

# **La adopción y el derecho a la identidad a la luz de la Constitución Nacional**

Por

**Beatriz R. Bísvaro**

Sumario: I. Introducción II. Citación de los padres de sangre. III. Conocimiento De Los Adoptantes. IV. Conocimiento del adoptado de su realidad biológica. V. El interés superior del menor. VI. La adopción y el apellido del adoptado. VI a. Apellido del concubino fallecido durante el periodo de guarda. b. Adopción por cónyuges divorciados. c. Adopción plena. Rechazo al pedido de mantener el apellido del padre biológico. d. El nombre de pila del adoptado. VII. Conclusión.

## **I. Introducción**

La reforma Constitucional del año 1994 ha tenido una notable influencia en materia de derecho público, y en especial en la modificación de instituciones políticas, pero no debe dejarse de advertir la incidencia de esta reforma sobre materias de derechos privado, y específicamente sobre tema de Derecho de Familia, en tanto asigna rango constitucional a diversos tratados internacionales que se refieren a ella<sup>1</sup>.

El art. 75, inc. 23, párrafo segundo dispone la incorporación de los tratados internacionales: "... resultando una enmienda importante, ya que el nuevo texto otorga rango constitucional a algunos instrumentos sobre derechos humanos, y autoriza bajo ciertos recaudos la transferencia de competencia y jurisdicción a organizaciones supranacionales<sup>2</sup>.

Más recientemente la Ley 26.061 sancionada en el año 2005, sobre protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante

---

<sup>1</sup> Bísvaro, Beatriz, Los derechos fundamentales en la nueva ley de adopción. En: *JA*, 1998-III-993. Belluscio, Augusto C., Incidencia de la reforma constitucional sobre el Derecho de Familia. En: *LL*, 1995-A-Sec. Doctrina.

<sup>2</sup> Sagués, Néstor, *Constitución de la Nación Argentina. Texto según la reforma de 1994*, Buenos Aires, Astrea, 1994.

NNA) que tiene por objeto la protección integral de estos, establece en su artículo 2º, párrafo 1º que la Convención de los derechos del Niño es obligatoria en todos acto, o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de personas, hasta los 18 años, especificando las pautas concretas a respetar para garantizar el interés superior de los NNA<sup>3</sup>.

La reforma constitucional de 1994 instaura un nuevo paradigma constitucional, que exige que el derecho de familia argentino deba ser analizado, reinterpretado y aplicado desde una perspectiva diferente, innovadora y progresista, que se impone para los tiempos que vienen y emanan del derecho constitucional humanitario<sup>4</sup>.

Nos interesa particularmente la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño, y ella será el eje sobre la cual girara nuestro trabajo, pues en tanto y en cuanto se pueda hacer una interpretación armónica de dicha Convención y lo dispuesto en la nueva ley de adopción, sancionada el 28/2/97 y promulgada bajo el número 24.779, creemos que se logrará cumplir acabadamente con el fin que una y otra disponen. A pesar de algunas fricciones que se producen entre ambas, y las interpretaciones que se propician, su fin último y fundamental que es proteger el interés superior del menor.

En un tema tan delicado como es la realidad que rodea a un ser humano, en torno a sus orígenes, y que en definitiva es lo que le permitirá desarrollarse y desarrollar los vínculos con el otro, no debe escamotear, todo lo que esté al alcance de aquellos que accedieron a esa realidad -respetando la intimidad- y cuidando particularmente los casos en que conocer su origen puede causar daño al menor<sup>5</sup>. Tal sería el caso de un menor abandonado en la vía pública, cuando la concepción es fruto de la violación, el incesto, etc. Como también podría ocurrir que sea el adoptado quien intenta negarse a conocer su historia personal<sup>6</sup>.

En principio, creemos que solo en estos supuestos, donde la verdad puede ser tan cruel y tan innecesaria, se debe negar la información acerca de los orígenes. En todos los demás casos, más allá de lo que uno pueda valorar -individualmente- respecto de la conveniencia o no de conocer los padres biológicos, creemos que se impone una realidad que está por encima de toda otra consideración, cual es el **"derecho"** de toda persona a conocer sus orígenes -y en caso de ser su deseo- el conocimiento de sus padres, hermanos, abuelos de sangre, cuando esto fuera posible.

<sup>3</sup> Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, p. 167 y ss., Buenos Aires, Universidad, 2009.

<sup>4</sup> Lloveras, Nora, *Nuevo régimen de adopción. Comentario al art.329 y ss. del CC*, p. 280.

<sup>5</sup> Bíscaro, Beatriz, citada en nota 1.

<sup>6</sup> Saux, Edgardo, *La identidad biológica*. En: *LL*, 2006-D-390.

Si bien se sostiene, con especial referencia a la adopción -que la verdad biológica no es un valor absoluto-, cuando se la pone en relación con el auténtico interés superior del menor<sup>7</sup>, nos parece que -no mediando alguna de las circunstancias descriptas más arriba- debe respetarse este derecho.

Un documento publicado por las Naciones Unidas afirma expresamente que los derechos del niño son parte integrante de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de los Pactos Internacionales de 1966<sup>8</sup>.

La Convención, señala la Dra. Grosman, es un instrumento específico que concierne a todos los menores de 18 años y cuya intención ha sido afirmar con mayor énfasis y de manera expresa que "los niños son titulares de derechos fundamentales".

