

## Los principios generales de la adopción en el nuevo Código Civil y Comercial

Gabriel Eugenio Tavip\*

*1. Introducción. 2. ¿Son necesarias las definiciones y los principios en los cuerpos legislativos?. 3. Lo medular de la adopción: a) la adopción es una institución jurídica, b) El objeto de la adopción, c) subsidiariedad de la adopción; d) Su carácter judicial; e) efecto de la adopción. 4. Los principios como “ideas fuerza”, a) el interés superior del niño, b) el respeto por el derecho a la identidad, c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, d) la preservación de los vínculos fraternos, e) el derecho a conocer los orígenes, f) el derecho del niño a ser oído; 5. Reflexiones finales.*

### **1. Introducción:**

Entre las diferentes decisiones que se tomaron al redactar el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación<sup>1</sup> aprobado por el Congreso de la Nación Argentina en el año 2014<sup>2</sup>, se encuentra la de brindar una serie de definiciones sobre algunas de las instituciones que se regulan y además –en determinados casos- brindar los principios en las mismas se basan y fundan.

Esto ha sucedido con la regulación de la institución de la adopción, que es receptada de manera acabada en el Título VI, del Libro Segundo (“Relaciones de Familia”), entre los artículos 594 y 637.

En el presente trabajo profundizaré sobre la definición brindada, así como sobre los principios presentados, relacionándolos e interpretándolos junto con el resto de la normativa relativa a la adopción, como así también a las otras instituciones que rigen el derecho de las familias.

---

\* Juez de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba. Especialista en Derecho de Familia (Universidad de Rosario). Docente de las cátedras de Derecho Privado VI –Familia y Sucesiones- y Derecho Privado I –Parte General- de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Investigador de la Secretaría de Ciencias y Técnica –Secyt- de la UNC y de la Universidad de Barcelona (España).

<sup>1</sup> De ahora en más lo citaré como CCivyCom. o el nuevo Código, de manera indistinta.

<sup>2</sup> Ley 26.994 Sancionada el 1 de octubre de 2014. Promulgada el 7 de octubre de 2014. Publicada en el B.O. el 8 de octubre de 2014.

Pretendo así realizar un análisis que permita precisar el sentido y alcance que los autores del nuevo Código<sup>3</sup> quisieron brindarle a esta especial forma de determinación de la filiación entre padres e hijos.

## **2. ¿Son necesarias las definiciones y los principios en los cuerpos legislativos?**

Una pregunta básica que estimo debe realizarse es si en un Código Civil y Comercial, es necesaria la inclusión de normas que definan instituciones y otras que recepten principios generales.

Una tradicional discusión doctrinaria se presentaba en relación a que la posibilidad que los códigos contengan o no definiciones de las instituciones que regulaban. Por una parte, determinados autores que rechazaban que los cuerpos jurídicos contuvieran definiciones, ya que se afirmaban que eso correspondía a la ciencia del derecho y que por lo tanto no era una buena praxis legislativa. Por otra parte otros sostenían la posibilidad de incorporar algunas nociones, que permitieran una mejor comprensión de ciertas realidades creadas por el derecho<sup>4</sup>.

Vélez Sarsfield fue criticado por los primeros, cuando en el art. 30 del Código Civil originario presentaba claramente una “definición” al hablar de la noción “persona” expresando que se trata esos “*entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones*”. Desde otra perspectiva se entendió en cambio que era útil esa inclusión, ya que decían que posibilitaba esclarecer las características generales del concepto en el ordenamiento jurídico<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> El Código fuera redactado por la Comisión que se viabiliza con el dictado del Decreto N° 191 de fecha 23 de febrero de 2011 en el que el Poder Ejecutivo de la Nación le encarga su elaboración a la denominada “comisión de reformas” integrada por tres de los más prestigiosos juristas del país como son Ricardo Lorenzetti, Helena Highton de Nolasco (miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y Aida Kemelmajer de Carlucci (ex integrante de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza). Además participaron de la redacción otros juristas de reconocida trayectoria en nuestro país.

<sup>4</sup> Cfr.: Bertoldi, María Virginia y Bergoglio, María Inés: “*Lecciones de derecho civil, personas naturales y jurídicas*”, Advocatus, Córdoba, 1995, p. 81.

<sup>5</sup> Cabe afirmar que en el nuevo Código Civil y Comercial se eliminó esa definición del actual art. 30, regulándose primero distintos aspectos de la “persona humana” (Libro Primero: “Parte general”; Título I: “Persona Humana”). En los fundamentos se brindan especificaciones del alcance y sentido de la noción de persona ya que se dice que “*es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil...*” Cfr.: Tavip, Gabriel “*Personas en General. Atributos*”, en

El nuevo Código Civil y Comercial ha optado por brindar –en determinados supuestos- una serie de conceptualizaciones ya que como sostienen los autores en los fundamentos “*se ha tratado de incluir sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil*”. Y además aclaran que “*la Comisión ha puesto una especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son*”.

Es decir que se hace viable la inclusión de estas definiciones en el texto mismo del Código Civil y Comercial ya que de esa enunciación resultará una clara consecuencia normativa, más allá de que también pueden cumplir una finalidad académica.

