

## Capítulo XII

### ADOPCIÓN

por FRANCISCO A. M. FERRER

#### I. INTRODUCCION. ASPECTOS GENERALES

1. Concepto. Adopción plena y adopción simple .....	113
2. Evolución histórica. Tendencias actuales .....	114
3. Finalidades .....	122
4. Naturaleza jurídica .....	123
5. Naturaleza del vínculo adoptivo: ¿ficción o realidad? .....	126
6. Prevenciones contra la institución. Valoración .....	128
7. Instituciones análogas .....	129

#### II. LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

8. Antecedentes legislativos .....	134
9. La ley vigente y su crítica .....	136
10. Estudio del régimen legal vigente .....	137

##### A) LOS SUJETOS DE LA ADOPCIÓN

###### 1º) *El adoptante*

11. Quiénes pueden adoptar .....	138
12. El principio de la adopción unipersonal. Su crítica .....	138
13. Edad del adoptante .....	141
14. Excepciones al límite de edad .....	143
15. Diferencia de edad con el adoptado .....	143
16. Excepciones a la diferencia de edad .....	144
17. Adoptante que tiene hijos legítimos o adoptivos .....	145
18. Adoptante casado .....	149
19. Excepciones al consentimiento del cónyuge .....	151
20. Guarda previa del menor .....	153
21. Excepciones al plazo de guarda .....	155
22. Medios de vida, cualidades morales y personales del adoptante .....	156
23. Adopción y concubinato .....	158
24. Distintos supuestos de adopciones por concubenarios. Adopción del hijo extramatrimonial .....	159
25. Adopciones entre parientes .....	170
26. Condiciones específicas para los tutores .....	172
27. Resumen sobre los requisitos y prohibiciones respecto del adoptante .....	173

###### 2º) *El adoptado*

28. Quiénes pueden ser adoptados: menores no emancipados .....	174
29. Adopción de mayores de edad .....	175
30. Ausencia de otra adopción respecto del adoptado .....	176
31. Adopción sucesiva en caso de muerte del adoptante, privación de la patria potestad o abandono del adoptado .....	177
32. Adopción de varios menores .....	178
33. El interés del menor .....	179
34. Adopción y religión .....	180
35. Resumen sobre las condiciones referentes al adoptado .....	182

**FRANCISCO A. M. FERRER**

**Capítulo XII**

**A D O P C I O N**

## I. INTRODUCCION. ASPECTOS GENERALES

### 1. Concepto. Adopción plena y adopción simple.

La adopción es una institución del derecho de familia que por medio de una sentencia judicial crea una relación jurídica de filiación similar a la filiación legítima.

El grado de asimilación de la condición jurídica de los hijos adoptivos a la de los hijos legítimos varía de conformidad a la diversa intensidad y amplitud de los efectos asignados al vínculo adoptivo según se trate de la adopción plena o de la adopción simple. En la primera se intensifican, y en la segunda se atenúan, por lo cual la similitud con la filiación matrimonial es mayor en aquélla que en ésta. La diferencia entre ambos tipos de adopción radica, pues, fundamentalmente, en el mayor o menor grado de equiparación que tienen con la filiación biológica legítima.

El vínculo adoptivo pleno exhibe una semejanza más perfecta con la filiación matrimonial, pues el legislador intensifica sus efectos llevando a su máximo extremo la aplicación del principio romano *adoptio naturam imitatur* —la adopción debe imitar a la naturaleza—, y de ello resulta que la adopción plena emplaza al adoptado en la condición jurídica de hijo legítimo del adoptante, insertándolo en su familia y creando, por lo tanto, relaciones de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante; se extinguen los vínculos del adoptado con su familia de origen, a excepción de los impedimentos matrimoniales; y, por último la adopción es irrevocable, tal como el vínculo de sangre.

Los efectos de la adopción simple, en cambio, son más restringidos, pues aun cuando emplaza al adoptado en el estado de hijo legítimo del adoptante, no crea relaciones de parentesco entre éste y la familia del adoptante; deja subsistente la vinculación del adoptado con su familia de sangre, y es revocable.

## 2. Evolución histórica. Tendencias actuales.

a) *La adopción en la antigüedad.* Los hombres primitivos fueron gente religiosa, y la concepción religiosa de la familia explica en Oriente, Grecia y Roma la vigencia de la adopción. La familia antigua, enseña Foustel de Coulanges, era una asociación religiosa con su culto y sus dioses propios; a los familiares muertos se los veneraba como dioses mediante ofrendas religiosas, y se consideraba que la dicha y la felicidad de los antepasados dependía precisamente de que se cumpliesen los ritos fúnebres, que estaban a cargo de los hijos legítimos varones. Si estas ofrendas cesaban, el alma del muerto estaba condenada a vagar sin descanso, a convertirse en un demonio desgraciado y malhechor. Por eso, cada padre esperaba de su posteridad la serie de ceremonias que habrían de asegurarle el reposo y la dicha. Los muertos, por ello, necesitaban dejar descendencia legítima masculina. La religión exigía así, imperiosamente, que la familia no se extinguiese, pues su desaparición era una grave desgracia para los antepasados que a toda costa era preciso evitar.

Se comprende entonces que los derechos primitivos hayan imaginado el recurso de la adopción para que la persona que no tuviese descendencia pudiera a través de ella procurarse un heredero y perpetuar así la estirpe familiar, asegurando la continuidad del culto doméstico (Foustel de Coulanges, Dekkers, Girard, Jörs-Kunkel, etcétera).

La adopción también fue utilizada en Roma para alcanzar ciertos resultados de orden político: para hacer adquirir el derecho de ciudadanía; para transformar a los plebeyos en patricios, o a éstos en plebeyos a fin de poder ejercer el cargo de tribunos de la plebe;

y, por último, bajo el Imperio, para preparar la transmisión del poder, llegando a ser un instrumento muy eficaz de política dinástica (Tiberio fue adoptado por Augusto; Nerón por Claudio, etc.).

b) *La adopción romana.* La adopción en el derecho romano tenía dos formas: la adrogación y la adopción propiamente dicha, que cumplían originariamente funciones diversas. Los efectos comunes a ambas adopciones consistían en hacer cambiar de familia al adoptado, que pasaba de su familia de origen a la adoptiva, a la cual ingresaba como hijo legítimo del adoptante y a cuya patria potestad quedaba sujeto, creándose vínculos de parentesco con todos los parientes del adoptante; se extinguían los lazos del adoptado con su familia de origen, y el vínculo adoptivo era irrevocable.

La *adrogación* consistía en que un hombre tomaba como hijo a una persona que no estaba sometida a la autoridad de nadie, o sea a un *sui juris*. Se hacía por convenio entre adrogante y adrogado. Requería la aprobación del pueblo, reunido en comicios curiados que presidía el Pontífice y posteriormente, en la época imperial, esta formalidad se sustituyó por un rescripto del príncipe. Si el adrogado tenía hijos quedaban sometidos, como él, a la patria potestad del adrogante en carácter de nietos; y si tenía bienes, se integraban al patrimonio del adrogante.

Esta forma de adopción se utilizaba para asegurar la continuidad de la familia del adrogante, y se requirió la intervención del pueblo, y después el rescripto imperial, para valorar la importancia del núcleo familiar que desaparecía y del que continuaba. Y adrogado sólo podía ser un *sui juris* porque el honor y la carga de continuar una familia debía cumplirse con inteligencia y plena libertad de acción (Arangio Ruiz; Martínez Calcerrada).

La *adopción propiamente dicha* se realiza con un *alieni juris*, o sea con una persona sujeta a la patria potestad de otra. Se formalizaba también por contrato entre el adoptante y el padre biológico, con la intervención del magistrado y mediante un complicado trámite.

Esta forma de adopción cumplía la más modesta función de desplazar fuerzas laborales desde un grupo familiar a otro, por lo cual era un acto privado entre los dos padres interesados (Arangio Ruiz).

Justiniano modifica profundamente la adopción propiamente dicha. Simplifica, en primer lugar, sus formalidades, y luego distingue entre la *adoptio minus plena*, que era la regla, y la *adoptio plena*.

La adopción menos plena es hecha por un extraño, y su único efecto era otorgarle al adoptado un derecho hereditario *ab intestato* en la sucesión del adoptante. El adoptado no salía de su familia de origen en la cual conservaba todos sus derechos.

La adopción plena en cambio producía los efectos tradicionales de la adopción, y sólo era posible en dos casos: cuando el *alieni juris* se daba en adopción a un ascendiente, y cuando el abuelo en vida del padre daba en adopción el nieto a un extraño.

La razón de la distinción era conjurar el peligro de que el adoptado perdiera dos sucesiones si era emancipado por el adoptante después de la muerte de su padre de sangre, pues por la adopción perdía su derecho hereditario en la familia natural, y por la emancipación, en la familia adoptiva. Por ello, Justiniano dispuso que el adoptado no saliese de su familia de sangre, salvo en las dos excepciones aludidas, que daban lugar a la adopción plena, pues en esos dos casos no existía el peligro mencionado. En el primero, siempre podía heredar al ascendiente adoptante en razón del parentesco de sangre; y en el segundo, si el abuelo lo daba en adopción en vida del padre, ya carecía de expectativas hereditarias por la presencia de éste; y si el padre llegaba a fallecer, la adopción se convertía en menos plena (Girard).

En la legislación romana encontramos las premisas sobre las que se desarrollará el instituto moderno de la adopción: el paso del adoptado de un grupo familiar a otro, y la estructuración del vínculo adoptivo sobre el modelo del vínculo natural, de conformidad al principio *adoptio naturam imitatur* (Institutas I, 2, 4 y Digesto I, 7, 16).

c) *El derecho intermedio.* En el antiguo derecho español aparecen reglas referentes a la adopción con evidente influencia romanista en el Fuero de Soria y en el Fuero Real. La recepción plena del derecho de Justiniano se realiza en las leyes de Partidas, bajo la rúbrica *De los hijos porfijados* (título XVI, Partida IV). La ley primera del título XVI aclara que *adoptio* en latín quiere decir *porfijamiento* (prohijamiento), y lo define “como una manera que establecen las leyes por la cual pueden los homes ser fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente”. Reglamenta las dos formas romanas, bajo los nombres de arrogación y adopción, desdoblado a su vez esta última en adopción plena y adopción menos plena.

La adopción en España tuvo escaso arraigo popular, porque las Partidas representaban una recepción del derecho romano justiniano en total disonancia con las costumbres del pueblo, y además adolecían de una defectuosa técnica legislativa y organizaban un trámite excesivamente complicado (Gambón Alix).

En toda la Europa medieval, en general, cayó la institución en desuso, hasta que prácticamente desapareció de las costumbres y de la legislación.

La extinción del culto pagano, la evolución de la concepción familiar y la poderosa influencia de las ideas cristianas, explican la decadencia de la adopción. El derecho feudal también contribuyó a reducir su fortuna, pues el adoptado no podía suceder en el feudo y en los fideicomisos, ni adquiría título de nobleza ni escudo de armas (Marmier, Mazeaud, Degni, Vismara, De Page, etc.).

En Francia prácticamente desapareció. Sólo se encuentran manifestaciones fragmentarias (Marmier, Ripert-Boulanger, etc.).

En los pueblos germánicos la adopción, desprovista casi de efectos, sólo tuvo por finalidad suplir la falta de testamento, desconocido en su derecho. El derecho hereditario estaba fundado sobre el parentesco de sangre, y para extenderlo a quien no pertenecía a la familia era necesario un reconocimiento solemne y público ya sea de la calidad de hijo (*affilatio*) o de hermano (*fraternatio*), dando lugar así a la constitución de un vínculo ficticio

de filiación o de hermandad. La adopción tenía carácter de pacto hereditario y transmisor del nombre, que sólo producía efectos a favor del adoptado; el adoptante no adquiría el poder paterno sobre el adoptado, éste no salía de su familia de sangre y tampoco adquiría, por consiguiente, relaciones de parentesco con la familia del adoptante (Lehmann, Degni, Vismara).

En Italia, la libertad testamentaria tornó innecesario el recurso a la adopción, la cual tenía una importancia muy secundaria (Degni).

Las costumbres sentían cada vez menos la necesidad de la adopción. La solidaridad y la fuerte cohesión de la gran familia patriarcal no dejaban lugar para su práctica. Parecía ya un instituto destinado a extinguirse (Marmier, Vismara).

d) *La Revolución Francesa y la época de la codificación.* Resurge con la Revolución Francesa. Fascinada por los recuerdos de la antigüedad romana, la Asamblea Legislativa decide por un decreto de 1792 incluir a la adopción en el plan general de leyes civiles, y se presentan en los años siguientes numerosos proyectos, siendo el más perfecto de ellos el de Cambacérés. Sin embargo, la adopción no se incluyó en el proyecto de la Comisión redactora del Código Civil; fue introducida a petición del Consejo de Estado, y probablemente, afirman autores franceses, por sugestión del propio Napoleón que, viendo frustrado su anhelo de paternidad, pensaba asegurarse una descendencia por medio de la adopción. Parece que tenía el propósito de adoptar a Eugenio de Beauharnais y en los grabados de la época se lo representa brindando a Josefina el título "De la adopción".

Cuando el proyecto de código civil se discute en el seno del Consejo de Estado, el instituto de la adopción fue objeto de una viva oposición por parte de Réal, Maleville y Tronchet, defendiéndola Berlier y Portalis, e incluso el mismo Napoleón, quien quería se acogieran las reglas del derecho romano, y sostenía que debía ser una imitación perfecta de la naturaleza. El hijo adoptivo, decía, debe ser como el de la carne y los huesos. Se le hicieron numerc-

sas objeciones fundadas en que la adopción podía inducir a los hombres a alejarse del matrimonio, constituirse en un medio para introducir en las familias a los hijos adulterinos, y que era inmoral la abdicación de los sentimientos de la paternidad natural, así como reemplazarlos por afectos fundados en la ficción jurídica. No obstante, Napoleón logró que se introdujera el instituto en el Código Civil, aunque con características muy distintas a sus ideas (Fenet, Planiol y Ripert, Carbonnier, etc.).

En efecto, los redactores del Código, imbuidos de un sentido agudo de la libertad individual, consideraron que nadie podía quedar sometido sin su consentimiento al nuevo vínculo de familia, y por ese escrúpulo individualista (Carbonnier) se explica que no admitieran la adopción de menores ni que tuviese carácter irrevocable. La sometieron a condiciones muy estrictas: el adoptante debía tener 50 años, quince años más que el adoptado, y éste debía ser mayor de edad y prestar su consentimiento. La adopción se verificaba por contrato, que era homologado judicialmente, con formalidades bastantes complicadas. El adoptado permanecía en su familia de origen, por lo cual no adquiría parentesco con la familia del adoptante.

Con tales condiciones la adopción fue condenada al fracaso y simplemente vegetó. Utilizada con fines sucesorios, en realidad fue un medio de transmitir el apellido y la fortuna antes que un medio de crear una filiación (Mazeaud, Marmier).

La desconfianza y la timidez frente a la adopción fue la actitud común que caracterizó al legislador del siglo XIX.

Al discutirse en el Parlamento italiano el proyecto de Código de 1865, Pisanelli propuso la abolición del instituto, que fue defendido por Vigliani y Mancini. Finalmente se lo reglamentó siguiendo el sistema restringido del código francés.

Lo mismo ocurrió en España, cuando se sancionó el Código de 1889. La adopción fue reducida a su mínima expresión, enrolándose el legislador español en la misma tendencia restrictiva.

Muchos de los códigos latinos o de inspiración latina de la misma época la excluyeron completamente, como el código de Holanda de 1838, el código chileno de 1857 y muchos otros códigos de Hispanoamérica, entre los cuales cabe incluir al código de Vélez Sársfield (art. 4050).

e) *El resurgimiento moderno de la adopción como instituto protector de la infancia desamparada.* La Primera Guerra Mundial (1914 - 1918) hizo salir a la adopción de su letargo, y las dolorosas consecuencias del conflicto provocaron una renovación del instituto. Gran cantidad de niños huérfanos y abandonados se encontraron privados de sus familias, conmovieron a la opinión pública y el legislador debió interesarse por su suerte. En Italia, el Estado asumió la protección y asistencia de los huérfanos de la guerra y en 1919 un decreto-ley admitió la adopción de menores de 18 años huérfanos de padre y madre. En Francia, después de algunos proyectos, se sanciona en 1923 una ley que autoriza la adopción de menores. Esta reforma fue el origen de un desarrollo de la adopción que la tornó accesible y abierta al beneficio de los infantes.

En suma: tan pronto como el problema de los menores huérfanos y abandonados comenzó a imponerse en la conciencia ética y social del individuo, el instituto de la adopción adquiere tal pujanza que, aun cuando se la haya creído unas décadas atrás definitivamente periclitada, se encuentra ahora, al decir de Savatier, en euforia, en la fase óptima de su desarrollo (Carbonnier, de la Vallina Díaz, Gambón Alix, Puig Peña, etc.).

Y considerando insuficiente el instituto tradicional para solucionar de un modo eficaz y adecuado el problema de la infancia desvalida, Francia en 1939 sanciona un decreto-ley, conocido con el nombre de *Código de la Familia*, que simplifica los requisitos de la adopción y aumenta sus efectos, y a la vez, al lado de la adopción, crea una institución nueva llamada "legitimación adoptiva", que por sus efectos se parece a la adopción romana, pues le atribuye al adoptado el status de hijo legítimo con respecto del adoptante y su familia, extingue sus lazos con la familia de origen y

es irrevocable, estando destinada a los niños menores de cinco años (posteriormente este límite se elevó a siete años), abandonados, huérfanos o hijos de padres desconocidos.

Al acentuar la protección de los menores huérfanos y abandonados, Francia consagra una nueva concepción de la adopción que hoy prima en las legislaciones contemporáneas. El ejemplo francés es imitado, y Uruguay legisla la legitimación adoptiva en 1945, perfeccionándola en sus requisitos y efectos, y posteriormente Chile y Brasil también la incorporan a su legislación, siguiendo el modelo uruguayo.

