

## La separación de hecho de los cónyuges y su pretensión de adoptar.

Karina A. Bigliardi<sup>1</sup>

*Resumen:* Con la celebración del matrimonio los cónyuges tienen el deber de cohabitación (artículos 199 y 200 del Código Civil). Cuando los conyugues se sustraen al cumplimiento de este deber se encuentran en lo que se denomina separación de hecho.

El Código Civil establece como principio general la adopción unipersonal, es decir que una persona puede observar no obstante de su estado civil. Pero este principio sede tratándose de personas casadas, ya que la ley exige que la adopción sea hecha por ambos conjuntamente en todos los casos, salvo determinados casos que enumera expresamente el artículo en el que podrá adoptar el cónyuge individualmente y son: cuando medie sentencia de separación personal, cuando el cónyuge halla sido declarado insano y cuando se declare judicialmente la ausencia o la desaparición forzada de persona. Es decir, que no se incluye la separación de hecho.

Con el presente trabajo tratamos de determinar como influye la separación de hecho de los cónyuges cuando uno de ellos o ambos pretenden inscribirse en el Registro de Aspirante a Guarda con fines de Adoptivos, cuando solicitan el otorgamiento de la guarda con fines de adopción de un niño y, por último cuando pretenden la adopción de un niño que ya tuvieron en guarda.

*Abstract:* Husband and wife must live together after their marriage ( Sections. 199 and 200) of our Civil Code. When they do not fulfill this duty, they are voluntarily separated. The Civil Code sets as a general principle that the Civil Status of any individual , is irrelevant for adoption s sake. But this principle does not apply to married couples, because the law demands that the two members of the couple always have to adopt a child together, except in the following few specific cases which are expressly quothed in the above mentioned sections: 1)When there is a firm legal sentence of separation. 2)When one of the two members of the couple has been declared insane by a judge and lastly, 3) When there is a firm sentence declaring one

<sup>1</sup> Adjunta interina de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales – UNLP. Auxiliar Letrada de la Asesoría de Incapaces nº 1 del Departamento Judicial de La Plata. Correo: [karinabigliardi@yahoo.com.ar](mailto:karinabigliardi@yahoo.com.ar)

*of the two members absent or disappeared. This means that the mutual agreement of spouses to live separate lives is not included in the provisions of the law.*

*The aim of the article is to describe what happens when one or both of them want to register themselves to have the child's custody as a previous step for becoming a foster parent or when any or both of them claim the child's custody for later adoption and finally when they claim the adoption of child which they have already had in custody.*

## **1.- INTRODUCCION**

En el presente trabajo queremos plantear que pasa en los casos de que un matrimonio que desea adoptar a un niño en algún momento del proceso deciden separarse de hecho.

## **2.- DESARROLLO**

### **2.1.- SEPARACIÓN DE HECHO**

Con la celebración del matrimonio los cónyuges tienen derechos - deberes, que son fidelidad, asistencia, y cohabitación (artículos 198, 199 y 200 del Código Civil).

El que nos interese a los efectos del presente es el deber de cohabitación, que implica más que vivir en la misma casa, se requiere comunidad de vida (Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, 2004), y esta establecido en el artículo 199 del Código Civil.

Cuando los esposos no tienen fijado el mismo domicilio como lo ordena la ley, y no hay circunstancias excepcionales que los obliguen a vivir transitoriamente separados (artículo 200 del Código Civil), el hecho se traduce en el incumplimiento del deber de cohabitación. La sanción civil del incumplimiento es la separación personal o el divorcio conforme lo establece el artículo 202 inciso 5 o 214 inc. 1 del Código Civil, ya que se configura la causal de abandono voluntario y malicioso. Otra sanción prevista es la negativa de prestar alimentos, ya que cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negar alimentos (art. 199 del Código Civil).

Pero hasta que algunos de ellos inicie acciones judiciales los esposos se encuentran separados de hecho, lo que es definido por la Dra. Chechile como es la situación que se

origina con la decisión de los cónyuges de interrumpir la vida en común, ya sea por voluntad de ambos, ya sea porque uno de ellos le impuso su decisión al otro, manteniéndose en tal estado sin motivos justificados y sin que haya mediado una resolución judicial que avale tal proceder (Chechile, 2006, pág. 5).

## **2.2.- ESTADO CIVIL Y REQUISITO PARA SER ADOPTANTE**

El Código Civil sienta el principio de capacidad para adoptar en el artículo 315, primer párrafo, según el cual “podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este código cualquiera fuese su estado civil...”.

El artículo 320 del mismo ordenamiento legal, agrega: “Las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, excepto en los siguientes casos: a) cuando medie sentencia de separación personal; b) cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores; c) cuando se declare judicialmente la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge”.

