

**Fecha:** 29/12/2014

**Autor:** Marisol Burgués (\*) - Martina Salituri Amezcua (\*\*) - Anabella F. Santobuono (\*\*\*)

**Título:** IMPACTO DE LA REFORMA CIVIL Y COMERCIAL EN LA ADOPCIÓN. IMPLICANCIAS DE Y EN LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

## I. INTRODUCCIÓN

La adopción no se encontraba prevista en el primer Código Civil sancionado en nuestro país. Fue regulada recién en el año 1948 por la Ley nacional 13.252, la cual fue sustituida en el año 1971 por la Ley 19.134, acogiéndose la distinción entre la adopción simple y la adopción plena. Finalmente, la Ley 24.779 del año 1997 introdujo nuevas modificaciones a la regulación de esta figura incorporándolas al código de Vélez Sarsfield.

A raíz de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, (1) se introducen importantes cambios en la regulación de esta institución jurídica en sí misma y respecto a su necesaria articulación con el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, establecido a nivel nacional por la Ley 26.061.

En consecuencia, en el presente trabajo se analizan las reformas introducidas en materia de adopción a los fines de brindar algunos aportes acerca de la debida interpretación sistémica de las mismas y la ley sobre protección integral de los derechos de la niñez, mencionada. Asimismo, se abordan algunas cuestiones de derecho internacional privado que el nuevo Código Civil prevé en relación a la adopción y a las medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.

## II. LA REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

La adopción se encuentra regulada en el título VI del libro segundo, dedicado a las relaciones de familia. A continuación se detalla la nueva normativa sancionada y se focaliza en sus puntos medulares.

### 1. ¿Por qué conceptualizar la adopción? Principios que la rigen

El mencionado título comienza definiendo la adopción como "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 estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen..." manteniendo, al igual que la regulación aún vigente, que la adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo (art. 594 ).

Esta definición resalta su aspecto protector del derecho de los niños a vivir, desarrollarse y ser cuidados en una familia cuando no pueden hacerlo con su familia de origen o ampliada. Pero además, cabe puntualizar que la definición incorporada, dejando de lado la correspondencia de ello o no con una buena técnica legislativa, contiene un gran valor

pedagógico de impacto cultural y social acerca de la "resignificación" que debe asumir la adopción en el contexto vigente de los derechos humanos de los niños, como una institución que "tiene en miras, primordialmente, el interés de los niños por sobre el de los adultos comprometidos". (2) Es decir que, lo que se busca garantizar con este instituto es el derecho a la vida familiar del niño y no el "alegado" derecho de los adultos que se encuentran imposibilitados de tener hijos de hacerlo a través de la adopción. En tal sentido, como veremos, se suprime entre los requisitos para ser adoptantes acreditar la imposibilidad de procrear.

A continuación, reforzando el concepto introducido, se enuncian los principios generales "sobre los cuales se elabora el régimen jurídico de la adopción, que sirven, además, de pautas de interpretación para resolver los conflictos que se puedan suscitar". (3) Estableciéndose los siguientes: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de la permanencia del niño en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos y su separación por razones fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes y f) el derecho del niño a ser oído y a ser valorada su opinión de conformidad a su edad y grado de madurez, previéndose que cuando se trata de niños de 10 años o más deben prestar su consentimiento con la adopción (art. 595).

Estos principios fortalecen la supremacía de los derechos y garantías de jerarquía constitucional en la interpretación y aplicación de la figura, así como en la resolución de controversias. En este contexto, la prevalencia de los derechos del niño deviene ineludible, resaltándose su protagonismo activo y el respeto irrestricto de su derecho humano a la identidad, con todas las implicancias que la garantía de este derecho supone, tal como surge de los mismos principios enunciados y que, en definitiva, conllevan a considerar a este instituto como de aplicación subsidiaria y excepcional.

## 2. Derecho a conocer los orígenes

En el art.596 se regula el acceso del adoptado al conocimiento de sus orígenes, con mayor amplitud y alcance en relación a las previsiones que al respecto contiene el código aún vigente, lo cual resulta sumamente importante en atención al carácter fundamental que reviste este derecho en tanto se deriva del derecho a la identidad.

El nuevo texto sancionado prevé "el acceso no solo al proceso de adopción, sino a todo expediente o cualquier fuente de información relativos al origen, biografía o historia del adoptado". (4) Asimismo, no se establece una edad determinada a partir de la cual se puede ejercer de manera personal este derecho en consonancia con el principio de autonomía progresiva; teniendo el juez la facultad de disponer la intervención de profesionales especializados en pos de la protección especial de los derechos de que son titulares los niños, niñas y adolescentes. También se prevé que la familia adoptiva pueda solicitar asesoramiento ante estos mismos profesionales o servicios especializados e interdisciplinarios. Finalmente, se establece una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes, que puede ser ejercida por el adoptado adolescente (de 13 a 18 años), quien deberá contar con asistencia letrada.

Estas previsiones implican la obligación estatal, tanto en cabeza del Poder Judicial como de los organismos administrativos competentes, de hacer constar debidamente en los expedientes que al efecto se labren todos los datos relativos a la familia de origen, toda vez que "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" (párr. 3º, art.596).

Esta disposición importa una serie de acciones vinculadas al derecho que consagra y hacen a su debida garantía, que comprenden a todas las instancias del Estado que se vean involucradas en las distintas etapas de la adopción, esto es organismos administrativos y judiciales.

Así se ha referido que, "con la finalidad de garantizar el resguardo de la identidad de niños y niñas que deban atravesar situaciones de separación transitoria o desvinculación definitiva de su familia de origen, deberán optimizarse los procedimientos de conservación en condiciones adecuadas de toda documentación e información relativa a su historia, y facilitar el posterior acceso a la misma.

"Con la misma finalidad, también, debe preverse que, en todas las etapas de situaciones de separación transitoria o desvinculación definitiva del/a niños/as y adolescentes, se asienten o registren en el marco de actuaciones (administrativas y judiciales) la mayor cantidad de datos posibles sobre todos los miembros de la familia biológica.

"Asimismo, aquellas instancias y/u organismos que intervengan en el seguimiento de la guarda adoptiva deberá procurar brindar asesoramiento profesional a los futuros padres adoptantes respecto del derecho a la identidad y el consiguiente esclarecimiento del niño sobre su origen e historia" . (5)

### 3. Adoptantes y adoptados

La reforma mantiene el principio de la adopción destinada a personas menores de edad no emancipadas; admitiéndose de manera excepcional la adopción de personas mayores de edad o emancipadas por matrimonio, cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente (caso de adopción de integración) o haya habido posesión de estado de hijo fehacientemente comprobada durante la minoría de edad de este (art.597 ).