En 1966 el legislador francés modifica nuevamente la institución, y la legitimación adoptiva, con importantes reformas tendientes a ampliar su radio de aplicación, pasa a llamarse “adopción plena”; y “adopción simple” la adopción tradicional, heredada del siglo XIX. El código de Portugal de 1966 también incorpora ambas adopciones, simple y plena; Italia introduce la adopción plena en 1967, que denomina “adopción especial”, manteniendo la adopción simple o tradicional. Bélgica sanciona la legitimación por adopción en 1969; España, que desde 1958 había legislado sobre la adopción plena y la adopción menos plena (simple), reforma el régimen en 1970, y en adelante también se llaman adopción plena y adopción simple. Venezuela incorpora la adopción plena en 1972, y también en el mismo año Bolivia, llamándola “arrogación”, y Costa Rica en 1973. En nuestro país la ley 19.134 del año 1971 introduce el doble régimen de adopción, simple y plena.

Un rápido examen del actual derecho comparado nos revela una fuerte corriente reformista, empujada seguramente por factores sociales, que concibe a la adopción como un medio de protección de la infancia desamparada, otorga preeminencia al interés del menor y favorece notablemente la expansión del instituto mediante la reducción de sus requisitos y condiciones. Esta nueva concepción tiende, además, a la implantación de la adopción plena, pues considera que el interés del adoptado exige efectos jurídicos más intensos que los de la adopción simple o tradicional; exige que el adoptado sea equiparado al hijo legítimo frente a su padre adop-

tivo y a la familia de éste, y consiguientemente, requiere la ruptura de los vínculos que lo ligan a su familia de origen (Ancel, Gambón Alix, Chaves, Cattaneo, Díez Picazo - Gullón, etc.).

Y como los países europeos coincidieron en forma progresiva en consagrar legislativamente esta nueva concepción, ello determinó que en 1967 se firmase en Estrasburgo la "Convención europea sobre la adopción de menores", con la finalidad de establecer una legislación uniforme de esta disciplina en todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Entró en vigor el 26 de abril de 1968 y ha sido ratificada por Gran Bretaña, Italia, Irlanda, Suiza, Alemania, Suecia, etcétera. La Convención sanciona la obligación de los Estados contratantes de admitir la adopción plena de los menores estableciendo un mínimo de principios esenciales. La ratificación de esta Convención determinó la sanción de reformas sustanciales de la adopción en Suiza (ley del 30/6/72) y en Alemania Occidental (ley del 7/6/76), en cuyos países sólo estaba prevista la adopción tradicional (simple o menos plena).

### 3. Finalidades.

El significado y trascendencia de la adopción ha variado profundamente y su evolución a través de los siglos está determinada por el desplazamiento de su finalidad. Si comparamos su punto de partida y su momento actual observaremos la existencia de dos finalidades completamente diferentes. La adopción antigua era concebida en interés del adoptante y tenía por fin, en un comienzo, asegurar la perpetuidad de su familia y del culto doméstico, y posteriormente tuvo por objetivo transmitir su apellido y su patrimonio. La adopción moderna, en cambio, está ordenada en favor del adoptado y tiene por fin primordial proteger a la infancia desvalida, mediante la inserción del menor desamparado en una familia que le brinde educación, felicidad y seguridad. La adopción se ha convertido así en un instrumento de socialización de los menores huérfanos o abandonados, y a la vez también es un cauce para satisfacer los deseos y aspiraciones paternas de los matrimonios sin hijos. Constituye, sin duda, la mejor solución para el doloroso pro-

blema de la infancia abandonada, pues la integración familiar es con seguridad el medio más adecuado para la formación espiritual del ser humano, y además cumple acabadamente la función de llenar el vacío creado en un hogar por la ausencia de hijos (Ancel, Marmier, Castán Tobeñas, Gambón Alix, Puig Brutau, Diez Picazo-Gullón, Belluscio, Ferri, D'Antonio, etc.).

Además de satisfacer esos vitales intereses de orden individual y social, la adopción también reconoce otros fines secundarios, que poco o nada tienen que ver con el amparo del menor desprotegido.

Así, nuestra ley, como otras legislaciones contemporáneas, permite que los padres adopten a sus hijos extramatrimoniales. La finalidad indudable en este caso no es brindar amparo al menor, que no lo necesita por estar sujeto a la patria potestad, sino legitimarlo. Por ello, tal supuesto ha sido denominado por Goldschmidt "adopción legitimante".

Y también prevé nuestra ley vigente la denominada por el mismo tratadista "adopción de integración", que está referida a la adopción del hijo del cónyuge, a fin de que se integre al nuevo hogar formado por su progenitor.

#### 4. Naturaleza jurídica.

Si la unanimidad en cuanto al fin de la adopción es manifiesta en todos los ordenamientos jurídicos, que la conciben en beneficio del adoptado, no lo es en cambio respecto a su régimen jurídico, el cual difiere en los distintos cuerpos legales que establecen diferentes formas constitutivas de la adopción, y tal diversidad origina opiniones encontradas respecto a su naturaleza jurídica.

En aquellos países cuya legislación exige para la adopción no sólo la voluntad del adoptante, sino también el consentimiento del adoptado, si es mayor de edad, o de sus representantes legales si es menor, se ha divulgado la teoría de que es un *contrato*. Tal es la doctrina clásica que expusieron los autores franceses inspirados en las normas del Código Napoleón (Demolombe, Marcadé, Aubry et Rau, Laurent, Huc, y entre los modernos Colin y Capitant, Savatier,

Josserand), seguida en Bélgica por De Page, siendo también la postura consagrada entre otros, por el código alemán de 1900, y el código civil suizo, y la doctrina de sus comentadores (Von Thur, Enneccerus - Kipp - Wolff, Lehmann, etc.). En Italia, con la regulación del Código de 1865, similar a la del código francés, los autores sostuvieron la naturaleza contractual del instituto (Pacifi Mazzoni, Borsari, Bruggi, Bianchi, Dussi, etc.), abandonando la doctrina esta teoría al sancionarse el código de 1942, que dio una nueva fisonomía a la adopción al supeditarla al control judicial, aunque algunos aisladamente siguieron enrolados en la doctrina contractual clásica (Stolfi, Degni). Y en España, la siguen Scaevola, Castán Tobeñas, Robles Fonseca, etcétera.

La idea de que la adopción es un contrato y que del mero acuerdo de voluntades puede brotar toda una situación familiar, ha suscitado una resistencia análoga a la que se produjo a propósito del matrimonio. Se alega que la denominación de contrato debe reservarse para el campo jurídico económico; que lo referente al estado de las personas no puede ser objeto de un contrato, y que por ello falta en esta materia poder de disposición privado, que es característica esencial del contrato; y, por último, que la participación del órgano judicial es constitutiva del acto y que el consentimiento de las partes es sólo un presupuesto o elemento (Cicu, De Ruggiero, Raynaud, etc.).

Con estos argumentos surge otra postura que si bien admite la necesidad de un acto voluntario para el nacimiento de la adopción, estima que por este motivo no puede considerársela sólo como un contrato, porque fundamentalmente es una *institución*, y la designan entonces como *institución jurídica con base contractual* (Planiol y Ripert, Puig Peña, etc.). También se la caracteriza como institución jurídica puesta en movimiento por un acto jurídico (Bonnetcase) o institución de orden público que depende de un acto jurídico individual (Chaves, Salvi, etc.). En la misma línea e invocando el símil con el matrimonio, otros distinguen en la adopción dos aspectos: el de su formación y el del estado que genera. En el primero habría un contrato de derecho de familia sometido a requisitos peculiares;

y en el segundo está presente su naturaleza institucional (Gambón Alix, Ancel, Da Silva Pereyra, etc.).

La insuficiencia de la idea de contrato para explicar la naturaleza de la adopción ha dado lugar, además de la teoría institucional, a la elaboración de otros enfoques en la doctrina comparada.

Así, la circunstancia de que el nacimiento de la adopción conste de una pluralidad de actos interdependientes (consentimiento de las partes, sentencia judicial), ha dado lugar a que un sector doctrinario la configure como un *acto complejo* (Dornénico Barbero, Trabucchi, Ruperto, Piñar, etc.; y con respecto a la legitimación adoptiva: Pinto Rogers y Da Silva Pereyra).

Para otros es un *acto jurídico de naturaleza mixta*, acto voluntario bilateral y acto judicial a la vez (Mazeaud).

En España los autores modernos, en general, la configuran como *negocio jurídico bilateral del derecho de familia* (de la Vallina Díaz, Lacruz - Sancho Rebullida, García Cantero, Castro Luccini, etcétera), postura que había adelantado De Ruggiero en Italia. Por su parte, Díez Picazo - Gullón la califican como *relación jurídica familiar*, y al acto constitutivo como *acto complejo*.

En nuestro derecho positivo la adopción no es un acto bilateral puesto que sólo requiere la expresión de voluntad del adoptante, y recién surge con la sentencia judicial, que en forma soberana la otorga, estando reglamentados imperativamente en la ley sus requisitos y efectos. Por lo tanto, la concepción de la adopción como contrato o negocio jurídico familiar bilateral no tiene asidero posible en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestros autores coinciden por ello en calificarla como *institución del derecho de familia* fundada en un acto de voluntad del adoptante (Saravia, Ferri, Sanjurjo, Coll y Estivill, Poviña, Cafferata, Portas, Borda, Bossert).

Por nuestra parte, compartimos desde luego esta opinión. Y además consideramos conveniente insistir en el aspecto bifronte de la adopción, en cuanto acto y en cuanto estado, a fin de determinar su naturaleza jurídica, pues son dos momentos sucesivos de su vida sustancialmente diversos.

El primer aspecto, o sea la adopción en su estadio constitutivo, el acto de adopción, es para nosotros un *acto jurídico familiar de carácter procesal*, pues requiere la manifestación de voluntad del adoptante, concretada por vía de demanda judicial, y se consuma, tras el trámite del juicio de adopción, con la sentencia que crea el emplazamiento adoptivo y consagra así la voluntad del adoptante, siempre que se hayan reunido, desde luego, las condiciones exigidas por la ley. Este condicionamiento legal no disminuye la trascendencia de la voluntad del adoptante, pues siempre será dueño del impulso inicial (Díaz de Guijarro, Belluscio).

El segundo aspecto se refiere al estado civil que nace de aquel acto constitutivo, y cuya naturaleza es institucional, pues el emplazamiento adoptivo que crea la sentencia está reglamentado imperativamente por la ley; nada queda librado a la voluntad de las partes, ni su forma, ni sus requisitos, ni sus efectos. Ese conjunto armónico de reglas de derecho de orden público que regulan el estado adoptivo constituye una *institución jurídica*.

##### 5. Naturaleza del vínculo adoptivo: ¿ficción o realidad?

Dos teorías se enfrentan al considerarse la naturaleza de la filiación adoptiva: la teoría de la realidad y la teoría de la ficción.

La primera sostiene que la adopción no imita a la naturaleza. La ley nada crea, ni nada finge al respecto. El vínculo que une al adoptante con el adoptado es tan real como el que une al padre con su hijo de sangre. La realidad no está limitada a los fenómenos biológicos; hay otras realidades además de las biológicas: las físicas, las psicológicas, las sociales. En la filiación legítima o extramatri-monial el fundamento del vínculo que une a las partes es biológico; en la adopción es psicológico-social, pero es tan real como el primero. Y que la ley diga que el vínculo adoptivo producirá los efectos del vínculo legítimo, no significa que el primero sea ficticio, y el segundo realidad. Tan sólo es una técnica de economía legislativa que permite eliminar toda enumeración de efectos. El vínculo adoptivo es un hecho real de carácter psicológico-social, al que la ley le reconoce efectos jurídicos, así como también se los reconoce al

hecho puramente biológico de la generación (hijos extramatrimoniales) o al hecho biológico-social de la generación en matrimonio (hijos legítimos). La ley, en suma, somete a ese fenómeno psicológico social a una reglamentación legal, pero no lo crea. Tal es la postura desarrollada por Coll y Estivill, y seguida por Grandoli, Sajón y Omar U. Barbero.

Para la doctrina de la realidad, en cambio, la filiación sólo es obra de la naturaleza, el vínculo filial resulta exclusivamente del hecho de la generación, y por eso, porque tanto la filiación legítima como la extramatrimonial derivan del vínculo de la sangre, son calificadas en sentido amplio de filiaciones naturales o de sangre, por oposición a la filiación artificial o ficticia, que es la adoptiva, que tiene un carácter exclusivamente jurídico, pues la ley crea un vínculo jurídico de filiación fuera de todo vínculo de la sangre y nace únicamente de la voluntad del adoptante. El vínculo adoptivo procede entonces de una ficción legal, y el artificio reside en que se crea una relación de padre e hijo sin que éste haya sido procreado por aquél. El adoptado ostenta respecto al matrimonio adoptante una condición análoga a la del hijo matrimonial sin que haya mediado generación. Por eso también se dice que la filiación adoptiva es de índole imitativa, pues persigue la imitación jurídica de la filiación legítima. Aunque la ficción se acentúa cuando adopta una sola persona, pues la ley crea un vínculo filial legítimo sin que exista matrimonio del cual proceda.

Tal es la doctrina clásica admitida por la generalidad de los autores, extranjeros y nacionales (Castán Tobeñas, Puig Brutau, Puig Peña, Bonet, Dussi, Degni, Messineo, Mazeaud, De Page, Planiol y Ripert, Carbonnier, Vismard, Pinto Rogers, Gatti, Ferri, Díaz de Guijarro, Mazzinghi, Borda, D'Antonio, López del Carril, Molinario, etc.).

Esta cuestión doctrinaria sobre la naturaleza del vínculo adoptivo no es meramente teórica. La determinación previa del concepto es fundamental para orientar al legislador y al magistrado que debe interpretar y aplicar la ley.

Si aceptamos que la filiación adoptiva no es una ficción ni imitación de la filiación matrimonial, y que, por el contrario, es una realidad psicológica-social que debe producir sus efectos independientemente de la familia legítima, entonces bastaría comprobar la existencia de ese vínculo psicológico para consagrar el vínculo adoptivo sin entrar a considerar ninguna otra circunstancia.

Por el contrario, si con toda razón consideramos que la adopción es un sucedáneo de la filiación legítima, cabe concluir que la filiación adoptiva sólo puede nacer únicamente en las hipótesis en que la legitimidad no encontraría obstáculos. Y para salvaguardar, entonces, la pureza del vínculo adoptivo, cabe exigir que en su constitución no se violen prohibiciones y normas de orden público familiar (Mazeaud, De Ruggiero). Por lo tanto, no puede utilizarse como sustitutivo del matrimonio para crear una filiación legítima allí donde alguna circunstancia impide legalmente la legitimación (incestuosidad o adulterinidad del hijo, por ejemplo).

Tratándose la adopción de una ficción de legitimidad, su regulación legal debe estar revestida de prudencia, y no dissociarse de la legitimidad matrimonial, y además la interpretación de sus normas debe ser restrictiva (Planiol y Ripert), no debiendo admitirse la formación del vínculo adoptivo cuando tiene por finalidad resolver situaciones de familia irregulares a través de las llamadas “adopción legitimante” o “adopción integradora”, peticionadas en diversas variantes por concubinos con respecto a sus hijos, para crear falsas apariencias de legitimidad, pues su proliferación constituiría un rudo golpe a la familia asentada en el matrimonio.

#### **6. Prevenciones contra la institución. Valoración.**

Trátase en verdad de un instituto que muchos miran con reservas y es objeto de las más contradictorias apreciaciones. Las brillantes discusiones que se plantearon en el seno del Consejo de Estado con motivo de la introducción de la adopción en el proyecto de código civil francés a principios del siglo XIX, pusieron de relieve las variadas objeciones que se le hacen, y que determinaron la aprensión del legislador decimonónico. Muchos autores propician

su abolición (D'Aguanno, Ricci, etc.), otros se limitan a mencionar los riesgos de la adopción y recomiendan prudencia en su práctica (Mazeaud, etc.), y también hay quienes, aunque reconocen sus ventajas, sostienen que las mismas pueden lograrse a través de un patronato, sin acudir al remedio de una filiación ficticia (Sánchez Román, etc.).

Entre nosotros fue cuestionada por Vélez Sársfield y en la actualidad Molinario la ha enjuiciado rigurosamente, y a su severa crítica adhiere D'Antonio.

En síntesis, las principales objeciones que se le hacen, son las siguientes: 1º) La situación de los padres de sangre aparece desprotegida frente a la adopción; 2º) ataca y lesiona a la familia asentada en el matrimonio, fundamentalmente por permitir a los padres la adopción de sus hijos extramatrimoniales; 3º) podría ser causa de muchas ingratitudes y arrepentimientos, que crearían para el adoptante situaciones perjudiciales sin salida legal; 4º) puede encubrir otros propósitos de los adoptantes muy alejados del altruismo; 5º) posibilita la venta de seres humanos, favoreciendo el funcionamiento de un verdadero "mercado negro"; 6º) es superflua, pues las finalidades sociales que cumple la adopción pueden lograrse a través de otras instituciones jurídicas de asistencia, sin incurrir en la inconveniencia de incorporar a la familia a quienes no lo están por la naturaleza.

Los peligros denunciados se pueden conjurar, en verdad, con una acertada y prudente regulación del instituto, pues no se puede desconocer la trascendencia social e individual de la adopción que al integrar en una familia, en su caso más frecuente, al menor que carecía de ella, proporciona una solución ideal al drama de la infancia abandonada. Por otra parte, al dar hijos a quien no los tiene, incentiva los más nobles sentimientos de generosidad y beneficencia, que merecen estímulo en función del interés social.