Se distinguen dentro de estos derechos el derecho a la vida, a un nombre, a la nacionalidad, a la libertad de expresión, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Todos los derechos enunciados los tienen los niños adoptados, a los cuales se le suma el derecho a conocer su realidad biológica, derecho que no se duda que lo tiene asegurado, en principio, el hijo matrimonial, y, por supuesto, se defiende a ultranza en los hijos extramatrimoniales, a partir de la reforma introducida por la Ley 23.264<sup>9</sup>.

De allí que se hace necesario instrumentar los mecanismos para que estos derechos reconocidos no queden en una mera enumeración, sino que deben instrumentarse los mecanismos adecuados para garantizar su cumplimiento.

Sin perjuicio de que también deba respetarse el derecho del niño a no conocer su identidad biológica, a pesar de tener la posibilidad de investigarla<sup>10</sup>.

Lo dicho nos persuade de que no es incompatible, ni invade la esfera de intimidad de los padres adoptivos, el derecho que la ley reconoce al hijo, a ser

---

<sup>7</sup> Zannoni, Eduardo, Adopción plena y derecho a la identidad personal, La verdad biológica. ¿Nuevo paradigma en el Derecho de Familia? En: LL, 29 de mayo de 1998, diario.

<sup>8</sup> Grosman, Cecilia. P., Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia. En: LL, T1993-B- Sección Doctrina.

<sup>9</sup> Ídem cit. en nota 8.

<sup>10</sup> Zannoni, Eduardo A., Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica. ¿Nuevo paradigma en el Derecho de Familia? En: LL, Diario del 29/5/98. Sostiene que "La verdad biológica no es un valor absoluto, cuando se lo pone en relación con el auténtico interés superior del menor en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias".

informado de su realidad biológica y, en todo caso, a conocer a quienes son sus progenitores de sangre, pues en última instancia, si bien la ley pone a cargo de los padres adoptivos la obligación de dar a conocer al hijo sus orígenes, en ningún caso -el menor- está obligado a conocer a los padres biológicos.

Esto será un derecho reservado al hijos **-y solo él hijo-** es quien en última instancia va a decidir según sus íntimos deseos, si quiere a no tener frente a él a sus familiares de sangre.

## II. Citación de los padres de sangre

La Ley 24.779 establece el artículo 317 inc. 1º, los requisitos para otorgar la guarda: "Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con el fines de adopción". Dicha incorporación responde a una necesidad planteada hace más de una década, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia<sup>11</sup>.

En realidad, la citación de los progenitores en el juicio de adopción, no significa requerir el consentimiento para el otorgamiento de la misma, sino tan solo escucharlos para permitir una mejor valoración de las circunstancias que rodean al menor<sup>12</sup>.

El proceso de adopción configura una red de relaciones complejas: progenitor - hijo - familia sustituta - guarda preadoptiva: adoptante y adoptado. En consecuencia resulta necesario, a fin de resguardar los intereses de todas las partes involucradas, encontrar un procedimiento que garantizara la defensa de dichos intereses<sup>13</sup>.

Compartimos plenamente tal posición, ya que nos resulta imposible pensar en una adopción, en donde los padres de sangre no sean escuchados; y darles la oportunidad de manifestar las causas que lo llevan a dar al niño en adopción.

Es un derecho del niño dado en adopción que se agoten todas la vías necesarias para ser dado en adopción, a fin de evitar sufrimientos innecesarios a todas las partes intervinientes en la misma. Padres de sangre, menor en adopción, futuros padres adoptantes.

En estudios anteriores se proponía la declaración judicial en estado de adoptabilidad, como instancia previa al proceso. La resolución que de allí surgiera

<sup>11</sup> Levy, Lea M., *Régimen de adopción. Ley 24.779*, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 71. Comentario al art. 317.

<sup>12</sup> CNCivil, Sala A, 25/5/84, LL, 1984-C-380.

<sup>13</sup> Levy, citado, p. 73.

daría fin a un proceso en el cual se dirimiera el derecho de los padres de sangre con respecto a su hijo.

En dicho proceso los padres debían manifestar ante el órgano jurisdiccional su deseo de entregar al menor en guarda con fines de adopción. La intervención del órgano jurisdiccional daría el marco de legalidad necesario, que evitaría luego en el juicio de adopción la intervención de los progenitores, dejando a salvo las garantías constitucionales<sup>14</sup>.- La propuesta coincide con lo previsto con la ley italiana de adopción número 184, art. 8, párrafo 1°, cuando dispone "...serán declarados , incluso de oficio, en estado de adoptabilidad por el tribunal de menores del distrito en que se encuentren, los menores que se hallen en situación de abandono por estar privado de la asistencia moral y material de los padres o de los parientes obligados a prestarlo, cuando la falta de asistencia no se deba a fuerza mayor de carácter transitorio".

Desde nuestra perspectiva -el declarar al menor en estado de adoptabilidad- nos parece que era una solución más conveniente, ya que puede ocurrir que durante el periodo de guarda, y cuando se van afianzando los vínculos, se considere impropio la adopción, con el costo emocional que conlleva la zozobra, de no saber si están dadas todas las condiciones para poder iniciar el proceso de adopción.

La importancia del tema planteado lo refleja un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Azul, provincia de Buenos Aires. Se trata de un supuesto donde la madre biológica reclama la guarda del menor y el reintegro del mismo.