En cuanto a la posibilidad de pluralidad de adoptados, se consagra que pueden ser adoptadas varias personas, simultánea o sucesivamente, y que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, incorporándose en este último supuesto el deber judicial de que los descendientes del adoptante sean oídos por el juez y se valore su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez, en consonancia con el principio de autonomía progresiva (art. 598).

Respecto de quien/quienes pueden adoptar, se admite la adopción conjunta como la unilateral, es decir, el niño puede ser adoptado por un matrimonio, una pareja de convivientes o una persona sola (art. 599). De esta forma se amplía la posibilidad de adopción conjunta para los casos de uniones convivenciales, respetando y reconociendo diversas formas de organización familiar.

En relación al código aún vigente, se modifica de 18 a 16 años la diferencia de edad requerida entre el adoptante y el adoptado, a excepción de los casos de adopción del hijo del cónyuge o pareja, y se autoriza la posibilidad de otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad en caso de muerte del o los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción (art. 599). En tal sentido, además de bajar el requisito de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, se modifican las causales de excepción y se amplían aquellas que autorizan una nueva adopción sobre una persona menor de 18 años de edad.

También se introduce de manera expresa la necesidad de inscripción previa en el registro de adoptantes y se mantiene el plazo de residencia permanente en el país de 5 años anteriores a

la petición de la guarda con fines de adopción, pero sobre este último requisito se modifica la norma del código aún vigente en tanto dicho plazo no rige para los nacionales ni las personas naturalizadas en el país (art.600 ).

En cuanto a las prohibiciones establecidas para adoptar (art. 601) se disminuye la edad para adoptar a 25 años y se aclara que, si se trata de una adopción conjunta, este requisito debe ser cumplido al menos por uno de ellos, no siendo indispensable que lo posean ambos.

Asimismo, se mantienen las prohibiciones establecidas respecto del ascendiente hacia su descendiente y de un hermano hacia su hermano o medio hermano.

Como regla general, se mantiene el principio de que si una persona está casada -ampliándose también a la unión convivencial- ambos deben adoptar (art. 602). No obstante, como excepción, se mencionan los supuestos en los que la adopción de personas casadas o convivientes puede ser unipersonal, es decir, en los que el adoptante es uno solo de ellos, admitiendo solo dos supuestos: 1) en el caso de que el cónyuge o conviviente haya sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida y la sentencia le impida prestar consentimiento válido para este acto, debiéndose oír al Ministerio Público y al curador o apoyo -cuando sea el pretense adoptante se debe designar un curador o apoyo ad litem-, y 2) en el caso de que los cónyuges estén separados de hecho.

Por otra parte, se permite la adopción conjunta de personas después de divorciadas o de que haya cesado la unión convivencial, si ellas mantuvieron estado de "padre/madre" con una persona menor de edad, debiendo el juez valorar a los fines de su procedencia (art. 604 ).

Ello en consonancia con la noción de socioafectividad que incorpora y atraviesa en varios aspectos la reforma.(6)

Se mantiene el supuesto especial de fallecimiento de uno de los guardadores durante el proceso (con la facultad judicial de otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja), introduciendo las reformas terminológicas para contemplar el matrimonio entre personas del mismo sexo y la unión convivencial, al mismo tiempo que se prevé, de manera expresa que, en ese supuesto y fundado en el derecho a la identidad, se puede petitionar agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido, en consonancia con la mayor flexibilidad del régimen del apellido en la adopción que se recepta en la reforma (art. 605).

Por último, la norma relativa a la adopción por el tutor se mantiene sin modificaciones (art. 606).

#### 4. Declaración judicial de la situación de adoptabilidad

El texto del nuevo código introduce y regula la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, lo cual se venía dando en la práctica judicial, pero sin correspondencia normativa y por tanto sin parámetros objetivos que la delimiten.

La nueva regulación precisa los tres supuestos fácticos y jurídicos que dan lugar a la declaración de la situación de adoptabilidad (art.607 ):

- a) si un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de 30 días, prorrogable por un plazo igual por razón fundada;
- b) si los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado/a, debiendo esta decisión ser manifestada después de los 45 días de producido el nacimiento para ser válida;

c) si se comprueba que las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada no han dado resultado en un plazo máximo de 180 días, vencido el cual el organismo administrativo de protección de derechos que adoptó la medida debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad y comunicar dicho dictamen al juez interviniente dentro del plazo de 24 horas.

Como podemos observar, estos supuestos prevén la necesaria intervención y articulación entre el organismo administrativo de protección y la instancia judicial, lo cual será analizado más adelante.

Asimismo, el artículo citado destaca que esta declaración judicial no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este.

El nuevo Código Civil y Comercial establece algunos lineamientos procedimentales que, como reglas generales, deben respetarse en todo proceso judicial de declaración de situación de adoptabilidad, fijando así un piso mínimo de garantías fundamentales, sin perjuicio del respeto de las competencias locales. A saber:

Se fija la competencia del juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales (art. 609 inc. a).

Se mencionan expresamente los sujetos que deben intervenir en el proceso (art.608), incluyéndose al niño, niña o adolescente, que tendrá carácter de parte si tiene edad y grado de madurez suficiente y comparecerá con asistencia letrada; a los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes; al organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial; y al Ministerio Público. Finalmente, también se consagra la facultad judicial de escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.

Se establece la obligación judicial de entrevistar personalmente a los padres, si existen, y al niño, niña o adolescente (art. 609 inc. b).

Se fijan plazos procesales expresos. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de 90 días (art. 607, último párrafo). Y la sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente, en un plazo no mayor a los 10 días, los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo, a los fines de dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción (art. 609 inc. c).

Por último, cabe destacar sobre este punto que la nueva regulación civil equipara la sentencia de privación de la responsabilidad parental a la declaración judicial en situación de adoptabilidad (art. 610 ).

En suma, "la declaración judicial en situación de adoptabilidad es regulada como un proceso autónomo [...] con reglas precisas que respetan los derechos de los principales involucrados en esta primera etapa: el niño y sus progenitores". (7) En este proceso "la familia de origen tiene un rol fundamental" (8) y se deben respetar debidamente sus derechos y garantías.