#### **7. Instituciones análogas.**

En el actual derecho comparado se encuentran legisladas otras instituciones que, como la adopción, están ordenadas a la protec-

ción de los menores desamparados, aunque varían sus condiciones y efectos. Las principales son las siguientes:

1º) *La adopción menos plena del código civil peruano de 1936 (arts. 344/347)*: Se destina a los menores de 15 años, y limita los efectos de la adopción a la obligación de alimentar al menor, educarlo y darle una carrera u oficio. En caso de muerte del adoptante, esta obligación pasa a sus herederos. La relación entre adoptante y adoptado cesa al llegar éste a la mayoría de edad, salvo que no se encuentre en condiciones de ganarse la vida.

2º) *La afiliación del código civil italiano de 1942*: Es también un instituto asistencial que procede cuando una persona ha tenido a su cargo durante tres años a un menor de 18 años, hijo de padres desconocidos, abandonado o que le ha sido confiado al afiliado por un establecimiento asistencial, o hijo natural reconocido sólo por la madre imposibilitada de proveer a su crianza. Si el afiliante es casado, necesita el consentimiento de su cónyuge, y debe solicitar la afiliación al juez tutelar. El afiliante adquiere la patria potestad sobre el menor; no hay derechos sucesorios. Es revocable por matrimonio entre las partes; a pedido del afiliante por inconducta del afiliado o imposibilidad del afiliante de seguir proveyendo a su crianza; por graves motivos invocados por el afiliado o por el instituto donde estuvo internado; y por reintegración del padre a la patria potestad.

En nuestro país, el Instituto de Estudios Legislativos propicio en 1939 la incorporación al Código Civil de la afiliación sobre la base de un proyecto de Alberto G. Spota inspirado en el código italiano. La Primera Conferencia de Abogados celebrada en Buenos Aires en 1943 aprobó una recomendación de introducir en nuestro derecho la afiliación conjuntamente con la adopción. En ese Congreso el doctor Juan Agustín Moyano observó que la afiliación ha vivido y vive de hecho en la campaña de nuestro país bajo la denominación de "padrinazgo". Y Molinario también es partidario de incorporar a nuestra legislación la afiliación con la denominación recordada por Moyano. Lagomarsino igualmente propuso introducir

la afiliación en el derecho argentino, para que se valgan de ella las personas solteras, viudas o divorciada, quedando reservada la adopción para personas unidas por matrimonio.

c) *La colocación familiar del Código del Menor boliviano de 1966 (art. 143 y sges.)*: Consiste en la entrega de un menor a una familia con la obligación de alimentarlo, vestirlo, darle habitación, asistencia médica y, en general, asistirlo como si fuese miembro de ella. Se dispone con autorización del juez o tribunal de menores. No produce efectos jurídicos de naturaleza familiar. Son objeto de ella los menores abandonados, huérfanos o cuyos padres no pueden tenerlos a su lado. Está supervisada por funcionarios del servicio social. Puede ser revocada, y en ningún caso exceder de dos años, sin perjuicio de renovarse.

d) *La legitimación adoptiva*. Aparece en Francia, en el Código de la Familia de 1939, y luego de sufrir diversas reformas es reemplazada por la adopción plena en 1966. Luego la recepciona Uruguay por la ley 10.674 del 20/11/45, avanzando y perfeccionando el régimen francés. La institución también es acogida en Brasil, por ley 4655 del 2/6/65 (en 1979 es reemplazada por la adopción plena, ley 6697), y en Chile por la ley 16.346 del 20/X/65, aún vigente.

La legitimación sólo se concede a los menores (hasta 7 años en Francia y Brasil, y hasta los 18 años en Uruguay y Chile), que sean huérfanos, abandonados o hijos de padres desconocidos. Los legitimantes sólo pueden ser cónyuges no divorciados ni separados de hecho. El legitimado adoptado queda emplazado en el estado de hijo legítimo con respecto a los legitimantes y a sus familias; se borran sus vínculos con la familia de origen, salvo los impedimentos matrimoniales; y es irrevocable.

El elemento esencial que distingue este instituto de la adopción plena es su carácter secreto, introducido por la ley uruguaya y seguido por la brasileña y la chilena, y por el Código de la Familia boliviano de 1972. El trámite es reservado, y con el testimonio de la sentencia el menor se inscribe en el Registro Civil como si

fuese hijo legítimo de los legitimantes adoptantes anotado fuera de término, caducando la partida de nacimiento originaria. La violación del secreto por parte de los funcionarios es sancionada penalmente.

El éxito de la institución, señalan sus defensores (Vaz Ferreyra, Gatti), se debe precisamente a su carácter secreto, que tiende a ocultar al hijo adoptivo su verdadero origen para evitarle el choque psicológico y el complejo de inferioridad que podría provocarle el conocimiento de su verdadera filiación, y además también se trata de ocultar a los terceros la verdadera filiación para que sea tenido como indiscutible hijo legítimo. Con ello se terminarían las inscripciones falsas, o sea, la práctica de violar la ley inscribiendo en el Registro Civil a hijos ajenos como propios para mantener oculta su verdadera filiación, y para que nadie se entere jamás de ella.

El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba, en 1961, no llegó a tratar en las sesiones plenarios el tema concerniente a la reforma del régimen de la adopción, pero la Comisión respectiva aprobó un despacho en mayoría suscripto por los doctores Borda, Cafferata, Díaz de Guijarro, León Feit, López del Carril y Zavala, recomendando establecer la legitimación adoptiva. El despacho en minoría suscripto por el doctor Oscar Borgonovo sostenía en forma concisa y contundente que "la legitimación adoptiva se diferencia de la adopción común porque intenta suprimir el conocimiento por parte del adoptado de quiénes han sido sus progenitores. Que esa pretensión es irrealizable, porque contraría tendencias instintivas del hombre y significa una alteración de la verdad, siempre susceptible de ser puesta en evidencia".

No obstante esa objeción fundamental, hubo diversos proyectos tendientes a implantar la legitimación adoptiva.

En 1960 el profesor cordobés doctor León Feit había publicado su *Anteproyecto de ley admitiendo la legitimación adoptiva* (Cuadernos del Instituto de Derecho Civil, Facultad de Derecho, U. N. de Córdoba, 1960, Nros. 2/3, pág. 5), y en julio de

1964 publicó el suyo el doctor Julio J. López del Carril en su libro *Legimitación adoptiva* (Abeledo - Perrot, Bs. As., 1964). En el mismo año la diputada Lidia Valente de Pérez Tort presentó a la Cámara de Diputados de la Nación un anteproyecto de ley acci-giendo la legitimación adoptiva, pero por sus defectos sustanciales no encontró eco parlamentario. En 1974 el bloque de diputados de la Unión Cívica Radical presentó a la Cámara de Diputados de la Nación otro proyecto sobre legitimación adoptiva elaborado por López del Carril, que no llegó a sancionarse.

La legitimación adoptiva, en suma, cuenta con una corriente favorable de opinión en la doctrina nacional (Bossert, Vidal Taquini). Pero hay también autores de reconocida autoridad que rechazan el régimen del secreto, aspecto conflictivo y característica esencial del instituto, y con ellos coincidimos puesto que sus argumentos nos parecen decisivos (Grandoli, Molinario, Lagomarsino, Belluscio, Zannoni, D'Antonio, Sánchez Bustos, Omar U. Barbero, Arias de Ronchietto). En primer lugar, la psiquiatría moderna considera que es indispensable para el equilibrio del niño brindarle el conocimiento de su estado de hijo adoptivo, y por ello los psiquiatras aconsejan a los padres adoptivos que les digan a sus hijos la verdad desde su más tierna infancia, en forma gradual, en función de las preocupaciones del menor. Los adoptantes que retroceden ante esa confesión leal y necesaria cometen un error, cuyas consecuencias pueden ser graves si luego el descubrimiento se produce en la adolescencia, tardíamente (Giberti, Marmier, Mc Whinnie, Aberastury, etc.). Y, en segundo término, lo decisivo es que ese secreto que se quiere guardar tan celosamente, nunca, en realidad, podrá ser mantenido, pues siempre, un día u otro, el adoptado conocerá la verdad, y corrientemente será en forma brusca, por intermedio de un tercero, vecino, pariente o amigo, que le hará la revelación. Y el adolescente rara vez sale indemne de la prueba. La doctrina comparada también coincide en afirmar que se debe revelar la verdad al menor y hacer comprender a los padres adoptivos que esa es la única solución beneficiosa (Pinto Rogers, Martínez Calcerrada, Veliounsky, Mazeaud, Da Silva Pereyra, etc.).

Nuestros tribunales han tenido ocasión de ocuparse del tema al plantearse la cuestión en ciertos casos de adopciones, y han declarado la conveniencia de decir al menor la verdad acerca de su filiación (ver fallos de Juzgados Civiles de Primera Instancia de la Capital, en JA 1961-V-536; La Ley, 111-566; La Ley, 115-634; La Ley, 1979-C-528; y de la CNCiv. Sala C, en JA 1979-III-325 y E.D. 84-314, etc.). Además, las Segundas Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, celebradas en Santa Fe, en 1977, en su recomendación 13, sobre el tema *Interpretación y aplicación judicial de la ley de adopción*, expresan que “El juez ha de tomar conocimiento personal directo de los adoptantes y de los descendientes de aquéllos, en su caso. Aprovechará la ocasión para instruirlos, si fuera necesario, de que al menor debe decirse la verdad”.

El legislador argentino, al sancionarse la ley vigente 19.134, que acoge el régimen de la adopción plena, optó atinadamente por rechazar el sistema del secreto y de falseamientos de los asientos del Registro Civil.

## II. LA ADOPCION EN EL DERECHO ARGENTINO

### 8. Antecedentes legislativos.

Vélez Sársfield rechazó la adopción, omitiendo legislar sobre ella, y expuso brevemente sus motivos en la nota del 21 de junio de 1865 que dirigió al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública de la Nación doctor Eduardo Costa, presentándole el libro primero del proyecto de Código Civil. De los conceptos expuestos resulta que para Vélez la adopción, según la estructura que le dio el Código de Napoleón, carece de sentido social y jurídico en la sociedad moderna, y de ahí su fracaso; que tratándose de niños desamparados, para ellos está la beneficencia sin necesidad de crear una mera ilusión de paternidad; y, por último, no está en nuestras costumbres.

Influyó, sin duda, en el codificador, el desuso y el olvido en que había caído la adopción en Europa, en cuyas legislaciones se

la destinaba a los mayores de edad, concepto que significaba la negación misma de la institución. Fue necesaria la calamidad de la guerra, medio siglo después, y su triste consecuencia de miles de huérfanos para que los juristas comprendieran la necesidad de reincorporarla a la legislación como un medio de protección de la infancia.

Y en cuanto a que no estaba en nuestras costumbres, la observación es exacta. Y se explica porque nos regían las Partidas, cuya reglamentación seguía la estructura del derecho romano, que respondía a principios y fines totalmente desconectados de las costumbres y de la realidad social modernas.

Recién a comienzos de siglo comienza en el país un movimiento favorable a incluir la adopción en nuestro ordenamiento civil.

Segovia se había adelantado expresando que legislada convenientemente es una institución ventajosa. Rébora y Lafaille también señalaron la conveniencia de legislarla.

En 1925 el senador Carlos Serrey presentó un proyecto de ley sobre reformas al Código Civil, en cuya fundamentación propicia el restablecimiento de la adopción en bien de los menores abandonados (Diario de Sesiones del H. Senado de la Nación, 1925-II-206 y 526).

En el Primer Congreso de Derecho Civil reunido en Córdoba en 1927 el doctor Arturo Orgaz propuso la reglamentación de la adopción.

El Anteproyecto de Bibiloni, sin embargo, mantuvo la exclusión de la filiación adoptiva. El Proyecto de 1936 en pocos artículos (475 a 480), y siguiendo al Código del Brasil, reguló la adopción como un simple contrato que debía celebrarse ante Escribano Público o ante el Oficial del Registro Civil.

Se sucedieron en esa época diversos proyectos entre los cuales se destacan los del senador Ramón S. Castillo (elaborado por el Dr. Jorge E. Coll) de 1933; con ligeras variantes fue reproducido por el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1938 remitido por el Ministro de Justicia Dr. Coll al Congreso; de Alejandro Rayces, de

Guillermo A. Saravia, de la Primera Conferencia de Abogados de la ciudad de Buenos Aires (1943), etcétera. En todos ya se establece el otorgamiento judicial de la adopción, y en cuanto a sus efectos, corresponden a los de la ahora llamada adopción simple. Pero fue, sin duda, el valioso estudio doctrinario de los doctores Jorge E. Coll y Luis A. Estivill, publicado en 1947, con el cual fundamentan su proyecto, el que ejerció influencia decisiva en el legislador argentino.

En 1947 el Poder Ejecutivo remitió un proyecto de ley al Congreso, que conjuntamente con dos proyectos elaborados por sendos grupos de parlamentarios, sirvió de base a la redacción definitiva de la ley 13.252 sancionada en 1948, y que fue la primera ley de adopción del país.

Estableció un solo tipo de adopción cuyas características son las que ahora exhibe la adopción simple del régimen vigente. Su incorporación significó un progreso indiscutible en la legislación nacional, pues en realidad la adopción ya se venía practicando de hecho, y el medio corriente para sustituirla no era otra cosa que la inscripción ilegal en el Registro Civil de hijos ajenos como si fueran propios. Respondió, pues, a una sentida necesidad social.

El Anteproyecto de Código Civil de 1954 incluyó a la adopción, reglamentándola en forma similar a la ley 13.252, aunque mejorando su metodología (arts. 522 a 529).

La ley 13.252 rigió sin mayores inconvenientes hasta que fue derogada en 1971 por la ley 19.134 actualmente vigente, que introduce el doble régimen de adopción plena y adopción simple, en una reglamentación que ha sido objeto de severas críticas por sus graves desaciertos, al punto que poco tiempo después de su vigencia surgió una corriente reformista, y ya se han elaborado diversos proyectos gubernativos tendientes a reemplazarla.

## 9. La ley vigente y su crítica.

La novedad más importante introducida por la ley 19.134 ha sido sin duda la reglamentación de la adopción plena junto a la adopción simple, que era la figura única y tradicional.

No obstante, por su defectuosa técnica legislativa y por su errónea concepción del instituto, la nueva ley ha sido objeto de severas críticas por parte de la más calificada doctrina nacional (Mazzinghi, López del Carril, Belluscio, Borda, Goyena Copello, etcétera).

El análisis de la ley y un reflexivo examen de los graves reparos que se le han hecho, nos llevan también a concluir que se pueden señalar cuatro defectos estructurales en el régimen vigente de adopción: 1º) Un marcado disfavor por los vínculos de sangre, el cual es manifiesto en las disposiciones que no admiten a los padres biológicos como partes en el juicio de adopción (art. 10, inc. b; 11, incs. b, c y d; y 12); 2º) Consagración de la adopción unipersonal como regla (art. 2º); 3º) Mantenimiento de la adopción simple (arts. 20 y sgtes.); y, 4º) La adopción del hijo extramatrimonial, admitida por los artículos 2º y 6º.

En el estudio de las disposiciones de la ley analizaremos los desaciertos legislativos anotados, que repercuten con resultados negativos en toda la organización y funcionamiento del instituto.

#### **10. Estudio del régimen legal vigente.**

Para estudiar el régimen de adopción vigente, a los fines de una mayor claridad y comprensión, seguiremos el método de la ley. En consecuencia, examinaremos, en primer lugar, las disposiciones generales aplicables a ambos tipos de adopción, que se refieren a los sujetos de la misma (adoptante y adoptado) y a la forma de constitución del vínculo adoptivo, o sea, al procedimiento judicial. Luego analizaremos las reglas específicas que se refieren a la adopción plena y a la adopción simple, en orden sucesivo. Continuaremos con el régimen de nulidad de la adopción y, por último, veremos los efectos de la adopción otorgada en el extranjero.

## A) LOS SUJETOS DE LA ADOPCION.

### 1º) EL ADOPTANTE

#### 11. Quiénes pueden adoptar.

Pueden adoptar todas las personas de existencia visible, varones o mujeres, solteras, casadas, viudas o divorciadas, nacionales o extranjeras, que tengan plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles y cumplan los requisitos específicos exigidos por la ley.

Quedan excluidas las personas jurídicas. La ley no lo establece en forma expresa, pero se deduce claramente de las condiciones y requisitos que ha de reunir la persona del adoptante, los cuales no pueden ser predicados de una persona ideal. Además, por su propia naturaleza, por carecer de alma y de sentimientos, las personas jurídicas carecen de aptitud para ser parte de una relación de familia (Ferri, Cafferata, Borda, Bossert, Chaves, Gambón Alix, Pinto Rogers, etc.).

Sin embargo, hay un supuesto excepcionalísimo, en nuestro derecho y en la legislación comparada, que ha dado entrada a las personas jurídicas, y se refiere a la tutela. Según el artículo 8º de la ley 10.903, los menores confiados por sus padres, tutores o guardadores a un establecimiento de beneficencia, público o privado, quedan bajo la tutela definitiva de la dirección del establecimiento. Es forzoso reconocer, no obstante, que el propio interés de los menores aconseja, en lo posible, que su cuidado y crianza estén a cargo de personas capaces de mantener con ellos una relación semejante a la natural de filiación, pues el factor humano y el amor son elementos esenciales para la plena formación espiritual del menor (Borda, Gambón Alix).

#### 12. El principio de la adopción unipersonal. Su crítica.

El artículo 2º de la ley 19.134 en su primer párrafo dispone: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges". El principio consagrado es, pues, la adopción individual. Una sola persona, como regla, puede ser adoptante.

La excepción es la adopción doble por un matrimonio. Se reitera la norma establecida por la ley 13.252, artículo 3º, que a su vez es aceptada por la mayoría de las legislaciones contemporáneas.