Los hechos sucintamente eran los siguientes: "Una joven madre adolescente, ante la pésima relación con sus padres, y habiendo dado a luz a su hijo, ante el temor de la aptitud de estos, denuncia a sus padres la aparición de un niño abandonado en el jardín de su casa, con la intención de retener al hijo junto a ella, porque una conocida había tenido esa suerte...".

La situación de angustia ante el desprendimiento del hijo, dado que los padres no aceptaron hacerse cargo del bebé, la lleva a presentarse ante la Justicia Criminal y Correccional, denunciando que el niño encontrado en su hogar era suyo, manifestando su arrepentimiento y demuestra su deseo de tener consigo a su hijo, expresando que su actitud se debió a la falta de ayuda, y la existencia de un grave problema de comunicación con sus padres.

Con la aptitud de la menor de no separarse de su hijo, su falta de contención familiar, que hoy aparece revertida, se propicia la restitución del menor a su madre biológica.

---

<sup>14</sup> Wagmaister, Adriana. M., Declaración del estado de adoptabilidad, LL, 1981-D-919.

Señala el Tribunal que se arriba a esta solución teniendo en cuenta sobre todas las cosas el bienestar del menor y también por la evolución que se fue dando en la familia X, brindándole la ayuda necesaria a su hija, posibilitando con su actitud que el niño regrese al grupo familiar.

En los fundamentos de su resolución invoca la Convención de los Derechos del Niño cuando dispone "...todo niño tiene el derecho a tener un nombre, adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a no ser cuidado por ellos..."<sup>15</sup>.

El fallo reseñado muestra la importancia de la citación de los padres de sangre, a efectos de prestar el consentimiento para la guarda con fines de adopción, el cual garantiza el derecho del menor, el que no debe ser separado de sus padres, si no media la voluntad de los mismos, salvo cuando se encuentra en estado de abandono, donde ya no será necesario el consentimiento de estos.

"El derecho de los padres de sangre para decidir acerca de la suerte de sus hijos debe ser respetado, pero aún más necesitado de protección es el derecho de los hijos a que la decisión sea meditada"<sup>16</sup>.

Resulta interesante analizar como la legislación europea aborda el tema del consentimiento de la madre en el periodo prenatal, a los efectos de entregar el hijo en guarda u adopción. Así en Bélgica se requiere que hayan pasado dos meses del parto para otorgar el consentimiento; en España, 30 días; seis semanas, en el Reino Unido y ocho semanas, en Alemania. El código sueco establece que el consentimiento de la madre solo será válido después de que esta haya podido reponerse del parto; la ley francesa admite la retractación del consentimiento durante dos meses de haber sido otorgado<sup>17</sup>.

Lamentamos que nuestro legislador no haya tomado los antecedentes extranjeros, y la doctrina nacional que se pronuncia sobre el tema, estableciendo un período de espera más amplio para requerir el consentimiento de los progenitores.

No puede desconocerse la presión emocional en que puede encontrarse la madre, frente a un alumbramiento donde no ha sido acompañada por su pareja o padre del bebe, sin una red social que de apoyo a las madres solteras, y en la mayoría de los casos con escasos recursos económicos y con varios hijos para criar.- Difícilmente nos atreveríamos a sostener que esta decisión es libre, y que esta ha podido evaluar lo mejor para su hijo.

---

<sup>15</sup> CNCivil y Comercial Azul, Sala I, Octubre 30-997, LL, Buenos Aires, n° 11, diciembre de 1997, p. 1368.

<sup>16</sup> CNCivil, Sala I, 10/3/93, LL, 1993-C-407.

<sup>17</sup> Conforme Levy, citada, p. 77.

Probablemente, el Código de Familia Sueco, es el que mejor visualiza el problema, en tanto sostiene "...que el consentimiento de la madre no será dado hasta que ella hubiera podido reponerse suficientemente después del parto...". Creemos que este es el momento en que la madre puede decidir con libertad.

La citación de los padres al procedimiento, tiende a resguardar los derechos del menor, ya que en la adopción existe la posibilidad de extinguir los vínculos del menor con sus padres, o la transferencia de la patria potestad, según el tipo de adopción que se otorgue<sup>18</sup>.

En opinión contraria se sostiene que al introducir un nuevo requisito al proceso de adopción, "...como el consentimiento de los padres, parece un retorno a la adopción contractual del siglo XIX"<sup>19</sup>.

Dados los efectos que produce la adopción: suprimir el parentesco con los hijos en la adopción plena, y transferir la patria potestad en la adopción simple, estamos persuadidos que la norma resguarda por lo menos tres requisitos constitucionales, que a nuestro entender son *la base de una adopción segura*: 1º) Que los progenitores manifiesten con "libertad" su voluntad de entregar la guarda del hijo con fines de adopción; 2º) El derecho de los futuros adoptantes a no ser perturbados una vez que han establecido lazos afectivos con el niño; y 3º) *fundamentalmente* "el derecho del niño a no ser objeto de manipulaciones", pues si hay alguien que merece un resguardo absoluto es el menor, sin perjuicio de los derechos de los adultos, que hemos señalado.

La adopción debe ser un proceso donde no existan culpables o víctimas. El adoptado, los progenitores biológicos del adoptado, los adoptantes, la propia familia desintegrada del niño y la familia adoptiva, deben transitar el camino como protagonistas de una solución al conflicto, y no como víctimas de la filiación adoptiva<sup>20</sup>.