Es decir que se admite la adopción unipersonal por parte de un soltero, viudo, separado personalmente o divorciado siempre que cumpla con las demás exigencias legales (edad mínima, diferencia de edad, residencia en el país). Pero tratándose de personas casadas, la ley exige que la adopción sea hecha por ambos conjuntamente en todos los casos, salvo determinados casos que enumera expresamente el artículo en el que podrá adoptar el cónyuge individualmente y son: cuando medie sentencia de separación personal, cuando el cónyuge halla sido declarado insano y cuando se declare judicialmente la ausencia o la desaparición forzada de persona. Es decir, que no se incluye la separación de hecho.

Sobre este tema la ley 24.779 ha innovado en relación con las anteriores leyes de adopción, pues tanto la ley 13.252 (art. 8, inc. b) y 19.134 (art. 8 inc. c) establecían que las personas casada y separadas de hecho podía adoptar sin el asentimiento de su cónyuge. El caso había determinado discusiones doctrinarias, relacionada especialmente con las dificultades para acreditar la separación fáctica; las distintas calidades que podían

presentarse con relación a haber sido culpable o inocente de tal separación y a la controvertida admisibilidad de una declaración autónoma al respecto (D´Antonio, 1997).-

En opinión del Dr. Mizrahi esto implica un retroceso de medio siglo, pues la cuestión ya se encontraba superada desde el año 1948 cuando se sancionó la ley 13.252 (Mizrahi, ).

La sala 1ª de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes revoco un fallo de primera instancia que otorgaba la adopción a una pareja unida de hecho, en la cual la mujer se encontraba separada de hecho de su cónyuge y el fallo se fundamenta en que los pretensos adoptantes no están casados y que a partir de la ley 23.515 la posibilidad de obtener la separación personal por sentencia judicial (art. 201 C.C.) o el divorcio vincular (art. 214 C.C.), y habiéndose facilitado cualquiera de las dos opciones con la introducción de la llamada la causal objetiva (trascuro del tiempo de separación sin voluntad de unirse por un lapso de dos o tres años respectivamente, art. 204 y 214 inc. 2), no se justifica posibilitar la adopción por parte de quien todavía está legalmente casado aunque esté separado de hecho. El sistema actual es totalmente coherente. Si se permitiera la adopción por parte de quién está casado pero separado de hecho, además de probarse tal situación fáctica, habría que citar al cónyuge no sólo para oírlo al respecto sino también porque la adopción podría afectar sus derechos hereditarios<sup>2</sup>.

### **2.3.- SOBRE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO**

La Ley 25.854<sup>3</sup> crea el Registro Único de Aspirante a Guarda con fines Adoptivos con sede en el Ministerio de Justicia de la Nación y deroga el artículo 2 de la Ley 24.779 que establecía la creación del Registro de Aspirantes a Guarda con fines de adopción.

El artículo 2 de la Ley 24.779 era inconstitucional, en atención a que creaba el Registro en el orden provincial y nacional, y su funcionamiento iba a ser coordinado

---

<sup>2</sup> C.CI. Y COM. MERCEDES, Sala 1º del 5/7/2005 autos N.,M.D. y Otra en J.A. Fascículo nº 11 del 14/12/2005, pág.18.-

<sup>3</sup> Fue sancionada el 4 de diciembre de 2003 (Adla, Bol.1/2004, p.4), promulgada el 6 de enero de 2004 y publicada en el Boletín Oficial el 8/1/04.

mediante convenio con las provincias, implicando esto una invasión en las facultades no delegadas (Levy, 1997 - Lloveras, 1998) <sup>4</sup>.

El artículo 3 de la ley de Registro de Aspirantes a guarda con fines adoptivos dispone que las provincias podrán adherirse, es decir, que la ley no se aplicará en sus respectivos territorios mientras no haya sido formalizada la mentada adhesión por la firma del convenio con el Ministerio de Justicia.

El objeto del Registro Único esta determinado en el artículo 2 de la ley en comentario y es el de formalizar la “Nomina de aspirantes”, la que se integrara con las listas de aspirantes inscriptos en todas las provincias que adhieran al registro y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Para poder estar en esta nomina deberá realizarse la registración se efectuara por los peticionantes ante los profesionales idóneos del organismo designado en cada jurisdicción y que corresponda a su domicilio.