## 5. Guarda con fines de adopción

"Se introducen modificaciones al proceso judicial de guarda para adopción, en atención a que se regula un proceso judicial previo de declaración judicial en situación de adoptabilidad en el cual la familia de origen tiene plena participación, ya la finalidad de este proceso reside en la selección de los pretensos adoptantes y la vinculación de estos con

el niño. Por lo cual, aquí los progenitores ya no tienen participación. De esta manera, el proceso de guarda con fines de adopción es más sencillo, en tanto tiende a seleccionar al o los pretendientes adoptantes y lograr su vinculación con el niño." (9)

Al regularse este proceso se prohíbe, en primer lugar, la guarda de hecho (art. 611), ya sea mediante escritura pública, acto administrativo o entrega directa por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. Se consagra asimismo, reforzando el efecto de dicha prohibición, la facultad del juez de separar al niño transitoria o definitivamente de su pretendiente guardador en estos supuestos, a excepción de la comprobación que esa elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco entre estos y el guardador del niño.

Esta disposición reconoce como antecedente el Acta de Declaración suscripta por las autoridades de niñez provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el marco de las Sesiones del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, con fecha 12 de octubre de 2010 en San Miguel de Tucumán, mediante la cual se declara de interés prioritario para las políticas de niñez y familia, entre otros puntos: "la prohibición expresa en el Código Civil de la entrega directa de un niño, niña o adolescente por parte de sus progenitores u otros familiares a pretendientes guardadores como vía para la adopción". Como se expuso previamente y conforme surge de los fundamentos de la comisión redactora designada para diseñar la reforma legislativa, el objeto de este proceso es la elección de los pretendientes adoptantes y su vinculación con el niño, por ello se establece (art. 613) que el juez debe seleccionarlos de la nómina remitida por el registro de adoptantes. A dichos fines, se consagra expresamente la intervención del organismo administrativo competente y se obliga al juez a citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

En cuanto a la competencia judicial, se fija en cabeza del juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad (art. 612).

Por último, el plazo máximo de la guarda con fines de adopción se disminuye a seis meses (art. 614).

Como se puede observar, las modificaciones introducidas respecto de la declaración judicial de la situación de adoptabilidad y la guarda adoptiva, en el marco de los derechos y garantías de los progenitores, tienen por objeto agilizar los tiempos de aquellas situaciones en que los niños permanecen separados de su familia de origen sin que existan posibilidades de regreso e integrarlos a un ámbito familiar que le otorgue estabilidad a su situación social, afectiva y legal, lo cual implica redefinir las prácticas tanto de las instancias administrativas como judiciales. Al mismo tiempo, la participación otorgada al organismo administrativo que interviene en la protección de los derechos del niño, acompañando al organismo judicial en el proceso de selección de los adoptantes y su carácter de parte en todo el proceso en el que se desarrolla la guarda adoptiva opera como mecanismo de doble control a los fines de asegurar que la misma responda de la manera más eficaz y satisfactoria al bienestar del niño.

## 6. Juicio de adopción

Respecto al juicio de adopción, se establece que resulta competente el juez que otorgó la guarda con fines de adopción o, a elección de los pretendientes adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión (art. 615).

Se incorpora la posibilidad de que el juez interviniente, de oficio, a petición de parte o a pedido de la autoridad administrativa -y una vez cumplido el periodo de guarda-, inicie el proceso de adopción (art. 616 ).

En cuanto a las reglas que se aplican a este proceso, el nuevo código estipula (art. 617) las siguientes:

- Son parte los pretensos adoptantes y el pretense adoptado; este último, si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada.
- El juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez.
- Debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo.
- El pretense adoptado mayor de 10 años debe prestar consentimiento expreso.
- Las audiencias son privadas y el expediente reservado.

Finalmente, sobre el efecto temporal de la sentencia que otorga la adopción, tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción, excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción (art. 618).

## 7. Tipos de adopción. Efectos

Sobre este punto, se mantiene la regulación de los tres tipos de adopción existentes: simple, plena y de integración (arts. 619 y 620 ), pero se los regula con diferencias significativas. Así, se modifica la regla por la cual todas las adopciones deben ser del mismo tipo y se elimina la obligatoriedad en relación a que la adopción de integración tenga necesariamente carácter simple.

La principal diferencia con la ley actualmente vigente radica en las facultades que el art. 621 otorga al juez. Este artículo prescribe que, "cuando sea más conveniente para el niño, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple". No obstante ello, en estos supuestos, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados para cada tipo de adopción.

Se establece también que, a petición de parte y por razones fundadas, el juez puede convertir una adopción simple en plena (art. 622 ).

La mayor flexibilidad que se regula en relación a los vínculos del niño, en el marco de la adopción, resulta de gran transcendencia a los fines de garantizar el derecho del niño a la preservación de sus relaciones familiares en el supuesto de la adopción plena, por un lado; y, por otro lado, resaltar el vínculo afectivo que el niño haya entablado con la familia de los adoptantes en el caso de la adopción simple.

Así, se dinamizan estructuras estáticas y se otorgan facultades judiciales a fin de poder otorgar al niño una definición de su situación jurídico-familiar que sea más adecuada a la máxima satisfacción integral de sus derechos y garantías conforme a sus circunstancias concretas. (10)

En cuanto a los efectos se establece como principio, para todos los tipos de adopción, el respeto del prenombre del adoptado (art. 623).

A continuación, se verán los distintos tipos de adopción y sus diversos efectos.

## A. Adopción simple

En la adopción simple, como regla, los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes, manteniendo la familia de origen derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario a su interés superior (art. 627 ).

El adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos (art. 627).

En cuanto al apellido, tanto el adoptado con edad y grado de madurez suficiente como los adoptantes pueden solicitar que se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o de uno de ellos (art. 627).

En materia sucesoria, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen ni esta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción; estas exclusiones no operan si, en su consecuencia, quedan bienes vacantes. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de origen (art. 2432 ).

Se admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción, no alterando ninguno de estos supuestos los efectos mencionados de la adopción simple (art. 628).