### **III. Conocimiento de los adoptantes**

Es indispensable a efectos de lograr el fin de la adopción, cual es brindar al menor el hogar del cual carece, el conocimiento por parte del Juez de los adoptantes y *su grupo familiar* (la bastardilla nos pertenece. El requisito impuesto por la ley apunta a tutelar el interés del menor, el cual no puede estar ausente en todo y cada uno de los actos que atañen a su persona.

---

<sup>18</sup> Lloveras, Nora, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779*, Buenos Aires, Depalma 1998, p. 156.

<sup>19</sup> Belluscio, Augusto C., Debate en el Senado de la Nación, 28/11/96.

<sup>20</sup> Lloveras y Servent, *Violencia intrafamiliar y adopción*.

Es necesario analizar los requisitos de admisibilidad que señala la ley, por un lado, y, por otro, analizar la conveniencia de la adopción del menor por parte de aquellos que quieren adoptar "teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público y la opinión de los equipos interdisciplinarios" (art. 317, inc. c).

En esta etapa es donde deben analizarse las cualidades morales y los medios de vida de los que peticionan la adopción. Analizar las aptitudes de los adoptantes, resguardando el derecho del menor, tal como lo establece la convención en su art. 3º, inc. 2: "Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables ante la ley y, con ese fin tomaran las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

Se señala que, cuando la ley alude a las cualidades morales y personales del adoptante, se ha superado desde la Jurisprudencia la idea de que el concubinato descalifica a priori al pretense adoptante, por el hecho de vivir en concubinato, ya que la ley no lo ha erigido en impedimento<sup>21</sup>.

#### **IV. Conocimiento del adoptado de su realidad biológica**

La nueva ley de adopción establece como una regla a observar y lo cual debe constar en la sentencia, *el compromiso que asumen los adoptantes, de hacer conocer la realidad biológica al adoptado*.

Dispone el art. 321 de la Ley 24.779: "En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas, inc. h. Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica...".

Nada más ambiguo se podía decir. El compromiso asumido por los padres ante el Juez, no supone para el adoptante un deber legal, pues no está prevista sanción alguna en caso de incumplimiento. El precepto legal resulta meramente indicativo y en tal sentido cumple una función docente<sup>22</sup>.

Sin embargo, cabe preguntarse si la omisión, el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento de este compromiso asumido en sede judicial y a través de la sentencia de adopción por el o los adoptantes, puede acarrear en el futuro la responsabilidad de los padres adoptivos<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Lloveras, Nora, citada, p. 196. Medina Graciela, *La adopción*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998.

<sup>22</sup> Levy, Lea. M., citado, p. 167.

<sup>23</sup> Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, citado p. 170 y ss.



El derecho del hijo a conocer su identidad goza de garantía constitucional. Así que será él quien -en definitiva- en su mayoría de edad decidirá si el incumplimiento del compromiso asumido ha afectado sus derechos fundamentales y, en todo caso, tendrá el ejercicio de la acción que corresponda, por la omisión de quienes se comprometieron a hacer conocer su verdadera identidad.

Si hacemos un parangón con el derecho del progenitor a reconocer un hijo nacido fuera del matrimonio, donde se sostiene que el reconocimiento es acto voluntario del reconociente, sujeto a la autonomía de la voluntad, pero que no significa que la omisión del reconocimiento no acarrea consecuencias jurídicas para aquel que ha omitido cumplir con esta obligación, podríamos concluir que, cuando la omisión vulnera un derecho personalísimo, la falta de norma expresa no resulta un eximente frente al incumplimiento del acto, sea por acción o por omisión. En el caso concreto, no haber informado al hijo su condición de adoptado.

La realidad biológica del adoptado está íntimamente ligada a su identidad personal, a un interés existencial que merece tutela legal. El derecho a la identidad personal supone la exigencia del respeto de la propia biografía, con sus luces y sus sombras, con lo que exalta y con lo que degrada<sup>24</sup>.

De allí que pensamos que la ley debió establecer la obligación de los padres, en hacer conocer al hijo su carácter de adoptado, por supuesto respetando los tiempos de cada uno. Los adoptantes deberán seleccionar, elegir y tomar el camino más adecuado para hacer saber al hijo adoptivo su realidad, y este debe estar acorde con su edad, su madurez, su estado psicológico general<sup>25</sup>.

En este sentido, el anteproyecto de ley del Libro II del Código Civil de Cataluña establece en el artículo 235-49, que dice que los adoptantes tienen *la obligación* de informar al hijo adoptado sobre su adopción *"tan pronto como este tenga la madurez suficiente y, en todo caso, a partir de que haya cumplido los doce años"*.

"Los adoptantes han de hacer saber al hijo que lo adoptaron, en cuanto este tenga suficiente madurez o, a más tardar, cuando cumpla 12 años, excepto si esta información es contraria al interés superior del menor", dice el artículo 235/50 del nuevo Código. "La medida persigue convertir en norma algo que ya es costumbre", defiende la *consellera* Montserrat Tura. "Los menores tienen derecho a saber su origen", agrega. Con todo, aclara la titular de Justicia, los progenitores que no cumplan con esta obligación "no serán perseguidos

---

<sup>24</sup> Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 115.

<sup>25</sup> Lloveras, Nora, citada p. 204.

judicialmente". Cuando alcancen la mayoría de edad, los jóvenes adoptados podrán "ejercer las acciones que conducen a descubrir la identidad de sus progenitores biológicos"<sup>26</sup>.

