

La adopción en Roma. Evolución en el Derecho Argentino. El Código Civil y Comercial.

José Carlos Costa¹

Introito

La necesidad de abordar el tema de la adopción partiendo desde el derecho romano tiene como finalidad contribuir a su mejor conocimiento y comprensión debido al modo en que fue tratada en la legislación argentina hasta el presente.

El derecho privado argentino tiene una decisiva influencia romana considerándose en su momento el código de Vélez uno de los más romanistas del continente. No obstante, en el tema de la adopción, Vélez se aparta del derecho romano omitiéndola imbuido en el razonamiento de las corrientes francesas de la época acarreado la problemática de la falta de consideración legal del instituto como aconteciera con otros temas, v. gr., prodigalidad, mora automática, derecho de superficie, lesión enorme o subjetiva, etc., debiéndose la actividad dogmática-jurisprudencial extremar los mecanismos para paliar el vacío legal.

Por estas razones, meditando el trajín de la adopción partiendo de su exclusión en el código velezano, la posterior consideración a través de leyes específicas y la inclusión en el actual código considero menester estudiar su raíz romana a los efectos de determinar que pese las vicisitudes acontecidas la adopción es también un ejemplo de la mutación del derecho romano en derecho vigente.

El desarrollo del trabajo comprende las siguientes partes: **a)** la adopción en el derecho romano; **b)** la situación de la adopción en el derecho argentino; **c)** el código de Vélez; **e)** los proyectos de reforma al sistema del código velezano; **f)** régimen jurídico actual; **g)** conclusiones.

¹ Profesor Titular Regular Derecho Romano Universidad Buenos Aires, Del Salvador y De Belgrano.

a. La adopción en el derecho romano

a.1. El ingreso a la familia romana

El ingreso a la familia romana se producía mediante un acto natural, el nacimiento, o por un acto jurídico, la adopción (*adoptio*).

El nacimiento es el modo natural de ingreso a la familia.

Se hace miembro el procreado en justas nupcias por individuo varón perteneciente a la familia². El hijo concebido en justas nupcias es "*justo*" (*iustus*). Se considera así nacido después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y antes de los treientos de su disolución³. Esta presunción pasa luego a las legislaciones modernas aunque admitiendo prueba en contrario⁴. El esposo puede reconocer como hijo al nacido antes de los ciento ochenta días y no hacerlo después alegando ausencia, enfermedad u otra causa⁵. Los hijos nacidos fuera del matrimonio reciben en la época justiniana el nombre de "naturales" cuando nacen de un concubinato y "espurios" (*spurii*), cuando nacen de uniones no estables.

La adopción es el acto jurídico mediante el cual un extraño ingresa como hijo en una familia sometiéndose a la *patria potestas* del *pater* en calidad de *filius familias*. Esta sumisión es inmediata cuando se trata de un hijo o mediata en el caso del nieto. Por su parte, según el adoptado tenga la calidad de *aliena iuris* o *sui iuris* se distingue dos modos de adopción, por un lado, la "adopción propiamente dicha" (*adoptio*) y por el otro, la "adrogación" (*adrogatio*).

a.2. La adopción (*adoptio*)

² D.2.4.5

³ Tabla 4. 4.

⁴ D. 1. 6. 6.

⁵ D. 1. 6. 6.

La adopción (*adoptio*) es una institución jurídica muy arraigada en Roma y su estudio presenta dos etapas distintas en cuanto a su evolución según se la analice en el período antiguo y clásico, y en el justiniano.

En el derecho antiguo y clásico, el padre que vende tres veces al hijo pierde la *patria potestas* sobre éste ocasionando su emancipación. Este principio, vigente desde la Ley de las XII Tablas⁶, comienza más luego a aplicarse a modo de castigo para evitar abusos cometidos por los padres de familias; y también utilizado por los juristas romanos para fundamentar el procedimiento de la adopción implementando una ficción legal.

Por cierto, siendo el derecho antiguo rígido, la *adoptio* está rodeada de una serie de formalidades que deben cumplirse inexorablemente para considerarla consumada. Dichas formalidades se llevan a cabo ante el magistrado y en dos etapas. En la primera, el adoptado (*aliena iuris*) es liberado de la *patria potestas del pater* originario a través de una triple venta ficticia; y en la segunda, mediante la *in iure cesio*, el nuevo *pater familiae* (adoptante) simula reivindicar su derecho de *patria potestas* sobre el adoptado como si le perteneciera con anterioridad. En otras palabras, durante el primer tramo, el padre originario vende a su hijo “dos veces” consecutivas al adoptante, que en ambas circunstancias lo remite (*in mancipatio*) a su padre natural; pero a la “tercera vez”, en lugar que el padre natural lo vuelva a vender al adoptante con lo cual el hijo queda definitivamente emancipado según la Ley de las XII Tablas el adoptante interpone la *in iure cesio* simulando un juicio ante el magistrado reclamando la *patria potestas* sobre el adoptado como si le perteneciese figurativamente con anterioridad al acto. Ante ello, el padre natural no se opone, quedando la adopción consumada.

Este sistema se aplica en aquellos casos en que se trata de la adopción de un hijo varón. En los casos de una mujer o de un nieto, supuestos no contemplados por la ley de las XII Tablas, las formalidades se simplifican notoriamente, pues basta una sola venta del padre natural seguida de la acción ante el magistrado.

⁶ Tabla 4. 3.