Así, la definición que el CCivCom. presenta en relación a la adopción, resulta ser de suma utilidad, ya que al tiempo que ciñe la materia de la que se trata la institución, permite una mejor comprensión de su contenido, tanto a los operadores del derecho, como a los propios destinatarios de las mismas.

Por otra parte, el nuevo código también ofrece en materia de adopción, una serie de principios, que operan como “ideas fuerza”<sup>6</sup> desde los que la institución debe ser mirada, estudiada e interpretada por todos aquellos que intenten aplicarla.

Nuevamente entiendo que puede darse un debate en relación a la necesidad de su inclusión como texto normativo. Creo que los mismos no son superfluos ya que como expresa Marisa Herrera, su presencia importa reforzar los postulados de los instrumentos de Derechos Humanos que nuestro sistema jurídico ha adoptado con rango constitucional<sup>7</sup>.

En este sentido, coincido con lo que la autora expresa cuando dice que “*no sólo para reforzar esta obligada perspectiva, sino también para destacar que ante cualquier silencio, vacío legislativo o laguna propia del derecho y más aún del derecho de familia que es tan cambiante y dinámico, debe siempre apelarse a estos principios generales que observan un valor especial tratándose de la adopción. Estos principios tienen un gran valor interpretativo*

---

en “*Manual de Derecho Privado I – Parte General*”, María Virginia Bertoldi de Fourcade (Dirección); Advocatus, Córdoba, 2014, p. 50.

<sup>6</sup> Delia Iñigo introduce la noción de “*ideas fuerza*” cuando analiza los “*principios*” que subyacen en la ley 23.264. Cfr.: Iñigo Delia: “*Impacto de la ley 23264 en el régimen legal de la filiación*”, en “*Libro Homenaje a María Josefa Méndez Costa*”, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2001, p. 145.

<sup>7</sup> Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

y además, permiten comprender con mayor profundidad la razón de varios cambios normativos”<sup>8</sup>.

Por ello, entiendo que la inclusión de esos principios posibilitarán una mejor y más integrada comprensión de todo el sistema de la adopción, brindando elementos facilitadores a todos aquellos que deban instrumentarlos tanto en el sistema administrativo del protección de la niñez y la adolescencia, como en el proceso judicial en el que se dirima en definitiva.

Por otra parte, tanto la conceptualización, como los principios son resultado directo de la aplicación en el ámbito interno de los postulados que surgen de las Convención<sup>9</sup> sobre los Derechos del Niño<sup>10</sup>, que es de aplicación obligatoria en nuestro derecho interno<sup>11</sup>.

### **3. Lo medular de la adopción:**

Según el diccionario definir significa: “*hacer conocer el carácter*”, “*indicar de manera precisa*”, “*resolver una duda*”<sup>12</sup>, es decir que ella nos permite conocer de manera general el contenido de lo que se pretende mostrar y en el caso de la definición de una institución jurídica, posibilita una mejor y más cabal comprensión.

En esta tesitura el artículo 594 del CCivCom. -que abre el primer capítulo (“disposiciones generales”), del título VI (“adopción”) del Libro segundo (“relaciones de familia”)- refiere 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, cuándo éstos no 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*”.

A esa conceptualización no puede estudiársela de manera aislada, sino que la misma se complementa y aúna con los principios generales de la institución que están reglados en

---

<sup>8</sup> Herrera, Marisa, “*El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil*”, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/el-decalogo-de-la-adopcion-a-la-luz-del-codigo-civil-por-marisa-herrera>.

<sup>9</sup> En adelante la nombraré como la Convención o la CDN, de manera indistinta.

<sup>10</sup> Cfr.: Bigliardi, Karina A., “*La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, DFyP 2014 (noviembre), p. 55

<sup>11</sup> Se afirma que cualquier reforma tener siempre presente la evolución que significó la introducción de los principios y normas de los tratados internacionales de derechos humanos. Ver.: Hernández, Lidia B., “*Una primera mirada a la institución de la adopción plena en el Proyecto*”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, julio 2012, p. 159.

<sup>12</sup> Pequeño Larouse Ilustrado, Buenos Aires, 1985, p. 321.

el artículo siguiente –el 595-, por lo que su estudio debe darse de manera integrada y sistemática.

Más allá de ello, es necesario a los fines de una mejor comprensión realizar un análisis pormenorizado de la misma.

*a) la adopción es una institución jurídica:*

De manera clara se señala que la adopción es una figura de naturaleza eminentemente jurídica, es decir una filiación que nace de la voluntad del legislador al incorporarla en el decálogo de las formas filiales

La adopción no siempre estuvo receptada como una fuente de filiación, lo que demuestra que su carácter es jurídico, es decir que es una consecuencia del derecho que la ha creado y le ha dado contenido normativo específico.

Vale recordar que el propio Vélez Sarsfield no la incluyó “ex profeso” en el originario Código Civil justificando esa ausencia entre otras razones en que “*tampoco en nuestras costumbres (lo requerían), ni lo exige ningún bien social, no los particulares se han servido de ella, sino en casos muy singulares*”<sup>13</sup>. Es recién en el año 1948 cuando se la regula –con un alcance muy diferente al actual- con la sanción de la ley N° 13.252<sup>14</sup>.