En este orden de ideas se sostiene que el derecho a conocer el propio origen biológico del adoptado no es un derecho absoluto, sino que tiene matices y sombras, zonas en "gris" que hace que haya que contemplar cada caso concreto: en cada caso se debería protegerse el interés, valor o bien jurídico que se considere digno de protección. En este sentido, Díez-Picazo, sentencia: "*La respuesta no es derecho si o derecho no, sino de más o menos derecho a conocer el propio origen biológico*"<sup>27</sup>.

Una cosa es respetar el derecho a la intimidad de los padres, y otra es el derecho a la identidad. Creemos que uno y otro derecho no son incompatibles. La identidad es lo que soy, es mi realidad. Esta realidad no invalida ni perturba el vínculo con los padres adoptivos. Ya que bien se ha dicho repetidamente que el vínculo paterno-filial no lo hace el vínculo de sangre, sino los lazos que se establezcan entre los padres y los hijos.

Al decir de Unamuno "...Nadie es propiamente hijo de quien lo engendró - cosa muy fácil y sin mérito alguno- sino que lo es de quien lo crió, lo formó y lo educó, poniéndolo en el puesto que le corresponde".

La mayor importancia para el individuo proviene de la cercanía e intensidad con el vínculo afectivo, más que de un vínculo de sangre, pero eso no importa dejar sin tutela a la propia persona en el resguardo de sus elementos más importantes<sup>28</sup>. La identidad personal es el ser uno mismo. Constituye la verdad de la persona, no puede ser en sí y por sí destruida, porque la verdad, por ser la verdad no puede ser eliminada<sup>29</sup>.

Lo expuesto nos lleva a sostener que, salvo razones que aconsejen lo contrario, este es un derecho del cual el niño no puede ser privado, pero esto no es suficiente para tachar, sin más, de inconstitucional varios artículos de la nueva ley de adopción<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> <http://www.elperiodico.com/es/>

<sup>27</sup> Magaldi, Nuria, *Derecho a saber, filiación biológica y administración pública*, Prólogo de Díez-Picazo, Luis María, Madrid, Marcial Pons, 2004.

<sup>28</sup> Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 110.

<sup>29</sup> De Cupis, *Idiritto della personalita*, T. 2, N° 142, p. 3, citado por Cifuentes.

<sup>30</sup> Mizrahi, Mauricio L., Objeciones constitucionales a la nueva ley de adopción (Ley 24.779). En *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 11, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

En nuestra opinión, el primer punto que se debe tener en cuenta al analizar el tema que nos ocupa, es ver cuál es el fin que cumple la adopción.

El factor dramático que produce la Primera Guerra Mundial, dejando miles de niños huérfanos, abandonados en lo familiar y económico, hace dar un giro a la adopción, descubriendo un nuevo sentido de esta, el cual inspiraría a partir de entonces la institución, dándole al niño la protección y la familia, de la cual carece<sup>31</sup>.

Teniendo en cuenta estos conceptos, advertimos que no existe contradicción entre lo dispuesto en la Convención en su art. 3º, inc. 2º: "...Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres u otras personas responsables ante la ley y, con ese fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...", y la nueva ley de adopción. Si podemos trabajar desde una posición integradora, no hay incompatibilidad entre la ley de adopción y la Convención de los Derechos del Niño.

Es cierto que el art. 9 de la Convención establece que los Estados parte velarán para que el niño "no sea separado de sus padres", claro está que todo niño que sea dado en adopción será separado de sus padres, pero, como el bien supremo protegido es el "interés superior del menor", no se nos ocurre alguna situación en que el juez dé a un niño en adopción con expresa oposición de sus padres, o, si no media extrema gravedad, que aconsejan la adopción como mejor solución para la situación del niño.

## **V. El interés superior del menor**

Nadie discutía con la Ley 19.134 que "el interés superior" del menor estaba presente al momento de otorgar la adopción. Hoy la nueva ley, lo establece expresamente en el art. 321, inc. i; dicho interés es el eje fundamental del instituto. El tema que nos convoca fue resuelto de manera ejemplar por la Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala I. El voto de la Vocal preopinante Dra. Liliana Graciela Ludueña, al que adhieren los restantes miembros de la Sala, dispuso rechazar la resolución del Sr. Juez de Menores, quien luego de haber otorgado la guarda judicial el 30/8/94, de la menor S.D.G. a F.A.M, resuelve el 21/8/96, es decir dos años después declarar a la menor "en estado de abandono constatado judicialmente" y "decretar el estado de adoptabilidad".

La niña no tiene filiación acreditada, y desde los 6 meses de vida se encuentra bajo el amparo y protección de F.A.M.

---

<sup>31</sup> Zannoni, Eduardo A., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. 2, 3ª edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 566 y ss.

Merece destacarse que la menor padece problemas de salud y que la guardadora se ha ocupado durante todo el tiempo de su atención médica, y por esa razón le fue entregada por las autoridades del Instituto donde la bebé estaba institucionalizada. Se resalta que la Sra. F.A.M., desde su primer presentación dejó plasmado su deseo de adoptar a la menor. El Sentenciante de Grado nada resolvió al respecto, solo el 10/6/97 le hace saber en la audiencia llamada que, atento al estado de adoptabilidad de la niña, fue "desinsaculado el matrimonio F-G" para su adopción.

S.D. tiene ahora 4 años y medio de vida y desde los 6 meses vive con la peticionante (F.A.M.), no sabe quién es su madre biológica, su madre es la peticionante, ella la crió, la cuidó, la educo, le brindo una familia que nunca tuvo y ahora, se pretende separarla de ella porque, la elección de "un matrimonio" es más conveniente para brindarle protección, en lugar de una madre soltera.