Posteriormente, en el derecho justinianeo, la adopción se realiza directamente ante el magistrado suprimiéndose el paso previo de la triple venta y la mancipación⁷. Simplemente acuden ante el magistrado el padre natural, el futuro adoptado y el adoptante, dándose forma al acto.

a.3. Los requisitos de la adopción

Durante el período antiguo y clásico es primordial el consentimiento del *pater familias* del adoptado y el del nuevo adoptante, no importando en principio la voluntad del adoptado, bastando, más luego, que éste no se oponga.

En el caso, que un *pater familias* adopte una persona como nieto y lo asigne a uno de sus hijos se exige que éste último otorgue su consentimiento, porque no parece justo, señala la jurisprudencia romana, que al hijo se le imponga un extraño sin que preste su conformidad. Si por el contrario, el *pater familias* dispone la entrega en adopción de un nieto suyo no se exige el consentimiento del padre de este último⁸.

El adoptante tiene que ser capaz para adoptar (*sui iuris*), quedando exceptuados para adoptar los tutores y curadores respecto de sus pupilos mientras éstos sean menores de 25 años con el fin de evitar que la adopción tenga como propósito oculto soslayar la responsabilidad de aquellos en la rendición de cuentas por la gestión⁹.

Las mujeres tampoco están capacitadas para adoptar dado que no poseen la *patria potestas* sobre sus hijos. Sin embargo, pueden ser dadas en adopción por el *pater de familias*. Más tarde en modo excepcional se le concede a la mujer la posibilidad de adoptar por *rescripto* imperial cuando ha perdido a sus propios hijos, a modo de consuelo. Pero esta adopción no le otorga la *patria potestas* sobre el adoptado, sino que sólo le concede los derechos hereditarios estableciendo un parentesco ficticio¹⁰.

⁷ Gayo 1. 100.

⁸ Inst. 1. 11. 7.

⁹ D. 1. 7. 17. pr.

¹⁰ Gayo 1. 104 / Inst. 1. 11. 10 / Cód. 8 48. pr. / Cód. 8. 48. 10. 1.

También a partir de Justiniano se prohíbe a los padres el derecho de adoptar a sus hijos naturales, puesto que para ello tienen la institución de la legitimación¹¹.

Por su parte, no pueden adoptar los menores de 18 años, ya que es requisito para la adopción que medie entre adoptante y adoptado una diferencia mínima de dieciocho años con el fin de preservar el principio basado en la imitación de la naturaleza en la relación paterno-filial conservándose de tal modo la autoridad del padre adoptivo sobre el adoptado¹².

a.4. Los efectos de la adopción

El adoptado como consecuencia de la adopción experimenta una "disminución de cabeza mínima" (*capitis deminutio minima*), pues pierde el parentesco de agnación con su familia natural y con ello los derechos de sucesión ab intestato pasando a formar parte de la familia del adoptante que adquiere sobre el adoptado la *patria potestas*¹³.

Ahora bien, si el nuevo padre (adoptante) lo emancipa, el adoptado queda totalmente desamparado, puesto que ha roto su vínculo agnaticio con la familia de origen. Por ello, Justiniano decide reparar esta injusta situación diferenciando expresamente dos casos; por un lado, que el adoptante sea un extraño (*extraneus*) o sea una persona que no es ascendiente del adoptado; y por el otro, que el adoptante no sea un extraño, sino un ascendiente del adoptado, v. gr. ascendiente materno.

En el primer supuesto (*extraneus*), el adoptante no adquiere la patria potestas sobre el adoptado, es decir, que este no sale de su primitiva familia y adquiere tan sólo derecho a la sucesión ab intestato del adoptante denominándose "adopción menos plena" (*adoptio minus plena*). Mediante esta solución propuesta por Justiniano se evita la injusticia planteada ante el supuesto que el adoptado sea emancipado o desheredado por su padre adoptivo, pues de tal modo el adoptado permanece siempre bajo la potestad de su padre natural y eventualmente puede reclamar sus

¹¹ Cód. 5. 27. 6 / Nov. 89. 6.

¹² Inst. 1. 11. 9 / Inst. 1. 11. 4 / D. 1. 7. 40. 1.

¹³ D. 1. 7. 34 / D. 1. 7. 37. 1.

derechos hereditarios derivados de la muerte de éste o del resto de su familia natural, además de los derechos hereditarios en la sucesión ab intestato del padre adoptivo¹⁴.

El segundo caso, denominado "adopción plena" (*adoptio plena*) se produce cuando la adopción se lleva a cabo por un ascendiente natural. Entonces, la adopción conserva los efectos originarios, ya que el adoptado se desliga de la familia natural y pasa a la familia del padre adoptivo encontrándose sus derechos protegidos, porque en caso de una emancipación posterior puede concurrir por vínculo de sangre a la sucesión del adoptante¹⁵.

a.5. La adrogación (adrogatio)

La *adrogatio* consiste en la absorción de una familia por otra. Es la clase de adopción por la cual un *sui iuris* es adoptado por otro *sui iuris*, consistiendo probablemente se trate de la forma de adopción más antigua en Roma en razón que su origen prácticamente se confunde con la misma fundación de la ciudad debido a las formalidades y características primitivas que la rodean. Esto es así, por cuanto el origen de la "ciudad-estado" (*civitas*) se encuentra profundamente ligado con las *gens* y familias primitivas. Precisamente, estas solemnidades especiales son exigidas para preservar las importantes consecuencias que produce la desaparición del grupo familiar del adoptado, incluido su culto doméstico, para lo cual participan comicios (Estado) y pontífices (religión).

Estas formalidades varían de acuerdo con el tiempo distinguiéndose tres épocas.