Por nuestra parte, opinamos que la regla debe ser exactamente a la inversa. La adopción, en principio, sólo debe concederse a un matrimonio; excepcionalmente debe acordarse a una persona sola cuando por circunstancias especiales constituya el único medio posible de solucionar la situación del menor. Así lo ha resuelto la ley de adopción de Ontario (Canadá), prohibiéndola cuando el peticionante es soltero, viudo o divorciado, salvo circunstancias especiales a juicio del tribunal. La ley de Dinamarca también prohíbe la adopción unipersonal, salvo casos excepcionales. El código italiano (reforma de 1967) sólo permite la adopción especial (plena, entre nosotros) a cónyuges con más de 5 años de matrimonio, no separados de derecho ni de hecho (art. 314/2, párr. 1º); la ley luxemburguesa de 1959 establece que la adopción con ruptura de vínculos familiares (plena) sólo puede ser solicitada por esposos no separados de cuerpo; el Código de la Familia de Checoslovaquia de 1963 sólo permite a los cónyuges la adopción irrevocable (art. 74, 2º párr.); la ley uruguaya 10.674 de 1945 (art. 1º) y la ley chilena 16.346 de 1965 (art. 2º) establecen que sólo podrán legitimar adoptivamente los cónyuges con cinco o más años de casados. Era también la solución para la adopción plena en Francia, España y Portugal, pero, a juicio de autorizadas opiniones, fue dejada de lado por las reformas de 1966, 1970 y 1977 respectivamente.

En nuestro país también se sostiene la necesidad de establecer normativamente que en principio sólo los cónyuges no divorciados ni separados pueden adoptar (Mazzinghi, Méndez Costa, Raffo Benegas, D'Antonio, Moreno Dubois, Grandoli). Otros autores limitan la aplicación de esa regla a la adopción plena (Belluscio, Zannoni, Moisset de Espanés), o a la legitimación adoptiva (León Feit, López del Carril, Bossert, aunque este último con algunas variantes). El proyecto de ley de adopción del diputado Carlos O. Aragonés de 1975, que preveía un solo tipo de adopción, la plena, autorizaba a

adoptar únicamente a los matrimonios legalmente constituidos; y la misma solución acogieron los proyectos de 1979 (Mazzinghi, Raffo Benegas, Ferrer) y de 1981 (Mazzinghi, Raffo Benegas, Méndez Costa, Mirás, Gnecco).

Nuestra opinión contraria a la adopción unipersonal la fundamos además en la triple inconveniencia que representa para el interés de los menores, de la institución matrimonial y de la sociedad.

En primer lugar, el desarrollo normal de la personalidad del niño requiere la presencia de un padre y una madre, pues el orden natural revela que no sólo son los agentes de la procreación, sino también de la crianza del nuevo ser; por ello resulta naturalmente indispensable la acción educativa conjunta de ambos progenitores para lograr la plena formación física, moral y espiritual de los hijos. Es lógico entonces que el vínculo adoptivo se constituya de la forma más semejante posible a la que resulta del orden natural, pues el adoptado, como los demás niños, también tiene necesidad de un padre y una madre que lo consideren su hijo común (Mazzinghi, D'Antonio, Crespi, Marmier, etc.). A tal punto es fundamental el condicionamiento familiar de la personalidad del individuo, que los niños que sufren la carencia paterna o materna están más expuestos a los trastornos psíquicos, a la delincuencia y al consumo de drogas, que los otros que viven en un hogar normal. Por esta causa, los organismos y conferencias internacionales recomiendan que adopten los matrimonios y no que lo hagan las mujeres solteras, las viudas, y mucho menos los hombres solteros (Reunión de Expertos de las Naciones Unidas, 1959; Simposio Internacional sobre Adopción, Bogotá, 1979). Y tal es también la opinión de los pediatras y psicólogos, y la política que aplican los establecimientos de ayuda social, otorgando prioridad a los matrimonios para entregar niños en vistas de una futura adopción (Marmier).

En segundo término, la adopción unipersonal como regla conspira contra la institución matrimonial, pues la adopción constituida por una sola persona implica llegar a la filiación legítima sin matrimonio, o, como dice Mazzinghi, adquirir la gracia de la paternidad —o la maternidad— sin el compromiso del matrimonio. Se

crea una nueva fuente de legitimidad extraña a la unión conyugal, olvidando el principio según el cual no hay legitimación verdadera sin matrimonio (Marty y Raynaud). La legitimidad, en adelante, puede ser creada fuera del matrimonio, y si a ello unimos la posibilidad de adoptar el hijo extramatrimonial, que permite nuestra ley (arts. 2º y 6º), queda asegurado entonces el poder de dar el estado de hijo legítimo al fruto de la unión de hecho sin necesidad de que sus padres contraigan matrimonio, suscitando legalmente la preferencia por la cómoda convivencia concubinaria, en despecho de la unión matrimonial.

Y, por último, la adopción unipersonal lesiona el interés de la sociedad, porque si la ley ignora la necesidad de la participación conjunta de un padre y una madre en la formación y educación de un niño es porque considera superflua la estructura natural de la familia, y de esa manera expone al menor a todos los peligros de una crianza mutilada por la ausencia de la imagen paterna o materna. Además, al crear una nueva fuente de legitimidad extraña al matrimonio, y permitir a la vez la adopción de los hijos extramatrimoniales, favorece a las uniones irregulares. Se lesiona, en consecuencia, el bien común de la sociedad, que exige precisamente lo contrario: lograr la más perfecta formación espiritual de los niños y defender y expandir la institución matrimonial.

### 13. Edad del adoptante.

El artículo 5º inciso a, de la ley 19.134 establece que el adoptante debe tener 35 años cumplidos.

Siguiendo una tendencia notoria en la legislación comparada, la ley 19.134 redujo la edad mínima, que la ley derogada establecía en 40 años.

La edad mínima se debe tener al momento de promoverse la demanda, pues la sentencia tiene efectos retroactivos a esa fecha.

¿Por qué exige la ley una edad mínima en el adoptante?

Para asegurarse de que haya alcanzado un grado de madurez

que le permita valorar plenamente la trascendencia de la responsabilidad que asume (Borda, Belluscio, Mazzinghi).

En nuestra doctrina se sostiene, y compartimos la opinión, la necesidad de disminuir aún más ese límite mínimo de edad, porque si lo que se quiere es dar padres a quienes no los tienen, nada mejor que dárselos con una edad apropiada, para evitar que se acentúe la incomunicación generacional tan perjudicial para la formación del menor. Los cambios de costumbres que provoca la entrada de un menor en un hogar se siente más agudamente cuanto más años tienen los adoptantes; el infante no se acomoda a hábitos muy rígidos, él tiene necesidad de padres abiertos a su propio mundo, capaces de aceptar sus ansias de vivir, disponibles frente a sus dificultades. Los padres jóvenes, generalmente, se adaptan con más facilidad a estas exigencias, a este nuevo modo de vida. Por ello consideramos adecuado disminuir el límite de edad a 30 años (León Feit, Grandoli, Cifuentes, Lagomarsino, anteproyectos de ley citados).

La ley, por otra parte, no fija una edad máxima para adoptar. Pero no se pueden ignorar las conclusiones médicas, psicológicas y sociológicas en la materia, según las cuales la adopción por un matrimonio de edad y sin hijos produce en la mayoría de los casos una mala adopción. Es preciso prever las dificultades posteriores que se producen cuando, al crecer el hijo, los adoptantes se oponen a sus juegos, a sus diversiones y lo someten a una disciplina rigurosa. Además, la adopción tardíamente decidida es bastante sospechosa y hace pensar en que el temor de la soledad es el motivo subyacente determinante. Por ello, en defecto de una limitación legal, que no creemos necesaria, el juez debe valorar la edad avanzada del o de los adoptantes conforme a las circunstancias concurrentes en el caso (Borda; y, por ejemplo, fallo de la CNCiv. Sala A, E.D. 8-440). Así, el hecho de que el adoptado haya convivido con mucha anterioridad a la adopción, o cuando el adoptado está unido al adoptante por lazos familiares o afectivos, podrían disminuir los riesgos de la edad avanzada del adoptante (García Cantero).

#### 14. Excepciones al límite de edad.

El límite mínimo de edad del adoptante no se aplica cuando la adopción es solicitada conjuntamente por dos cónyuges. En este caso, basta que los cónyuges acrediten tener cinco años de casados, o que, aún no habiéndose cumplido ese plazo, demuestren la imposibilidad de procrear (art. 5º, inc. a). La ley derogada exigía ocho años de casados, y no contenía referencia a la imposibilidad de procrear.

El dictamen de Comisión del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961), fundado en la opinión del doctor León Feit, recomendó agregar al texto vigente entonces la dispensa del plazo de antigüedad de casados cuando se probase la imposibilidad de procrear, recomendación que fue recepcionada por la ley 19.134, sin advertir que esta norma sólo encuadraba razonablemente en la ley anterior, pues ella prohibía la adopción cuando el adoptante tuviese hijos legítimos o extramatrimoniales. Pero esa prohibición desapareció en la ley 19.134. Por lo tanto, si el hecho de tener hijos no les impide adoptar, ¿qué razón hay para exigir a los adoptantes la prueba de su esterilidad? Esta exigencia, por lo tanto, no tiene justificativo alguno en el régimen vigente.

Creemos, en cambio, plenamente justificado el plazo de cinco años de casados para los matrimonios adoptantes, pues la estabilidad de la pareja está más asegurada después de varios años de vida en común, y la decisión de adoptar puede ser más reflexiva y menos pasional que si ella es tomada inmediatamente después de celebrado el matrimonio. El plazo de espera desalienta el primer impulso a adoptar de los cónyuges que temen no tener su propia prole, y con ello se evita una concurrencia peligrosa entre hijos adoptivos e hijos legítimos sobrevivientes (Marmier, Coll y Estivill, Mazzinghi).

#### 15. Diferencia de edad con el adoptado.

El segundo párrafo del artículo 2º establece que el adoptante debe ser por lo menos 18 años mayor que el adoptado.

El fundamento del dispositivo deriva de la noción tradicional de la adopción que la concibe como imagen de la paternidad natural. De acuerdo a esta concepción, consagrada ya en las Institutas de Justiniano, resulta inconcebible que el adoptado sea mayor que el adoptante o de su misma edad. Además, si la adopción produce los efectos jurídicos de la paternidad, es lógico que la ley exija las condiciones necesarias para que esa paternidad pueda ejercerse en los hechos, y entre esas condiciones está la diferencia de edad, que infunde respeto hacia el adoptante y presupone su mayor experiencia, colocando a cada uno en su lugar propio: los padres para educar y dirigir; los hijos para obedecer y aprender (Bevilacqua, Gambón Alix, Coll y Estivill, etc.).

En el derecho comparado se observan dos tendencias respecto al requisito de la diferencia de edad: una deja librado al criterio discrecional de la autoridad la fijación de dicha diferencia, que debe ser razonable o conveniente (Códigos de la Familia de Polonia y Checoslovaquia); y otra señala *ex lege* la cantidad de años que debe alcanzar esa diferencia, estableciendo la generalidad de las legislaciones un límite mínimo que oscila entre los 15 y los 20 años. Incluso algunas establecen diferencias máximas, que varían entre los 45 y los 50 años, como por ejemplo Holanda, cuya ley dispone que el adoptante no puede tener más de 50 años sobre el adoptado. Algunos autores apoyan esta solución, considerando apropiado que la ley prudentemente cierre el paso a adopciones que de ningún modo pueden cumplir su fin (García Cantero, Zannoni). Por nuestra parte, estimamos que la cuestión debe quedar librada al arbitrio judicial (conf.: Gambón Alix, Castán Vázquez).

#### 16. Excepciones a la diferencia de edad.

El mismo artículo 2º establece que esa diferencia de edad no se exige cuando se adopta al hijo propio o cuando el cónyuge superviviente adopta al hijo adoptivo del premuerto.

La primera excepción no ofrece reparos, pues tratándose del propio hijo extramatrimonial, no tiene sentido que la ley imponga una diferencia de edad, cuando ya existe naturalmente. No obstan-

te, consideramos inconveniente admitir la adopción del hijo extramatrimonial, como lo veremos más adelante.

En cuanto a la segunda excepción, observamos, en primer término, que deja sin solución otros supuestos, como sería el caso de que, vivos ambos cónyuges, uno de ellos desee adoptar al hijo del otro; o que muerto uno de los cónyuges, el supérstite pida la adopción de los hijos extramatrimoniales del fallecido. En suma: no se ve por qué razón la excepción sólo funciona en caso de muerte y con respecto únicamente a los hijos adoptivos. En segundo lugar este tipo de adopción puede vincular a sujetos separados por pocos años, y aún podría darse el caso de que un adoptante sea menor que el adoptado, lo que sería un absurdo (Mazzinghi, Belluscio, Goyena Copello).

#### 17. Adoptante que tiene hijos legítimos o adoptivos.

Una de las más antiguas cuestiones planteadas en esta materia, es la de determinar si la descendencia del adoptante constituye un impedimento para acordar la adopción.

Quienes ven un obstáculo en la descendencia del adoptante, parten de considerar que si el fin del instituto es suplir la falta de hijos, quien recibió hijos de la naturaleza no puede buscar consuelo en una paternidad ficticia. La adopción sólo debe funcionar allí donde no existe la familia biológica (Puig Peña, Pinto Rogers, Ferri, Cafferata, López del Carril). También consideran otros que se debe evitar la posibilidad de que la filiación adoptiva pueda convertirse en una interferencia perjudicial en la familia de sangre, pues la introducción en ella de un hijo adoptivo provoca una grave repercusión humana, que puede ser fuente de conflictos de todo orden, principalmente psicológicos, que afectan no sólo a los hijos legítimos, suscitándoles recelos y odios, sino también a los adoptivos, que pueden llegar a sufrir un complejo de inferioridad frente a aquéllos y sentirse segregados de la que creen su propia familia. Los pediatras y psicólogos concluyen que la yuxtaposición de hijos de la sangre e hijos adoptivos disminuye las posibilidades de éxito de la adopción (Piñar, Veliousky, Marmier, Borda, etc.). Y por

último, también hay un argumento de índole económica: la lesión que sufrirían los hijos legítimos o extramatrimoniales en su porción hereditaria por la incorporación a la familia de un hijo adoptivo con derechos sucesorios iguales a los de un hijo adoptivo (Cafferrata, Coll y Estivill, López del Carril).

Frente a estas opiniones se levanta la doctrina de quienes consideran injustificada la prohibición de adoptar para los que tienen descendientes. Lo que interesa a la sociedad, sostienen, no es proporcionar hijos a quien no los tiene, sino proveer de hogar a la infancia desvalida. Desde este punto de vista, es natural que la existencia de descendientes no pueda ser considerada como un obstáculo insalvable para la adopción. Señalan, además, que es hipotético y eventual el riesgo de conflictos por la presencia en un mismo hogar de dos clases de hijos, los de la sangre y los ficticios; que la educación está mejor asegurada en una familia numerosa; que los conflictos en las sucesiones se dan también en las familias ordinarias; y, por último, que la prohibición pone un discutible freno a los impulsos benefactores. Observan, sin embargo, algunos de estos autores, que la adopción por quien ya tiene hijos no puede ser acordada indiscriminadamente, sino que la autoridad judicial debe rechazar la petición cuando la entrada de un hijo adoptivo en el hogar perjudique de alguna forma a los hijos del adoptante, o la presencia de éstos sea penosa para el adoptado, o sea cuando existan indicios de que no se produciría una perfecta integración del adoptado en el seno familiar (Gambón Alix, Gatti, Castán Vázquez, Poggio, Belluscio, Grandoli). Mazzinghi considera que la adopción por parte de quien tiene hijos propios es desaconsejable, y que sólo debería ser admitida cuando ésta sea la única posibilidad de que el menor pueda ser adoptado o cuando existan razones objetivas que hagan preferente al adoptante con hijos.

Después de examinar los pro y los contras, pensamos que la existencia de hijos propios o adoptivos del adoptante no debe ser un obstáculo para la adopción, pero el juez apoyado en una amplia información y en informes psicológicos y ambientales, debe

apreciar ponderadamente su conveniencia conforme a las circunstancias del caso.

Esta es, además, la tendencia generalizada en la legislación comparada (legislaciones permisivas de la adopción sin restricción alguna en el supuesto de adoptantes con hijos: derecho angloamericano, Uruguay, Ecuador, Irlanda, Costa Rica, Holanda, Noruega, Suecia, Dinamarca, Convención Europea en Materia de Adopción de 1967, etcétera. Leyes permisivas que exigen especial apreciación judicial de la conveniencia de la adopción: ley belga de 1969, ley española de 1970, Código de Venezuela, etcétera. Leyes que mantienen la prohibición, pero permiten su dispensa: ley alemana de 1950; código francés, reforma de 1966).

Vayamos ahora al examen de nuestra ley.

La ley derogada establecía la prohibición de adoptar teniendo el adoptante hijos legítimos o naturales reconocidos (ley 13.252, art. 5º). La jurisprudencia introdujo una excepción admitiendo la adopción cuando los hijos mayores de edad del adoptante prestaban su conformidad. (En igual sentido: Terán Lomas).

La ley 19.134, siguiendo la tendencia moderna, consagró el sistema opuesto. El artículo 4º establece: "La existencia de descendientes, legítimos o no, del adoptante no impide la adopción, pero en tal caso aquéllos podrán ser oídos por el juez o tribunal, si lo considerasen necesario y fuesen mayores de ocho años. Ello no obstante, cuando existiera más de un hijo legítimo o más de un hijo adoptivo, sólo podrá acordarse la adopción con carácter de excepción, estableciéndose en la sentencia que la acuerde que beneficia al menor adoptado y no crea perjuicios al núcleo familiar del adoptante".

Esta norma no sólo es criticada por el principio que sienta (López del Carril, Borda, Mazzinghi), sino también, y en forma coincidente por todos los autores, por su deficiente técnica. En efecto, se le observa:

1º) Que la facultad del juez de oír a los descendientes si lo estima necesario, debió transformarse en deber, imponiendo al juez

la obligación de oírlos, pues de lo contrario resulta posible que la adopción sea acordada sin que los descendientes tengan siquiera conocimiento de ella, ignorando el juez una opinión que puede ser extraordinariamente valiosa para apreciar la conveniencia de la adopción (Borda, Belluscio, Zannoni, D'Antonio).

