

**XXXV JORNADAS ACADÉMICAS DE LA COMISIÓN DE ABOGACÍA JOVEN**  
**DEL COLPROBA AÑO 2024**

- **COMISIÓN:** COMISIÓN DE GÉNERO Y DERECHO DE FAMILIA
- **TEMA:** ¿QUE HACER CUANDO LA REALIDAD SUPERA A LA LEY?
- **PONENTE:** LEIRIA MATIAS EZEQUIEL (DNI 36.081.646)
- **INSCRIPCIÓN PROFESIONAL:** COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO  
T° 52 F° 288
- **DOMICILIO:** JOSÉ HERNÁNDEZ 4251, MUNRO, VICENTE LÓPEZ,  
PROVINCIA DE BUENOS AIRES
- **TELÉFONO:** 11-6545-6737
- **CORREOS ELECTRÓNICOS:** [mat-eze@live.com.ar](mailto:mat-eze@live.com.ar) / [matiasleiria70@gmail.com](mailto:matiasleiria70@gmail.com)



**1. Abstract – 2. Introducción - 3. Breve racconto del fallo - 4. La adopción en Argentina. Aspectos jurídicos y no jurídicos – 5. ¿Qué hacer cuando la realidad supera a la ley? - 6. Conclusión – 7. Propuesta**

**1.- Abstract**

Muchas veces se dan situaciones que superan ampliamente a la realidad que se tuvo en cuenta al momento de proyectar y sancionar una ley o que nada tienen que ver con el objetivo previsto por la normativa en cuestión. Esto es así, por cuanto las leyes son a consecuencia de situaciones reclamadas por la sociedad, con miras a evitar que se sigan sucediendo hechos que ponen en riesgo a la sociedad o simplemente por rédito político. Sin embargo, cuando esas situaciones no previstas se dan, no pueden quedar sin solución. Merecen una respuesta incluso ante la falta de normativa.

Lamentablemente muchas veces esa respuesta no se da, tarda mucho o simplemente queda al arbitrio de un juez o una jueza quien no brinda la respuesta esperada ya que resuelve desde sus concepciones y no desde el derecho. Esto no puede suceder. Por ello, es necesario dotar a la normativa actual de herramientas que permitan dar respuesta a situaciones no previstas y que aun cuando menos lo pensemos pueden darse. Ello incluso, sin tener que modificar la normativa vigente.

**2.- Introducción**

Las presentes líneas son a consecuencia del fallo dictado en los autos “D., L. - CONTROL DE LEGALIDAD (LEY 9944 – ART. 56)” con fecha doce de junio de dos mil veintitrés en la Provincia de Córdoba, donde la Jueza en vez de esquivar el problema, hizo honor a los artículos uno y tres del Código Civil y Comercial de la Nación fallando en el caso que tenía en frente incluso ante la falta de normativa existente en nuestro país. Vale recordar que en el artículo uno del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (...)”<sup>1</sup>, mientras que en el artículo tres del mismo cuerpo normativo se obliga a los jueces y juezas a resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante resolución fundada.

Estos dos artículos resultan ser la clave de nuestro ordenamiento civil y comercial a nivel nacional dando sentido a todos los demás artículos que componen el Código y más ante la falta de legislación como en el caso del fallo que da origen a la presente y ante situaciones tan determinantes en la vida de las personas. Sin ellos, nuestro ordenamiento en materia civil y comercial no sería más que

---

<sup>1</sup> Código Civil y Comercial. Artículo 1. Disponible en [InfoLEG - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas - Argentina](#)

un rejunte de artículos sin sentido alguno. Es el título preliminar quien brinda sentido al Código Civil y Comercial de la Nación.

### **3.- Breve racconto del fallo**

En el fallo que me sirviera de disparador para las presentes líneas, la jueza encargada de dictar sentencia dispuso en lo que aquí interesa “(...) V) Declarar la adoptabilidad de la niña L. D. DNI N° XXXXXXXXX, nacida el 09/12/2022 (...)”. Para ello, y con gran acierto realiza un pormenorizado análisis de la normativa existente tanto en materia de niñez como de género en distintos planos. Analiza no solo la legislación regional, sino también la existente a nivel provincial, nacional e internacional.

La sentencia se centra, principalmente, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la ley de Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos y las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Además, la jueza tuvo presente la ley veintiséis mil sesenta y uno sobre Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y la ley provincial nueve mil novecientos noventa y cuatro o Ley de Promoción y protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes de la provincia de Córdoba.