En la primera etapa, correspondiente a la época antigua o arcaica, es importante la función del Colegio de los Pontífices, puesto que le corresponde estudiar el proyecto de la adrogación para comprobar si se cumplen los requisitos de edad, si no se trata de una especulación pecuniaria, y si es necesaria para perpetuar una familia. De ello se infiere, que la participación del Colegio de los Pontífices es fundamental. El paso siguiente, una vez evaluado el proyecto es someterlo a la

¹⁴ Inst. 1. 11. 2 / Inst. 3. 1. 14 / Cód. 8. 48. pr. / Cód. 8. 48. 10. 1

¹⁵ Inst. 3. 1. 14 / Cód. 8. 48. 10.

voluntad de los *comicios curiados* para su aprobación mediante la formulación de tres preguntas (*rogationes*) por parte del presidente de los comicios. Probablemente el nombre de la institución se debe al término *rogationes* o rogatios, aunque no deja de ser una conjetura, debido a la falta de datos fehacientes al respecto.

Las rogaciones son dirigidas al adrogante, al adrogado, y al pueblo (comicios), en los siguientes términos: Al arrogante (adoptante) se le pregunta: ¿Quieres tener al adrogado por "hijo legítimo" (*iustus filius*)?; al adrogado (adoptado) se le requiere: ¿Consientes en que el adrogante adquiera sobre ti la patria potestas?; al pueblo, representado por los comicios curiados, se lo interroga para que consagre la voluntad de las partes intervinientes¹⁶.

Este proceso va acompañado por otro rito en el cual se desvincula al adrogado del culto privado de la familia del cual es Supremo Sacerdote (*detestatio sacrorum*).

En una segunda época, cuando los *comicios curiados* comienzan a perder importancia con la consolidación de la república su presencia en el acto es asumida por treinta lictores (agentes del Estado), que simbolizan las antiguas curias, resultando entonces evidente que es solo es decisiva la voluntad de los pontífices. Incluso la presidencia de la asamblea, representada formalmente por los lictores es ejercida por el Gran Pontífice, que decide por sí solo la adrogación.

Finalmente, en la tercera etapa, durante el Principado, la voluntad del Príncipe comienza a imponerse sustituyendo lentamente a los pontífices y la adrogación se lleva a cabo mediante "*rescripto imperial*"¹⁷.

En las dos primeras etapas mencionadas, la adrogación sólo puede ser llevada a cabo dentro de la ciudad de Roma, siempre que se cumpla con las formalidades exigidas.

También se encuentra excluido de la adrogación los menores impúberes y las mujeres¹⁸. Por su parte, Antonio Pío permite que se adroge a los impúberes

¹⁶ Gayo 1. 99.

¹⁷ Cód. 8. 48. 6.

mediante *rescripto imperial*, pero antes debe llevarse a cabo una exhaustiva investigación para determinar que la adrogación no sea justamente propiciada por el tutor del menor impúber para liberarse de la tutela.

Posteriormente, con la finalidad de proteger mejor los intereses del menor impúber y de sus herederos se ordena cumplir las siguientes garantías: a) el adrogante debe prometer y garantizar la devolución de los bienes del adrogado si éste muere impúber¹⁹; b) para el caso que el adrogado alcanza la pubertad y comprueba que no le conviene la adrogación puede efectuar gestiones ante el magistrado para romper con ella; c) si el adrogado es emancipado por el adrogante sin ningún motivo valedero este último tiene que devolverle el patrimonio ya que era frecuente que el adrogante lo aceptara con sus bienes y después lo emancipare liberándose de él, pero quedándose con su patrimonio consumando un injusto despojo; d) se le concede al adrogado el derecho de percibir la cuarta parte de la sucesión del adrogante (*quarta antoniana*).

a. 6. Los requisitos de la adrogación

Para que la adrogación se lleve a cabo es necesario cumplir con los requisitos generales exigidos para la adopción, esto es, capacidad del adrogante para adoptar; consentimiento de las partes; diferencia mínima de dieciocho años edad entre adrogante y adrogado. Además, en modo particular, se añade durante los primeros tiempos que los Pontífices deben establecer si la adrogación tiene justa causa y favorece al adrogado.

Por tal razón se añade distintas circunstancias como inconvenientes para la adrogación, a saber, que una persona empobrecida quiera adoptar a una rica salvo si consta que este último no es pródigo, pero igualmente tiene que dar fianza al respecto²⁰. También se considera causa inconveniente que el tutor quiera adrogar a

¹⁸ Gayo 1. 100. / D. 8. 4.

¹⁹ Gelio 5. 19. 10.

²⁰ D. 1. 7. 17. 2 / D. 1. 7. 17. 4 / D. 1. 7. 17. 5

su pupilo o un padre a un extraño con la intención de perjudicar a sus hijos naturales o adoptivos²¹.

