

# ADOPCIÓN, CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN EN ARGENTINA

ADOPTION, CODIFICATION, DECODIFICATION AND  
RECODIFICATION IN ARGENTINA

JUAN CARLOS FRONTERA<sup>1</sup>

Fecha de Recepción: 10/11/2011

Fecha de Aceptación: 24/05/2012

## RESUMEN

El presente trabajo expresa mis primeras reflexiones sobre los procesos de codificación, de descodificación, y de recodificación del Código Civil: procesos diferenciados para su estudio pero unidos en su desarrollo. Entiendo que ellos son parte de la vida del corpus. El estudio lo hice a través del instituto de la adopción.

**Palabras clave:** Adopción, Derecho Civil, codificación, descodificación

## ABSTRACT

*The present work expresses my first reflections on the processes of codification, decodification and recodification of the Civil Code. These processes are differentiated for the purposes of study, but develop together. I understand them as part of the life of the corpus. The study was carried out through the adoption institute.*

**Key words:** Adoption, Civil Law, codification, decodification

---

<sup>1</sup> Abogado. Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina. Miembro del Centro de Estudios e Investigaciones de Historia del Derecho.  
E.-mail: jcfrontera@usal.edu.ar

## Presentación

La codificación, la descodificación y la recodificación del derecho son procesos diferenciados para su estudio pero unidos en su desarrollo. Pueden verse como antagónicos, como productos de una lucha por la preservación o por la destrucción del Código como símbolo ordenador.

Expresan las tensiones entre los principios decimonónicos y los del siglo siguiente, manifiestan la crisis del Estado moderno y de sus postulados. El fenómeno jurídico en la complejidad que se presentó en el siglo XX demandó una mayor especialización en detrimento de las generalidades jurídicas.

En el siglo XX se desarrolló una proliferación de legislaciones extravagantes a los Códigos, ellas crearon microsistemas y sistemas propios. Junto al avance del Estado en la órbita de los particulares.

El régimen del menor de edad está desde sus orígenes en la legislación argentina, bajo los principios de protección del menor. Su desarrollo legislativo dependió de las necesidades sociales frente a la minoridad.

La rápida mutabilidad de los fenómenos sociales generó una progresiva modificación del estatuto del menor, la norma se fue nutriendo de estudios interdisciplinarios.

La adopción no estuvo ajena a los vaivenes del siglo pasado, en menos de cincuenta años sufrió tres grandes modificaciones, si se compara con otra institución del derecho de familia, como el matrimonio, son numerosas, este último en 120 años fue modificado solo en tres oportunidades. Si es comparable la cantidad de modificaciones con instituciones de Derecho comercial.

Apareció en nuestro orden jurídico como consecuencia de la catástrofe producida por el terremoto de la provincia de San Juan. El legislador debió legislarla como consecuencia de un fenómeno social.

Las costumbres practicadas hasta entonces no fueron suficientes para atender la problemática fortuita. Es un ejemplo de que en derecho no puede ser todo previsto, y que la regulación normativa llega junto con las necesidades.

El Estado y la sociedad reconocieron al regularla los derechos del niño, ya plasmados en el texto positivo desde principios del siglo XX, ya sean en las normas nacionales o en las internacionales.

La pobreza y la exclusión social, fenómenos más contemporáneos, exigieron la modificación de su estatuto original con el fin de brindar una mayor protección al menor desvalido y abandonado.

Los siglos XIX y XX encontraron a la Argentina en pleno cambio, con continuas crisis que hicieron temblar su tejido social. La adopción no podía estar ajena a estos aspectos metajurídicos.

Su incorporación y permanencia legislativa muestran que los elementos jurídicos y metajurídicos no pueden deslindarse, deben concurrir juntos para dar solución a los conflictos y necesidades sociales.

La adopción debió transitar en nuestro país los fines de los tiempos modernos y los comienzos de la llamada posmodernidad. Los valores y principios que rigieron en el pasado a la institución familiar son puestos hoy en duda.