A diferencia de la plena, la adopción simple es revocable por las siguientes causales: haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad; petición justificada del adoptado mayor de edad; acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente. Se prevé, al respecto, la incidencia de la revocación en el apellido del adoptado, estableciéndose como regla que el adoptado pierde el apellido adoptivo, no obstante puede ser autorizado por el juez a conservarlo fundado en el respeto del derecho a la identidad (art. 629).

## B. Adopción plena

La adopción plena es irrevocable, admitiéndose la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento solo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, pero sin alterar los otros efectos de la adopción (art. 624).

Se introducen modificaciones al régimen del apellido de los hijos adoptivos. En este sentido, si bien se mantiene como principio que el adoptado lleva el apellido del adoptante (adopción unipersonal) o de los adoptantes en el orden que ellos acuerden aplicándose las reglas sobre apellido de los hijos matrimoniales (adopción conjunta), por excepción se habilita al adoptado -que cuenta con edad y madurez suficiente- y a los adoptantes a petitionar que se agregue o anteponga el apellido de origen al adoptivo fundado en el derecho a la identidad. En todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y el grado de madurez suficientes, el juez debe valorar especialmente su opinión (art. 626).

## C. Adopción de integración

Se regula la adopción de integración de manera integral y unificada en una misma sección. De este modo, las diferentes excepciones -tanto de fondo como procedimentales- que



existen en el derecho actualmente vigente se encuentran sistematizadas y ordenadas. En este sentido, se establecen las siguientes reglas aplicables: innecesariedad de inscripción en el registro de adoptantes; inaplicabilidad de las restricciones en materia de guarda de hecho; falta de exigencia del requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen; ausencia de exigencia de declaración judicial de la situación de adoptabilidad; y falta de otorgamiento de guarda para adopción; a las que se suma el deber de escuchar a los progenitores de origen, excepto cuando existieran causas graves debidamente fundadas (art. 632).

Asimismo, se abordan los efectos que este tipo de adopción produce en los vínculos entre el adoptado y su progenitor de origen y entre adoptado y adoptante. Por un lado, la adopción de integración mantiene siempre el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen -cónyuge o conviviente del adoptante- (art. 630). Por otro lado, la adopción produce diversos efectos entre el adoptado y el adoptante, distinguiéndose si tiene uno o dos vínculos filiales. Si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena y las reglas relativas a la titularidad y al ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptado y el adoptante. En cambio si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el art. 621 en cuanto a la facultad judicial de determinar el tipo de adopción de acuerdo al interés superior del niño y mantener o crear vínculos jurídicos con determinados parientes (art. 631).

Se suprime el carácter necesariamente simple de este tipo de adopción dado que, conforme a esta nueva regulación, puede ser otorgada en forma simple o plena; y se prevé de manera expresa la revocabilidad de la adopción de integración, sea esta de carácter simple o plena, por las mismas causales previstas para la adopción simple (art. 633), ya que en ambos casos el vínculo jurídico con el progenitor de origen sigue vigente y no se ve afectado por la revocación.

## 8. Nulidad e inscripción

Entre las causales de nulidad absoluta (art. 634), el nuevo texto legal incorpora como causales la violación de las normas en torno a: la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, la inscripción y la aprobación del registro de adoptantes y la falta de consentimiento del niño mayor de 10 años; en este último supuesto la nulidad puede ser peticionada exclusivamente por el adoptado.

En materia de nulidad relativa (art.635), se agrega como causal la violación del derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

Por último, se establece que la adopción, su revocación, conversión y nulidad deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 637).

## III. LA ADOPCIÓN Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Desde la sanción de la Ley nacional 26.061 (e incluso antes en algunas jurisdicciones) la articulación entre el sistema de protección de derechos y la adopción devino ineludible. En este sentido resulta oportuno recordar que, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes resulta reglamentaria de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) -de jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de la

Constitución Nacional-, en la medida que, siguiendo el reconocimiento de los derechos y garantías que establece dicho tratado, eleva algunos de sus estándares y fija un piso mínimo para todo el país, sin perjuicio del debido respeto de las respectivas competencias locales en la materia.

Es decir que, si bien "reitera algunas normas y principios ya contemplados en la CDN, la ley ha constituido un avance respecto de los estándares convencionales, en razón del mayor alcance con que recepta algunos derechos y garantías fundamentales, a la vez que mediante ella, se crea una nueva institucionalidad rectora de las políticas públicas de infancia en el país, concretando la nueva forma de relación entre el Estado y la infancia y adolescencia".

(11)

En cuanto a este nuevo diseño institucional, la Ley 26.061 crea el Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 32 ), que opera en tres niveles -nacional, (12) federal (13) y provincial/municipal (14) (art.42)- y es integrado por el organismo administrativo de protección como órgano estatal específico de relevancia significativa en el funcionamiento del sistema, delimitándose las órbitas de actuación de la esfera administrativa y judicial en consonancia con el art. 9.1 (15) de la CDN.

Así, este órgano administrativo es el que adopta las medidas de protección ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios niños, niñas o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

Dentro de estas medidas se encuentran las llamadas "medidas de protección excepcional", son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio (art. 39 ). Estas medidas son:

- excepcionales, pues su necesidad se establece cuando medien "circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño" (art. 39 del Decreto Reglamentario 415/06);

- transitorias, ya que resultan limitadas en el tiempo y solo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen, fijándose plazos para su duración (art. 39 de la ley y de su decreto reglamentario);

- subsidiarias, por ser procedentes cuando se han agotado las medidas de protección integral (16) (art. 40).

Asimismo estas medidas, dada la gravedad que implican al afectar el derecho a la convivencia familiar del niño, se encuentran sujetas a un control judicial de legalidad de oficio y obligatorio (art.41).

En suma, "las medidas excepcionales constituyen una herramienta de utilidad solo de manera subsidiaria y transitoria, mientras se implementa una estrategia de trabajo adecuada que posibilite al niño gozar del resto de sus derechos para regresar -siempre y cuando se hallan revertidos los motivos que la originaron- a la convivencia con su grupo familiar".

(17)

Ahora bien, en materia de la resolución definitiva de la situación jurídico-familiar del niño, en caso de que no hayan cesado los motivos que llevaron a adoptar la medida y el niño no pueda convivir con su núcleo familiar ni cuente con otros familiares o referentes afectivos que asuman su crianza, la opción pareciera ser la declaración de la situación de adoptabilidad del niño, siempre y cuando este así lo consienta de conformidad con el art.

595 inc. f del nuevo Código Civil y Comercial.