Por demás se exige que, el adrogante, además de ser dieciocho años mayor que el adrogado tenga al momento del acto la edad de sesenta años como mínimo con el fin de no apartar a los ciudadanos del matrimonio y de la procreación natural. Es decir, la edad a partir de la cual las "*leyes caducarias de Augusto*" consideran que el hombre pierde la aptitud para procrear. También se requiere, que no tenga hijos nacidos de justas nupcias (*ex iustis nuptiis*) ni tampoco hijos de una anterior adrogación.

a. 7. Los efectos de la adrogación

La adrogación produce los siguientes efectos:

- a) El adrogado cae bajo la patria potestad del adrogante con la misma calidad de un descendiente nacido en justas nupcias, es decir, que el adrogado padece una disminución mínima de cabeza" (*capitis deminutio minima*) y deja de ser *sui iuris* para convertirse en *aliena iuris*. El adrogado deja de ser jefe de su propia familia sometiéndose a la *postestas* del adrogante junto con todo su núcleo familiar perdiendo los derechos de agnación inherentes a su familia original.
- b) El adrogado toma el nombre de la *gens* y de la familia del adrogante, adquiriendo también su culto (*sacra familiae*).
- c) Los bienes materiales del adrogado (propiedades) e inmateriales (créditos) pasan a pertenecer al adrogante en su totalidad originándose lo que se conoce como "*sucesión universal inter vivos*". Solo quedan excluidos las deudas del adrogado y los derechos constituidos por este a favor de terceros contraídos con anterioridad al acto. Las fuentes indican que para preservar estos derechos se dota a los interesados de acciones especiales que autorizan el cobro de los

²¹ D. 1. 7. 17. 3.

créditos²². Luego Justiniano dispone con buen tino que el adrogado continúe teniendo la “*nuda propiedad*” sobre los bienes y el adrogante el usufructo.

b. Recepción en el derecho argentino

Vélez Sarsfield no incluye la adopción en el código, lo que trajo aparejado múltiples inconvenientes en la vida cotidiana. Recién en el año 1948 se sancionó la ley 13.252 modificada en el año 1971 por la ley 19.134; más luego, en el año 1985 se promulgó la ley 23.254 y luego la ley 24.779, en el año 1997.

Han sido múltiples los proyectos de modificación que mantuvieron la orientación de la ley 19.134 en cuanto a “*lo que fuese más beneficioso para el menor*”, otorgándosele a la institución el carácter protectorio que la distingue modernamente²³.

c. Vélez y la adopción

Vélez en la nota de presentación del código²⁴ dirigida al entonces Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública de la Nación, Dr. Eduardo Costa, expone en cuanto a la no inclusión de la adopción sosteniendo “... *cuando de esta materia se ocuparon los juristas franceses, a formar el Código Napoleón, reconocieron, como se ve en sus discursos, que trataban de hacer renacer una institución olvidada en la Europa y que recién había hecho reaparecer el Código de Federico II. Cuando ella había existido en Roma, era porque las costumbres, la religión y las leyes la hacían casi indispensable, pues, el heredero suyo era de toda necesidad aun para el entierro y funerales del difunto ... Los legisladores prusianos y franceses advirtieron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos sus grados un individuo que la naturaleza no había colocado en ella, y se redujeron a crear una cuasi paternidad que desde su principio hizo prever las más*

²² Gayo 3. 83. / Gayo 3. 84. / Inst. 3. 10. pr. / Inst. 3. 10. 1 / Inst. 3. 10. 2 / Inst. 3. 10. 3 / D. 1 7. 15. pr.

²³ D’Antonio D. H., Régimen legal de adopción, ley 24.779, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1997, p. 7.

²⁴ 21 de junio de 1865.

graves cuestiones ... Desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más vasto campo, ¿qué necesidad hay de una ilusión, que nada real agrega a la facultad que cada hombre tiene de disponer de sus bienes?...

No se duda del romanismo de Vélez, y si bien está considerado junto a Freitas y Bello, uno de los romanistas prominentes de Latinoamérica, en el tema de adopción se aparta de las enseñanzas del derecho romano, omitiéndola. Este proceder en Vélez lo hallamos en otros institutos, v. gr. el pródigo, mora automática, derecho de superficie, lesión enorme o subjetiva, etc., que regidos en el derecho romano son dejado de lado por Vélez y tras el correr del tiempo hubo de estañarse el vacío legal legislándose sobre la cuestión.

Coincidimos en lo sustancial con la doctrina que sostiene respecto de la decisión de Vélez que *"... este pensamiento del codificador requiere una comprensión del momento en que fuera expuesto y, si en nuestra época resulta extraño, deben apreciarse las circunstancias histórico-jurídicas vigentes entonces"*²⁵.

No obstante, mediaron críticas a la decisión de Vélez señalando que la beneficencia de aquellos tiempos aludida en su "Nota de Presentación", no sustituyó el objeto propio de la adopción²⁶.

Al respecto debo destacar que, si la propia jurisprudencia romana evolucionó en la consideración del tema se hacía forzoso similar expectativa en nuestra legislación y no finiquitar la cuestión mediante su omisión, como decidió hacerlo finalmente Vélez.

Otra parte de la doctrina señala también que *"... Vélez Sarsfield no legisló sobre la adopción, explicando en la nota del Libro Primero del Proyecto del Código Civil, la desconfianza y el recelo que le había merecido este instituto a los legisladores prusianos y franceses, desconociéndole una tradición científica al interpretar que*

²⁵ D'Antonio D.H, cit., p. 30 y ss..

²⁶ Coll J. E.y Estivill L. A, La adopción e instituciones análogas, TEA, Buenos Aires, 1947, p. 19 y ss.

*no estaba en nuestras costumbres ni lo exigía ningún bien social*²⁷”.