Sostiene la Dra. Ludueña, teniendo en cuenta el interés superior del menor, la idoneidad de la guardadora y de su ambiente, la larga data de la guarda, otorgada judicialmente, y valorando las circunstancias del caso resuelve: mantener la situación tutelar en que se encuentra S.D., con vistas a una futura adopción, pues atiende el "superior interés" de la niña. Circunstancias estas, que como decía Orgaz "...hacen del derecho, no una ciencia formal y abstracta, sino una disciplina para la vida".

Lo principal es el ser humano y sus necesidades; eso es lo que debe proteger y amparar la ley. Su interés ha de ser valorado teniendo en cuenta las circunstancias del caso. El reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlo por sí mismo<sup>32</sup>. El fin de la adopción consiste en satisfacer las necesidades del menor a través de un marco adecuado, que le ofrezca las condiciones necesarias para protegerlo física y emocionalmente.

Concuerda esta posición con lo dispuesto con el art. 3, ap. 1° de la Convención en tanto dispone "...todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...".

## **VI. La adopción y el apellido del adoptado**

La adopción plantea el abordaje del tema que venimos desarrollando, desde dos perspectivas: el nombre de pila y el apellido del adoptado. Siguiendo

<sup>32</sup> Del voto de la Dra. Liliana Graciela Ludueña, CCyCom. de Morón, Causa N° 39.084, R.S: 211. Inédito: "G., S.D S/ Adopción Plena", Morón, Octubre 9 de 1997, Levy, Lea, citada p.108.

el esquema de nuestro trabajo comenzaremos por el apellido del adoptado. Para luego tratar el tema del nombre, que evidentemente no resulta ajeno a la problemática que se estudia.

Tanto la Ley 19.342 como la actual 24.779 prevén la adopción plena y la adopción simple. En relación con el tema del apellido del adoptado de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 323 y 326, donde el adoptado queda emplazado con la característica de un hijo biológico, teniendo respecto de la familia por adopción, los mismos derechos y obligaciones que aquel, podemos sostener que, en relación con el apellido, se le aplican las normas generales que regulan el nombre de los hijos matrimoniales, conforme al art. 4 de la Ley 18.248.

Mientras que en la adopción simple la normativa vigente se presenta confusa. En este sentido, en opinión de Zannoni<sup>33</sup> debe aplicarse por analogía el art. 326, que -aunque se refiere a la adopción plena- no resulta incompatible con el régimen a que se somete la adopción simple.

Analizaremos distintos supuestos donde los tribunales han debido resolver sobre el apellido del adoptado, en forma distinta de lo normado en la Ley 24.779, pero respetando los tratados de jerarquía constitucional, que son en definitiva el orden superior al que debe someterse la cuestión, cuando resultan tensiones entre la norma interna y los derechos fundamentales protegidos, y lo dispuesto recientemente por la Ley 26.061 del año 2005.

#### *a) Apellido del concubino fallecido durante el periodo de guarda*

La sentencia de primera instancia, que otorga a la madre la adopción plena, acepta el pedido de esta de adicionar a su apellido el de quien fuera su pareja, fallecido con anterioridad al juicio de adopción. La misma es apelada por el Asesor de Menores, quien se agravia de que se imponga al adoptado el apellido del ex concubino de la madre, entendiendo que al hacer lugar al pedido de la madre, el juez ha excedido las disposiciones legales vigentes. ya que la ley argentina no reconoce efectos al concubinato y por ende no amerita la aplicación análoga del 326 del CC.

La Cámara, sin embargo, confirma el fallo del Tribunal de Grado, haciendo lugar a la adopción plena, autorizando adicionar el apellido del concubino de la madre adoptiva, al menor adoptado. Acto seguido, la asesora de incapaces, en disconformidad con el agregado del apellido del ex conviviente fallecido, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley. Funda su

---

<sup>33</sup> Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. 2, 3ª edición, Buenos Aires, Astrea, p. 617.

recurso en los artículos 326 y 321, inc. 1° del Código Civil, en la Ley 18.248 y en la Convención sobre los Derecho del Niño.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por unanimidad, rechaza el recurso extraordinario, quedando firme la sentencia. Funda su rechazo basada en que la cuestión excede el marco de competencia de la Corte<sup>34</sup>.

El caso analizado reviste características particulares. La adoptante y su concubino reciben en guarda al menor, con el compromiso de contraer matrimonio a los fines de poder adoptar al niño de manera conjunta.

Durante el transcurso de la guarda ocurre el fallecimiento del pretense adoptante. En virtud de que ambos habrían solicitado la guarda es que la madre adoptiva solicita la adición del apellido de su concubino.

La Cámara, al resolver, rescata dos elementos que nos parece apropiado resaltar. Por un lado, el concepto de familia y, por el otro, el derecho a la identidad. En base a estas dos ideas, fundamenta su decisión de acuerdo con el pedido de la madre de adicionar el apellido del concubino predecesado. En relación con la familia, sostiene que, si bien nuestra legislación reconoce la familia matrimonial, no es posible desconocer otras formas de familia, afincadas en nuestras costumbres. En cuanto al segundo elemento, sostiene que la identidad que se constituye dentro de una familia, de una comunidad, una nación, tiene aspectos singulares que nos permite diferenciar de los otros, y aspectos comunes que hacen posible nuestra identificación y nuestra comunicación con los demás. Por ello, tienen que valorizar el nombre y apellido como síntesis de nuestra identidad personal, y relacionarlos con la identidad familiar y cultural de nuestro país<sup>35</sup>.