Eduardo Zannoni explica que es una institución que tiene primordialmente en miras el beneficio de la niñez carente de un medio familiar apto para su desarrollo físico y espiritual<sup>2</sup>.

El desarrollo de las disciplinas biológicas, psicológicas y sociológicas permitieron tener una visión integrada del ser humano. A mediados del siglo XX el desarrollo y los estudios multidisciplinarios influenciaron en corrientes filosófica-jurídicas que tuvieron una visión integral del ser humano.

Elas coincidieron que la familia es una institución de origen natural, ella es el medio más adecuado para desarrollar al ser humano, ser protegido y satisfacer sus necesidades.

A partir de la segunda mitad del siglo pasado la familia fue mutando, desde los modelos ensamblados a los monoparentales. Los roles y formas sociales variaron, como consecuencia muchos menores quedaron desamparados y con ello nuestro instituto debió actualizarse.

La muestra expone un desarrollo cuantitativo decreciente, en 1996 fueron 479 y en 2006 solo 224 causas. El período toma el final de la vigencia de la ley 19134 y el comienzo de la vigencia de la 24779, la doctrina señala que el actual texto legal restringe el acceso al instituto más que facilitararlo.

<sup>2</sup> Zannoni, Eduardo, Derecho de familia. Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 5ª ed., 2000, p. 579.

## Adopción, su historia y su naturaleza

El instituto de la adopción mantuvo un elemento esencial, a lo largo de su historia, la creación de un vínculo filial legal entre dos personas que no se encuentran unidas por lazos de sangre<sup>3</sup>.

Arraigada desde la antigüedad, tuvo muchas modificaciones en su vigencia, cambiaron su cosmovisión, su naturaleza, sus fines y su procedimiento.

El término con el cual se la denominó perduró durante más de dos milenios, pero sus características variaron en general, como afirmé en el párrafo precedente perduró en ella con mayor o menor intensidad el vínculo filial legal.

Su regulación, a través de la costumbre y de la norma, contuvo aspectos de fondo e instrumentales. En nuestro país, como se verá más adelante, es regulada por el Congreso Federal, lo que implica la uniformidad del procedimiento en todo el país.

Las cuestiones de fondo y de proceso no siempre logran una fácil convivencia, las segundas son modificadas con más rapidez en los tiempos contemporáneos.

La antigua Roma la comprendió en dos momentos, primero en el clásico y segundo en el justiniano.

En el Derecho antiguo se consideró a la *adoptio* como una ficción legal que se desprendió de la venta del *filius* por parte del *pater*<sup>4</sup>.

Su fundamentación se desprendió de su naturaleza y sus condiciones, y sus limitaciones surgieron de ella.

Su importancia radicó en que el adoptado podía acceder a la condición política del adoptante.

Tuvo dos tipos diferentes: la *adrogatio* (llamada *adoptio populi auctoritate* por Gayo) y la *adoptio* (para Guzmán Brito fue una forma artificial de procurarse un hijo, cuyo efecto es constituir la *patria potestas* sobre él<sup>5</sup>).

<sup>3</sup> Medina, Graciela, La adopción. Tomo I, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 11.

<sup>4</sup> Ver: Costa, José Carlos, Manual de Derecho Romano Público y Privado, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pp. 241-244; Guzmán Brito, Alejandro, Derecho privado romano. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pp. 360-363.

<sup>5</sup> Guzmán Brito, Alejandro, obr. cit., p. 360.

El primero de los modos consistió en la transmisión por parte de un *sui iuris*, sin descendientes de sangre, de su patrimonio con el fin de asegurar la continuación del culto a sus antepasados y mantener el poder político de la familia. El adoptado *sui iuris* dejaba de serlo y pasaba a estar bajo la *patria potestas* del adoptante, e ingresaba a la familia de este.

El segundo modo fue legislado por los romanos en tiempos de Justiniano, en dos variantes, la plena y la menos plena. Recaía sobre los *alieni iuris*, quienes perdían su vínculo con la familia de origen e ingresaban a la familia del adoptante como hijo legítimo.