Dicha legislación le ha servido de apuntalamiento y fundamentación conforme la obligación que existe en nuestro ordenamiento civil y comercial de fallar fundadamente, por cuanto resulta importante señalar la inexistencia de legislación, protocolo y/o cualquiera otra reglamentación que fije como debe procederse cuando a consecuencia de una violación y posterior aplicación de la ley de Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, el nacimiento se produce de igual manera dada lo avanzado de la gestación. En suma, como es que debe resolverse la situación en la que queda esa persona que nace.

### **4.- La adopción en Argentina. Aspectos jurídicos y no jurídicos**

En el fallo se declara la situación de adoptabilidad de la niña que nace pese a que se implementó la ley de Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo por lo que entiendo necesario analizar el instituto de la adopción en nuestro país, donde la declaración de adoptabilidad resulta ser un elemento trascendental. Tan trascendental es, que resulta ser la primera de las etapas que a mi juicio hacen al proceso adoptivo, por lo que puedo afirmar que la declaración de adoptabilidad es un procedimiento dentro de un proceso. Esto se debe a que un proceso, según el Diccionario de la Real Academia Española en su cuarta aseveración, es un “conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendientes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por

resolución motivada”<sup>2</sup>; y la declaración de adoptabilidad es uno de esos actos necesarios para el dictado de la resolución que dispondrá o que el niño ha de permanecer en su familia de origen o que deberá ejercer su derecho a la vida familiar en una familia alternativa

En la actualidad, y a diferencia de lo que ocurría antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, donde el enfoque estaba puesto en los adultos y en darle un hijo al pobre matrimonio que tiene mucho amor para dar pero que no puede engendrar; actualmente el instituto de la adopción tiene un destinatario predilecto. El niño, niña o adolescente. El nuevo ordenamiento civil y comercial, define a la adopción como “una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”. De dicha definición y en consonancia con las disposiciones de carácter consuetudinario se puede inferir que la adopción es subsidiaria. Es una alternativa a emplear después de haberse agotado todas las posibilidades reales con la familia de origen. Nótese que cuando en el artículo veinte de la Convención sobre los Derechos del Niño se hace mención a “otros tipos de cuidados para esos niños” hace ver que existen otros medios pero que la adopción no es la última ratio, sino que debe haber una conveniencia educacional, étnica, religiosa, cultural y lingüística para su viabilidad.

La adopción debe velar por el Interés Superior del Niño y para ello en el artículo quinientos noventa y cinco el Código Civil y Comercial enumera los distintos principios que han de regir la presente institución, a saber: a) el interés superior del niño (en el caso concreto); b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto por razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes y f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. Para ello es que se ha diseñado un nuevo proceso adoptivo con los correspondientes involucrados, donde para que pueda hablarse de juicio de adopción, primero, debe existir una declaración de adoptabilidad y una guarda con fines de adopción para luego pasar al juicio de adopción propiamente dicho. En mi opinión en la actualidad el proceso adoptivo es un proceso tripartito donde cada una de las etapas que hacen al juicio de adopción propiamente dicho deben estar cumplimentadas incluso cuando la realidad parezca muy alejada.

---

<sup>2</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en <https://dle.rae.es/?id=UFbxsxz>

Como bien se sabe, la adopción no es un tema sencillo, sino todo lo contrario, es un tema por demás complejo, que hace que sea necesario su abordaje de forma interdisciplinaria. La complejidad que reviste la adopción desde el punto de vista de las personas hace que se exceda al ámbito jurídico y que sea necesario la cooperación interdisciplinaria. Como se señaló al momento de hablar sobre las distintas teorías acerca del abogado del niño y en particular de la teoría moderada, al indagar como ha de determinar el juez que un niño, niña o adolescente cuenta con el grado de madurez necesario para contar con un abogado del niño, se expuso que debe contar con la ayuda de otras disciplinas como ser la psicología; lo mismo ocurre con la adopción y el proceso adoptivo, ya que sin la existencia de la interdisciplina no existen adopciones sanas ni para los pretendientes adoptantes, ni mucho menos para los niños, niñas o adolescentes que serán adoptados. No se debe olvidar que toda adopción representa una discontinuidad en el sujeto de la persona que ha de ser adoptada y de quienes han de adoptar, por lo cual es necesario trabajar con ambos extremos de la cuerda.

