de la identidad dinámica de M. se encuentra consolidada y desarrollada dentro del entorno familiar proporcionado por la familia extensa del matrimonio K. – P., ante su lamentable deceso, ya que dicha construcción se fundó desde su nacimiento el 14 de agosto de 2011 hasta la fecha y subsiste el lazo socioafectivo con la familia extensa. (conforme arts. 8 de la Convención de los Derechos del Niño; 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Observación

General N° 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrs.55 y 56; C.I.D.H., caso «Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones», párrs. 121 y 122, arts. 8 y 25 de la Convención Americana). Asimismo, el Art. 599 del C.C.C.N. establece que «el niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. Todo adoptan te debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente.», tal recaudo normativo se encuentra acreditado en el acta de matrimonio de fs. 05 de los autos caratulados «Guarda Judicial con Fines de Adopción Expte. Nº 41.424/15.- Del Informe Social rolante a fs. 78 vta y 79, realizado por el servicio social del Juzgado de Familia Nº 4 de San Isidro «Durante la presencia del suscripto en el lugar, pudo observar un excelente ambiente de contención para M., quien se explayara sobre sus actividades escolares y deportivas. Claramente expresó su deseo de vivir junto a su abuela, bajo la responsabilidad de ella. La Sra. N., a su vez, manifestó también su deseo de ser la persona a cargo de M., dejando en claro que son equipo con sus otros hijos y resto de la familia, en lo que respecta a la contención y cuidado de M.». SIC. En el caso bajo análisis, la institución de la adopción es el último recurso ante situaciones que de plano son irreversibles, por lo que nos vemos obligados, como operadores de justicia y garantes de pleno ejercicio de los derechos, a encontrar respuestas superadoras para devolver al niño su derecho a crecer y a desarrollarse en familia. Todo ello en el entendimiento de que para lograr el desarrollo integral de un niño, niña y adolescente es fundamental que crezcan en un ambiente protector y nada mejor que el familiar donde el afecto, el respeto, el cuidado y el amor les permita desarrollarse plenamente hasta lograr una vida independiente y autónoma dentro de los lazos socio afectivos creados desde el año 2011 con la familia K. – P. que hace al desarrollo de su historia vital ahora con su familia extensa .- En éste contexto es menester resaltar que a fs. 389/397 y vta. se dictó resolución en el Expte. Nº 41.424/15 que rola por cuerda separada al presente, por la que fue otorgada la Guarda Legal con Fines de Adopción del niño M., a los actores W. L. P. P. DNI Nº 18.837.314 y M. K. DNI Nº 22.201.088, quienes habían quedado legitimados en consecuencia para iniciar la acción de Adopción Plena. A través de dicha Guarda Legal con fines de adopción, la Judicente ha podido conocer, analizar y valorar las condiciones personales y aptitudes de los futuros adoptantes para ejercer tal rol, y de los informe socioambientales de fs. 77 vta/78 se ha realizado un control de legalidad y también de mérito sobre las personas que han recibido al niño de autos, teniendo en cuenta que M. actualmente se encuentran totalmente integrado al grupo familiar extenso, habiéndose

creado un vínculo familiar y siempre en miras a la aplicación del principio rector en todas aquellas cuestiones atinentes a menores de edad, cual es el interés superior de los mismos, conforme lo establece el Art.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones Públicas o Privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que atenderá será el Superior Interés del Niño.».

Adelanto mi postura en el sentido de que corresponde hace lugar a la presente acción de Adopción Plena post mortem. - Debo señalar que la constitucionalización del Derecho Privado y en este caso la enunciación de los principios de Derechos Humanos, entre ellos el principio rector del Interés Superior del Niño, viene a efectivizar un cambio de paradigma en el ámbito de la adopción, afirma Marisa Herrera que en el ámbito de la adopción «no son la familia de origen ni la adoptiva los principales protagonistas de la filiación adoptiva, sino el niño.» (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fe. Rubinzal – Culzoni. Año 2015. Tomo IV. Pag. 19).- Del mismo modo, otro principio humano receptado expresamente por los Art. 595 y 596 del C.C.C.N., es el Derecho a Conocer los Orígenes, es por ello que se debe tener presente que el adoptado «con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.» (Art. 596 C.C.C.N.). - Conforme al art. 620 del C.C y C.N el mismo define la Adopción Plena como aquella que «Confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.». Otorgándole el carácter de irrevocable (Art.624 C.C y C.N). En este marco jurídico del C.C y C.N el parentesco adoptivo se genera con la sentencia judicial que otorga la adopción, y en el caso de la Adopción Plena se emplaza al adoptado en el estado de hijo de aquel, creando el nexo jurídico de parentesco con todos los parientes del adoptante. Así también conforme al art 626 C.C y C.N. b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales, debiendo valorar el juez la opinión del adoptado al respecto, es por ello que al momento de instituir el emplazamiento de estado filial y la consecuente modificación del apellido debe otorgarse suma importancia la opinión de los niños, en tal sentido es oportuno tener presente la manifestación en acta de audiencia de fs. 43 vta el niño manifestó: .» A pregunta realizada de cómo le gustaría llamarse el mismo responde M. P. K., solo así».- La misión específica