2º) Autoriza al juez a oír menores que han cumplido 8 años. Esta disposición no se justifica, pues cabe preguntarse qué elementos de juicio podrá aportar una criatura de 8 años, a la cual la ley le niega discernimiento (art. 921 C. Civil) (Mazzinghi, Belluscio, Borda, Vidal Taquini). Hubiese tenido algún sentido por lo menos referirse a los menores púberes, como lo hace el código italiano (art. 314/24), pero no a niños que carecen de discernimiento para juzgar la adopción.

3º) Sólo se refiere a los hijos legítimos o adoptivos del adoptante, excluyendo en forma inexplicable a los extramatrimoniales. No obstante, como a los fines de acordar la adopción lo que importa es si el adoptante tiene ya formado un núcleo familiar, sea legítimo o no, el juez, entonces, al considerar el caso, no podrá eludir la consideración de los hijos extramatrimoniales (Borda, Mazzinghi, Sánchez Bustos).

4º) No se ve ninguna razón para disponer que el juez establezca en la sentencia que la adopción beneficia al adoptado y no causa perjuicio al núcleo familiar del adoptante sólo cuando éste tenga más de un hijo legítimo o más de un hijo adoptivo, pues aunque tenga un hijo único igualmente debe valorar esas dos circunstancias, atento a que la apreciación de la conveniencia de la adopción es obligatoria para el juez en todos los casos (art. 10, inc. d). La restricción que pretende introducir la ley exigiendo un criterio más riguroso cuando el adoptante tiene más de un hijo, es tan sólo aparente, pues en verdad el juez debe resolver con iguales pautas y el mismo rigor, todos los supuestos, que suponen siempre el juzgamiento de la misma cuestión: la integración armónica del menor en el hogar del adoptante, ya sea que éste tenga sólo un

hijo, o dos, o tres o cuatro (Borda, Mazzinghi, Belluscio, D'Antonio, Lagomarsino). Desde luego, el juez deberá decidir con gran prudencia y sobre la base de una sólida información (Castán Vázquez).

En realidad, y como esta disposición también aclara que teniendo el adoptante más de un hijo la adopción tendrá carácter excepcional, pareciera que el legislador con ello ha querido restringir de cualquier manera el alcance del principio consagrado en el primer párrafo, aunque creemos que sin éxito. La norma, sin duda, ha sido el resultado de una transacción entre quienes propiciaban la posibilidad de adoptar por parte de quienes tienen hijos, y la de aquellos que se oponían a tal adopción, elaborándose así un precepto híbrido y desafortunado (Lagomarsino).

#### 18. Adoptante casado.

La ley en su artículo 8º autoriza la adopción individual efectuada por uno de los esposos, pero exige el consentimiento del otro.

El consentimiento se exige para proteger al cónyuge no adoptante por el menoscabo que la adopción puede inferir a sus derechos, y para evitar graves desarmonías conyugales por la introducción subrepticia de un sujeto extraño a la familia (Planiol, Gambón Alix, Poviña).

No obstante, creemos que esta norma es otro desacierto del legislador. Se trata de un supuesto de adopción unipersonal, en el cual, a los inconvenientes propios de este tipo de adopción, se agregan otros aun mayores. Pensamos que la adopción individual por uno de los cónyuges es un factor proclive a provocar la discordia en el seno del hogar y que está lejos de garantizar la armonía conyugal, como lo sostienen Coll y Estivill.

En efecto, si la pareja está unida y el matrimonio marcha bien, cuesta creer, como dice Zannoni, que uno solo de los cónyuges esté dispuesto a adoptar sin el concurso del otro. Piénsese que el adoptante ha debido tener bajo su guarda al menor durante un año, y forzosamente éste habrá convivido con el cónyuge no adoptante,

y si en éste no han nacido sentimientos paternales en ese lapso y se niega a adoptar, lo más probable es que nunca guarde afecto hacia el menor y que éste finalmente se convierta en un motivo permanente de conflicto entre ambos cónyuges, y quizás el adoptante deba terminar eligiendo entre su cónyuge y el hijo adoptivo. La situación del menor que convive con un matrimonio del cual sólo uno de los esposos es su padre o su madre, es ya de por sí absurda. La ley, en verdad, con esta desatinada disposición, introduce un germen de disolución de la familia. Por ello creemos que tratándose de un matrimonio, deben adoptar conjuntamente ambos cónyuges, o, de lo contrario, ninguno (Mazzinghi, Sánchez Bustos).

Luego de esta observación de carácter general, cabe analizar el texto de la norma.

La anterior ley 13.252 exigía que el consentimiento del cónyuge no adoptante se expresara judicialmente. La ley 19.134 suprimió ese formalismo, por lo cual ahora se puede manifestar en cualquier forma auténtica, incluso a través de apoderado munido de poder especial por aplicación analógica del artículo 1881, incisos 5 y 6 del Código Civil (Lagomarsino).

La prestación del consentimiento es un acto personalísimo y libérrimo, por lo tanto su denegación no puede ser suplida por la autorización judicial (Piñar, Gambón Alix).

Además, es puro y simple, no puede estar sujeto a modalidades, pues la seriedad y definitividad del propósito de adoptar exige precisión en el consentimiento de quienes deben prestarlo. Y también porque la adopción no puede ser sino pura y simple, pues es contrario a la naturaleza adquirir la calidad de padre o de hijo por un término convenido o bajo modalidades preestablecidas (Enneccerus - Kipp - Wolff; Ferri, Gambón Alix, Chaves).

Aunque nuestra ley no formule como el BGB (art. 1748) una afirmación declarando irrevocable el consentimiento dado por el cónyuge, no hay dudas de que así habrá de entenderse una vez que la adopción ha sido acordada por sentencia. O sea, entendemos que hasta el dictado de la sentencia el cónyuge no adoptante puede retractarse (Gambón Alix).

## 19. Excepciones al consentimiento del cónyuge.

El artículo 8º establece cinco supuestos excepcionales en los cuales el adoptante casado puede prescindir del consentimiento de su cónyuge. Ellos son los siguientes:

a) *Cuando medie divorcio por culpa de uno de los cónyuges, el inocente no necesita del consentimiento del culpable.* Cabe primeramente una observación genérica. Señala prudentemente López del Carril que la persona divorciada o separada de hecho, por el fracaso familiar que arrastra, no es apropiada para brindar al adoptado una educación moral que propenda a su correcta formación humana y a infundirle confianza y estima por el matrimonio, la familia y el hogar. Y si el adoptante quiere “rehacer su vida” el niño tendría la visión de un hogar donde hay noticias de la existencia de dos padres o de dos madres, lo que provoca un trauma psicológico al menor que incide en sus ideas sobre la familia. Para su recta formación y educación en la familia, afirma Grandoli, los hijos necesitan padres y madres unidos, y no matrimonios dislocados.

En cuanto a la disposición en sí, creemos que la solución legal de obligar al culpable a requerir el consentimiento del inocente, es equitativa, pues no se podría prescindir de la opinión del esposo inocente sin cometer una grave injusticia, por el eventual e injustificable perjuicio que sufrirían sus derechos patrimoniales (Primera Conferencia de Abogados de Buenos Aires, 1943; Poviña, Mazzinghi). El beneficio del menor, que se invoca para prescindir del concurso del cónyuge inocente (Borda, Zannoni), es absolutamente discutible en caso de adopción unipersonal y por persona divorciada.

b) *Cuando el divorcio es por culpa de ambos o por mutuo consentimiento.* Si la persona divorciada, según la observación de López del Carril, de por sí no es apropiada para adoptar, con mayor razón pareciera que no lo es el cónyuge culpable del divorcio, puesto que con su conducta ha determinado el fracaso del matrimonio. Esta norma tampoco resulta coherente con la disposición del artículo 76 LMC, que posterga al culpable para ejercer la tenencia de sus hijos, prefiriendo al cónyuge inocente. Y si el legislador no lo

considera idóneo para la guarda de sus propios hijos, pareciera contradictorio reconocerle idoneidad para adoptar hijos ajenos. Coincidimos con Mazzinghi, por lo tanto, en que esta disposición es también desacertada.

Cabe precisar que en el supuesto de un divorcio por presentación conjunta (art. 67 bis LMC), si el juez hubiese atribuido unilateralmente la culpa a uno de los cónyuges, éste necesitaría el consentimiento del inocente por aplicación del inciso 1º de este artículo.

c) *Cuando se encuentren separados de hecho o por voluntad de unirse.* Esta dispensa también es inconveniente, pues siendo la separación de hecho una situación fáctica, el cónyuge deberá probar esa separación, debiendo el juez apreciar con rigor las pruebas para evitar que se alegue la separación de hecho como medio de burlar el requisito del consentimiento exigido por la ley. Y aun así, siempre se correrá el riesgo de un cuestionamiento de la adopción conferida sin el consentimiento del otro cónyuge, si éste negara haber estado separado del adoptante (Lagomarsino, Mazzinghi).

d) *Cuando el cónyuge ha sido declarado insano, en cuyo caso podrá oírse al curador.* Pensamos que también este inciso constituye un error. Cabe notar que no es imperativo oír al curador, sino meramente facultativo del juez, siendo esta norma de escasa aplicación, pues generalmente curador será el otro cónyuge, o sea, el adoptante (Belluscio, López del Carril, Mazzinghi). Mazzinghi sostiene la necesidad de que el curador, y si lo fuera el otro cónyuge, uno designado *ad hoc*, preste su consentimiento para la adopción. Nosotros entendemos que ese consentimiento para introducir al menor en la familia, es personalísimo, por lo tanto, la incapacidad absoluta del cónyuge insano no puede suplirse en este caso por la actuación del curador. Si se confiere la adopción, prescindiendo del insano, y luego éste recupera la salud encontrándose con un nuevo sujeto en la familia, nos parece evidente que se habría cometido un intolerable agravio a su condición de cónyuge, por más que haya prestado la conformidad su curador, pues éste habría excedido los límites de su función, sustituyendo al insano en una decisión que

era indelegable, personalísima y privativamente suya. Por ello, consideramos que no debería permitirse la adopción en este caso, porque además tampoco convendría al menor ingresar a un hogar donde uno de los cónyuges está loco (López del Carril).

e) *Cuando el cónyuge ha sido declarado ausente con presunción de fallecimiento o en la circunstancia que prevé el artículo 22 de la ley 14.394.* La aclaración de este inciso respecto a que se prescinde del consentimiento del cónyuge presuntamente fallecido nos parece superflua, pues el presunto causante se tiene por muerto a todos los efectos civiles (Mazzinghi). Y en cuanto al supuesto del artículo 22 de la ley 14.394, que prevé la simple ausencia sin que se tengan noticias del desaparecido por más de tres años, configura en realidad una separación de hecho suficientemente prolongada, por lo que la hipótesis ya estaría prevista por el inciso d) de este artículo (Lagomarsino, Zannoni).

## 20. Guarda previa del menor.

Dispone el artículo 6º: “El adoptante deberá haber tenido al menor bajo su guarda durante un año. Esta condición no se requiere cuando se adopta al hijo o hijos extramatrimoniales del adoptante, o al hijo de su cónyuge”.

Se redujo el plazo de guarda, pues la ley 13.252 lo fijaba en dos años (art. 6º). Además la ley derogada exigía al adoptante demostrar que durante ese lapso había atendido al menor “con los cuidados de un padre”. Esta pauta legal era más precisa y expresiva que la simple guarda legal, que no supone necesariamente ese trato. Sin embargo, como el juez debe apreciar la conveniencia de la adopción, igualmente el adoptante deberá acreditar que durante el período de guarda dio al adoptado el cuidado y trato de un hijo (Belluscio, López del Carril, Borda, Lagomarsino).

El plazo de guarda tiende a demostrar la voluntad del adoptante y la realidad del afecto, del vínculo espiritual en que se fundamenta la filiación adoptiva, y que no se trata de una decisión apresurada o un arrebato ocasional (Coll y Estivill, Poviña, Cafferata).

El comportamiento como padre, señala Díaz de Guijarro, constituye un elemento integrador de la voluntad de adoptar, que ofrece cierta similitud con la posesión de estado, en cuanto ésta contiene sucesivos actos de reconocimiento, y acá se trata de actos de comportamiento psicológico que revelan una conducta idéntica a la de un padre, y que objetivan la fuerza anímica conducente a la adopción.

En cuanto al cómputo del plazo, ha variado el criterio. La anterior ley exigía que los dos años se cumplieran antes de promoverse la demanda de adopción. La ley vigente no incluye ese recaudo y, por el contrario, establece que la demanda podrá iniciarse antes de vencido el plazo de un año, pero la sentencia sólo surtirá efectos a partir del vencimiento de aquél (art. 10, inc. f). Hay autores que admiten de acuerdo a este texto que se puede dictar la sentencia antes de cumplido el plazo de un año, aunque sus efectos se suspenden hasta el cumplimiento del término (López del Carril, Barbero). Otros entienden que se trata de una sentencia anticipada cuyo cumplimiento queda subordinado a hechos posteriores, o sea a una condición suspensiva, de manera que debe ser completada con una resolución posterior que declare cumplido el plazo de guarda (Belluscio, Zannoni). Por nuestra parte, nos parece más atinada la interpretación de Borda y Mazzinghi: si bien la demanda puede promoverse antes de transcurrido el año de guarda, la sentencia recién podrá dictarse una vez cumplido dicho plazo, y de esa forma no se cae en el abuso de una sentencia que admite la adopción faltando un requisito esencial como es la guarda de un año. Esta última posición ha sido consagrada por las Segundas Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, celebradas en Santa Fe, en abril de 1977 (Tema II, recomendación 19).

La exigencia de que el adoptante tenga al menor bajo su guarda, no significa que ésta deba ser otorgada por un organismo judicial o administrativo, como entiende López del Carril, sino que es suficiente la convivencia con el menor, sin otro requisito formal (conf.: Mazzinghi).

Y como lo que se exige es que el adoptante se haya comportado como un padre con respecto al adoptado durante por lo menos un año, cumpliendo las obligaciones que señalan los artículos 265 y 267 del Código Civil, configura dicho comportamiento una cuestión de hecho que puede acreditarse por cualquier medio probatorio, adquiriendo particular relevancia los testimonios de parientes, amigos, y también del médico o del maestro del menor, como así también el informe de las Asistentes Sociales sobre el proceso de adaptación familiar.

**21. Excepciones al plazo de guarda: adopción legitimante y adopción de integración.**

El artículo 6º contiene dos excepciones al cumplimiento del plazo de guarda. No se exige este requisito cuando se adopta al propio hijo extramatrimonial o al hijo del cónyuge del adoptante.

El plazo de guarda, que tiende a asegurar el vínculo afectivo entre los sujetos de la adopción, no se justifica en estos casos, porque la ley ya presume la existencia del lazo espiritual entre adoptante y adoptado.

La primera de estas excepciones es la que permite al padre o a la madre adoptar a su hijo extramatrimonial, y que Goldschmidt, como dijimos, ha llamado "adopción legitimante", porque por este medio indirecto el hijo extramatrimonial pasa a ser hijo adoptivo, y el vínculo paterno-filial, que ya está dado por la naturaleza, adquiere, en consecuencia, legitimidad; por lo cual la adopción en este caso se asimila a la legitimación (Videla, Capparelli).

La segunda excepción es denominada por el prestigioso tratadista "adopción de integración", pues permite adoptar a uno de los cónyuges el hijo del otro, con lo cual el menor que sólo tenía vínculo filial con uno de los esposos, se integra a la familia legítima constituida por ambos cónyuges y sus hijos comunes.

Es importante advertir que en este supuesto procede conceder la adopción simple y no la plena, porque el adoptante no se encuentra en ninguna de las situaciones previstas en los artículos 16 y 11, que autorizan la adopción plena, y además, de conceder-

sela, se extinguiría todo vínculo de familia con su progenitor, y ello es precisamente lo que no quiere la ley, cuyo artículo 22 establece incluso que la patria potestad no se transferirá en este caso al adoptante, quedando en cabeza de aquél.

Cabe destacar que tanto la adopción legitimante como la adopción integradora, son asimismo excepcionales en relación a la adopción de amparo, que es la regla en nuestro sistema, y es la más importante y la que cumple los fines específicos del instituto, pues tiende a solucionar el problema del menor huérfano o abandonado.

Por último, es preciso observar que la eximición del plazo de guarda en estos dos supuestos no habrá de liberar al juez de su obligación de comprobar los demás aspectos que hacen a la conveniencia de la adopción. Díaz de Guijarro, sin embargo, opina que con respecto a la adopción del hijo extramatrimonial no cabe el examen valorativo del juez, porque aquí sólo se trata de elevar la condición jurídica del hijo. Por nuestra parte entendemos que también en este supuesto el juez inexorablemente debe cumplir su obligación de apreciar la conveniencia de la adopción, teniendo en cuenta la solvencia moral y económica del adoptante, según lo establece el artículo 10, inciso d) (Zannoni, Lagomarsino).

## **22. Medios de vida, cualidades morales y personales del adoptante.**

El artículo 10, inciso d), dispone: "El juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor, teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes".

Se trata de una exigencia legal de suma importancia, teniendo en cuenta la función de extrema sensibilidad que se le atribuye al adoptante: debe orientar, dirigir, educar la personalidad del adoptado, quien queda unido a él en calidad de hijo, y cuyo destino y felicidad se confían por entero a su gobierno. El adoptante, en consecuencia, debe reunir las condiciones morales y económicas necesarias para lograr la correcta formación espiritual y material del menor adoptado.