De ahí la necesaria vinculación que debe establecerse, en estos supuestos, entre las medidas de protección excepcional y la adopción. Veamos las respuestas que al respecto prevé el nuevo código:

- Plazo de duración de la medida de protección excepcional:

Como consecuencia de la reforma civil en materia de adopción el plazo de duración total de las medidas de protección excepcional ha quedado establecido en 180 días, en consonancia con el art.39 del Decreto Reglamentario 415/06, que fija un plazo máximo de 90 días prorrogable por un nuevo plazo del mismo tenor.

En este sentido, el nuevo código establece como uno de los supuestos que habilita la declaración judicial de la situación de adoptabilidad a la "comprobación judicial, previo dictamen del organismo administrativo interviniente, de que las medidas excepcionales dictadas y trabajadas en el marco del sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes en los plazos que establece la Ley 26.061 no dieron resultado positivo, por lo cual el niño no puede regresar a su familia de origen o ampliada". (18)

Así, la nueva regulación civil armoniza con el sistema previsto en la Ley 26.061 y prevé un aspecto que no fue abordado específicamente en esta última en relación al límite de prórrogas del plazo de duración de las medidas.

El límite temporal de la medida se encuentra estrictamente vinculado a una decisión definitiva acerca de la vida del niño, máxime cuando, transcurrido el tiempo de vigencia de la medida, no se encuentran dadas las condiciones para que el mismo regrese al ámbito familiar del que fue separado. En estas cuestiones que demandan una definición en la que debe alcanzarse un difícil equilibrio entre el derecho del niño a convivir con su familia y viceversa, y la crianza y desarrollo integral en un ámbito adecuado para el niño en donde no se vea amenazado y/o vulnerado su derecho a la integridad psicofísica, deben privilegiarse las consecuencias del factor tiempo en la vida del niño; por ello debe tratarse de un plazo oportuno que respete sus derechos.

En cuanto a la garantía fundamental de plazo razonable, en relación a procesos que se vinculan con los derechos del niño a la vida familiar, a la convivencia con la familia de origen y a la definición de su situación jurídico-familiar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en el caso "Fornerón e Hija vs.Argentina"- (19) sostuvo que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable, pues la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio y por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En este sentido, para la determinación de la razonabilidad del plazo, la Corte entendió que se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo; en consecuencia, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve, toda vez que el transcurso del tiempo puede generar efectos irreparables en la situación jurídica del niño. Concluyéndose que, en consideración al principio de protección especial de niños, niñas y adolescentes, es responsabilidad de las autoridades estatales competentes acelerar el procedimiento en pos de garantizar sus derechos, más allá de la actividad procesal de las partes. (20)

- Declaración judicial de la situación de adoptabilidad previo dictamen del organismo administrativo de protección:

Entre los supuestos que habilitan el dictado de esta declaración judicial, se regula el deber del organismo administrativo de protección de derechos, vencido el plazo de 180 días de adoptada la medida de protección excepcional sin que la misma haya tenido un resultado satisfactorio, de dictaminar inmediatamente e informar al juez acerca de la conveniencia de declarar al niño en situación de adoptabilidad.

Ello obliga a los organismos administrativos a definir la situación jurídico-familiar del niño, niña o adolescente respecto del cual se ha adoptado una medida de protección excepcional, dentro del plazo fijado, a través del dictado del acto administrativo correspondiente.

- Participación del organismo administrativo en los procesos judiciales:

El nuevo código, entre sus arts.607 a 618, regula tres procesos judiciales en relación a la adopción, en cada uno de los cuales se menciona expresamente la participación el organismo administrativo de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes tal como hemos detallado precedentemente.

El primero de ellos es el procedimiento de declaración judicial de la situación de adoptabilidad. Esta declaración, como ya vimos, se dicta ante tres supuestos: cuando el niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen; cuando los padres tomaron la decisión de que el niño sea adoptado; o cuando las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada no han dado resultado una vez vencido el plazo máximo.

Tanto en el primer como en el último supuesto, la declaración judicial de la situación de adoptabilidad deriva de una previa intervención del organismo administrativo de protección competente, regulándose en consecuencia la articulación entre ambas esferas (administrativa y judicial) a través de plazos y modos de manifestación de la administración. Así, en el primer caso, se fija un plazo máximo de 30 días prorrogables por un plazo igual para la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo; y, en el segundo caso, se fija el deber del órgano administrativo que adoptó la medida de comunicar al juez, dentro del plazo de 24 horas, el dictamen emitido sobre la situación de adoptabilidad.

Al respecto, entre los fundamentos del nuevo texto legal, surge que esta regulación "armoniza con la Ley 26.061 y procura que todas las partes que intervienen gocen de las debidas garantías constitucionales, tanto en los procedimientos administrativos como en los procesos judiciales conducentes a la adopción de un niño (conf.Opinión Consultiva 17, CIDH)". (21)

Asimismo, dentro de los sujetos que deben intervenir en el procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, se incorpora expresamente al "organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial", por lo cual reviste el carácter de parte.

Por último, en caso de que el juez dicte sentencia declarando la situación de adoptabilidad, en esa misma resolución debe disponer la remisión del o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda. Por lo cual se prevé aquí otra intervención del organismo administrativo en la selección de los pretensos adoptantes, carga que debe ser cumplida en un plazo no mayor a diez días.

Esta remisión de legajos se regula a los fines de dar inicio en forma inmediata al siguiente proceso, que es el de guarda con fines de adopción.

Sobre este punto se prohíbe expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante acto administrativo, por lo cual el organismo administrativo de protección de derechos no tiene competencia para el otorgamiento de esta guarda, que solo debe ser judicial y en el marco de este proceso.

En la elección judicial del guardador se prevé la intervención del organismo administrativo. En consecuencia, para la selección de los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes o para otras actividades (como, por ejemplo, para la vinculación entre los pretensos adoptantes y el niño, niña o adolescente) (22) el juez puede convocar a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de declaración en situación de adoptabilidad, a fin de obtener su colaboración al respecto. Esta intervención puede generarse no solo a instancia judicial sino también a instancia del propio organismo administrativo, quien se encuentra habilitado a intervenir de oficio, compareciendo de manera espontánea en el proceso.

Finalmente se regula el juicio de adopción, introduciéndose dos pautas en relación a la intervención del organismo administrativo de protección de derechos.