Desde el punto de vista de los pretendientes adoptantes, es necesario que estos dejen de lado el idealismo y pasen del “yo quiero un hijo” a “yo estoy dispuesto a ese niño”, siendo para ello necesario en primer lugar deconstruir los modelos familiares para que se comprenda que no existe un único modelo familiar. Luego, asumir la noción de hijo propio, habida cuenta de que la relación madre/hijo, padre/hijo no es una cuestión biológica sino más bien vincular, pudiendo existir situaciones donde la conexión entre madre/hijo, padre/hijo biológico no le llega ni a los talones a la conexión que puede darse entre quienes están realmente dispuestos a vincularse con los niños, niñas y adolescentes. Y fundamentalmente hay que abordar el deseo que tienen las personas de querer que el hijo sea de uno si o si, para lograr que advengan nuevas representaciones sobre lo que es realmente un hijo. La realidad es muy distinta a lo que se da cuando uno indaga en internet o en las publicidades. por ejemplo, acerca de lo que es tener un hijo.

Por otro lado, desde el enfoque de los niños, niñas y adolescentes que han de ser adoptados, es necesario trabajar con ellos, en lo que se denomina estado de adoptabilidad, lo cual es muy distinto de la situación de adoptabilidad. Mientras esta se trata de condiciones jurídico - procesales, el estado de adoptabilidad son las condiciones emocionales del niño, niña o adolescente que se encuentra transitando el proceso de adopción. Puede ocurrir que desde el punto de vista jurídico estén dadas las condiciones para que el niño sea adoptado, en cambio desde la óptica del niño, puede suceder que este se encuentre muy lejos de ese estadio por no sentirse, sentimentalmente hablando, en un plano de igualdad con la faz jurídica. Es necesario desde la interdisciplina abordar al niño y trabajar con él para que este logre vincularse con el otro; pero para que ello ocurra es necesario conocer bien al niño, niña o adolescente y ese conocimiento no se logra solo desde lo jurídico sino desde la psicología, la asistencia social, la sociología y demás disciplinas que rodean a la adopción.

En resumen, el proceso de adopción por fuera del ámbito jurídico es por demás complejo ya que involucra a las personas y como tales, no son seres perfectos, sino que tienen sus tiempos y temores; tiempos y temores que deben ser tratados por disciplinas que sepan lidiar con las personas y no por el derecho cuyo campo de acción es la ley y no los seres humanos. La interdisciplina debe lograr en el proceso de adopción lo que se denomina disposición adoptiva, es decir estar dispuestos a aprovechar tanto los pretensos adoptantes como los niños, niñas y adolescentes que otro advendrá en el lugar filiatorio y parental respectivamente; ya que la adopción no es ni más ni menos que la culminación de un camino de vinculación ya sea con las familias de origen nucleares o ampliadas o con los pretensos adoptantes.

### **5.- ¿Qué hacer cuando la realidad supera a la ley?**

En nuestro nuevo proceso de adopción, una parte clave del engranaje adoptivo radica en la declaración de adoptabilidad. Según lo dispuesto en el artículo seiscientos siete, para que un niño sea declarado en situación de adoptabilidad es necesario, en primer lugar, que un niño, niña o adolescente carezca de filiación establecida y que los intentos para hallar a los familiares de origen hayan sido infructuosos. Para la búsqueda de estos familiares se dispone de treinta días prorrogables por otros de igual duración y su búsqueda está en cabeza del órgano administrativo.

Otra de las posibilidades que habilita que se dicte la llamada declaración de adoptabilidad es lo que ocurre en el fallo supra mencionado y es que los progenitores decidan libremente que quieren dar en adopción a su hijo. Dicha decisión solo será válida si es tomada luego de pasado el denominado puerperio. Sin embargo, esta decisión debe ser libre y para que esto ocurra debe haber sido tomada teniendo a disposición toda la información pertinente. Para que la decisión sea informada es necesario que se esté en conocimiento de sus alcances y efectos jurídicos, pero al mismo tiempo si se está informado acerca de la posibilidad de ejercer su derecho de dar a su hijo en adopción. Generalmente, al momento de tomar este tipo de decisiones es muy frecuente que la faceta económica incida sobre manera y es deber del juez indagar sobre el verdadero motivo de esta.

Por último, otra de las situaciones que ameritan que un juez o jueza pueda dictar la declaración de adoptabilidad es el fracaso de las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no dando los resultados esperados dentro del plazo de ciento ochenta días. Esto significa un fracaso para el Estado por cuanto no debemos olvidar que la adopción es una solución alternativa ante conflictos familiares que ponen en jaque la integridad y derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Como puede verse dentro de las causales que habilitan la declaración de adoptabilidad dentro nuestro ordenamiento civil y comercial, no está prevista la situación que se da en el fallo que usamos como disparador, es decir el nacimiento con vida luego de que la persona gestante haga uso de la ley de

Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Por ende, ¿qué hacer cuando la realidad supera a la ley? ¿Qué podemos hacer tanto a nivel nacional como a nivel provincial?