La ley ha dejado librada al prudente arbitrio judicial la apreciación de las cualidades morales y medios económicos del adoptante, con amplia libertad de criterio, sin fijar límites. Especialmente debe exigir que el adoptante posea condiciones morales, puesto que va a convertirse en el orientador moral y espiritual del adoptado (Ferri, Saravia, Poviña, Grandoli). En consecuencia, impedirían la adopción la inconducta notoria, la condena criminal, etcétera (art. 398, incs. 9, 10 y 13, Cód. Civil); como así también la embriaguez consuetudinaria, o negligencia grave que ponga en peligro la seguridad o moralidad del menor (art. 309, CC). Desde luego, la circunstancia de que el adoptante no tenga oficio, profesión o modo de vivir conocido obstaría igualmente a la adopción.

La cuestión acerca de si la condición sacerdotal del adoptante puede constituir un impedimento para adoptar se planteó en el siglo XIX entre los comentaristas del código civil francés, y fue reproducida también por los del código italiano de 1865, ante el silencio de ambas leyes. Algunos sostenían que como los sacerdotes católicos no pueden casarse, y por ende no pueden tener hijos legítimos, tampoco pueden adoptar. Otros opinaban que no había ningún obstáculo, pues se permitía adoptar a las personas solteras, y además la adopción no simula el matrimonio, sino la paternidad. Un célebre fallo de la Corte de Casación francesa del 26 de noviembre de 1844 fue favorable a la adopción por un sacerdote católico. En España, sin embargo, ha sido una tradición legislativa prohibir la adopción a quienes por sus estatutos religiosos no pueden contraer matrimonio (art. 173, C. Civil).

En nuestro país cuando se discutía la ley 13.252 el proyecto considerado en la Cámara de Diputados prohibía ser adoptantes a los religiosos profesos, de uno u otro sexo (Diario de Sesiones, 1948, págs. 1213 y sigtes.). Después de una breve discusión, se suprimió la prohibición por no corresponder que sea establecida en la ley civil, pues la cuestión atañe al orden religioso. La supresión fue acertada; la ley civil no tenía por qué salir de su esfera propia (Borda). Y aunque hay autores que afirman que los sacerdotes no deben adoptar (Ferri, Saravia), lo cierto es que el régimen legal

vigente ha seguido el criterio del anterior y no hay obstáculo alguno para que un religioso sea adoptante. Incluso se afirma que su carácter sacerdotal no impide el cumplimiento de los fines de la adopción, pues son perfectamente compatibles (Borda, Bossert, Díez Picazo). Nosotros la objetamos, no obstante, por tratarse de una adopción unipersonal, cuyos inconvenientes ya destacamos.

Además, el juez siempre podrá rechazarla si la estima contraria al interés del menor, en uso de las atribuciones que le confiere precisamente el artículo 10, inciso d).

### 23. Adopción y concubinato.

La apreciación que debe hacer el juez sobre la conveniencia de la adopción, conforme lo dispone la norma analizada en el número precedente, teniendo en cuenta las condiciones personales y morales del adoptante, se torna conflictiva cuando debe valorar la situación del adoptante que vive en concubinato. El concubino ¿tiene idoneidad moral para ser adoptante? La relación irregular que mantiene ¿lo inhabilita para adoptar?

La respuesta que se dé a estos interrogantes depende del rigor de la concepción familiar de cada uno y de la preferencia que otorgue en su esquema ya sea al interés individual comprometido en el caso concreto, ya sea al bien común de la sociedad.

Una concepción laxa de la familia que conceda preeminencia al interés particular, determina en general una actitud complaciente con la situación de los concubinos. Quizás inadvertidamente, por el impulso de nobles sentimientos que predisponen a admitir la adopción en todos los casos, se llegue a esta postura, que olvida, sin embargo, las exigencias superiores del bien común.

En cambio, si se entiende que la familia debe estar fundada en el matrimonio, cuya defensa y protección es un imperativo del bien común, el cual debe prevalecer siempre sobre el bien individual, y que la adopción está inserta en la estructura del derecho de familia, con cuyas demás instituciones debe estar necesariamente correlacionada, entonces no se admitirá la creación del vínculo adop-

tivo cuando implique un ataque directo o indirecto a la institución matrimonial. Y ello ocurre cuando la adopción se convierte en una fuente de legitimidad para los concubinos y sus hijos, porque entonces erosiona al matrimonio, cuya importancia como base de la familia legítima tiende a disminuir, en perjuicio del interés social.

La cuestión, en definitiva, la debe resolver adecuadamente el legislador; pero nuestra ley en este aspecto no ha sido categórica ni mucho menos, y lamentablemente deja ancho margen para las interpretaciones de todo color.

En efecto, al admitir la adopción unipersonal por parte de personas solteras, divorciadas, separadas o viudas, y también la posibilidad de adoptar al propio hijo extramatrimonial, en vez de reservar el instituto para los matrimonios no separados y sólo con respecto a los menores desamparados, el legislador argentino ha querido ampliar el campo de aplicación de la adopción. Pero esa indiscriminada amplitud dada al instituto, condujo a desviarlo de sus fines específicos, pues ha dado lugar a que se quiera extender su aplicación al ámbito de las relaciones concubinarias con la finalidad de legitimar a la prole extramatrimonial, y también de cubrir con un velo de legitimidad a la propia unión concubinaria, convirtiendo a la adopción en un simple expediente legitimador.

#### **24. Distintos supuestos de adopciones por concubinarios. Adopción del hijo extramatrimonial.**

Veamos someramente los distintos casos de adopciones solicitadas por concubinarios que han provocado animadas polémicas en la doctrina, reflejándose la discordancia también en la jurisprudencia.

a) *Adopción de un extraño por una persona que vive en concubinato.* La cuestión se suscita cuando el adoptante individual de un menor vive en concubinato. El juez, que debe valorar las condiciones morales del adoptante, se pregunta entonces si la convivencia concubinaria es un hecho que afecta a la moral del solicitante, impidiéndole adoptar. El interrogante recibe respuestas contradictorias.

Para unos, no corresponde entrar a considerar la unión irregular que mantiene el adoptante, porque la ley no ha erigido al concubinato en un impedimento para adoptar. Allí donde la ley no prohíbe, permite. Y si la adopción es conveniente para el menor, debe acordarse, pues el interés del adoptado es la pauta decisiva sobre todo otro aspecto (Borgonovo, Goyena Copello, Zannoni-Bossert, Kemelmajer de Carlucci; recomendación de las Jornadas de Derecho Civil celebradas en Mercedes, Bs. As., en agosto de 1981, etcétera).

La opinión mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia considera, en cambio, que el concubinato es una situación de hecho, marginada de la ley civil, moralmente negativo y contrario a las buenas costumbres que inhabilita para adoptar a quien vive en ese estado, el cual no debe ser favorecido pues el orden moral requiere que la procreación se realice dentro del matrimonio. El interés del menor debe jugar en consonancia con el superior interés de la comunidad, que procura el afianzamiento de la familia asentada en el matrimonio. También aclara con acierto esta doctrina, a la cual adherimos, que no se trata de crear por vía jurisprudencial un impedimento para adoptar no previsto por la ley, sino que el concubinato es un elemento que el juez debe valorar teniendo en cuenta la conveniencia del menor según las pautas del artículo 10, inciso d), que exige cualidades morales en el adoptante. Ejemplifican los autores (D'Antonio, Mazzinghi) que el juez también debe valorar la circunstancia de un adoptante dipsómano, toxicómano, jugador o haragán, situaciones que no están previstas expresamente en la ley como impedimentos para adoptar, pero que igualmente obstarían a cualquier juez sensato a otorgar la adopción. Por último, señalan que el verdadero interés del menor reside en cccntar con padres que han formado una familia regular, con garantías de permanencia y seguridad, y no una unión concubinaria, caracterizada por la inestabilidad y por la carencia de deberes entre sus componentes primarios (Molinario, Mazzinghi, Borda, Méndez Costa, D'Antonio, López del Carril, Goldschmidt, Crespi, Gowland, etcétera).

Finalmente, una posición intermedia sostiene que la convivencia concubinaria es, en principio, un elemento negativo de valoración, pero no constituye un obstáculo insalvable, y será el juez quien deberá evaluar en cada caso la conveniencia del menor y las condiciones de moralidad del adoptante (Barbero, Gil Iglesia; C.1º CC Bahía Blanca, JA 1980-IV-137, voto Dr. Cervini; C.1º CC San Isidro, La Ley 1978-D-475; CNCiv Sala D, JA 1978-II-203; etc.).

La rigidez del principio adverso a la adopción por un concubino ha sido atenuada, y creemos con acierto, en dos fallos de las Sala A y B de la Cámara Nacional Civil (JA 1980-IV-129 y La Ley 1980-D-191, respectivamente), recaídos en caso similares, y por los cuales se concede la adopción a una persona que vive en concubinato, no obstante ofrecer reparos morales su situación, en razón que el menor había estado bajo su guarda durante muchos años, y el rechazo de la petición implicaba reintegrarlo al Servicio Nacional del Menor y la Familia. Rechazar la adopción hubiese significado separar al menor de quienes consideraba sus padres, y remitirlo a un organismo administrativo infringiéndole un daño irreparable a su personalidad. Para evitar esa dramática eventualidad, es aconsejable que los organismos administrativos en lo posible entreguen los menores sólo a matrimonios unidos.

b) *Adopción conjunta del hijo extramatrimonial por ambos concubinos.* La cuestión se planteó en los estrados judiciales en el caso "Mayo, Axel" y la solicitud fue rechazada por la Sala A de la Cámara Nacional Civil, con el voto de los doctores Llambías y Garzón Maceda (JA 1972-14-169). Bidart Campos replanteó el tema argumentando que el artículo 6º de la ley 19.134 torna viable la adopción del hijo extramatrimonial sin aclarar que deba ser discernida a uno de los padres; no contiene limitaciones ni prohibiciones, por lo tanto resultaría incongruente admitirla sólo en favor de uno de los progenitores y no de ambos. Algunos autores y algún fallo aislado apoyan esta conclusión (Zannoni, Barbero, Szmulewicz, Borbonovo, y fue acogida por las Jornadas de Derecho Civil de Mercedes (Bs. As.), celebradas en agosto de 1981 - Comisión II, recomendación 7).

Pero como lo señala el fallo citado, el artículo 2º establece una alternativa clara y terminante: o adopta una sola persona o adopta un matrimonio. Y los concubinos en nuestro régimen legal no son cónyuges, por más que exhiban una partida de matrimonio fraudulentamente obtenida en el extranjero. Además, el artículo 6º dispone sobre el adoptante en singular, lo que indica que la voluntad del legislador ha sido admitir la adopción del hijo extramatrimonial en favor de uno de los progenitores, y no de ambos. Además, el concubinato es una situación de hecho que la ley ignora. Por lo tanto, si el legislador hubiese querido permitir que ambos progenitores extramatrimoniales adopten conjuntamente, lo hubiese establecido en forma explícita. Finalmente, es inadmisibles que se forme una familia legítima compuesta por padre, madre e hijo, sin que los progenitores hayan contraído nupcias, pues la adopción no ha sido concebida para sustituir al matrimonio. Y si éste es imposible porque alguno de los concubinos soporta el impedimento de ligamen, la adopción tampoco puede convertirse en el medio de suplir al divorcio vincular (ver nuestro trabajo *La adopción unipersonal*, Nº IV-A). La doctrina coincide en rechazar este supuesto de adopción conjunta por ambos concubinos (Mazzinghi, Méndez Costa, Molinario, López del Carril, Vidal Taquini, Tramonti, Granillo, Videla, Weinberg, etc.). En las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, el dictamen 3-B del tema 5, suscripto por Belluscio, Bernaldo de Quirós, Bossert, Cesano, Goyena Coppel, Kemelmajer de Carlucci, Pagano Fernández y Rodríguez, sostuvo la improcedencia de la adopción conjunta en base a los artículos 2º y 6º de la ley 19.134. Por los mismos fundamentos, también la jurisprudencia rechaza este tipo de adopción (C.1º CC San Isidro, ED 76-843; SC Bs. As.; ED 88-172, etc.).

c) *Adopción del hijo extramatrimonial por uno de los concubinos.* Aclaremos en primer término que consideramos un grave desacierto legislativo la adopción del hijo extramatrimonial, aun cuando el progenitor no conviva en concubinato. Creemos, como ya lo advertía el maestro Molinario hace muchos años, que la adopción, cuando se le asigna este alcance, tiene un grave efecto per-

judicial respecto del matrimonio y de la familia asentada en él, pues la adopción del hijo extramatrimonial no tiene otro objeto que transformarlo en hijo legítimo sin necesidad de que sus padres contraigan matrimonio.

Quienes son partidarios de esta adopción sostienen que ningún ataque se lleva a la familia legítima, porque la condición jurídica que adquiere el adoptado no deriva del vínculo ilegítimo de sangre, sino de un acto jurídico independiente, que es la sentencia de adopción. Además, es un beneficio para el menor, pues lo eleva a la categoría de hijo legítimo y tal conveniencia justifica por sí sola la adopción; y, por último, si se puede adoptar a un extraño, no se ve la razón por la cual no se pueda beneficiar al hijo propio (Ferri, Díaz de Guijarro, Coll y Estivill, Borda, Bossert, Zannoni; y en la doctrina extranjera: Enneccerus - Kipp - Wolff; Gambón Alix, etcétera).

Nosotros contestamos:

1º) La adopción del hijo extramatrimonial es un medio de legitimarlo, pues el adoptado gozará de los derechos que corresponden a un hijo legítimo sin que sus padres hayan contraído matrimonio, en contradicción con lo dispuesto por el artículo 311 del Código Civil, según el cual la legitimación sólo se produce a través del subsiguiente connubio de los padres.

2º) En la filiación de sangre, el hijo legítimo supone un padre y una madre unidos en matrimonio. En consecuencia, no hay motivo para crear ficticiamente un hijo legítimo unilateral, con respecto a una persona soltera, divorciada o viuda. El buen sentido indica que la adopción debe estructurarse sobre el modelo que ofrece la naturaleza, no sólo para que guarde coherencia con las demás instituciones familiares, sino también para que no sea desviada de su finalidad, que es brindar amparo a menores desprotegidos, y no legitimar hijos extramatrimoniales (Marty y Raynaud, Oliva de Castro, Mazzinghi, etc.). La adopción debe mantener su autonomía, y no convertirse en un simple expediente legitimador, como lo advertía Piñar.

3º) El beneficio que se otorga al hijo extramatrimonial al transformarlo en hijo legítimo a través de la adopción no es suficiente para justificar esta legitimación elíptica, porque se logra a un precio excesivo, al costo de sacrificar intereses superiores, en cuanto tiene por consecuencia desarticular la organización de la familia fundada en el matrimonio. A través de esta adopción se llega a conferir un aspecto de legitimidad a las uniones concubinarias, cumpliendo la función de sustituir al matrimonio, como ocurre en la adopción del propio hijo extramatrimonial solicitada conjuntamente por ambos concubinarios.

4º) Si la adopción de un extraño se explica porque se trata de un menor desprotegido, ello no ocurre con el hijo extramatrimonial, que de acuerdo a la ley 14.367 goza de una amplia protección legal. Y si además vive con sus padres, mucho menos se justifica la adopción, puesto que ya cuenta con un hogar que le brinda afecto y amparo. Por último, la adopción de un extraño nunca llegaría a producir en la estructura de la familia legítima las repercusiones negativas que puede ocasionar la adopción del hijo extramatrimonial.

5º) No hay razón que justifique superponer dos vínculos de filiación, uno biológico y natural, y otro ficticio. Si lo que se quiere es brindar a los hijos extramatrimoniales los mismos derechos de que gozan los hijos legítimos, debe hacerse en todo caso de manera directa, y no por el atajo de la adopción (Diez Picazo - Gullón). Aunque acotamos que esa solución privaría al matrimonio de uno de sus efectos más importantes.

En nuestro país la prohibición de adoptar al hijo extramatrimonial tiene sustento en autorizada doctrina (Molinario, Mazzinghi, Crespi, etc.), tuvo acogida en el proyecto de ley del diputado Carlos O. Aragonés (1974), y en los proyectos de Mazzinghi - Raffo Benegas - Ferrer (1979) y Mazzinghi - Raffo Benegas - Méndez Costa - Gnecco - Mirás (1981).

En Italia la prohibición ha regido desde Justiniano; el Código Civil de 1942, la contiene en el artículo 293, y éste no ha sido

modificado por la reforma de 1975. La encontramos también en el artículo 246 del código uruguayo; artículo 249 del código venezolano; artículo 2569 del código griego, y artículo 33 de la ley de adopción yugoeslava.

No obstante los inconvenientes señalados, nuestra ley admite la adopción del hijo extramatrimonial (art. 2º, 2º párrafo, y 6). De todas formas, y como esa adopción implica una verdadera legitimación, según ya dijimos, cabe correlacionar esas normas con el artículo 311 del Código Civil, resultando la siguiente interpretación orgánica:

1º) Si el progenitor adoptante convive con el otro progenitor, y el concubinato es simple, o sea, no median impedimentos para que los concubinos celebren nupcias, y si tampoco existían impedimentos a la época de la concepción del hijo, entonces a la sociedad le interesa que los padres contraigan matrimonio para legitimar derechamente a ese hijo (art. 311, CC), antes que otorgar una filiación ficticia. Además, cabe destacar la confusa situación que se produciría con respecto a la patria potestad: se suspendería su ejercicio con respecto al progenitor no adoptante (art. 22, ley 19.134), y el menor conviviría con un progenitor legítimo, que sería quien lo adoptó, y con el otro progenitor extramatrimonial y privado de sus derechos. Y si lo adopta la madre, deberá llevar su apellido, no obstante que convive con su padre. En caso de separación de los concubinos, el progenitor no adoptante perdería el derecho a la guarda del hijo e incluso a disponer de un régimen de visitas, porque está privado de la patria potestad, todo lo cual redundaría en perjuicio del mismo menor (Borda, Méndez Costa, voto de los Dres. Mirás y Yañez en el plenario de la Cám. Nac. Civil del 16-12-81, La Ley 1982-A-369, etc.).