Una, sobre el inicio del proceso de adopción, habilitándose a la autoridad administrativa a solicitarlo al juez interviniente una vez cumplido el período de guarda. Y otra, al preverse que el organismo administrativo debe intervenir en el transcurso de este proceso.

#### IV. DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El nuevo Código introduce en el título IV del libro sexto disposiciones de derecho internacional privado, regulándolas de manera conjunta y sistematizada a diferencia del sistema actualmente vigente donde se encuentran dispersas en los códigos de fondo, de forma y en leyes especiales.

Así pues, esta regulación se compone de un capítulo I, donde se tratan las cuestiones generales de la disciplina, y un capítulo II, donde se codifican individualmente las materias especiales, entre las que se encuentra la adopción.

##### 1. Adopción internacional

Debemos destacar que el derecho internacional privado exige definir los términos e institutos jurídicos debido a las distintas acepciones que tienen los mismos en el derecho comparado. En el derecho argentino podemos calificar la adopción como interna, extranjera e internacional dependiendo del domicilio de las partes.

En virtud de ello, cuando adoptante y adoptado tengan el domicilio en la República Argentina estaremos frente a una adopción nacional y/o interna, mientras que si el domicilio común de las partes se encuentra en un Estado foráneo será una adopción extranjera. Por otro lado, la adopción será internacional en el caso de que adoptante y adoptado tengan su domicilio en distintos Estados.

El instrumento que por excelencia aborda los derechos de la niñez y la adolescencia contiene disposiciones sobre este instituto. La Convención sobre los Derechos del Niño hace alusión a la adopción interna en su art. 21 inc. a, y en los posteriores incisos -b, c, d y e- aborda la adopción internacional. La convención prevé a esta última como un medio subsidiario de cuidar a un niño, en caso de que no pueda vivir en un hogar de guarda, entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido en su país de origen.

De este modo, prevalece la adopción interna antes que la internacional, quedando expedita esta como posibilidad cuando aquella no se pueda efectuar.

Siendo que la adopción es un instituto que se presenta como excepción a uno de los principios estructurantes de la CDN, que es la preservación de las relaciones familiares con la familia de origen (arts. 7 y 8), en su otorgamiento los Estados parte deben cuidar que el interés superior del niño sea la consideración primordial. Esta manda expresa que se extrae de la letra del art. 21 es novedosa a lo largo del articulado de la CDN, toda vez que en otros supuestos si bien debe atenderse al interés superior no es la única garantía que debe considerarse. (23)

La República Argentina, a través de la Ley 23.849, (24) efectuó una reserva a los incisos b, c, d y e del art. 21 de modo que las disposiciones referentes a la adopción internacional no son derecho vigente en nuestro país. El leitmotiv de dicha reserva radica en la necesidad de contar previamente en nuestro país con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta, tal como se desprende del art.2 de la ley mencionada.

Al respecto, se impone mencionar que las razones de la reserva también se han extendido en nuestro país a considerar prohibida no solo la adopción de niños argentinos por parte de personas radicas en el extranjero, aspecto que el código asegura al fijar entre los requisitos para ser adoptantes contar con una residencia en el país por un periodo de cinco años anterior a la petición de guarda con fines de adopción (art. 600); sino que se ha interpretado que la reserva por vía analógica alcanza a aquellas personas que residen en nuestro país y pretenden adoptar un niño residente en otro país, en el cual la adopción internacional se encuentra permitida.

En tal sentido, y sin hacer juicio de su eficacia en la realidad, la Procuración del Tesoro de la Nación se expidió acerca del criterio de actuación por parte de todos los organismos del Estado respecto de toda intervención que implique facilitar o cooperar en trámites cuyo resultado sea una adopción internacional, refiriendo que los mismos deben abstenerse de actuar o intervenir en trámites relacionados con ella, a menos que esas solicitudes de intervención provengan de organismos oficiales competentes de Estados extranjeros y estén fundadas en sólidas razones humanitarias. (25)

Si bien los primeros borradores del anteproyecto regulaban la cuestión habilitando la posibilidad de que argentinos adopten niños en el extranjero, dicha posibilidad fue suprimida a instancias del Poder Ejecutivo y el texto de la reforma sancionada en tal sentido guarda silencio al respecto.

En este contexto normativo vigente, el nuevo código le dedica cuatro artículos a la regulación de la adopción en la sección 6ª del título IV los cuales son respetuosos de la reserva formulada al momento de ratificar la CDN, tal como se puede observar expresamente en el art.2635 , que es una norma de jurisdicción exclusiva, a través de la cual se instituye al juez argentino como única autoridad competente para declarar la situación de adoptabilidad, la decisión de guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción.

De esta manera se pretende evitar que niños con domicilio en la República puedan ser dados en adopción internacional por jueces extranjeros, salvaguardando la postura nacional frente al instituto.

A propósito de ello, en alusión a dicha norma se desprende que "la intervención de la autoridad judicial argentina asegura el respeto de la ley de fondo nacional y la interpretación por los jueces argentinos de la reserva que nuestro país formuló al artículo

21, incisos b, c, d y e de la CDN". (26)

El mencionado art. 2635 debe leerse en clave con el art. 2636, que establece que el derecho aplicable a los requisitos y efectos de la adopción será el derecho de fondo del domicilio del adoptado. El punto de conexión domicilio, en los casos de niños, niñas y adolescentes con domicilio en la Argentina, imposibilitará que se los pueda conferir en adopción internacional al aplicarse el derecho argentino que expresamente veda el instituto.

Al mismo tiempo, se destaca que estamos frente a un paralelismo en la elección de la ley aplicable y la jurisdicción competente, abriéndose exclusivamente la jurisdicción argentina en los casos de niños con domicilio en la República y aplicándose la *lex fori*.

En el art. 2637 se regula el reconocimiento de la adopción conferida en el extranjero, siempre y cuando la misma haya sido otorgada por la autoridad competente del domicilio del adoptado. Y, prevé a continuación que el reconocimiento de una adopción internacional constituida en el extranjero, siempre y cuando la misma sea susceptible de ser reconocida en el país de domicilio del adoptado; agregando que a los efectos del orden público se debe tener en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República. Con esta mención se busca evitar el reconocimiento en nuestro país de adopciones internacionales irregulares, constituyéndose en una garantía de legitimidad el hecho de que el país donde el adoptado tenía su domicilio antes de la adopción reconozca la misma.