En Castilla fue receptada a través del Fuero Real. Las Partidas reprodujeron en general en esta materia el derecho justinianeo. Helmut Coing manifestó que llegó a ser muy rara en la época del más antiguo Derecho común.

Fue considerada en ese tiempo por muchos como en desuso, estaba vinculada con la *patria potestas* y reconocía diferencias que solo tenían un fundamento histórico<sup>6</sup>.

Tuvo poco desarrollo en el Derecho castellano-indiano. Hacia el 1700 el objeto del régimen fue modificado en beneficio de los expósitos y menores abandonados.

El depósito fue una institución más difundida, relacionado con la tutela. Un menor podía ser depositado en vida de su padre, pero no dado en tutela. El nombramiento de depositario podía ser designado extrajudicialmente<sup>7</sup>.

Las causas fueron distintas, unas veces acciones benévolas de personas que se hacían cargo de niños desamparados, otras para aprovecharse de sus bienes o para reducir a los niños a servidumbre.

Francia no tuvo una práctica especial en materia de adopción, fue receptada pos-Revolución Francesa. La comisión redactora del Código napoleónico estuvo dividida entre quienes eran sus partidarios y quienes no, triunfó la postura positiva en cuanto a su inclusión. Se la reguló como un medio de transmisión del apellido y de la fortuna<sup>8</sup>.

No se difundió, en el río de la Plata, en el período patrio por tal motivo Vélez no la incluyó en el proyecto de Código Civil. La consideró olvidada en nuestras tierras, ausente de nuestras costumbres, y no exigida por ningún bien social.

<sup>6</sup> Coing Helmut, Derecho privado europeo. Tomo II, Madrid, 1996, pp. 407-409.

<sup>7</sup> Levaggi, Abelardo, Manual de Historia del Derecho Argentino. Tomo II, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pp. 136-137.

<sup>8</sup> Menciono la situación en Francia por la importancia que tuvo su Código Civil para el proceso codificados hispanoamericano.

Su inclusión en la legislación comparada en el siglo XIX fue tibia. En el siglo XX se insertó en los años 40, en el pensamiento jurídico mundial, la idea de establecer un régimen de adopción que rompiera los lazos del adoptado con la familia de sangre, el emplazamiento absoluto de él en la familia del adoptante. El expediente debía ser secreto y no se daba importancia a los orígenes<sup>9</sup>.

Fue legislada, en nuestro país, por primera vez en 1948 a través de la ley 13252, reemplazada en 1971 por la ley 19134, modificada por las leyes 24.264<sup>10</sup> y 23.515. Desde 1997 la ley 24779<sup>11</sup>.

Sus modificaciones sucedieron junto al reconocimiento de los derechos del niño. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires entendió que la adopción es en principio una solución supletoria por falta de paternidad natural. De allí que el juez debe considerar al examinar la conducta del padre del adoptado, situaciones que por su gravedad pueden ser equiparadas a la pérdida de la patria potestad<sup>12</sup>.

La adopción regulada en 1948 solo previó el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado (art. 12), siendo sus efectos restrictivos con respecto a la familia del adoptante.

En 1971 se incorporó dos modos, la simple (art. 20) y la plena (art. 14). La doctrina en general entendió que la plena era la regla y que la simple era la excepción, esta última solo para aquellos casos en que fuera beneficioso para el menor.

El fundamento radicó en que se busca el desarrollo material y espiritual del menor de edad en la familia.

En 1997, el legislador reservó la adopción plena solo para aquellos casos en que el menor se encuentre en una situación de desamparo respecto a su familia biológica.

La doctrina argentina expuso distintos conceptos sobre el instituto, reseñaré algunos de ellos a modo de ejemplo. Julio J. López del Carril la definió como una institución social y jurídica, que forma parte del derecho de familia y que puede funcionar independientemente o en concurrencia con el vínculo biológico<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Medina, Graciela, obr. cit., p. 26.

<sup>10</sup> Que finalmente la incorpora la adopción al Código Civil de Argentina.