Si el progenitor extramatrimonial convive con una persona extraña al menor, también sería inconveniente la adopción por los reparos que merece la situación concubinaria, y a los que ya hemos hecho referencia.

2º) Si se trata de un progenitor extramatrimonial adulterino,

que a la época de la concepción del hijo no podía contraer matrimonio con el otro progenitor, por encontrarse ya casado, entonces la legitimación que supone la adopción constituiría una clara violación del artículo 311 del Código Civil, según el cual sólo pueden legitimarse los hijos de padres que a la época de la concepción podían casarse, cuya vigencia actual es indiscutible. La adopción será improcedente por esta sola razón, aun cuando el pretense adoptante no conviviera ya en concubinato al tiempo de solicitar la adopción.

Se quiere justificar la legitimación del hijo adulterino por vía de la adopción, alegando que son dos instituciones distintas, y que no corresponde, por lo tanto, aplicar a la adopción las disposiciones referentes a la legitimación (Díaz de Guijarro, Zannoni, Bossert, Granillo, Bidart Campos, Kemelmajer de Carlucci; voto del Dr. Cifuentes en el plenario de la Cám. Nac. Civil del 16-12-81, La Ley 1982-A-385). También se sostiene que la adopción debe servir no sólo para proteger a menores desamparados, sino a la vez para sustituir una filiación extramatrimonial por otra legítima, en beneficio del propio menor (Bidart Campos; Juzg. Civil y Com. 1<sup>º</sup> Inst. San Martín, Bs. As., ED. 100-150).

Con este fácil arbitrio, lo que la ley prohíbe —legitimación del hijo adulterino—, por considerar que puede constituir un grave peligro para la estabilidad de la familia legítima, se obtiene por vía de la adopción, como si ésta fuera extraña a las demás instituciones del derecho de familia. Además, aunque sea un instituto distinto e independiente de la legitimación, ambas producen el mismo efecto fundamental de conferir un *status* de legitimidad al hijo extramatrimonial. Y por ende, las razones que tuvo el legislador para prohibir la legitimación del hijo adulterino, también proceden respecto de la adopción, por producir ésta el mismo efecto. Si aceptamos que la adopción es un sucedáneo de la filiación legítima, entonces aquélla no puede existir sino en las hipótesis en que la legitimidad no encontraría obstáculo, pues de lo contrario, al abrigo de la adopción, se eludirían muy fácilmente las restricciones que el legislador establece en otros títulos del mismo cuerpo legal para

proteger precisamente a la familia legítima, cuyo interés debe prevalecer. Por lo tanto, concluimos que los hijos adulterinos no pueden ser adoptados por sus padres. Tal es la doctrina predominante (Cafferata, Mazzinghi, López del Carril, Goldschmidt, Videla, etc.; fallo plenario de la Cám. Nac. Civil de 16-12-81, La Ley 1982-A-369).

Y si el padre adulterino que pretende adoptar vive además en concubinato con el otro progenitor, también cabe considerar entonces la incompatibilidad de la adopción con la unión concubinaria, y los inconvenientes que provocaría la transferencia de la patria potestad al adoptante, ya mencionados.

En conclusión: sólo puede adoptar individualmente el progenitor extramatrimonial natural, y siempre que no viva en concubinato, ni con el otro progenitor, ni con un tercero.

d) *Adopción por el concubino del hijo legítimo o extramatrimonial de su concubina.* Se ha planteado la adopción del hijo legítimo o extramatrimonial de una mujer por parte de su concubino. Y hasta la adopción de una menor por el concubino de su abuela. Algunos tribunales la han concedido, y han contado con cierto apoyo doctrinario (CNCiv, Sala B, ED 72-569; Sup. Trib. de La Pampa, JA 1981-II-166; S. C. Bs. As., La Ley 1978-C-601; ídem, La Ley 1982-D-141, etc. En doctrina: Zannoni, Bossert, Belluscio, Borgonovo, etc.).

De ese modo se aplica al concubinato, por analogía con el matrimonio, la misma solución que la ley ha previsto exclusivamente para los cónyuges, según la cual uno de los esposos puede adoptar el hijo del otro, para que el menor se integre a la familia legítima constituida por ambos cónyuges y sus hijos comunes (artículo 6º). Aquí, quien se dispone a adoptar no es el cónyuge de la madre, sino su concubino, y ello ocasiona un profundo desorden en las relaciones familiares.

En efecto, si un cónyuge adopta al hijo del otro, la patria potestad queda en cabeza del progenitor de sangre, no se transfiere al adoptante (art. 22). Tratándose de concubinos, la patria potestad se desplaza al adoptante. La madre, con la cual convive el adop-

tado, queda privada de sus derechos, como así también el padre biológico. Y desde luego, esta situación se produce aun cuando el adoptante y la madre hayan celebrado matrimonio en el extranjero, pues siendo esa unión fraudulenta carece de efectos en nuestro país. ¿Qué le ocurre al menor si sobreviene la ruptura de las relaciones concubinarias entre su padre adoptivo y su madre de sangre? El rompimiento es previsible, pues el concubinato no tiene garantías de perpetuidad. El menor podría quedar con su padre adoptivo, y en ese caso su madre no tendría siquiera derecho a reclamar un régimen de visitas, pues al igual que el padre sanguíneo, han quedado privados de la patria potestad. Podría también el adoptado quedar con su madre, que sería lo más natural. Pero en este supuesto el menor llevará un apellido que nada tiene que ver con él ni con su madre, desprovista, por otra parte, de sus atributos legales. Su hijo no entenderá nada, y el embrollo provocado por la pasión de su madre seguramente le ocasionará graves perturbaciones a su mente juvenil.

La suerte del menor queda librada, entonces, a la estabilidad de la relación concubinaria, a los humores, en una palabra, de su madre y su padre adoptivo. La distorsión de las relaciones familiares que provoca esta adopción es absoluta, pues si el padre legítimo o extramatrimonial no cumple con sus deberes legales de gobierno y asistencia del hijo, la ley pone en manos de la madre del menor los medios coercitivos civiles y penales para hacerle cumplir inexorablemente sus obligaciones, sin necesidad de darle otro padre y otra filiación (López del Carril).

Por lo demás, no procede en este caso ni la adopción plena ni la adopción simple.

Con respecto a la adopción plena no se dan ninguno de los supuestos de los artículos 16 y 11, porque no se trata de huérfanos, ni de menores con filiación desconocida, ni abandonados o desprotegidos. El menor está bajo la guarda de su madre; convive con ella y su concubino. No hay desamparo.

En cuanto a la adopción simple, el artículo 21 establece que otorgarla es facultad privativa del juez cuando sea más conveniente

para el menor y concurran circunstancias excepcionales. Según la primera pauta, la facultad del juez puede ejercerse cuando la adopción simple sea más conveniente para el menor que la adopción plena, o sea, cuando al menor le convenga mantener los vínculos con su familia de sangre. Pero en este caso, al menor directamente le conviene que no se otorgue la adopción, pues nada la justifica, como no sea el deseo de su madre de transformarlo en hijo de su concubino. Y no se diga ingenuamente que la conveniencia radica en el afecto que el adoptante pueda tener al hijo de su concubina, pues ese afecto no pasa de ser ocasional y subordinado a la relación concubinaria. Si ésta cesa, aquél seguramente desaparecerá, pues el concubino no tendría ya motivación alguna para mantener ese lazo afectivo. Por último, de concederse la adopción, se produciría la potencialmente conflictiva situación provocada por la convivencia del hijo con su madre que ya no ejerce la patria potestad, cedida por adopción a su concubino.

En cuanto a las “circunstancias excepcionales” resulta realmente muy difícil admitir que el legislador haya previsto como circunstancia excepcional que autoriza el otorgamiento de la adopción simple, el concubinato del adoptante con la madre del menor, facilitando de esta forma una aparente equiparación con el matrimonio. Porque en realidad, acordándose esta adopción, el adoptado, que llevará el apellido del concubino, aparece ante la sociedad como hijo legítimo de ambos concubinarios, generalmente unidos por un matrimonio celebrado fraudulentamente en el extranjero y que carece de eficacia en nuestro país. Asumen así la calidad de padres legítimos y logran la apariencia de un matrimonio. Fácil es comprender entonces, que se perfecciona el fraude a la ley argentina, consumado por los concubinos con el auxilio de la justicia y el instrumento que les brinda la ley de adopción. Pero como los jueces no pueden desentenderse de las consecuencias de sus fallos, se advierte que es impropio de la justicia favorecer el fraude a nuestra ley civil (ver nuestro trabajo *La adopción unipersonal*, N<sup>o</sup> IV-c).

Un importante fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del 31-3-80 rechazó esta adopción con amplitud de fundamentos (La

Ley 1980-B-222 y JA 1980-II-197), y hay también fundados fallos en igual sentido de tribunales provinciales (Cám. CC. Sala 1ª Santa Fe, con valioso voto del Dr. Reynaldo A. Gómez, en La Ley, Suplemento Provincial, 1979, pág. 226 y sigtes.; Tribunal Colegiado San Nicolás, Zeus 1976-8-J. 137; C. 1º CC Bahía Blanca, JA 1980-IV-137, etc.). En doctrina, también es la opinión mayoritaria (Mazzinghi, Méndez Costa, Molinario, López del Carril, Goldschmidt, Goyena Copello, Kemelmajer de Carlucci, Barbero, Gowland, Capparelli, Tramonti, Di Lella, etc.).

## 25. Adopciones entre parientes.

Una de las cuestiones que también ha dado lugar a las opiniones más dispares ha sido la referida a la extraneidad entre los dos sujetos de la adopción, o sea, al principio de que adoptante y adoptado deben ser extraños entre sí. Se ha considerado desde antiguo que el vínculo ficticio creado por la adopción no ha de servir para desvanecer una relación de carácter auténticamente familiar, pues ciertamente es anómalo que dos personas entre sí emparentadas superpongan a ese vínculo sanguíneo otro vínculo civil ajeno a la naturaleza (Gambón Alix). El vínculo de sangre es más fuerte y profundo que el vínculo adoptivo, y no se justifica que la ley, sin ninguna necesidad seria, suprima el vínculo sanguíneo, para crear entre los mismos sujetos un vínculo legal que sólo introduce confusión en las relaciones familiares. De acuerdo a estos conceptos, no deberían admitirse, en consecuencia, las adopciones del nieto por el abuelo, del propio hijo extramatrimonial, de un hermano por otro, del sobrino por su tía.

La ley 19.134 en su artículo 5º inciso 2º establece que no puede adoptar un abuelo a su nieto. Esta prohibición, como dice Goyena Copello, "es un resabio de lógica que la ley mantiene para evitar algo más de lo que ya hace de por sí, la confusión de la familia". En efecto, la adopción da origen al parentesco civil en línea recta, y si ese parentesco ya existe naturalmente entre abuelos y nietos por lazos de sangre, no hay ninguna razón, por lo tanto, para mezclarlo con otro ficticio. Si el abuelo necesita hacerse car-

go del cuidado de sus nietos, no necesita recurrir a la adopción para crear un emplazamiento familiar distinto al que ya naturalmente existe; basta para ello el otorgamiento de la tutela (art. 390, incs. 1º y 2º, C. Civil) (Mazzinghi, Zannoni, López del Carril —en su proyecto de ley de 1974—, Chaves, Diez Picazo - Gullón, García Cantero). El extravagante desorden que introduciría esta adopción en las relaciones familiares queda de manifiesto si sólo pensamos que el nieto del adoptante pasaría a ser hermano de sus tíos; el padre hermano del propio hijo, y el hijo cuñado de su madre. Se quiebra el sistema armónico derivado del parentesco natural. Por las mismas razones la prohibición para adoptar se considera extendida implícitamente a los bisabuelos respecto de sus bisnietos (CCC, Sala 2ª Paraná, Zeus, t. 24 - J. 143).

Sin embargo, se ha dicho que la ley es incongruente. Y es verdad, pues si permite al padre a adoptar a su hijo extramatrimonial, ¿por qué no reconocer al abuelo la posibilidad de adoptar a sus nietos? Y de ahí se concluye propiciando que la ley admita esta adopción (Borda, Belluscio).

Por nuestra parte, creemos que la incongruencia de la ley debe resolverse prohibiendo la adopción del hijo extramatrimonial, como ya lo hemos sostenido (conf.: Mazzinghi).

Veamos ahora la adopción entre hermanos. La ley 13.252 no admitía la adopción de un hermano por otro. Esa prohibición ha desaparecido de la nueva ley. Pero no hace falta que la ley diga con todas las letras que esas adopciones están prohibidas. El buen sentido y la lógica imponen su rechazo, tanto si se trata de hermanos bilaterales o unilaterales (López del Carril), pues, como reconoce Borda, alteran de un modo radical las relaciones propias de la familia natural. Y ello sin motivo alguno, porque ¿en qué puede la relación adoptiva aproximar aún más un hermano a otro? ¿Qué necesidad hay de la adopción si el Código Civil ya contempla la protección del hermano mayor hacia los demás? (arts. 367 y 390, inc. 4º, CC). La superposición de lazos fraternos y filiales, señala Bossert, no resultaría beneficiosa para la formación del menor; más bien lo afectaría la tan irregular situación de tener que considerar

reunidos en una misma persona a su padre y a su hermano (Cafferrata, León Feit, Bossert, Zannoni, Vidal Taquini, Chaves, García Cantero, etc.). Para otros autores, la prohibición, sin embargo, no tendría fundamentos (Poviña, Belluscio).

Los argumentos en contra de la adopción entre parientes pierden fuerza cuando el parentesco se aleja, pues se va diluyendo su realidad vital. Por lo tanto, la doctrina no ve inconveniente alguno que impida a los tíos adoptar a sus sobrinos; como así también se admite la adopción entre parientes más lejanos. Tampoco se ven obstáculos a la adopción que el suegro o la suegra puedan hacer de su nuera o yerno, naturalmente después de fallecido su hijo o hija (Chaves, García Cantero). En estos supuestos no se produciría el grave trastocamiento de los vínculos familiares que provocan los casos anteriormente examinados.

#### **26. Condiciones específicas para los tutores.**

El artículo 7º de la ley dispone: “El tutor sólo podrá adoptar al pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela”. La fórmula es común en la legislación comparada.

La finalidad de la norma es evitar que un tutor inescrupuloso utilice la adopción como medio de eludir la rendición de cuentas y el pago del saldo que resultare a favor del menor.

Para que la adopción sea posible es menester, por lo tanto, que se hayan rendido cuentas justificadas de la administración, que se aprueben judicialmente, y se paguen los saldos que resultaren (artículos 460 y sgtes., C. Civil).

Poviña y Borda entienden que esta norma rige también para los curadores, en virtud de lo dispuesto por el artículo 475 del Código Civil. Pero como la curatela se da con respecto a los mayores de edad incapaces, no hay adopción posible, puesto que nuestro instituto está reservado a los menores no emancipados (art. 1º). No obstante esa limitación hay un curioso fallo de un Juzgado Civil de la Capital que acordó la adopción de un demente no recuperable a su tía, por entender que legalmente está equiparado a un

niño, y por el resto de su vida seguirá sujeto a la incapacidad absoluta que se establece para el menor impúber (art. 54, inc. 3º CC). La peticionante invocó la situación de desamparo en que quedaría su sobrino cuando ella falte, dado su estado psíquico y la ausencia de recursos del mismo (La Ley, 1980-C-474, con nota favorable de Martínez Ruiz). Creemos, no obstante, que esa preocupación se hubiese satisfecho con una disposición testamentaria a favor del incapaz, sin necesidad de recurrir a la adopción, que no es un medio de transmisión de bienes, sino un instrumento de socialización de la infancia abandonada a través de su integración familiar.

#### **27. Resumen sobre los requisitos y prohibiciones respecto del adoptante.**

Las condiciones que debe reunir el adoptante, en síntesis, son las siguientes:

- a) Debe tener 35 años cumplidos;
- b) No se exige este límite cuando adoptan conjuntamente dos cónyuges, siempre que tengan más de 5 años de casados, o que aún no habiendo cumplido ese plazo, acrediten que están imposibilitados de procrear;
- c) Debe tener por lo menos 18 años más que el adoptado, salvo que adopte a su propio hijo o al hijo adoptivo del cónyuge premuerto;
- d) Si tiene más de un hijo legítimo o más de un hijo adoptivo, se debe acordar la adopción excepcionalmente, estableciendo en la sentencia que beneficia al menor adoptado y no crea perjuicios al núcleo familiar del adoptante;
- e) Si es casado y adopta individualmente, necesita el consentimiento de su cónyuge. No se requiere ese consentimiento cuando medie divorcio por culpa de uno de los cónyuges, y adopte el inocente; cuando el divorcio sea por culpa de ambos o por mutuo consentimiento; cuando se encuentren separados de hecho sin voluntad de unirse; cuando el cónyuge ha sido declarado insano, en cuyo caso podrá oírse al curador; cuando el cónyuge ha sido de-

clarado ausente con presunción de fallecimiento, o en la circunstancia que prevé el artículo 22 de la ley 14.394 (simple ausencia por más de 3 años);

f) Debe haber tenido al menor bajo su guarda durante el plazo de un año. No se requiere esta condición cuando se adopta al propio hijo extramatrimonial o al hijo del cónyuge;

g) Debe poseer cualidades morales e ingresos suficientes a criterio del juez para hacer frente a las responsabilidades que le impone la adopción;

h) Que no sea abuelo del adoptado;

i) Si es tutor del adoptado, que su rendición de cuentas esté aprobada judicialmente y pagados los saldos correspondientes.