Dicho artículo introduce de manera novedosa el reconocimiento, en nuestro derecho, no solo de adopciones simplemente extranjeras sino también de las internacionales constituidas en el extranjero. De tal manera, se incorporan, en la nueva normativa nacional de fondo, soluciones compatibles con la realidad de nuestros días, donde se observa una gran cantidad de adopciones internacionales conferidas en la comunidad internacional en el marco de las dos convenciones internacionales (27) sobre la materia.

Cuando se plantea en nuestro país el reconocimiento de una sentencia extranjera, por medio de un proceso de *exequátur*, (28) se debe evaluar si la misma es compatible con el orden público argentino, (29) de modo que no afecte los principios de orden público del derecho argentino. El último párrafo del art. 2637 prevé que a los fines de dicho control se tendrán en cuenta, además del interés superior del niño, "los vínculos estrechos del caso con la República".

Así pues, este elemento que el juez debe observar a la hora de reconocer o no la adopción extranjera y/o internacional busca controlar que efectivamente no se trate de la adopción de un niño domiciliado en la Argentina, en cuyo caso la misma no será susceptible de reconocimiento por haberse constituido en fraude a la ley nacional.

El último artículo de la sección 6ª aborda la conversión de la adopción extranjera, que como se trató es aquella la constituida por dos partes que tienen un domicilio común en otro Estado, en el régimen de la adopción plena del derecho argentino.

Este art. 2638 se corresponde con el actual art. 340 del Código Civil aún vigente, que establece las mismas condiciones para que proceda la conversión, esto es que la adopción extranjera reúna los mismos requisitos establecidos por el derecho argentino para la adopción plena y que presten su consentimiento adoptado (30) y adoptante/s. Sin perjuicio de ello, la nueva disposición prevé que el juez nacional deberá apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen, si ello fuera procedente en virtud de las características particulares del caso. De modo que deberá evaluar si mantiene o no el vínculo filiatorio de origen.

En suma, del análisis de la regulación efectuada por el nuevo código en esta materia,

podemos observar la inclusión de disposiciones sobre adopción en el plano internacional, que se han visto motivadas por "las acuciantes necesidades de la infancia en abandono", (31) según se extrae de los fundamentos vertidos por la comisión redactora del anteproyecto.

## 2. Instituciones de protección de niñas, niños y adolescentes en el ámbito del derecho internacional privado. Los aportes de la reforma y la deuda legislativa pendiente

Por su parte, de manera vinculada a la adopción en su concepción como institución de protección del derecho de los niños a desarrollarse en un ámbito familiar cuando no es posible que ello suceda dentro de su familia de origen o biológica, cabe hacer referencia a otras instituciones de protección que se dan en el ámbito internacional privado y que la reforma aborda junto a la responsabilidad parental y la tutela en la sección 7<sup>a</sup>, instituciones estas últimas que no se tratarán en esta oportunidad.

En tal sentido, el art. 2640 en su párrafo segundo manifiesta que: "Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño".

A continuación, el art. 2641 en relación a las medidas urgentes de protección expresa que: "La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados".

Estas normas constituyen un importante aporte en relación al vacío existente en el plexo normativo actualmente vigente, que no contempla normas específicas que prevean la ley aplicable o la jurisdicción competente en la órbita del derecho internacional privado y, por tanto, implica la carencia de un marco normativo aplicable a aquellas situaciones que suscitan las relaciones jurídicas privadas relativas a las medidas de protección que posean elementos de extranjería. Si bien el Código Civil vigente contiene diseminadas normas indirectas relativas a diversos temas, ninguna se refiere de manera específica a la temática, así como tampoco la Convención sobre los Derechos del Niño ni las leyes en materia de protección integral de los derechos de los niños.

El aporte de los mencionados artículos ha sido resaltado oportunamente por la doctrina. Ello, sin perjuicio, de compartir al mismo tiempo las conclusiones y recomendaciones ya formuladas por los jueces, funcionarios y representantes de Argentina en el marco de la realización de numerosos encuentros y reuniones referidos, (32) en torno a las considerables ventajas que surgirían a partir de la adopción del Convenio de La Haya del 19 de octubre 1996 relativo a la "competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños" y, por tanto, la necesidad de la adhesión o ratificación del mismo por parte de Argentina, por contribuir a dotar de un adecuado marco formal a la protección en el ámbito internacional de los niños, sin que ello provoque fisuras en el carácter de orden público de los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes en nuestro país. (33) Como se puede observar, y de manera expresa se refiere en los fundamentos del



anteproyecto de la reforma, el nuevo texto recepta la solución prevista en el convenio citado. Así, refiere: "El centro de gravedad en la materia 'Responsabilidad parental y otros institutos de protección' se ha fijado en la residencia habitual del niño, o centro de vida, que es la tendencia recogida en las legislaciones nacionales a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es también la solución prevista en la Convención de La Haya de 1996 relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, que nuestro país no ha ratificado, pero que expresa los consensos actuales sobre la materia". (34)

No obstante, cabe insistir como se ha dicho oportunamente por las autoras referidas que, pese a la reforma civil, las dificultades e incertidumbres que se presentan actualmente para el encuadre jurídico y pronta resolución de situaciones que contemplan efectos extraterritoriales y viceversa pertenecientes al ámbito de protección a la niñez, se verían evidentemente mejoradas si se contara con los recursos que trae el Convenio de la Haya de 1996.

En principio, el convenio constituye un instrumento jurídico cuyas disposiciones específicamente se encuentran destinadas a proporcionar puntos de conexión, que permiten contar con parámetros claros y objetivos para la determinación de las leyes aplicables y la jurisdicción competente, al mismo tiempo que conlleva a la armonía internacional de las soluciones. De tal modo, todos los Estados contratantes tendrán los mismos puntos de conexión, evitándose, por ejemplo, el problema del reenvío.

En segundo lugar, el convenio contempla de una manera completa y exhaustiva la resolución de los conflictos que traen aparejadas las relaciones jurídicas con elementos de extranjería relativas a la responsabilidad parental, las medidas de protección, etc., razón por la cual, si bien las dificultades e incertidumbres referidas pueden ser saldadas con los aportes del nuevo Código Civil no se contempla una respuesta tan amplia como la regulación que ofrece la norma convencional.

En tercer lugar, cabe destacar que el convenio nos relaciona, como fuente convencional, con diversos Estados para la resolución de los casos que se presentan social y normativamente multinacionalizados, de modo que, es la herramienta que brinda las respuestas ante estas tesituras, cuestión esta última que no satisface la nueva normativa interna de fondo.