#### *b) Adopción por cónyuges divorciados*

Sumamente interesante resulta el pedido de adopción por cónyuges divorciados. Estos habían iniciado la guarda de la menor, durante su matrimonio. Producido el divorcio, los padres guardadores solicitan de manera conjunta la adopción.

En relación con el tema, el Tribunal sostuvo que, si el menor recibe trato de hijo por parte de quienes peticionan su adopción, desde el otorgamiento de la guarda hace nueve años, configurando desde entonces los requisitos de

<sup>34</sup> Suprema Corte de Buenos Aires, T., J. s/Adopción, 19-3-2003. En: JA, 2004-II-49.

<sup>35</sup> Solari, Néstor E., Adición al adoptado del apellido del concubino. En: JA, 2004-II-49. Del mismo autor: Uniones de hecho. Tendencias Legislativas, *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 23, p. 139.

“trato” y “fama” exigidos para el estado de hijo, sumado al trato de hermano que mantiene con la hija matrimonial de estos, la aplicación literal del art. 312 del Civil, conforme el cual nadie puede ser adoptado por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges, basado que el hecho del divorcio de los cónyuges producirá un trato desigual e injusto, violaría el art. 14 bis de la CN, que propende a la protección integral de la familia.

En este sentido, del informe psicológico resalta “... espero que el tribunal de familia tenga a bien considerar la particular situación de... dado que ha sido formada su identidad, en la que para la niña constituye su familia”. Sin perjuicio de la ruptura del vínculo matrimonial entre ellos, toda vez que subsiste la relación familiar con respecto a los hijos y al trato con los mismos, teniendo derecho a integrarse a la familia, a llevar el mismo apellido que quien considera su hermana, satisfaciendo de ese modo el interés superior del menor<sup>36</sup>.

Nos enseñaba Bidart Campos, si un juez confiere prelación a la ley ignorando parámetros que la Constitución (con o sin norma expresa en su articulado) contiene en su sistema de principios, de valores y derechos, provoca injusticia constitucional en la solución<sup>37</sup>.

Tal lo que resultaría en la especie, si la fría lectura del texto legal impusiera la adopción a favor de la madre, impidiéndole llevar el apellido, de quién considera legítimamente su padre.

### *c. Adopción plena. Rechazo al pedido de mantener el apellido del padre biológico*

La Cámara Nacional Civil, Sala J, rechazó la pretensión del adoptante de que se le permitiera al niño -adoptado por adopción plena- mantener el apellido del padre biológico<sup>38</sup>. El fallo que reseñamos contradice todos los antecedentes analizados.

El niño -un adolescente de trece años- es reconocido por el apellido de su padre, sostiene la adoptante. En orden a los fundamentos que la llevan a plantear este pedido expresa: “...el protagonista de esta adopción no es un menor de meses, o de pocos años de vida, se trata de un adolescente de 13 años, que está cursando la escuela primaria, que tiene compañeros y amigos, y que es conocido públicamente como A.D.T.

---

<sup>36</sup> T. Colegiado de Familia N° 1, Quilmes, sep. 23-999, Fallo 99751.

<sup>37</sup> Bidart Campos, German, El interés superior del niño y la protección integral de la familia, como principios constitucionales. La adopción de un menor por cónyuges divorciados. En: *LL, Separata de Derecho Constitucional*, Dic. 22 de 1999, p.16.

<sup>38</sup> Cámara Nacional Civil, Sala J, Abril 21-1997, T., D.A., *LL*, 1998-D-475.

Después de tanto tiempo de usar el apellido del padre biológico, suprimírselo constituye otro abandono más para él, de los que ha sufrido varios y esta desgraciada situación no lo encuentra en su mejor momento físico y psicológico.

En opinión de la Cámara "... no es admisible que el adoptado pleno utilice el apellido de su padre biológico, máxime si por su corta edad (13 años ¿?) no se advierte la conveniencia de seguir identificado con aquel..."<sup>39</sup>.

Resulta incomprensible que los jueces hayan rechazado la pretensión y desoído los argumentos esgrimidos por la adoptante, cuando es la propia madre adoptiva -quien con tanta generosidad- resigna que el hijo lleve su apellido, atendiendo a la estabilidad síquica y emocional de su hijo.

Creemos que la pretensión de la madre es la que en definitiva concuerda con lo establecido con la letra de la ley. El hijo adoptado por adopción plena adquiere en la familia del adoptante el lugar del hijo biológico. ¿Quién duda de que esta madre, que seguramente no es una experta en leyes, quiso darle a su hijo adoptado, a través de su pedido, el fin querido por la ley, respetando y solicitando al tribunal el respeto a la identidad dinámica y estática de su hijo?

Como agudamente señalara Bidart Campos, "...aunque el mandato legal no deja sitio en la letra de la ley para introducir excepciones, la particularidad de la situación resuelta **debió hacer** comprender al tribunal que jamás la generalidad abstracta de una norma debe secuestrar una única e inesquivable solución para todos los casos y para cualquiera"<sup>40</sup>.

#### *d. El nombre de pila del adoptado*

Tampoco se ha ocupado la Ley 24.779 del nombre de pila del adoptado, ya sea que el niño haya sido inscripto o sea reconocido por un nombre determinado.