## 2º) EL ADOPTADO

### 28. Quiénes pueden ser adoptados: menores no emancipados.

Dispone el artículo 1º de la ley 19.134 que la adopción de menores no emancipados podrá tener lugar por resolución judicial a instancia del adoptante. De ello se infiere que todo menor no emancipado puede ser adoptado. Innova en este aspecto con relación a la ley anterior que limitaba la adopción a los menores de 18 años. En consecuencia, ahora puede ser adoptado todo menor hasta el día en que cumpliera los 21 años (art. 128, C. Civil), sean capaces o incapaces. La ley excluye a los menores emancipados, prohibiendo su adopción. Y debe entenderse que esta restricción comprende tanto a los emancipados por matrimonio como a los emancipados por habilitación de edad (Borda, Lagomarsino, Belluscio). Zannoni, en cambio, opina que sólo rige para los emancipados por matrimonio, y no para los emancipados por habilitación. Nosotros creemos con la doctrina mayoritaria que la adopción está vedada en ambos casos de emancipación, pues la ley no efectúa ninguno. Y ello se justifica porque la emancipación, cualquiera sea su origen, hace cesar la patria potestad, el adoptante estaría privado

de ella, y, en consecuencia, la adopción no produciría uno de sus efectos fundamentales, careciendo entonces de sentido (Borda).

La minoridad del adoptado debe existir en el momento de promoverse la demanda de adopción, pues la sentencia opera retroactivamente a esa fecha, por lo cual no importa que el menor haya alcanzado la mayoría de edad antes de dictarse aquélla, durante el trámite del juicio (Mazzinghi, Lagomarsino).

Algunos autores sostienen la necesidad de limitar la adopción a niños de corta edad (generalmente cinco años como máximo), para facilitar su integración plena a la familia adoptiva, su asimilación total al hijo legítimo y asegurar sus chances de felicidad (Proyecto del Diputado Carlos O. Aragonés; D'Antonio). Es también la opinión de sociólogos y psicólogos, que destacan además la natural preferencia de los adoptantes por niños de muy corta edad (Marmier). De todas formas, nosotros pensamos que la solución de nuestra ley es atinada, porque permite contemplar aquellas frecuentes situaciones humanas en que al menor se lo ha acogido desde muy temprana edad, quizás sin intención de adoptarlo, y muchos años después se decide la adopción, cuando ya es un adolescente. Por lo demás, brinda la posibilidad de paliar la penuria del mayor número posible de menores desprotegidos, cualquiera sea su edad, y no hay, en verdad, razones serias para restringir esa amplitud cuyo objetivo es loable. El fracaso de la adopción siempre será un riesgo eventual y puede darse en todos los supuestos.

## 29. Adopción de mayores de edad.

El segundo párrafo del artículo 1º dispone que "También podrá ser adoptado con su consentimiento el hijo mayor de edad del otro cónyuge". Creemos que este tipo de adopción no tiene sentido. El instituto ha sido estructurado alrededor de la idea de protección a la minoridad, para asegurar la formación y educación del menor desamparado. El mayor de edad ya está formado, y su adopción no responde a ninguna necesidad, ni social ni individual. Se

desvirtúan totalmente los fines de la institución (Borda, López del Carril, D'Antonio, Estivill, Vidal Taquini, Goyena Copello).

En cuanto a la naturaleza de la filiación del hijo del cónyuge, no hay restricciones: puede ser hijo legítimo, extramatrimonial o adoptivo. Además, como la norma no distingue, es posible la adopción de mayores de edad casados o solteros, y cabe observar que la ley no exige el consentimiento del cónyuge del adoptado.

Por último, es preciso destacar que la adopción del hijo mayor de edad del cónyuge sólo resulta posible por la vía de la adopción simple, pues los supuestos en que procede la adopción plena (arts. 16 y 11), sólo se refieren a menores de edad, y además ésta origina la extinción de los vínculos de sangre con el progenitor vivo, lo que es notoriamente inconveniente en este caso (Belluscio, Mazzinghi, Zannoni, Lagomarsino; CNCiv. Sala D, La Ley 1978-C-426; CNCiv. Sala A, E.D. 79-200, etc.).

### **30. Ausencia de otra adopción respecto del adoptado.**

Este requisito supone que el menor no ha de estar previamente adoptado, y tiende a evitar que se superpongan dos adopciones simultáneas, porque es anómalo y antinatural que la paternidad o la maternidad sean susceptibles de multiplicarse, lo cual acontecería si fuese posible que una vez adoptado un menor, pudiese serlo nuevamente por otro u otros sujetos. Si en la familia de sangre nadie puede tener dos padres o dos madres a la vez, tampoco podrá tenerlos en la familia adoptiva. Además, existiendo dos o más adoptantes extraños entre sí, surgirían inevitablemente entre ellos conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad, que, desde luego, no puede partirse en dos. El inconveniente no se presenta cuando adoptan cónyuges, pues en este caso el menor tendrá un padre y una madre que serán titulares de la patria potestad y la ejercerán de igual modo que los progenitores legítimos (Ferri, Poviña, Lagomarsino, Chaves, Gambón Alix).

De ahí que el artículo 2º establezca: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que los adoptantes sean cónyuges". Pero nosotros ya hemos dejado expuesto nuestro criterio

contrario a la adopción por una sola persona, y entendemos que, en principio, sólo deben adoptar los matrimonios (Nº 12).

Además, también hemos negado la absurda y confusa posibilidad de emplazar a un menor como hijo legítimo de dos personas no unidas entre sí por el vínculo matrimonial, que algunos autores admiten en contra de la expresa y categórica disposición legal (Nº 24-b).

### **31. Adopción sucesiva en caso de muerte del adoptante, privación de la patria potestad o abandono del adoptado.**

El segundo párrafo del artículo 2º admite la posibilidad de que fallecido el adoptante único o los dos cónyuges adoptantes, se otorgue una nueva adopción sobre el menor. No se presentan en este caso excepcional los problemas de las adopciones simultáneas, por lo que no hay inconvenientes en que el menor vuelva a ser adoptado. La solución consagrada por la ley 19.134 había sido ya propiciada por la doctrina durante la vigencia del anterior régimen legal (Poviña, Borda, Bossert, Belluscio).

Pero omite solucionar la ley el caso de pérdida de la patria potestad de los adoptantes o de abandono del adoptado, unido al hecho de que el menor sea recogido por otra persona. El interrogante que se suscita se refiere a si ese menor puede ser nuevamente adoptado, en vida del primer adoptante. La respuesta negativa coloca al adoptado en una situación peor que la del hijo de sangre abandonado por sus padres, pues éste podrá ser adoptado; el hijo adoptivo no, porque la única excepción que admite la ley es el supuesto de que hubiesen fallecido él o los adoptantes anteriores. Además, si se trata de una adopción plena, se opondría a la nueva adopción el carácter absolutamente irrevocable de aquélla (art. 18); y si fuera simple, el caso no estaría previsto como causa de revocación, siendo taxativa la enumeración legal de las mismas (art. 28). Por ello, sería deseable que en una futura reforma del régimen legal se previera en forma expresa la posibilidad de otorgar una nueva adopción en estos supuestos, para evitar que el hijo adoptivo quede en situación de inferioridad con respecto

al hijo de sangre, en los casos en que los padres no cumplen los deberes y obligaciones emergentes de la patria potestad. No obstante, algunos autores sostienen que en el régimen vigente cabría en esos supuestos una nueva adopción sobre el mismo menor, pues fundamentalmente median las mismas razones que en el caso de fallecimiento del adoptante (Bossert, Belluscio, Zannoni). Pensamos, por nuestra parte, que las normas vigentes no permiten una interpretación extensiva como la que se propone, y que la cuestión debería ser motivo de una reforma legislativa.

### 32. Adopción de varios menores.

El artículo 3º dispone: "Se podrá adoptar a varios menores de uno u otro sexo, simultánea o sucesivamente".

En este aspecto se ha producido una importante modificación, pues la ley 13.252 establecía que no podía adoptarse a más de un menor de cada sexo por persona o matrimonio. Se pretendía justificar esta disposición porque tendía a evitar una familia adoptiva demasiado numerosa cuya composición heterogénea podía ser susceptible de crear dificultades en la vida normal del hogar (Borda, Bossert).

En realidad, nada autoriza a suponer que la limitación del número de hijos sea un beneficio para la familia, ni tampoco se advierten las razones por las cuales el Estado puede impedir la realización de un acto profundamente generoso como es la adopción de varios menores, salvo que sea notoriamente inconveniente, cuestión que debe quedar sometida a la apreciación judicial en cada caso concreto (Belluscio, Mazzinghi, Zannoni, Lagomarsino, Chaves).

Los autores destacan la conveniencia de las adopciones plurales, que evitan los problemas planteados por la educación de un hijo único, hacen olvidar al adoptado su *status* particular, y los adoptantes realizan el deseo de tener varios hijos como una familia normal. Se señala, además, que se debe evitar la separación de los hermanos, alentando la adopción de todos por un mismo adoptante (Marmier, Grandoli, León Feit).

Es necesario correlacionar esta norma con el artículo 4º de la misma ley, el cual dispone que en caso de existir más de un hijo legítimo o más de un hijo adoptivo, el juez deberá conceder la adopción con carácter de excepción, apreciando si la adopción es conveniente para los nuevos adoptados y no perjudica a los anteriores, debiendo considerar también las pautas que establece el artículo 10, inciso d) (ver Nº 17).

Por último, la norma comentada se complementa con el artículo 9º, el cual establece que si se adoptan varios menores, todas las adopciones deberán ser del mismo tipo, y que en una misma familia no podrá haber menores adoptados por adopción plena y otros por adopción simple. La norma tiende a eliminar el inconveniente que representa la desigualdad entre los adoptados plenos, que se integran a la familia del adoptante, y los adoptados simples, que sólo adquieren vínculos con el adoptante, y no con su familia.

### 33. El interés del menor.

La adopción antigua era concebida en interés del adoptante; la adopción moderna tiene en miras el interés y la conveniencia del menor. El interés del adoptado es el principio fundamental en esta materia. Así surge de nuestra ley, cuyo artículo 10, inciso d), dispone que el juez valorará si la adopción es conveniente para el menor, siendo esa apreciación decisiva para admitir la pretensión del adoptante.

Ahora bien, la adopción es una institución inserta en el régimen general del derecho de familia, con cuyas demás instituciones debe guardar armónica relación. Por lo tanto, las soluciones que se den en el ámbito de la adopción no deben contrariar los principios legales que regulan imperativamente la organización de la familia legítima, cuya defensa y protección es una directiva básica de nuestro sistema de derecho civil (Guastavino, Elías P., *Sistema y axiología del derecho civil*, en La Ley 138-1041, Nº 12). La conveniencia de los menores, por lo tanto, no puede prevalecer sobre el orden público institucional, y ha de supeditarse a los dictados del bien común, que exige prioritariamente la protección del ma-

trrimonio y de la familia en él asentada. La Cámara Civil de Paraná, Sala 1ª, en un meditado fallo, ha declarado con acierto que el interés y la conveniencia del menor deben entenderse en el marco de un interés general superior, custodiado por la noción de orden público, la cual tiende al cuidado del bien común de la sociedad (Zeus, 1979-17-J. 292; C. 1º CC San Isidro, E.D. 80-673; voto de los doctores Mirás y Di Pietro, en fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del 31/3/80, La Ley 1980-B-240. En doctrina: Cafferrata, D'Antonio, Capparelli, etc.).

Por lo tanto, toda vez que el otorgamiento de la adopción implique un ataque directo o implícito a la familia legítima, debe denegarse, cediendo el interés del menor ante la necesidad de mantener incólumes aquellos principios de orden público familiar.

#### 34. Adopción y religión.

En el derecho comparado encontramos numerosas legislaciones que exigen como requisito esencial para la adopción la identidad de religión entre adoptante y adoptado. Así, por ejemplo, diversos Estados de Norteamérica (Illinois, Delaware, Nueva York, Maryland, etc.) e Israel, Dinamarca, Canadá, Irlanda, etcétera. En nuestro país, ni la ley 13.252, ni la 19.134 que rige actualmente, traen disposición alguna sobre el tema.

Hay autores que postulan la incorporación a la ley del factor confesional, exigiendo que adoptante y adoptado profesen el mismo credo religioso como requisito para acordar la adopción (Grandoli, León Feit, Cafferrata, López del Carril, Torres Lacroze).

Por nuestra parte, creemos que no debe incorporarse a la ley una norma semejante. El aspecto religioso debe quedar librado al prudente arbitrio judicial (conf. Bossert), y la disparidad de cultos debe considerarse una circunstancia más de las que el juez debe analizar de acuerdo a los antecedentes que rodean cada caso para formar su convicción acerca de la conveniencia o inconveniencia de la adopción para el menor. La formación de las creencias religiosas es una cuestión íntima e individual, que depende de

cada caso concreto, por lo que no es aconsejable sancionar una regla de carácter general, pues bien puede ocurrir que pese a la disparidad de cultos con el adoptante, el adoptado no sufra perjuicio espiritual alguno, ya sea porque debido a su corta edad no fue iniciado en el culto de sus padres, que lo abandonaron, o porque en el período de guarda asimiló las prácticas religiosas de su familia adoptiva. En tales casos no hay posibilidades de conflictos y no habría razón valedera para rechazar la adopción.

Existe un importante precedente judicial en nuestro país resuelto acertadamente por la Corte Suprema de la Nación. El caso consistía en la adopción de un menor católico por un matrimonio israelita que profesaba la religión hebrea, y que lo tenía bajo su guarda desde los cuatro años de edad. El padre y el asesor de menores, doctor Grandoli, se opusieron, entre otras razones, por la diferencia de credos religiosos entre adoptante y adoptado. En primera instancia se acordó la adopción, pero imponiéndole a los padres adoptivos la obligación de educar al menor en un colegio católico. Apelaron los actores, y la Cámara Nacional Civil, Sala D, rechazó la adopción considerando inconveniente para el menor la disparidad de cultos con sus padres adoptivos (La Ley 86-293). Contra esta sentencia los cónyuges adoptantes interponen recurso extraordinario por violación de la garantía constitucional de la libertad de cultos, consagrada en el artículo 14 de la Constitución Nacional, llevando el caso a la Corte Suprema, que finalmente resolvió revocar la sentencia recurrida y hacer lugar a la adopción, dejando sin efecto incluso la obligación para los adoptantes de educar al menor en un colegio católico. Entendió el alto tribunal, a nuestro juicio con innegable acierto y equilibrio, que la identidad de religión no es condición exigida por la ley para que sea viable la adopción, y que la disparidad de cultos entre adoptante y adoptado constituye una de las tantas circunstancias que el juez debe ineludiblemente examinar para formar su criterio acerca de si la adopción es conveniente para el menor, debiendo hacer ese examen con particular referencia a las modalidades del caso, y no en abstracto como lo hizo la Cámara, pues así creó un impedimento ge-

nérico que la ley no contiene, estableciendo una discriminación de orden religioso que la Constitución Nacional (art. 14) no autoriza. Analizando las particulares características de la especie y la conducta del padre de sangre, la Corte resolvió acordar la adopción por entender que la disparidad de cultos en ese caso no constituía inconveniente alguno (sentencia del 16/XII/57, en J.A., 1958-II-408 y La Ley, 89-575).

Este trascendente fallo fue comentado por Bielsa, quien sostuvo que no había cuestión constitucional que abriese la instancia extraordinaria, y que a los adoptantes el fallo de la Cámara —que rechazara la adopción— no les había lesionado ningún derecho ni garantía constitucional, ni le había creado incapacidad alguna. En la misma línea, Bidart Campos efectuó con depurado rigor técnico una acerada crítica, sosteniendo que la adopción conferida había violado la libertad religiosa del padre de sangre, que tenía derecho a elegir el culto de su hijo, menor impúber, y a oponerse contra todos, incluso contra el Estado, para evitar que se altere el *status* religioso que él le había dado; y también se violó la del hijo, que debía ser respetado en el culto a que pertenecía.

Spota, antes del fallo de la Corte, aprobó la doctrina del fallo de primera instancia, sosteniendo la viabilidad de que el juez, al admitir la adopción, imponga a la vez a los adoptantes la obligación de mantener al adoptado en su religión y educarlo católicamente. Esta solución intermedia es sugerida en doctrina por otros autores (García Cantero) y ha sido admitida por el Tribunal de Casación suizo (ver fallo comentado por Clara Campoamor, en JA 1947-IV - Sec. Jurisp. Extr. p. 23).

Por último, Ayarragaray, Lagomarsino y Bossert, aprueban la doctrina del fallo de la Corte, a la cual nosotros también adherimos.

### 35. Resumen sobre las condiciones referentes al adoptado.

Las condiciones exigidas por la ley referentes al adoptado, son, en síntesis, las siguientes:

- a) Que sean menores de edad no emancipados, ni por matri-

monio ni por habilitación de edad. Queda exceptuada de esta limitación la adopción del hijo mayor de edad del otro cónyuge, con su consentimiento;

b) Que el menor no haya sido adoptado por otra persona. Sólo puede ser adoptado por más de una persona cuando los adoptantes sean cónyuges. Y también se admite una adopción sucesiva sobre el mismo menor cuando haya fallecido el adoptante o ambos cónyuges adoptantes.

c) Pueden adoptarse varios menores, simultánea o sucesivamente; pero el límite en cuanto al número de adoptados dependerá de la apreciación del juez;

d) El interés y beneficio del menor es el principio fundamental en esta materia, y el juez debe valorar primordialmente la conveniencia del menor para decidir el otorgamiento de la adopción, siempre que esa conveniencia no implique transgredir ni directa ni indirectamente los principios de orden público familiar de nuestra legislación.

## **B) EL JUICIO DE ADOPCION.**

### **36. Generalidades.**

En todos los países que reconocen el instituto se establece un procedimiento formativo, en el cual se manifiesta la intervención preponderante de un organismo estatal. Y ello se explica porque la adopción es un acto que trasciende el interés particular, y toca el orden público de la familia, y además porque hay un indudable interés social en favor de la protección de los menores desamparados (Dussi, Gambón Alix).

En algunos sistemas el organismo estatal tiene carácter administrativo o político (Yugoeslavia, Dinamarca, Irlanda).

Pero el sistema más generalizado es el que atribuye a los órganos jurisdiccionales del Estado la función de control de la lega-