La ausencia normativa en la materia originó a posteriori, como se dijo, distintos proyectos legislativos, que intentaron legislar sobre el tema introduciendo la adopción en el derecho argentino.

d. Distintos proyectos previos a la sanción de la primera ley de adopción argentina (13.252)

Entre los más significativos podemos citar los siguientes:

En el año 1933, Ramón S. Castillo presenta un proyecto que incluía la adopción de menores de dieciocho años, huérfanos y abandonados. En el año 1938, Jorge Eduardo Coll, que también participara del anterior proyecto, eleva uno propio con contenidos similares, aunque con algunos matices que lo diferencian. En 1940 José A. Cabral propone la adopción de menores de 15 años²⁸.

e. La primera ley de adopción y sus reformas

En el año 1948 se sanciona la primera ley de adopción en el derecho argentino, la ley 13.252, que si bien presenta ciertas falencias intentó paliar el déficit de la falta de la regulación del instituto. La norma solo trató la adopción simple disponiendo, que el adoptado no adquiriría vínculo familiar con los parientes del adoptante ni tampoco derechos sucesorios por representación (art. 12) y establecía la revocabilidad del nuevo estado (art. 18).

En mi opinión, el mérito de la ley 13.512 ha sido reconocer legalmente el instituto de la adopción, pero no sus objetivos básicos, quizás refrendando de algún modo el pensamiento de Vélez en cuanto a la necesidad de dejarlo en el ámbito de la beneficencia.

²⁷ Dutto R. J., Comentarios a la ley de adopción 24.779, Editorial FAS, Rosario, 1997, p. 9 y ss.

²⁸ Zannoni E. A., Derecho de Familia. Astrea, 1978, T. II, p. 543 y ss.

El sistema de la ley 13.252 con sus imperfecciones a cuestas rigió por poco más de veinte años hasta que en el año 1971 se sanciona la ley 19.134, que recoge un parecer mayoritario de la doctrina respecto de la necesidad de reformar el sistema de adopción impuesto por la ley 13.512.

La ley 19.134 incorpora el doble régimen de la adopción, manteniendo la simple, e innovando con la consideración de la adopción plena.

Señala D'Antonio que la ley 19.134 establece *"...la adopción plena como 'tipo adoptivo'... por constituir esta modalidad el género, el módulo que la ley consagra como tipo adoptivo general. Revistiendo la adopción plena tal carácter, la forma simple se muestra como remanente para aquellos supuesto en los cuales el juez considera insuficientes los presupuestos que dan lugar a la adopción plena, o cuando ésta, por los efectos que le son propios, no puede ser acordada²⁹".*

La subsidiaridad de la adopción simple surge de las facultades otorgadas al juez cuando fuera más conveniente para el menor concurriendo circunstancias excepcionales (art. 21).

Complemento de lo expuesto y de la necesidad de la modificación propiciada por la ley 19.134 es la sanción casi inmediata en el mismo año (1971) de la ley 19.216 concediendo una amnistía general para quien hubiese inscripto como propios hijos ajenos. Esta conducta delictiva, que la ley 19.216 condonó fue una práctica motivada por la falencia de la ley 13.252 en materia de adopción, originada en la buena predisposición de quien quería adoptar como propio a un niño dándole protección paterno-filial³⁰.

Posteriormente, en el año 1985, la ley 23.264 sobre "Patria potestad compartida. Equiparación de hijos extramatrimoniales", derogó la normativa original del código civil sobre la materia.

f. Características del sistema actual

²⁹ D'Antonio D. H., Régimen..., cit., p. 32 y ss.

³⁰ D' Antonio, D. H., Régimen..., cit., p. 32 y ss.

f.1. En el año 1997 se sanciona la ley 24.779, que incorpora al código velezano la adopción como título 4 de la sección segunda del libro primero, en los artículos 311 a 340.

Señala Dutto “... es discutible como técnica legislativa la incorporación del articulado de la nueva ley al cuerpo del Código, después de 12 años de derogado el Título IV del C. Civil, referido a la legitimación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, y sin un hilo conductor con los artículos precedentes³¹”. En el mismo sentido D’Antonio sostiene “...la inserción de la adopción, típica institución proteccional de la minoridad, en un cuerpo legal de la esencia del Código Civil, no deja de merecernos profundos reparos³²”.

A lo expuesto he de añadir, que cierta parte de la doctrina sostiene que nos encontramos transitando un fenómeno jurídico que se denomina “proceso de descodificación”, puesto que la “dispersión de normas” y sanción de leyes de “índole sustantiva civil” conduce a pensar que el derecho privado argentino presenta una cantidad considerable de disposiciones complementarias que conduce a dicha “descodificación³³”.

En este sentido D’Antonio dice “...si bien (la “descodificación”) es propia de la constante evolución del Derecho, no menos cierto aparece que la misma refleja una situación disvaliosa, que atenta contra el necesario método legislativo y entorpece el debido conocimiento y el estudio de las distintas materias abarcada por una rama de lo jurídico³⁴”. Frontera al respecto sostiene “...el siglo XX significó para los códigos decimonónicos un proceso de erosión, donde perdieron su centralidad a través de leyes extravagantes que se fundaron en necesidades nacionales e internacionales. La actualización del orden jurídico no se dio siempre a través del remozamiento de los **corpus**, sino a través de leyes especiales que rompieron la **ratio** de los cuerpos legales...La existencia de una norma fuera del

³¹ Dutto, R. J., Comentarios..., cit., p. 9 y ss.

³² D’Antonio D. H., Régimen..., cit., p. 11 y ss.

³³ Guastavino E. P., Derecho de familia patrimonial. Bien de familia, Buenos Aires, 1962, p. 31 y ss.

³⁴ D’Antinio D. H., Régimen..., cit., p. 11 y ss.

sistema del **corpus**, sea modificatoria o nueva, especial o singular, significó la erosión del Código y la consecuente descodificación con la pérdida de la centralidad... La descodificación es síntoma de la imposibilidad de encorsetar en formas perdurable el Derecho y consecuencia de su historicidad³⁵.