Se procederá a confeccionar un legajo, que tendrá el siguiente contenido:

- a) Los datos personales: número de orden, fecha de inscripción, apellido y nombre, lugar y fecha de nacimiento, sexo, estado civil, acta de matrimonio si estuvieran casados, profesión u oficio, estudios médicos que acrediten la imposibilidad de concebir<sup>5</sup> y certificado de residencia.
- b) Datos de la descendencia, si hubiera hijos deberán dar sus datos completos, es decir, apellido – nombre - fecha de nacimiento – si es biológico o adoptado – si vive o no – si habita con el aspirante – domicilio legal. Número de menores de edad que estaría en condiciones de adoptar – edades – si acepta niños con discapacidad, grupo de hermanos – si se le otorgaron guardas adoptivas y el resultado.

---

<sup>4</sup> La Dra. Levy sostenía que no solo es defectuosa la técnica legislativa, ya que carecía de claridad, sino que consideraba que la norma era inconstitucional, dado que excedía las facultades delegadas por las provincias a la Nación, atento a lo supuesto por el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional. La Dra. Lloveras, siguiendo esta posición agrega: “es harto discutido este avance respecto de las facultades que la Constitución Nacional le reconoce a las provincias (arts. 121 y concs., C.N.), pues configura una violación del principio federal de gobierno, en tanto una autoridad nacional no puede legítimamente organizar un Registro Único de Adoptantes para todo el país: es ésta una facultad reservada a la provincia”.

<sup>5</sup> Este dato tiene relación con los requisitos establecidos en el artículo 315 Código Civil.-

Se les dará trámite preferencial a las solicitudes de aspirantes a guardas con fines adoptivos que manifiesten su deseo de adoptar a niños de más de cuatro años, grupos de hermanos o menores de edad que padezcan discapacidades, patologías psíquicas o físicas.

c) Las evaluaciones jurídicas, médicas psicológicas y socio – ambiental de los postulantes y su núcleo familiar inmediato.

d) Se le entrega un certificado de inscripción a los aspirantes en el que deberá constar el número de legajo adjudicado, fecha de inscripción, organismo interviniente y transcripción del artículo 14 de la Ley 25.854, el cual establece la duración de las inscripciones, las cuales en el caso de admisión mantendrán su vigencia durante un año calendario, al cabo del cual caducarán automáticamente si no son ratificadas en persona por el o los aspirantes, y las inscripciones denegatorias caducarán a los dos años.

Concluido el trámite de inscripción el órgano de aplicaciones se expedirá admitiendo o denegando la inscripción, lo que se comunicará al o los aspirantes.

En el caso de la resolución denegatoria deberá fundarse únicamente en la falta de los requisitos prescriptos por el Código Civil, artículo 8 de la ley 25.854, es decir los establecidos en el art. 315<sup>6</sup>, 320 del código Civil y en que las evaluaciones efectuadas estiman que no se ha acreditado la aptitud adoptiva mínima. En este caso se brinda a los aspirantes instrucción acerca de las medidas terapéuticas específicas para superar los impedimentos detectados pudiendo fijarse un plazo para tomarlas.

Las resoluciones firmes de los organismos intervinientes, en uno u otro sentido, deben comunicarse en el término de quince días para su incorporación al Registro. También deberá comunicarse las resoluciones que efectivicen la guarda con fines adopción.

El Registro, trimestralmente, comunicará, a todas las provincias que hayan adherido, las pertinentes nóminas a fin de mantenerlos actualizados respecto a los movimientos operados en las mismas.

---

<sup>6</sup> Este artículo reza: “Podrán ser adoptantes toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código, cualquiera fuera su estado civil, debiendo acreditar, de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período de cinco años anteriores a la petición de la guarda. No podrán adoptar: inc. a) “Quienes no hayan cumplido 30 años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de 3 años de casados. Aun por debajo de este término, podrán adoptar los cónyuges que acrediten la imposibilidad de tener hijos”. inc. b) “Los ascendientes a sus descendientes”. inc. c) “Un hermano a sus hermanos o medio hermanos”.

El legajo será secreto, salvo para los aspirantes, sus abogados, funcionarios judiciales y organismos técnicos intervinientes (Aranda y Bigliardi, ).

## 2.4.- PROCESO DE ADOPCIÓN

El proceso de adopción esta compuesto por dos partes:

### a) Guarda Judicial Previa

La guarda es la atribución de la persona de un menor de edad a un tercero o a una institución tutelar específica a los fines de que sobre el mismo se ejerzan las conductas tutelares que se determinen, pudiendo éstas variar según las circunstancias conforme a la finalidad perseguida con esta medida proteccional en el caso concreto.

El requisito, que Zannoni reputa esencial, se establece en beneficio del menor asegurando al juez que existe un afecto de parte del adoptante y que no se trata de una decisión precipitada o que responde a móviles subalternos, sino que está de por medio el interés de adoptante y adoptado, siendo presumible que éste tendrá realmente el trato de hijo (Zannoni, 1998, pág. 626).-

El art. 316 dispone: "El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el juez. El juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda. La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo. Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge".