<sup>11</sup> La serie de modificaciones que sufrió fueron en pos de mejorar el régimen y las protecciones de los menores abandonados.

<sup>12</sup> Fallo 31/12/1959.

<sup>13</sup> López del Carril, Julio J., *Derecho de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 551.

Arturo R. Yungano la consideró como aquella institución en virtud de la cual se crea un vínculo legal de familia. Expresó que el objeto de la ley fue llenar una necesidad social al crear un vínculo complementario o sustitutivo de la filiación natural a efectos de dar padres a los menores que no los tienen<sup>14</sup>.

Guillermo A. Borda definió la definición como perteneciente al derecho privado, fundada en un acto de la voluntad del adoptante y nacida de la decisión del juez, en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima<sup>15</sup>.

Marisa Herrera consideró que una de las definiciones más completa fue desarrollada en proyecto de ley de reforma integral del régimen de la adopción. En él fue definida como una institución jurídica, de orden público e interés social, que tiene por objeto amparar el derecho de la persona menor de edad a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer las necesidades afectivas, materiales y espirituales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen<sup>16</sup>.

En 2005, la Corte Suprema de Justicia Nacional la reconoció, dentro del ámbito de los derechos del niño, como un instrumento necesario para la protección de los menores; fundamentada en los valores de justicia, solidaridad y paz social<sup>17</sup>.

La adopción crea un vínculo de parentesco artificial que en sus efectos generales entre adoptantes y adoptado, se equipara a la filiación legítima. La esencia de la adopción es la de ser un modo especial de crear la patria potestad, que en sentido propio y específico es una institución natural por fundarse inmediatamente en la naturaleza, y jurídica por contener derechos y deberes exigibles socialmente y ser la familia base de la sociedad<sup>18</sup>.

Ella es en principio una solución supletoria por falta de paternidad natural. De allí que el juez debe considerar al examinar la conducta del padre del adoptado, situaciones que por su gravedad pueden ser equiparadas a la pérdida de la patria potestad<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Yungano, Arturo R., *Manual teórico práctico de Derecho de Familia*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1991, p. 343.

<sup>15</sup> Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo II*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 90.

<sup>16</sup> Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción. Tomo I*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008, p. 28; Ver Proyecto de ley 6843-D-2006.

<sup>17</sup> CSJN, t. 328, p. 2870.

<sup>18</sup> Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, LS315-138.

<sup>19</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, LS073-204

Puedo concluir que, en general, la doctrina y la jurisprudencia nacional la comprendieron como un vínculo legal entre adoptante y adoptado semejante al paterno-filial.

Los fines buscados a través de ella han sido en nuestro tiempo: a) protección a la niñez abandonada, b) dar padres a los hijos, c) dar hijos a quien no los tiene, d) integrar a la familia<sup>20</sup>.

Graciela Medina concluye respecto a la naturaleza jurídica de la adopción, que en ella está ínsito a lo largo del tiempo su carácter legal y su origen jurídico, en contraposición a la filiación natural cuyo origen es el biológico. La caracterizó a finales del siglo XX con las siguientes notas: a) internacionalización, b) control judicial de oportunidad, legitimidad y conveniencia, c) conocimiento de la realidad biológica, d) se recepta la adopción de mayores, e) necesidad de reglamentar la adopción prenatal, f) necesidad de la participación del menor en el proceso, y g) interés superior del menor como principio primordial en la resolución de los conflictos e interpretación de las normas<sup>21</sup>.

Ella puede ser vista como acto, como estado y como proceso. Los dos primeros corresponden al ámbito de las normas de fondo, el último a las instrumentales. En el derecho nacional las principales variaciones se produjeron en el tercer aspecto.

## Conclusiones

Durante el siglo XX se confeccionaron varios proyectos de nuevos Código Civil, los mencioné en el primer párrafo de este punto, el proceso codificador continuó durante los últimos cien años. El legislador y el operador jurídico mantienen al corpus como símbolo ordenador.