Así, en el nuevo Código se la incorpora como una de las tres fuentes la de filiación que se regulan en el art. 558, junto a la que tiene lugar por naturaleza y la que surge mediante las técnicas de reproducción humana asistida<sup>15</sup>.

Creo necesario destacar que no hay que confundir esta naturaleza “jurídica” de la adopción –que es a lo que se refiere en esta primera parte de la definición- con que la misma

---

<sup>13</sup> Cfr.: Belluscio, Augusto Cesar: “*Manual de Derecho de Familia*”, T II, ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 260; Azpiri, Jorge: “*Derecho de Familia*”, Hammuraby, Buenos Aires, 2000, p. 442.

<sup>14</sup> Esta primera norma recién es sustituida en el año 1971 con la sanción de la ley N° 19.134, que por primera vez introduce la adopción con una amplitud y trascendencia similar a lo que se le da a la institución. Luego en el año 1997 se introducen cambios fundamentales con la sanción de la ley 24.779.

<sup>15</sup> El artículo 558 establece que “*La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación*”.

sea “judicial”, como lo ha hecho cierta doctrina que analiza la noción<sup>16</sup>, que por otra parte si es referida en la última parte de la noción que aquí se comenta.

*b) El objeto de la adopción:*

La noción continua expresando que la adopción “*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*”.

Centra así el punto exacto hacia donde debe encaminarse toda resolución tendiente a otorgar esta forma de filiación, es decir a hacer efectivo el derecho de los NNA a tener una familia y poder desarrollarse de manera íntegra en la misma.

El foco de atención serán siempre las niñas, los niños y los adolescentes, como eje del sistema de adopción, y a quienes principalmente debe protegerse, procurando brindarles un ámbito familiar en donde pueda satisfacer sus necesidades, seas éstas de tipo afectivas, como materiales.

Por otra parte debe tenerse en claro que el sistema no pre-configurar ninguna preferencia por el tipo o constitución familiar en donde los NNA pueden llegar a desarrollar plenamente ese derecho a formar parte de una familia. En este aspecto el CCivCom posibilita solicitar la adopción -sin ningún tipo de distinción ni prevalencia- tanto a personas que se encuentran unidas en matrimonio, como a los convivientes, así como prevé la adopción unipersonal y de integración<sup>17</sup>.

Se ha señalado con claridad que “*a esta altura del desarrollo normativo es indiscutible entender al derecho a tener una familia como un derecho humano, sin que esto pueda decantarse por un determinado modelo de familia*”<sup>18</sup>.

*c) subsidiariedad de la adopción:*

---

<sup>16</sup> Cfr.: Basset, Úrsula Cristina: “*La adopción en el nuevo Código Civil y Comercial*”, SJA 2014/11/05-3; JA 2014-IV.

<sup>17</sup> Para profundizar sobre el tema recomiendo la lectura de López Faura, Norma V. “*El acceso a la filiación adoptiva en las actuales configuraciones familiares según la reforma del Código Civil*”, RDF 58-121.

<sup>18</sup> Pancino, Betina y Ojeda, María Verónica: “*Breve reseña sobre el instituto de adopción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*”, elDial.com - DC1E18. Publicado el 03/12/2014

Otra de las precisiones que surge de manera prístina de la noción es que la adopción sólo procederá en los supuestos que la niña, niño o adolescente no pueda desarrollar su derecho a formar parte de una familia, en su grupo familiar de origen.

Es decir que importa siempre una solución o alternativa ante la falta de ese grupo familiar que pueda cumplir de manera concreta lo referido anteriormente, es decir brindarle a esos niños un lugar que lo contenga afectiva y materialmente.

Este carácter subsidiario es reforzado también cuando se receptan los principios generales que rigen el instituto, lo que da cabal cuenta de la importancia que el mismo adquiere en el sistema.

d) *Su carácter judicial:*

La definición continua diciendo que “*la adopción se otorga sólo por sentencia judicial*”. De esta manera el Código ha mantenido como sistema de otorgamiento de la adopción la vía judicial, continuando con la postura tradicional del sistema jurídico de Argentina que como indica Nora Lloveras “*se ha separado totalmente de aquellas legislaciones en que se admite la adopción como un contrato o como resultado de un acuerdo de voluntades*”<sup>19</sup>.

Este carácter también se encuentra reflejado en lo normado en los capítulos 2 (“*Declaración judicial de la situación de adoptabilidad*”), 3 (“*Guarda con fines de adopción*”) y 4 (“*Juicio de adopción*”) del Código que regula las tres fases del proceso de adopción en los que siempre aparece el sistema judicial como garante y otorgante de la misma<sup>20</sup>.