Los dos primeros párrafos son los que definen la necesidad de la guarda previa otorgada judicialmente como requisito para poder promover el juicio de adopción. El tercer párrafo define la competencia judicial para el otorgamiento de la guarda, atribuyéndosela al tribunal del domicilio del menor, que es el de sus representantes o al del lugar donde se hubiese comprobado su abandono, expresión esta última que no resulta clara, pues no resulta cuál es la autoridad que debe haber efectuado esa comprobación.

### b) El Proceso de adopción

En el régimen vigente, la adopción se realiza únicamente por decisión judicial, a instancia de quien desea adoptar (artículo 311, primera parte, Cód. Civ.). Por consiguiente, está desechado todo otro tipo de adopción, como la contractual o la testamentaria.

El artículo 321, inciso d, impone al juez o tribunal valorar “si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes, así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado”, y el inciso i) también dice que en todos los casos debe valorar el interés superior del menor.

La competencia según el artículo 321, inciso a) debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda. Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores; se suprime, pues, toda intervención en el juicio de adopción de los padres y, en su caso, del tutor.

El juez oírán personalmente al niño, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor de edad.

#### **4.- CONCLUSIÓN**

El presente trabajo como lo expusimos en un principio es determinar que efectos tienen la decisión de uno o de ambos esposos de separarse de hecho y sus pretensiones de ser adoptantes, para dar una respuesta nos parece que debemos establecer tres momentos.

No tenemos dudas que al momento de formular la inscripción ante el Registro de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivo ambos cónyuges deben manifestar su intención de adoptar y deben estar casados y cohabitando.

El otro momento es cuando un juez lo convoca a los fines de hacerle conocer que de estar de acuerdo se les otorgara la guarda de un niño/a. Si en el cumplimiento de lo establecido en el artículo 317 del Código Civil, “...el juez deberá - al otorgar la guarda - ...tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades e intereses del menor...”, creemos que el magistrado conoce de la separación de hecho de los cónyuges, no debe otorgar la guarda con fines adoptivos en cumplimiento a lo determinado por el artículo 320 del Código Civil.



El último momento es cuando los adoptantes, ya separados de hecho, se presentan solicitando la adopción y los requerimientos están cumplidos, es decir transcurrió el plazo de guarda dispuesto por el juez y durante la misma se forjó un afecto de padres e hijos por parte del adoptante y del adoptado. No obstante de la falta de convivencia del matrimonio estos han establecido vínculos fraternales con el niño, se han comprometido con él.

Para este tercer momento hacemos nuestras las opiniones del Dr. Mizrahi, quien dice: "... es sabio que en la presente materia juega el interés primordial del niño, amparado por disposiciones con jerarquía constitucional contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño; en especial su artículo 21, primer párrafo, sin perjuicio de que el principio obra en numerosos precedentes del mismo instrumento internacional. En esa inteligencia, consideramos que el citado artículo 320 del Código Civil, en el punto que ahora nos ocupa, podría ser cuestionado en su validez sobre la base de que en el caso concreto la adopción pretendida por el cónyuge separado de hecho es claramente beneficiosa para el niño. Queremos decir que la declaración de inconstitucionalidad de la norma – por afectar el interés protegido por una normativa de jerarquía superior – habilitaría el camino para viabilizar la filiación adoptiva reclamada "(Mizrahi, 2000,p.33).

## **5.- BIBLIOGRAFIA**

- Aranda, Elvira y Bigliardi Karina (2007) "El registro de aspirantes a guarda con fines adoptivos", Anales, director Juan Carlos Corbetta, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", nº 37, Año 4, pág. 117.-
- Chechile, Ana María (2006) La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil Argentino, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires.
- D'Antonio, Daniel Hugo (1997) "Régimen legal de la adopción", Ed. Rubinzal - Culzoni.
- Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Roveda, Eduardo (2004) "Manual de derecho de familia", Ed. LexisNexis, Buenos Aires.
- Levy, Lea M (1997) "Régimen de Adopción", Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires
- Lloveras, Nora (1998) "Nuevo régimen de adopción". Ed. Depalma, Buenos Aires, -

- Mizrahi, Mauricio Luis (2000) “Adopción: Separados de hecho y unión de hecho de los pretendidos adoptantes (Heterosexuales y homosexuales), Revista de Derecho de Familia n° 17, Ed. Abeledo – Perrot.-
- Zannoni, Eduardo (1998) “Derecho de Familia” Tomo 2º, 3º Ed. Actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aire, pág. 626.-