La recodificación como término y como proceso atrae a los estudiosos en las últimas décadas. Sus visiones son a parceladas pues parten del concepto clásico de descodificación, ven sólo el aspecto técnico legislativo.

El acto de recodificación puede asumir distintas formas, como la compilación, la modificación, o la sustitución. Hoy ya no se exige que los cuerpos legales sean

---

<sup>20</sup> Ver: Yungano, Arturo R., obr. cit., pp. 343-353.

<sup>21</sup> Medina, Graciela, obr. cit., p. 12 y pp. 27 y 28. Ella entiende que la distinción por origen y carácter entre la adopción y la filiación es importante, la razón radica que en el primer caso surge a través de una construcción jurídica y cultural, puede variar en cada sociedad ya que sus fundamentos no son universales ni inmutables, en cambio el Estado en el segundo caso se limita a reconocer la patria potestad.

carentes de lagunas o vacíos, ni que sean inmodificables. La remodificación podría convivir con leyes extravagantes al *corpus* remozado.

En nuestro tiempo la codificación no sufre las mismas exigencias que le asignó el racionalismo iluminista en el siglo XIX, el legislador o el operador jurídico imponen fines más modestos como que a través de ella se logre evitar la dispersión normativa, pero siempre teniendo a la vista la conveniencia de que la legislación especial recurra a ella en su búsqueda.

La labor del legislador en este proceso de recodificación estará dirigido entre otras cuestiones a armonizar la tensión existente entre los contenidos del cuerpo legal y los de las leyes especiales.

La recodificación enfrentará ciertas dificultades, como son: la fuerza de los hábitos, de los operadores jurídicos y la fuerza de los principios y de los símbolos que busca cambiar.

Julio César Rivera manifiesta que el proceso de remodificación ya es antiguo en Argentina, que se desarrolló con método inadecuado, y que obliga a pensar en una reforma de conjunto para satisfacer las necesidades urgentes de los tiempos que corren.

Considera el jurista que dicho proceso se inició en 1888 con la ley de matrimonio civil, una de las reformas más relevantes por su contenido, que atiende a una de las instituciones esenciales de nuestro tejido social.

Él entiende que la recodificación no puede realizarse sin preservar el espíritu de los cuerpos tradicionales, que es necesario la modernización del método y de los contenidos<sup>22</sup>.

Concluyo que la aparición de leyes extravagantes a los códigos que no contraríen la ratio de los últimos, que no generen una cultura distinta a la codificación, son expresión de las fuerzas centrípetas y centrífugas propias del proceso dinámico de la codificación.

Así, el instituto de la adopción se incorporó en nuestra legislación después de varias décadas de sancionado el Código, ello fue motivado por la necesidad de nuevos tiempos.

<sup>22</sup> Rivera, La recodificación, [on line]. "Disponible en World Wide Web: [www.rivera.com.ar/publications/LaRecodificacion.pdf](http://www.rivera.com.ar/publications/LaRecodificacion.pdf)", p. 59.

El remozamiento del instituto y del Código fueron expresión del ser del Derecho, expresión de su dinámica. La adopción no alteró la esencia del cuerpo legal ni de su cultura, es producto de la propia dinámica de la actualización legislativa.

## Bibliografía

- BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- COING HELMUT, Derecho privado europeo. Tomo II, Madrid, 1996.
- COSTA, José Carlos, Manual de Derecho Romano Público y Privado, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, Derecho privado romano. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- HERRERA, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción. Tomo I, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2008.
- LEVAGGI, Abelardo, Manual de Historia del Derecho Argentino. Tomo II, LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., Derecho de familia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984.
- MEDINA, Graciela, La adopción. Tomo I, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1998.
- RIVERA, La recodificación, [on line]. "Disponible en World Wide Web: [www.rivera.com.ar/publications/LaRecodificacion.pdf](http://www.rivera.com.ar/publications/LaRecodificacion.pdf)".
- YUNGANO, Arturo R., Manual teórico práctico de Derecho de Familia, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1991.
- ZANNONI, Eduardo, Derecho de familia. Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 5ª ed., 2000.