Es decir que se reafirma el carácter judicial de todo el proceso adoptivo (declaración de la situación de adoptabilidad, el otorgamiento de la guarda con fines de adopción y la adopción propiamente dicha), que ya había sido fijado por la Ley N° 24779, que desechó de

---

<sup>19</sup> Cfr.: Lloveras, Nora: “*Nuevo Régimen de Adopción. Ley 24779*”, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 54. Es decir que sólo procederá la adopción como resultado de una sentencia judicial que declare este tipo de filiación que justamente nace con esa resolución del órgano jurisdiccional competente en materia de familia.

<sup>20</sup> Para una mayor comprensión del proceso de adopción de acuerdo a la nueva regulación puede leerse a Fernández, Silvia E.: “*Adopciones. Personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción*”; EDF 58-83.

plano la “extrajudicialidad” de la guarda previa, que si se encontraba habilitada en la ley 19.134<sup>21</sup>.

*e) efecto de la adopción:*

Finalmente el artículo 594 cierra el concepto diciendo que esta institución “*emplaza al adoptado en el estado de hijo*”, es decir que refiere de manera clara, cuál será el efecto de la resolución judicial que haga lugar a la demanda planteada.

Pone en claro que el objetivo de la adopción es la creación de un nuevo estado de familia entre el adoptado y el o los adoptantes, es decir nace un título de estado de hijo y a la vez de padre o padres.

Ese “estado” que es un atributo de la persona, también denominado “estado de familia”, o por algunos “estado civil”, hace referencia a ese modo de ser o de estar de una persona dentro de su grupo familiar y en el caso de la adopción surge de una sentencia judicial, que tiene efectos constitutivos<sup>22</sup>.

#### **4. Los principios como “ideas fuerza”:**

Seguidamente a la conceptualización de la adopción el nuevo Código presenta en el art. 595, cuáles son los principios en que se basa la institución, normando que “*La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años*”.

---

<sup>21</sup> En esta ley la guarda preadoptiva podía ser otorgada mediante acta notarial, por acuerdo entre la o los progenitores y los pretendidos adoptantes.

<sup>22</sup> Tavip, Gabriel “*Personas en General. Atributos*”, en en “*Manual de Derecho Privado I – Parte General*”, María Virginia Bertoldi de Fourcade (Dirección); Advocatus, Córdoba, 2014, p. 58.



Es decir que el legislador ha optado por abrir el Capítulo 1 en el que se regulan las “*disposiciones generales*” sobre la adopción, integrando el concepto de la misma, con los principios generales que la rigen, aportando de esa manera un marco básico y central a la hora de la interpretación de todo el sistema y del que ningún operador puede prescindir al tiempo de aplicar el resto de las normas.

Como refería anteriormente los principios importan una serie de “ideas fuerza”, son el marco interpretativo básico e ineludible al que debe remitirse en caso de cualquier contradicción que pueda llegar a surgir en la aplicación de Código Civil y Comercial.

Los mismos deben analizarse sistemáticamente, ya que por un parte se encuentran interrelacionados entre sí mismos, pero además se vinculan con normas de todo el sistema jurídico de protección de la niñez y la adolescencia.

Así se los debe estudiar también conjuntamente con todas las disposiciones del Título de la adopción, así como con otras del mismo Código en las que se regulan cuestiones atinentes de niños, niñas y adolescentes (por ejemplo las relativas a la capacidad –Libro primero, Título I, Capítulo 2-, a la responsabilidad parental –Libro segundo, Título VII-, o lo referido a los procesos de familia –Libro segundo, Título VIII-, entre otras).

Ese análisis debe además interconectarse con las disposiciones de la Ley de Protección Integral de los Derechos de los NNA<sup>23</sup>, N° 26061<sup>24</sup>, y fundamentalmente enmarcado sobre todo el marco normativo que importa la Convención de los Derechos del Niño.

Los principios, que nos permitirán internalizar con mayor ahínco la razón de varios cambios normativos a los que se hace referencia son:

a) *el interés superior del niño:*

---

<sup>23</sup> En este sentido, Marisa Herrera ha señalado con claridad que “*La reforma es realista. Sabe que una gran cantidad de situaciones que podrían dar lugar a la adopción provienen de una intervención previa en el marco del llamado “Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños y Adolescentes” que regula la ley 26.061. Se trata de una normativa central y básica en todo lo referido a los derechos humanos de niños y adolescentes y por lo tanto, tratándose de la regulación de una figura como la adopción directamente vinculada a la protección de este grupo social, la interacción entre ambas normativas es ineludible*”. Ver Herrera, Marisa, “*El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil*”, Ob. Cit.

<sup>24</sup> Sancionada el 28 de septiembre de 2005, promulgada el 21 de octubre y publicada el 26 octubre del mismo año.

Este principio, que aparece como una “verdad de Perogrullo”, nunca resulta redundante, ni es en vano incluirlo, ya que es la base fundamente de todo lo que atañe a las niñas, niños y adolescentes.

Mucho se ha discutido sobre el alcance y trascendencia de esta noción, que sin lugar a dudas importa un principio general del derecho, aplicable a todas sus ramas, en tanto puedan ellas vincularse con cuestiones atinentes a los NNA<sup>25</sup>.