de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desatendiéndose de las circunstancias del caso (C.S.J.N., Fallos: 328:2870; 331:147; entre otros; asimismo, Dictamen del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ésta hace suyo en CIV 90032/2013/CS1 «M., M. S. s/ guarda», cit., pág. 7). Habiéndose cumplimentado en autos con los requisitos legales exigidos y surgiendo claramente de los presentes obrados que la adopción plena resulta adecuada al interés del niño M., por lo que es procedente su otorgamiento a los pretensos adoptantes fallecidos durante el proceso, por prevalecer el principio de realidad familiar, al haberse probado que aquel se encuentra plenamente integrado al grupo familiar al haber vivido allí desde sus primeros días de vida, que los actores demostraron su aptitud a tal fin y sobre todo por ser ese el deseo genuino de M. a quien tengo la obligación fundamental de oír y de tener en cuenta no solo porque la ley lo dice sino porque así lo indica el corazón y ese es el camino en este proceso. La ley nos impone el compromiso de hacerte conocer tu realidad biológica y quisiera M. que cundo puedas y desees acceder a este expediente, sepas que todos los que trabajamos para que tu deseo se haga realidad, no solo te escuchamos atentamente, sino que lo hicimos con todo nuestro ser, entendiendo desde lo más profundo tus sentimientos y valorando cada una de tus palabras dando prioridad siempre a tu bienestar y a tu felicidad. Saber escucharte es saber comprenderte y esa es una misión que estamos cumpliendo, haciendo lugar a lo que con tanto amor nos estas pidiendo y así puedas construir tu propia historia.

Por lo que la Proveyente estima procedente tal como lo adelantara precedentemente hacer lugar a la demanda de Adopción Plena peticionada, en virtud de lo establecido por el art. 7, 594, 595, 596, 615, 617, 618, 620, 624, 625, 626 y cctes. del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994). Art. 3, 11, 24, 27 y cctes. de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas Niños y adolescentes. Art. 5, 9, 12, 18 y cctes. de la Convención sobre los derechos del Niño, y los dictámenes favorables de la Asesora de Menores e Incapaces y el Ministerio Fiscal intervinientes en autos.- Por ello, FALLO:

Iº) HACER LUGAR en todas sus partes a la adopción póstuma solicitada a fs. 08/09 de autos, en consecuencia, otorgar la ADOPCIÓN PLENA del niño M. DNI Nº .... nacido 14 de agosto de 2011 en el departamento Capital, Pcia. de Salta a favor de los Sres. M. K. DNI Nº ... fallecida el 24 de noviembre de 2018 (conf constancia de fs. 32) y W. L. P.

P.DNI Nº ..., fallecido 30 de mayo de 2020, retrotrayéndose éste vínculo al día 26 de diciembre de 2018, fecha del otorgamiento de la Guarda con fines de Adopción.

EXPTE. Nº 41.424/15 rolante a fs. 389/398.

IIº) DISPONER el cambio de apellido del niño quien pasará a llamarse M. P. K.-

IIIº) ORDENAR que oportunamente la familia extensa haga conocer al niño los datos relativos a su origen, dando así cumplimiento con lo preceptuado por el Art. 596 del C.C y C.N.

IVº) FIRME Y CONSENTIDA la presente sentencia líbrese oficio a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para la inscripción de la misma de conformidad y en los términos establecidos por los Arts. 48, 49, 50 y cctes. de la Ley 26.413.

Vº) DESE cumplimiento a lo ordenado en el Art. 7 Anexo Acordada Nº 8640/01, librándose en consecuencia el pertinente oficio a la Secretaría Tutelar de la Corte de Justicia a fin de hacerle conocer el dictado la presente sentencia.

VIº) REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

**NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS**

Buenos aires, 29 de enero de 2021.

Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana

Dr. Marcos Córdoba.

S _____ / _____ D

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico al Sr. Decano que la alumna Elizabeth D'elia ha confeccionado el Trabajo Final titulado "Adopción Unipersonal Post Mortem", bajo mi supervisión.

Considero que por la calidad de su contenido merece ser defendido ante el tribunal que se designe.

Toda vez que 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 civil y/o penal por la presente obra.

Sin otro particular, saludo a Ud. Atte.

Adriana del Carmen Guglielmino.

Av. Olazábal 5214 – Piso 4 of. 27.

adguglielmino@hotmail.com