En mi criterio, lo aconsejable técnicamente es reunir la normativa referente a la minoridad en un "código o estatuto específico" como lo reconoce la doctrina especializada en el país³⁶ y en Latinoamérica³⁷.

No obstante lo expuesto, teniendo en cuenta las consideraciones del caso, la omisión de Vélez, los proyectos de reformas y las leyes anteriores dictadas sobre el tema, compartimos la opinión especializada de D'Antonio en cuanto a que "...la ubicación que obtiene la adopción en esta etapa transitoria de su incorporación al Código Civil y mientras nuestro Derecho se prepara a fin de dicta un código específico referido al menor, puede considerarse aceptable³⁸", más aún cuando "...ha quedado regulada a continuación de la patria potestad -máxima institución protectoria- resaltándose su carácter subsidiario en tanto es seguida por la regulación de la tutela, lo cual resulta igualmente acertado³⁹".

Efectuadas estas consideraciones necesarias debo señalar que la ley 24.779 fue sancionada finalmente con fecha 28 de febrero de 1997 tras doce años de debate legislativo. El sistema mantiene en líneas generales una estructura similar al regulado por la ley 19.134 reiterándose muchos contenidos normativos, que incluso la doctrina y jurisprudencia habían criticado⁴⁰; empero se diferencia del anterior en cuanto al resguardo de los derechos y garantías del niño como sujeto

³⁵ Frontera J. C., Codificación y Descodificación, Bicentenario de la revolución de mayo, Dto. De Publicaciones Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2010, p. 127 y ss.; Frontera J. C., Descodificación civil argentina -primeras reflexiones- Ambiente Jurídico n° 11, 2009, Universidad de Manizales, Colombia, 95 A., p. 109 y ss.

³⁶ D'Antonio D. H., Derecho de Menores, Astrea, 4ta. Edición, Buenos Aires, 1994.

³⁷ Caliento Solari U., Legislación atinente a la niñez en las Américas, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 54.

³⁸ D'Antonio D. H., Régimen..., cit., p. 12 y ss.

³⁹ D'Antonio D. H., Régimen..., ct., p. 13 y ss.

⁴⁰ Dutto R. J., Comentarios..., cit. p. 9 y ss.

de derecho en consonancia con las disposiciones de la “Convención sobre los Derechos del Niño”.

En este sentido señala D’Antonio “...se destacan el reconocimiento y resguardo del derecho a la identidad del adoptado, las garantías que se derivan de la intervención judicial para el otorgamiento de las guardas preadoptivas, la necesidad de residencia en el país para los pretendientes adoptantes extranjeros, la creación de un registro único de aspirantes a la adopción y otros contenidos normativos signados por idéntica finalidad⁴¹”.

Coincidimos con Dutto en cuanto “...el instituto de la adopción ha sufrido desde el punto de vista de su finalidad, un cambio fundamental a través del tiempo, adquiriendo en la actualidad papel preponderante el interés del adoptado⁴²”, y con D’Antonio, en la consideración de la adopción como institución de protección al menor dotando de una familia al niño que no la tiene y no de dar un hijo al que no lo tiene⁴³.

f. 2. Análisis de la ley 24.779

El art. 312 introduce como principio general la “adopción unipersonal” y como excepción “la matrimonial” rigiendo: “*nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges...*”

Entiendo vislumbrar una influencia romana en este aspecto, siendo que el padre de familia era quien adoptaba en modo unipersonal⁴⁴, aunque debemos aclarar que la normativa argentina no especifica sexo alguno, pudiendo adoptar hombre o mujer.

⁴¹ D’Antonio D. H., Régimen..., cit. p. 14 y ss.

⁴² Dutto R. J., Comentarios..., cit., p. 9 y ss.

⁴³ D’Antonio D. H., Régimen..., cit., p. 21 y ss.; Dutto, R.J., Comentarios..., cit. p. 9 y ss..

⁴⁴ Tabla 4.3 / Gayo 1.100.

Asimismo no cabe duda, que la influencia del derecho romano se advierte al determinarse la diferencia de edad que debe privar entre adoptante y adoptado estableciéndola en dieciocho años (art. 312)⁴⁵.

También cuando el art. 313 dispone que “*se podrán adoptar a varios menores de uno u otro sexo, simultánea o sucesivamente*” encontramos influencia romana porque nada impedía al padre de familias efectuar varias adopciones.

Especial situación merece destacarse respecto de la adopción de ascendientes y descendientes: El art. 315, inc. “b” lo prohíbe, empero buena parte de la doctrina⁴⁶, y una amplia jurisprudencia, se han manifestado en su favor tachando de inconstitucional la norma fundándose en “*el interés superior del niño*”⁴⁷. Destaco la influencia del derecho romano en esta situación, añadiendo mi opinión, dado que en Roma se admitía la adopción del nieto por parte del abuelo como algo natural. La norma del art. 315 lo prohíbe como anteriormente también lo hacía su antecesora la ley 19.134 (art. 5 inc. “b”), empero no solo por “*el interés superior del niño*”, sino también por una cuestión de claro sentido común, de la cual ha hecho gala el derecho romano. Cierta parte de la doctrina se manifestó en contra de la disposición, y aún más, la labor jurisprudencial emitió opinión favorable al respecto. Por supuesto, que los fundamentos son distintos al derecho romano, sin embargo, distancia histórica mediante, el fin último de la cuestión es el mismo, nada entorpece que un abuelo pueda adoptar a un nieto elevándolo a la calidad de hijo como aconteciera en Roma.