La primera respuesta es la que uno piensa es en modificar la ley para que la nueva realidad encaje dentro de la ley vigente. Ahora, ¿es esto posible?

Estamos hablando de modificar el Código Civil y Comercial de la Nación, que a la fecha tiene recién solamente diez años de vida por lo cual a mi entender no es una opción viable. Ya desde su sanción ha sufrido distintas modificaciones y esto no hace más que mermar la confianza que a una ley de tal envergadura como es el Código Civil y Comercial se le debe tener. El Código Civil y Comercial debe servir no solo de columna vertebral sino también de apoyo para las distintas relaciones sociales, y si está en constante cambio, o peor aún sometido a rumores de cambio más que brindar seguridad brinda desprotección. Tampoco cabe modificar la ley de Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo por cuanto no está previsto dentro de su objeto la situación fáctica que se da en el fallo que me ha servido de disparador. Entonces, ¿qué podemos hacer?

¿Podemos cambiar la realidad para que encaje en la ley actual? Nuevamente, la respuesta negativa se impone. Las leyes vienen a cubrir una necesidad de la sociedad y es por ello que se dice que las leyes corren desde atrás y en el caso que estamos analizando es claro que, pese a que puede darse, no es una realidad que se dé asidua y consecuentemente, no es una realidad que prima facie deba ser cambiada. Por el contrario, quizá sea necesario que se den más casos para que la realidad cambie.

Nos encontramos, lamentablemente, ante un panorama complicado. No podemos cambiar las leyes involucradas ni la realidad. Parece que todo está perdido y que tenemos las manos atadas. Pero no. Todavía hay cosas por hacer. Esta en nosotros encontrar la manera de que ante estas situaciones existan herramientas no solo para los jueces y juezas que deban resolver ante estos casos sino también para nosotros como letrados y letradas, ya que somos nosotros y nosotras las que con nuestras presentaciones le marcamos el camino a la judicatura. Depende de nosotros y nosotras cumplir el rol de auxiliares de justicia y lograr esa justicia, más en situaciones como en la del caso donde la legislación no existe y en mi opinión cambiarla más que soluciones traería más problemas. Como decía el cantautor Gustavo Adrián Cerati “tarda en llegar y al final, al final hay recompensa”<sup>3</sup> pero depende de nosotros y nosotras que esa recompensa finalmente llegue ya que no puede quedar al arbitrio de ningún juez o jueza.

## **6.- Conclusión**

Dentro del amplio espectro de procesos que conforman el derecho de familia, la adopción o mejor dicho el proceso de adopción es uno de los más complejos, no solo por la cantidad de actores

---

<sup>3</sup> Cerati, Gustavo Adrián (1959-2014). Letra de Zona de Promesas. Fecha de lanzamiento 1993. Disco “Zona de Promesas (mixes 1984-1993)”. Soda Stereo.

involucrados sino, también, por la envergadura de los derechos en juego: identidad y familia con todo lo que ello conlleva. Por lo cual ante situaciones como las que se plantean en el fallo aquí analizado, vuelven los fantasmas acerca de esta figura que como se sabe no busca complacer a los adultos y darles un hijo o una hija, sino todo lo contrario busca que las niñas, niños o adolescentes tengan una familia que los proteja y ame, que pueda darle herramientas que les ayude a cumplir sus sueños y mayores anhelos.

Ante situaciones como la del fallo analizado, debo nuevamente enaltecer la valentía de la jueza al momento de expedirse, pero no puedo dejar de marcar que existe un vacío legislativo que debe ser llenado. El silencio no es legislar. Legislar no solo son dictar leyes, es brindar a la sociedad elementos para solucionarles la vida. Va más allá del nombre que se les dé. Pueden ser leyes, reglamentos, protocolos o como les guste llamarlos. El nombre es lo de menos. Lo que importa es que ante este tipo de situaciones donde las grandes leyes, como dije no deben ser tocadas, existan esas herramientas que sirva de contención. Quizá sea mejor arropar a esas leyes y brindar a las personas esas herramientas para que, ante este tipo de casos, las soluciones estén más a mano. y creo que es mejor empezar de adentro para fuera. Desde la Provincia de Buenos Aires hacia la Nación.

## **7- Propuesta**

Por ello, se propone:

**Se cree en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires un protocolo de actuación que brinde herramientas para resolver la situación jurídica en la que han de quedar las niñas o niños que nazcan aun cuando se implemente la ley de Acceso a la Interrupción voluntaria del embarazo, sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del Código Civil y Comercial de la Nación.**