El principio abrevia en el art. 3.1 de la CDN que estipula con claridad que “*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*”. Al mismo tiempo la Convención lo recepta específicamente en otros seis normas de su articulado que hacen alusión a que ese “interés superior” deberá ser atendido especialmente cuando se resuelva sobre la separación de los hijos respecto de sus padres, sobre el mantenimiento de relaciones con los progenitores no convivientes, **como una consideración básica en materia de adopción**, como sujetos de protección especial del Estado cuando se encuentran separados de sus padres o como pautas de protección de niños que han infringido la ley penal<sup>26</sup>.

Podemos ver que ya la misma convención destaca en su artículo 21 que “*los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...*”<sup>27</sup>, lo que muestra la especial relevancia que la prevalencia de este principio del derecho adquiere en una institución como la filiación adoptiva.

---

<sup>25</sup> Para una mayor profundización sobre el sentido y alcance actual de la expresión “interés superior del niño”, recomiendo la lectura de Tavip, Gabriel Eugenio: “¿De qué hablamos cuando hablamos de “interés superior del niño”?”, en: “*Los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*”, Directora: Nora Lloveras, Coordinadora: María de los Ángeles Bonzano, ob. cit, p. 107 y ss.; Villagrasa Alcaide, Carlos: “*El interés superior del menor*”, en: “*Derecho de la persona*”, Coord.: Ravetllat Ballestre, Isaac, Bosch, Barcelona, 2011, p 25 y ss; Rivero Hernández, Francisco: “*El interés del menor*”, Dykinson, 2da ed., Madrid, 2007; Cillero Bruñol, Miguel: “*El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño*”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary, *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis-Depalma, Bogota, Buenos Aires, 1999, Tomo I; Roca Trias, Encarna: “*El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado*”, discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Revista jurídica de Cataluña, N° 4, 1994, p. 976; entre otros autores.

<sup>26</sup> En este sentido en receptado en los artículos 9.1., 9.3., 18.1, 20.1, 21, 37.c. y 40.2.

<sup>27</sup> Este principio ha sido claramente explicados por quienes comentan la Convención. Véase: Benedit, Matías y Martínez Ruiz, Analía, *comentario al artículo 21*, en Weinberg. Inés M., “*Convención sobre los Derechos del niño*”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p.343/359; D’Antonio, Daniel Hugo: “*Convención sobre los derechos del niño*”, Astrea, Buenos Aires, 201, p. 160.

Es necesario también su vinculación con lo establecido por el artículo 3 de la 26061<sup>28</sup>, norma que al tiempo que referencia el interés superior del niño como eje central de toda cuestión a ellos ligada, da pautas interpretativas que son de suma utilidad para todos los operadores del sistema de protección de la niñez y la adolescencia<sup>29</sup>. Además el mismo artículo cierra expresando que “*este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, **adopción**, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*”<sup>30</sup>.

Se puede apreciar como la adopción es una de las instituciones en donde todas las normas protectorias de la niñez y la adolescencia, buscan que se aplique con especial preeminencia el postulado del “interés superior del niño”.

Así se ha verificado además en varios fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en que ha tenido que dirimir cuestiones relativas a procesos de guardas preadoptivas o adopciones, en los que centra de manera medular el interés superior del niño, como parámetro básico a la hora de tomar decisiones.

Como un ejemplo de ello la Corte ha expresado que “*a los fines de resolver una cuestión de competencia en una causa sobre guarda, el principio rector del **interés superior del niño** debe constituir una insoslayable pauta axiológica prescripta por la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75 inc. 22*

---

<sup>28</sup> Para una mayor profundidad sobre el tema recomiendo la lectura de Gil, Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa: “*Ley de protección integral de Niños, Niñas y Adolescentes*”, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 79.

<sup>29</sup> El art. 3 de la ley 260061 que “*a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley*” . A continuación la misma norma determina pautas de interpretación al aseverar que para su consideración se deberá respetar: “*a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia*”.

<sup>30</sup> Es decir que hace extensiva su aplicación a todas las cuestiones relativas a los niños, niñas y adolescentes y ratifica su orden de prevalencia cuando se encuentre en conflicto con otros intereses.

de la Constitución y, por ende, de inexcusable acatamiento y aplicación, por lo que cabe privilegiar el lugar de la residencia habitual de la incapaz”<sup>31</sup>.

El código ha privilegiado de tal manera el resguardo del “interés superior del niño” que también aparece mencionado en otras instituciones en el incorporadas, como es cuando en el artículo 639 lo presenta como un principio general que rige a la “*responsabilidad parental*”<sup>32</sup>.

b) *el respeto por el derecho a la identidad:*

El segundo de los principios que rigen el sistema de la adopción es el respeto irrestricto al derecho a la identidad, que viene a reforzar de manera contundente lo que ya comenzaba a ser una realidad normativa en la ley 24.779<sup>33</sup>, que había presentado un avance notorio en este aspecto<sup>34</sup>.

Entre los derechos que se han merecido un especial reconocimiento en nuestro sistema jurídico y adquiere fundamental importancia es el “**derecho a la identidad**” entendido como “*el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás ingredientes de su propio ser*”<sup>35</sup>; es en definitiva el conjunto de características físicas, jurídicas y sociales que reivindican a una persona.