Otra cuestión es el consentimiento de los padres biológicos del adoptado para “*el otorgamiento de la guarda con fines de adopción*”, salvo que el menor “*estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial*” (art. 317 inc. “a” C. C.).

⁴⁵ Inst. 1.11.9 / Inst. 1.11.4 / D.1.7.40.1

⁴⁶ Méndez Costa M. J., El derecho infraconstitucional y los derechos del niño, en Libro de ponencias del Congreso Internacional La Persona y el Derecho en el Fin de siglo, Santa Fe, 1996, p. 256 y ss. En contra de esta postura, D’Antonio D.H., Régimen..., cit., p. 62 y ss.

⁴⁷ Fallo de la sala III de la Cám. Civ. y Com. de Santa Fe, del 21-12-95, J. A. del 27-3-96, p. 34, con nota de Ferrer, Francisco A. M., Derogación tácita de la prohibición readoptar a los nietos.

El derecho romano también exigía el consentimiento del padre del adoptado (**adoptio**) y del adoptante, no importante la voluntad del adoptado, bastando con que no se oponga⁴⁸.

El art. 319 disponía expresamente “*el tutor sólo podrá iniciar el juicio de guarda y adopción de su pupilo una vez extinguidas la obligaciones emergentes de la tutela*”.

En esta norma la influencia del derecho romano es directa, porque no se permitía la adopción de los tutores y curadores respecto de sus pupilos mientras fuesen menores de veinticinco años con el fin de que la adopción tenga como propósito oculto soslayar la responsabilidad del tutor o del curador en la rendición de cuentas por la gestión⁴⁹.

El sistema mantiene “*el doble régimen adoptivo*” al igual que su ley antecesora (19.134). Así, el art. 323 sostiene la “*adopción plena*” considerándola irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos con la única excepción que subsiste los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico. La norma debe conjugarse con el art. 313 segundo párrafo cuando reza “*si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo*”.

La adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple”, más luego, el art. 325 determina taxativamente los casos que corresponde la adopción plena.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo normado por el art. 327 en cuanto a que “*después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquellos con la sola excepción de lo que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 323*”.

⁴⁸ Inst. 1.11.7.

⁴⁹ D.1.7.17.pr.

En dicho sentido, el derecho romano consideraba que el adoptado, como consecuencia de la adopción, experimenta una “disminución de cabeza mínima” (*capitis deminutio minima*), pues perdía el parentesco de *agnación* con su familia natural y con ello los derechos de *sucesión ab intestato*, y pasa a formar parte de la familia del adoptante, que adquiere sobre el adoptado la *patria potestas*⁵⁰.

El art. 326 dispone que el hijo adoptivo llevara el primer apellido del adoptante o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva; igual principio se consagra en la adopción simple según lo dispone el art. 332.

Este efecto de la adopción también se encuentra en el derecho romano.

El art. 328 asienta que, “*el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los 18 años de edad*”. Este derecho a la identidad del adoptado lo encontramos en la “adopción menos plena” (*adoptio minus plena*) cuando el adoptante no adquiere la *patria potestas* sobre el adoptado, dado que no sale de la órbita de su primitiva familia⁵¹.

La “adopción simple” se encuentra establecida en el art. 329 cuando dice “*la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico, pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en este Código*”. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí. Es el caso de la “adopción menos plena” (*adoptio minus plena*), que solo otorgaba derecho a la *sucesión ab intestato* del adoptante⁵².

El art. 331 legisla en el mismo sentido cuando dispone que “*los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y*

⁵⁰ D.1.7.34. / D.1.7.37.1.

⁵¹ Inst. 1.11.2. / Inst. 3.1.14 / Cód. 8.48.pr. / Cód. 8.48.10.1.

⁵² Inst. 1.11.2 / Inst. 3.1.14 / Cód. 8.48. pr. / Cód. 8.48.10.1.

usufructo de los bienes del menor que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta el hijo del cónyuge”, como así también el art. 333 estableciendo que el adoptante hereda ab intestato al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres biológicos, pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibida a título gratuito de su familia biológica ni ésta hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres biológicos.

El art. 334 dispone que “el adoptado y sus descendientes heredan por representación a los ascendientes de los adoptantes, pero no son herederos forzosos. Los descendientes del adoptado heredan por representación al adoptante y son herederos forzosos”.

g. El código actual

El Código Civil y Comercial trata la adopción en el Título VI, arts. 594 al 637, dentro de las relaciones de familia (Libro II) a continuación de la Filiación, que sucintamente he de tratar a continuación:

Mantiene como finalidad de la adopción la protección de los derechos del niño y adolescente dentro del desarrollo de una familia del modo siguiente: “Consiste en una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código” (art. 594).

Los principios generales que rigen la adopción son los siguientes: a) El interés superior del niño; b) El respeto por el derecho de la identidad; c) El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) La preservación de los vínculos fraternos, priorizando la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto por razones debidamente

fundadas; e) El derecho a conocer los orígenes; f) El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los 10 años (art. 595).

El derecho del adoptado en cuanto a conocer su origen se encuentra ampliamente resguardado en el art. 596: "El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros, judiciales o administrativos... El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes..."

En cuanto a las personas que pueden ser adoptadas el art. 597 dispone que se encuentren en dicha posibilidad las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental. Como excepción puede ser adoptada la persona mayor de edad cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar; o bien cuando hubo posesión de estado de hijo, fehacientemente comprobada, mientras era menor de edad; permitiéndose la pluralidad de adoptados en modo simultáneo o sucesivamente (art. 598).