## V. BREVES PALABRAS DE CIERRE

La adopción ha sido una de las instituciones en las que la reforma se ha preocupado especialmente de introducir mayores novedades, receptando en su texto no solo los criterios que venían estableciéndose desde la jurisprudencia y la doctrina, sino que por su finalidad estrictamente vinculada a los derechos del niño se ha detenido en otorgar un marco normativo desde el ámbito civil que se complementa y armoniza con las normas en materia de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia.

Desde este prisma, puede observarse la influencia que los principios y derechos provenientes de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes ha tenido en el ámbito del derecho privado, el cual se redefine a la luz de ello. Pero de manera correlativa, las reformas introducidas en el ámbito del derecho civil presentan el desafío, para los organismos e instituciones que integran el sistema de protección integral de derechos de los niños, de fortalecer sus actuaciones hacia prácticas en materia de adopción más respetuosas

de los derechos de los niños implicados en ella, así como la necesidad de implementar los compromisos asumidos en la descentralización de sus órganos de protección en todo el país, en aras de mejorar su desempeño en la mayor participación e intervención que se les reconoce específicamente con mayor entidad en la adopción de niños, niñas y adolescentes.

#### NOTAS:

(\*) Abogada. Especialista en Derecho de Familia y Niñez, UB. Asesora legal de la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

(\*\*) Abogada (Diploma de Honor), UBA. Integrante del proyecto UBACyT 2013-2016 "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias", dirigido por la Dra. Marisa Herrera. Asesora legal de la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

(\*\*\*) Abogada, UBA. Maestranda en Derecho Internacional Privado, UBA. Ayudante de Segunda, Cátedra Weinberg de Roca - Martínez, Derecho Internacional Privado, UBA. Asesora legal de la Dirección de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia.

(1) Sancionado el 1 de octubre de 2014, por Ley 26.994, promulgado el 7 de octubre del mismo año -por Decreto 1795/14-, entrará en vigencia el 1 de enero de 2016.

(2) Conf. Fundamentos del Anteproyecto realizado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (creada por Decreto nacional 191/11 ).

(3) Íd.

(4) Íd.

(5) V. Burgués Marisol, "Aportes para la construcción y formulación de una política respetuosa de los derechos humanos en la adopción", Proview cita: ap/doc/2982/2013.

(6) Para un desarrollo del tema v. Herrera, Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 66, Abeledo Perrot, 2014, págs. 75-113.

(7) Conf. Fundamentos del Anteproyecto... cit.

(8) Íd.

(9) Íd.

(10) En consonancia con la noción de interés superior del niño adoptada por el art. 3 de la Ley 26.061.

(11) Burgués, Marisol B. y Lerner, Gabriel en "Alcances, límites y delimitaciones de la reglamentación de la Ley 26.061. Desafíos pendientes", JA, 2006-II, 1271.

(12) Organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional (Secretaría nacional de Niñez, Adolescencia y Familia).

(13) Órgano de articulación y concertación para el diseño, planificación y efectivización de políticas públicas en todo el ámbito del territorio de la República Argentina (Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia).

(14) Órgano de planificación y ejecución de las políticas de la niñez, cuya forma y jerarquía determinarán cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respetando las

respectivas autonomías así como las instituciones preexistentes.

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

(16) No pudiendo ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo (art. 41, inc. f), ni la falta de recursos materiales de los padres, la familia, los representantes legales o los responsables de las niñas, niños y adolescentes (art. 33).

(17) Burgués, Marisol y Salituri Amezcua, Martina, Pautas para el fortalecimiento de las actuaciones de los órganos administrativos de protección de derechos. Primera parte, *Microjuris*, 10/11/2014, MJ-DOC-6954-AR .

(18) Conf. Fundamentos del Anteproyecto... cit.

(19) Sentencia del 27 de abril de 2012.

(20) Conf. puntos 66, 69, 70 y 75 de la sentencia, con cita a los casos "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago", "González Medina y familiares vs. República Dominicana", "Genie Lacayo vs. Nicaragua", "Valle Jaramillo y otros vs. Colombia" y "Kawas Fernández vs. Honduras".

(21) Conf. Fundamentos del Anteproyecto... cit.

(22) Conf. Fundamentos del Anteproyecto... cit.

(23) Ello se desprende, por ejemplo, de la letra del art. 3.1 que prescribe: "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".

(24) Ley de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sancionada el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

(25) Dictamen 321/08, 19 de diciembre de 2008, Expte. 172.826/08, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos (Dictámenes 267:526).

(26) Conf. Fundamentos del Anteproyecto... cit.

(27) En el derecho internacional las dos principales convenciones sobre la adopción internacional son el Convenio de la Haya del 29 de mayo de 1993 Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional y la Convención Interamericana sobre Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción.

(28) Conforme los arts. 517, 518 y 519 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), normativa que resulta aplicable en ausencia de tratado internacional sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

(29) Conforme inc. 4 del art. 517 del CPCCN.

(30) Tanto la versión actualmente vigente como el artículo del nuevo código prevén que si el adoptado es una persona menor de edad, deberá intervenir el Ministerio Público.

(31) Conf. Fundamentos del Anteproyecto... cit.

(32) Al respecto, cabe resaltar que, recientemente nuestro país ha participado de la Reunión Latinoamericana sobre la Protección Internacional de Niños y la Obtención de Alimentos en el Extranjero, coorganizada por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado Heidelberg Center para América Latina, realizada en Chile, Santiago de Chile, del

4 al 6 de diciembre de 2013. En el marco de la citada reunión, los participantes llegaron a una serie de consensos entre los cuales cabe mencionar, en el tema que nos ocupa, el que establece que: "El Convenio de 1996 presenta considerables beneficios, por lo que se destacó la conveniencia de que los países de la región que aún no lo estén haciendo, analicen dichos convenios con miras a su posible ratificación o adhesión".

(33) Cfr. Burgués, Marisol y Santobuono, Anabella, "La protección de las niñas, niños y adolescentes en el derecho internacional privado argentino", JA, N° 8 2014-II, 21/05/2014, Abeledo Perrot.

(34) Conf. Fundamentos del Anteproyecto... cit.

Descargado de Editorial Juris

*Editorial Juris Todos los derechos reservados*