La consagración del derecho de la identidad implicó una revalorización de la persona en todos sus aspectos ya que se le da la posibilidad al individuo de compenetrarse en su

---

<sup>31</sup> Cfr.: Tavip, Gabriel Eugenio: “*El foro ‘conveniente’ y el ‘interés superior del niño’ ejes estructurantes en la asignación de competencia en guardas pre-adoptivas y adopciones*”, en Grosman, Cecilia; Kemelmajer, Aida; Lloveras, Nora y Herrera, Marisa; “*Máximos Precedentes de Derecho de Familia*”; La Ley, Buenos Aires, 2014.

<sup>32</sup> El art. 639 dispone: “*Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez*”.

<sup>33</sup> Para un estudio profundo sobre el tema de recomiendo la lectura de Herrera, Marisa: “*El derecho a la identidad en la adopción*”, Universidad, Bs. As., 2008.

<sup>34</sup> El derecho a la identidad tiene recepción en los artículos 321 inc. f. del código anterior que estipula “*el compromiso de los padres adoptivos de hacer conocer los orígenes al adoptado*” y en el art. 328 que dispone el “*derecho del adoptado a acceder al expediente de adopción*”.

<sup>35</sup> D’antonio, Daniel H.: “*Derecho a la identidad, Reforma Constitucional y Acciones de Estado, Revista de Jurisprudencia Provincial*”, Año I, n. 4, Santa Fe, p.328.

esencia más profunda y a su protección se la relaciona con el ejercicio de los derechos personalísimos. En este sentido se ha expresado que *“la identidad, entendida como la posibilidad de ser reconocido como una persona a la cual sus circunstancias la hacen distinta de las demás, aparece como un presupuesto de la misma inherencia, característica fundamental de los derechos personalísimos”*<sup>36</sup>.

Este principio adquiere una relevancia especial en materia de adopción, que tiene fundamento en la naturaleza misma de la institución que permite crear una filiación nacida de una ficción legal, de una sentencia judicial.

Además no puede dejar de recordarse la serie de ocultamientos que muchas veces se verificaron en las historias cotidianas que se dieron en las adopciones, no sólo en nuestro país, sino también en todo el mundo.

Se vincula de lleno también con lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, que recepta este derecho de manera concreta<sup>37</sup> y en el artículo 11 de la ley 26.061<sup>38</sup>.

Corresponde resaltar que este principio se integra además de manera sistemática con el inciso f) de esta misma norma que consagra el derecho del adoptado a conocer sus orígenes, que importa la faceta activa del derecho a la identidad.

---

<sup>36</sup> Medina, Graciela; *“La adopción”*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Tomo II, p. 70.

<sup>37</sup> El art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño dice: *“Artículo : 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.*

<sup>38</sup> El art. 11 de la 26061 establece que *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”*.

c) *el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada*

Este principio se relaciona con la subsidiariedad de la adopción, que fuera analizada cuando anteriormente. Importa que la misma sólo prosperará en los casos en que los NNA no puedan desarrollar su derecho a formar parte de una familia en su grupo de origen, sea éste el primario o ampliado.

Es decir que se deberá privilegiar el sistema familiar de origen por sobre la posibilidad de que el niño sea declarado en situación de adoptabilidad. Este principio se complementa con lo dispuesto por el art. 607 que dispone que “*si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado en el interés de este*”.

Sin embargo no puede dejar de ser leído a la luz del art. 594, que cuando conceptualiza la adopción refiere el derecho del “*niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales*”. Por lo que no cualquier vinculación con sus familiares de origen será prevalente, sino aquella que le reasegure el ejercicio de estos derechos.

Este principio también se vincula con el que se desarrolla a continuación, que importa la “*preservación de los vínculos fraternos*”, sin que deba confundirse uno con el otro, que si bien tienen una raíz común pueden realizarse de diferentes maneras.

d) *la preservación de los vínculos fraternos:*

El cuarto principio destaca que en las adopciones debe buscarse “*la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas*”.

Se ha expresado que “*si bien los hermanos integran la noción de familia de origen o ampliada que se preserva en un inciso particular, el vínculo fraterno tiene su propia regulación y de este modo, se enfatiza de manera especial este lazo afectivo*”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Herrera, Marisa, “*El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil*”, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/el-decalogo-de-la-adopcion-a-la-luz-del-codigo-civil-por-marisa-herrera>.

Es decir que en los casos en que dos o más hermanos se encuentren en situación de adoptabilidad, deberá buscarse en la medida de las posibilidades, que sean adoptados por el mismo grupo familiar. En caso que ello no sea posible deberán arbitrarse los medios necesarios de mantener los vínculos jurídicos entre ellos.

La mantención de esos vínculos jurídicos entre ellos, importa la subsistencia de su relación fraterna, con los derechos y deberes que esa relación importa. Sólo se limitará cuando ella sea contraria al mejor interés de uno o todos esos hermanos. Un ejemplo de ello sería el caso que uno de los hermanos haya cometido abuso contra el otro<sup>40</sup>.