El art. 599 señala quienes pueden ser adoptantes: un matrimonio, ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona. También apartándose de las enseñanzas del derecho romano y demás legislaciones anteriores en el país sobre el tema dispone que todo adoptante debe ser por lo menos 16 años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente.

El art. 600 fija los requisitos cuando los adoptantes son extranjeros. En este caso, el adoptante debe estar inscripto en el registro de adopciones; debe tener una

residencia mínima permanente en el país de 5 años anteriores al pedido de la guarda en adopción.

El art. 601 determina las restricciones para adoptar, no pudiendo hacerlo, los menores de 25 años salvo que su cónyuge o conviviente que adopte cumpla con dicha edad; el ascendiente a su descendiente; un hermano a su hermano o a su hermano unilateral.

El art. 602 establece que las personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente.

El art. 606 dispone la posibilidad de adoptar al pupilo por parte del tutor solo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela. Ésta solución se encuentra en un todo de acuerdo con lo establecido por el derecho romano.

El art. 607 establece los supuestos necesarios que deberá tener en cuenta el Juez para decretar la declaración de la situación de adoptabilidad: *“Si un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de 30 días, prorrogable por un plazo igual sólo por razón fundada. Los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Solo la decisión es válida si se toma después de los 45 días de producido el nacimiento. La declaración de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El Juez debe resolver la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de 90 días”.*

El art. 619 establece los tipos de adopción, que puede ser plena, simple y de integración.

La adopción plena *“confiere al adoptado la condición de hijo y extinguen los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsistan los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo”.* La adopción simple *“confiere el estado de*

hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este código. Y la adopción de integración "se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4º de este capítulo" (art. 620).

El código establece la irrevocabilidad de la adopción plena, sus efectos y supuestos relacionados con el uso del apellido en los arts. 624 a 627; la adopción simple, sus efectos y las causales de revocabilidad reglamentados en los arts. 627 a 629; y los efectos y reglas aplicables a la adopción de integración en los arts. 630 a 633.

Las causales absolutas y relativas de nulidad son rigurosamente dispuestas en los arts. 634 y 635.

En líneas generales el código trata la adopción en modo correcto manteniendo la evolución alcanzada por la legislación anterior sobre el tema; y si bien, lo aconsejable era la sanción de un código que contemplara especialmente las relaciones de familia y no la técnica empleada, la incorporación del instituto dentro de las relaciones de familia viene a llenar el vacío legal en la codificación incorporando los objetivos y finalidades sostenidos por la legislación especialmente dictada anteriormente.

h. Las conclusiones

El modo en que ha sido tratado el tema de la adopción en nuestra legislación nos lleva a la necesidad de abordar el tema desde el punto de vista del derecho romano porque el derecho privado tiene una decisiva influencia de aquel, considerándose en su momento el código de Vélez uno de los más romanistas del continente americano.

No obstante, en el tema de la adopción Vélez se aparta del derecho romano omitiendo la institución imbuido por el razonamiento de las corrientes francesas de la época, que trajo aparejado desde dicho momento la problemática de la falta de consideración legal sobre el instituto, que llevó al ámbito jurídico a extremar los mecanismos necesarios para paliar dicho vacío legal.

Por dicha razón, partiendo de su exclusión en el código velezano y su posterior trato mediante leyes especiales y luego su inclusión en el código actual, considero se hace menester estudiar la raíz romana de la institución a los efectos de determinar que a pesar de las vicisitudes acontecidas la adopción es también un ejemplo de la mutación del derecho romano en derecho vigente.

El derecho romano tuvo siempre en claro que el ingreso a la familia se había de producir en modo natural o legal, es decir, nacimiento o adopción.

En este último supuesto decidió acabadamente sobre el perfil legal del instituto teniendo en cuenta la adopción propiamente dicha y la adrogación.

A partir del fenómeno de la codificación en nuestro país tenemos que Vélez no incluye el instituto en el código entendiendo que debía quedar dentro del ámbito de la beneficencia.

El criterio de Vélez, más allá de estar influenciado en las corrientes francesas de la época, se aparta del derecho romano, y consciente de ello lo hace saber en la Nota de Elevación del Código, retrocediendo claramente en la cuestión.

Distintos proyectos, primero, y leyes sancionadas después, paliaron el vacío legal incluyendo en la égida legal a la adopción.

Actualmente, sin entrar en la consideración que hubiese sido más apropiado tener un código de familia, el recientemente sancionado legisla correctamente sobre el tema cuando trata las relaciones de familia y mantiene la evolución alcanzada en cuanto al objetivo de la adopción, esto es, la contemplación de los derechos del niño y del adolescente, es decir, lo que resulte mejor y más apropiado a éste, llenando el vacío legal en la codificación.

Analizando la evolución del instituto en nuestro derecho encontramos la siguiente ratificación, cada vez que el código velezano se apartó del derecho romano hubo necesariamente que retornar a éste, siendo el caso no sólo de la adopción, sino también, la mora automática, la prodigalidad, el derecho de superficie, la lesión enorme o subjetiva, entre otros.



Obviamente no hallaremos en el código actual la institución de la adopción tal cual luciera en el derecho romano, pero si la importancia de su regulación jurídica, que en definitiva debe estar en manos del poder judicial y no sujeta a la voluntad de los particulares, aún cuando se tratase de los padres del dado en adopción.

La reflexión induce que, el derecho romano aporta al mejor conocimiento de la institución, caracteres, efectos, bondades y defectos, que bien sirve para que los legisladores, jueces y abogados cumplan debidamente con el objetivo tutelar del niño, niña o adolescente dado en tutela.