Si bien el Código Civil no contiene norma alguna que autorice a cambiar el nombre del menor adoptado -en adopción plena- el art. 13 de la Ley 18.248 establece "cuando se adoptare un menor de 6 años, los adoptantes podrán pedir el 'cambio' del nombre de pila o le adicionaran otro...", si fuere de más edad, se le podrá agregar otro nombre, después del que anteriormente tenía el adoptado, con las limitaciones del art. 3, inc. 5.

<sup>39</sup> Ídem nota 27.

<sup>40</sup> Bidart Campos, German, El interés superior del niño y la protección integral de la familia, como principios constitucionales. La adopción de un menor por cónyuges divorciados. En: *LL Separata de Derecho Constitucional*, Dic. 22 de 1999, p. 16, La negrilla nos pertenece.



Compartimos la opinión de la Dra. Lloveras<sup>41</sup>, en cuanto sostiene que la imposibilidad de cambiar el nombre de pila después de los 6 años obedece al respeto a la identidad del adoptado, que es reconocido y se reconoce en el nombre de pila que tuvo hasta la adopción. Sin embargo, entendemos que este principio debe ser aplicado a todo niño que sea reconocido por un nombre, cualquiera sea su edad y ese nombre debe ser respetado por la familia adoptante, independientemente de sus gustos o preferencia por determinados nombres.

El respeto que este niño merece como ser humano hace necesario insistir que el niño que se reconoce con un nombre tiene derecho a que este se le respete. ¿O es que quedan dudas del sufrimiento que puede padecer un niño de 4 años o menos, cuando se identifica con un nombre y, de pronto, sin saber por qué comienzan a llamarlo de otra manera?

En este punto hubo un grave error de parte del legislador, dado que la convención de los derechos del niño establece en el art. 8, inc. 1º: "Los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, *el nombre* y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

Es tarea de los jueces respetar y hacer respetar esta norma constitucional, sin que haya lugar para duda alguna. Solamente el nombre ridículo deberá ser cambiado, porque claro está, el interés superior del niño así lo dispone.

Desde esta perspectiva no compartimos la reserva que se realizó en Congreso Internacional de Derecho de Familia, llevado a cabo en la Ciudad de Mendoza en el año 1998. Allí se hizo el siguiente agregado a nuestra propuesta<sup>42</sup> "...no se debe aplicar esa premisa, cuando el nombre sea solamente un medio de identificación del niño y no forme parte de su identidad". La pregunta que nos quedó y nos queda es: ¿qué se quiso decir con esto?

Nos resulta difícil de pensar a qué casos se refería, ya que solo podemos pensar que al niño institucionalizado se lo designe con un número; de otro modo cualquiera fuere el nombre elegido, no es posible hablar de manera de identificarlo.

---

<sup>41</sup> Lloveras, Nora, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779*, Buenos Aires, Editorial Depalma 1998, p. 156.

<sup>42</sup> Bíscaro, Beatriz R., *El derecho de familia y los nuevos paradigmas, X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Mendoza, Argentina, 1998. Allí decíamos: "...el derecho a la identidad impide que se cambie el nombre de pila, del menor adoptado en adopción plena, ya que el mismo está garantizado en la Convención de los Derechos del Niño...".

Así es que nos preguntamos: ¿...No será que de manera encubierta se dejó abierta una puerta para cuando el nombre no sea del agrado de los adoptantes poder cambiarlo?

El art. 16 de la CDN en el apartado 1° fija el eje por donde debe analizarse el tema "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni ataques ilegales a su honra o reputación".

## **VII. Conclusión**

El régimen de filiación vigente, sea que se establezca a través del vínculo de sangre, o por decisión legal (adopción), guarda armonía con la evolución de la familia, cuyo funcionamiento se organiza en miras a la protección del hijo como sujeto de derechos y no como un objeto. Se deja sin efecto el concepto de que los padres tenían el derecho de decidir sobre los mismos dejando de lado, en los más de los casos, el verdadero interés del niño.

Desde esta mirada es que compartimos las soluciones en general, a que arribado la Jurisprudencia en la mayoría de los temas analizados, compatibilizando adopción, interés superior del niño y los derechos individuales con protección constitucional.

Siendo la identidad un conjunto de eslabones que se unen para permitir la proyección social de la persona, la pérdida de uno de ellos no debe conducir necesariamente a la pérdida de otros<sup>43</sup>.

De allí que autorizar al hijo a continuar con el uso del apellido de quien fuera su padre durante un lapso importante de su vida, o permitir al hijo reconocido tardíamente seguir usando el apellido materno, admitir que el adoptado conserve su apellido de origen, a pesar de lo establecido por la ley -sin dejar de reconocer el fin tuitivo de la misma, cuando quiso que el niño lleve el mismo apellido de la familia adoptante-, o respetar el nombre de pila del adoptado, no resulta contradictorio con el régimen de filiación vigente, en concordancia con los principios rectores dispuestos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de alcance constitucional incorporados en el art. 75, inc. 22.

Podemos concluir sosteniendo que la identidad de la persona no es solo su realidad biológica. El nombre como atributo de la personalidad es parte esencial de ella y como tal merece el respeto y el reconocimiento, no solo desde

---

<sup>43</sup> Krasnow, Adriana Noemí, citada.

lo social sino desde la decisión de los jueces, ya que, si bien la ley establece pautas claras con relación particularmente al apellido del adoptado, en determinados casos, más allá de las directivas de la ley de adopción los jueces son responsables del cumplimiento de las garantías constitucionales.