En este aspecto se ha precisado que *“para determinar cuándo se afecta el supremo interés del niño, cuál es la mejor medida para el NNA, se debe acudir al auxilio de la interdisciplina, como así también escuchar la opinión de los mismos, en cuanto sujetos de derechos (art. 12 CDN, art. 24 Ley 26.061). La consulta y aporte que brindan los equipos interdisciplinarios, resultan fundamentales para brindar un panorama completo al juez sobre la situación familiar y de cada uno de los integrantes de ese grupo, como así también para otorgar pautas de orientación y contención que los sujetos vulnerables requieren para su protección. El aporte interdisciplinario suministra la completa información que el juez requiere para la solución de un caso, para el equilibrio entre las tensiones existentes en un conflicto de intereses, donde la psicología, antropología, psiquiatría, terapeutas familiares contribuyen en la búsqueda de una respuesta a los conflictos llamados a resolver”*<sup>41</sup>.

e) *el derecho a conocer los orígenes:*

El siguiente inciso consagra como principio general de la adopción el derecho a conocer los orígenes por parte de la persona adoptada, que se vincula con el derecho a la identidad, siendo éste su manifestación práctica.

Se relaciona además de manera clara con lo dispuesto en el artículo 596 que reglamenta ese derecho del adoptado *“a conocer los orígenes”*, sin limitaciones a una edad

---

<sup>40</sup> Medina, Graciela; *“La adopción”*, ob cit. P 120..

<sup>41</sup> Yuba, Gabriela. *“Adopción y revinculación (o no) entre hermanos. Consideraciones en torno al Código Civil y Comercial proyectado”*, DJ 03/04/2013, 17 .

determinada -como estaba establecido con anterioridad-<sup>42</sup> y dando precisiones acerca del modo en que debe ejercerse ese derecho.

Este artículo se proyecta en varias dimensiones:

- La posibilidad para el adoptado de conocer en cualquier momento de su existencia el contenido del expediente en el que se ha tramitado su causa, o en otras instituciones del sistema judicial o administrativo, siempre que su “edad y grado de madurez” así lo habiliten. Por ello, ya no se limita esta posibilidad a que haya cumplido 18 años, como lo es en el sistema derogado. Asimismo debe presumirse –salvo prueba concreta en contrario- que cualquier niño o adolescente que se presente ante el juez o ante el órgano administrativo para solicitar conocer su historia, que ya contaría con la edad y grado de madurez necesarios para hacerlo.
- Este acceso a su historia no sólo se proyecta en relación al Juzgado en donde se tramitó su causa, sino también en todo el ámbito judicial o administrativo o cualquier otro en donde puedan haber quedado rastros de su historia. Así por ejemplo si de una historia clínica resguardada en un hospital público o privado da cuenta de la misma (en la que se refiere la evolución del embarazo, nombre de la madre, o cualquier otro dato), podrá ser requerida por el adoptado a fin de hacer efectivo ese derecho.
- La ampliación del contenido de la información que existir en los registros judiciales o administrativos, la que no sólo se debe limitar a quienes es la familia de origen, sino que se extiende también a incluir otros aspectos como los relativos a enfermedades transmisibles y cualquier otro que hace la integridad psicofísica de la persona adoptada.

---

<sup>42</sup> El art. 596 dispone: “*Derecho a conocer los orígenes. 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. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. El adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En todo caso debe contar con asistencia letrada*”.



- El auxilio de equipos interdisciplinarios para que la persona menor de edad que quiera conocer sus orígenes, pueda estar acompañada en esa búsqueda<sup>43</sup>.
- La necesidad de optimizar las formas de resguardo de toda la información en que se encuentre la historia vital del adoptado<sup>44</sup>.
- La obligación de los adoptantes de hacer conocer el tipo de filiación a la persona adoptada.
- La inclusión de una “acción autónoma”, que tiene por objeto conocer los orígenes sin que ello prevea crear ningún vínculo jurídico con la familia de origen<sup>45</sup>.

*f) el derecho del niño a ser oído:*

La enunciación de principios de la adopción finaliza con la expresa consagración en éste ámbito del derecho de las familias del derecho a ser oído, al establecer “*el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años*”.

---

<sup>43</sup> Hace ya muchos años, al analizar la ley 24779, proponíamos esta posibilidad como una manera de ayudar a las personas en esa búsqueda tan trascendente en sus vidas. Cfr.: Lupoli, María C.; Tavip, Gabriel E.: “*El acceso al expediente de adopción y la posibilidad para el adoptado de conocer su realidad biológica*”, JA 1998-III-1020. En ese momento expresábamos que. “*A pesar de que el adoptado tiene pleno derecho de conocer su realidad biológica y que no deben existir trabas con respecto al derecho declarado, entendemos, no obstante, que desde los tribunales que le brindarán la posibilidad de acceder a su historia deberá existir un apoyo y un acompañamiento psicológico para la persona que vive este momento de su historia personal. Es este un resguardo que el Estado debe prever al momento de brindar la información existente en el expediente de guarda o en el de adopción. Esto es así ya que debemos tener en cuenta la enorme carga psicológica y afectiva que el adoptado deberá enfrentar en ese momento, por lo que se debe procurar que esta posibilidad no cause un daño al mismo, previendo los mecanismos que lo protejan en el acompañamiento de la conformación de su identidad*”.

<sup>44</sup> Este aspecto del resguardo de la información también fue tema de preocupación en la nota doctrinaria referida en la cita anterior, en donde expresábamos que “*... con respecto a la forma en que deben archivarse los expedientes y los datos contenidos en ellos, consideramos que se deberá tener sumo cuidado y precaución para que los mismos no "desaparezcan", borrando consigo la historia de una persona. A tales efectos se debería crear un Banco de Datos específico -diferenciado del archivo general de Tribunales- en el que se deberá guardar toda la información completa y certera de cada una de las adopciones. Para un mayor resguardo de la misma no sólo deberá protegerse el expediente propiamente dicho en forma adecuada, sino la información también se deberá volcar en disquetes o compact disk o en cualquier sistema informatizado de registración de datos. Este recaudo no sólo protege el derecho de los adoptados, sino también resguarda al propio Estado ante posibles reclamos por "daño moral" por parte de las personas que tengan el derecho de conocer su identidad y cuyo expediente o datos no se pueden recuperar por un accionar negligente o culpable por parte de las personas encargadas de resguardarlos*”.

<sup>45</sup> Herrera, Marisa, “*El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil*”, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/el-decalogo-de-la-adopcion-a-la-luz-del-codigo-civil-por-marisa-herrera>.

Este principio pone nuevamente al niño o adolescente como protagonista pleno de su devenir, dando nueva operatividad a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño y a la ley 26061.

Por ello, en todo proceso adoptivo – y cualquiera de sus etapas- surge este derecho a que el niño sea oído y que su opinión sea tenida en cuenta, siendo además obligatorio que éste preste su consentimiento a ser adoptado si ya cuenta con más de diez años de edad.

Es este aspecto Marisa Herrera expresa que *“la intervención en carácter de parte si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, debiendo actuar con su debido patrocinio letrado (es decir, la figura del abogado del niño que establece la ley 26.061 en el art. 27), tanto en el proceso judicial que puede culminar con la declaración en situación de adoptabilidad como así en el proceso de adopción propiamente dicho”*<sup>46</sup>.

Este derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta surge también en los principios que rigen en materia de responsabilidad parental, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 639.

Debe precisarse que al reconocer el derecho a ser oído, se incluye el derecho a participar y a opinar, que implica el reconocimiento del legislador de la capacidad con que cuenta según su evolución en toda la vida de los niños niñas y adolescentes, en los diferentes medios en los cuales se desenvuelve, cobrando especial significación su actuación en los procesos judiciales que lo involucran<sup>47</sup>.

Además, resulta necesario resaltar que ese *“el tener en cuenta la opinión”* importa una expresión rápidamente accesible para todos los operadores del sistema judicial y extrajudicial que se proyecta en el considerar, examinar y comprobar lo que el niño, niña o adolescente presenta o requiere.

---

<sup>46</sup> Herrera, Marisa, *“El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil”*, en: <http://www.nuevocodigocivil.com/el-decalogo-de-la-adopcion-a-la-luz-del-codigo-civil-por-marisa-herrera>.

<sup>47</sup> Para una mayor consideración del tema del derecho del niño a ser oído y a ser parte en los procesos judiciales que lo involucran recomiendo, entre otros, la lectura de: Morcillo, Silvia y Torres, Gioconda, *“Capacidad progresiva y los derechos procesales de niñas, niños y adolescentes”*, Revista Familia y Minoridad N° 70; Bonzano de Saiz, María de los Ángeles, *“La patria potestad a la luz del derecho constitucional humanitario”*, Semanario Jurídico, N° 1416 10/07/2003, p. 35; Famá, María Victoria: *“Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia”*. SJA 1/7/2009; Cárdenas, Eduardo José, Cimadorro, Mirta; Herscovici, Pedro y Montes, Irene Beatriz, *“La escucha del niño en el proceso judicial de familia”*, L.L. 26/03/2007, 1. Fernández, Susana Luisa, *Importancia y justificación del rol del Abogado del Niño*. DFyP //2011 (enero), 24/01/2011, 39. Díaz Alderete, Elmina Rosa: *“Una sentencia acorde a los principios procesales de Derecho de Familia”*. LLLitoral 2012 (abril), 01/04/2012, 260.

## **5. Reflexiones finales.**

Este breve recorrido por dos de los artículos neuronales de la regulación de la adopción me posibilitan afirmar que la institución ha sido diseñada en base a los postulados que los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país han elaborado para la niñez y la adolescencia.

No resulta en vano la inclusión de un “concepto” de adopción que permita a los operadores del sistema jurídico, por una parte, y a los destinatarios de las normas, por la otra, entender de la manera más sencilla posible, lo que esta institución tan cara a la protección de la niñez, importa.

La enunciación de principios generales que gobiernan y dan sustento a la institución también serán de suma utilidad a todos aquellos operadores judiciales y administrativos que pretendan una adecuada y armónica aplicación de sus disposiciones, brindando pautas hermenéuticas desde la que la institución debe ser entendida y custodiada.