

PROTECCION SOCIO-LEGAL DEL NIÑO ABANDONADO. ADOPCION Y COLOCACION FAMILIAR

*Dr. Ubaldino Calvento Solari.
Encargado de la Sección de Estudios Jurídicos y Sociales del Instituto Interamericano del Niño. O.E.A.*

I. INTRODUCCION.

1.1) Quizás ningún otro tema como este ponga de manifiesto las estrechas relaciones existentes entre el sector de las disciplinas jurídicas que se refieren a los institutos de protección y asistencia del menor, y los aportes provenientes de otros campos del conocimiento, como la psicología, psiquiatría, pedagogía y sociología; conexiones donde los estudios sobre la personalidad psicológica, moral y social del individuo determinan la dimensión y alcance de las soluciones legales en un momento determinado.

1.2) En razón de ello, es necesario analizar brevemente las implicancias de orden psicológico y psiquiátrico que los mecanismos legales de integración del niño a un ambiente familiar normal, suponen; y cuyas conclusiones deberán ser siempre tenidas en cuenta en la planificación de las soluciones jurídicas, so pena de volverlas inaplicables o entorpecer los objetivos buscados.

1.3) Uno de los acontecimientos más importantes ocurridos en los últimos años en el campo de la psiquiatría es la demostración de que la naturaleza de los cuidados dispensados por los padres al niño en su infancia tienen una especial incidencia y significación en el futuro de su salud mental.

Los estudios y experiencias efectuados revelan la existencia de una correlación entre la inadaptación social y los antecedentes del hogar.

La relación materno-filial, la privación de la misma, el ambiente familiar, los inconvenientes de

la asistencia en instituciones, etc. son todos problemas que enmarcan esta cuestión.

II. LA RELACION MATERNO-FILIAL.

2.1) Si bien el factor hereditario no puede excluirse como circunstancia predisponente para el desarrollo de una personalidad anormal, las experiencias efectuadas por los esposos Glueck y Bowlby pusieron de manifiesto que la anormalidad de la relación materno-filial, en los primeros años de la vida del niño, ya sea en los casos de privación maternal absoluta, como cuando la actitud de la madre hacia el niño es desfavorable, se encuentra entre las primeras de las diferentes causas que dan origen a perturbaciones mentales en el niño e incluso determinan el desarrollo de una personalidad delincuente.

2.2) El desenvolvimiento del ego y del super-ego en forma normal, dependen de la existencia de una relación continuada y satisfactoria entre el niño y la persona que le guía en su crianza, sea su madre natural o sustituta. Estas funciones del ego y del superego son realizadas en los primeros años del niño por su madre; en esa fase el niño depende de ella, orientándole en cuanto a los problemas de tiempo y espacio y proporcionándole el ambiente adecuado. Poco a poco esas funciones van siendo asimiladas por el niño.

2.3) Si todo este proceso psíquico es interrumpido o se desenvuelve en forma anormal, los efec-

tos sobre el desarrollo del ego y del superego son demoledores, traduciéndose en la afectación de funciones tan fundamentales como el andar y el hablar.

Sólo mediante la integración del niño a un hogar estable, realizada lo más temprano posible, será posible evitar estos inconvenientes.

III. ROL DE LA FAMILIA.

3.1) Por lo general se reconoce que el niño ha de considerarse como parte de un grupo: la familia y en cuyo seno solo podrá satisfacer sus necesidades físicas, psíquicas, y sociales.

3.2) La familia en cumplimiento de sus cometidos debe dar al niño lo que necesita, no solamente bajo el aspecto de alimentos, vivienda, vestido y protección, sino también afecto, comprensión, vida espiritual, procediendo de tal manera que el niño se sienta parte de un grupo, condición esencial de su estabilidad afectiva.

De esta forma el niño podrá adquirir el equilibrio y madurez que le permitirán, una vez adulto, entablar relaciones normales con otros individuos, asumir las responsabilidades que le incumben en cuanto miembro de la colectividad a la cual pertenece y cumplir más tarde con su misión de padre o madre. A su vez la familia actúa como vehículo de transmisión de la cultura y de los valores espirituales de la colectividad de la cual forma parte.

3.3) Únicamente la familia nuclear, compuesta por el padre, la madre y los hijos puede cumplir eficientemente estos cometidos. Siendo el hombre el ser vivo de más prolongada maduración, sus progenitores juegan un papel fundamental en las distintas etapas de su evolución. Si la madre es insustituible hasta que el hijo cumple los cuatro años de edad, en términos análogos lo es el padre desde los tres a los nueve años, período de emergencia formativa y de culminación del proceso de aseguramiento interno.

3.4) Asistimos a una época donde el desarrollo de la sociedad industrial ha repercutido sobre la estructura y funciones de la institución familiar. Los cambios rápidos de orden económico, social y cultural ejercen una influencia muy fuerte sobre el sistema familiar y provocan a menudo la disociación de la familia.

3.5) Si bien actualmente la familia ha perdido gran cantidad de sus funciones de orden material y cultural, las cuales fueron asumidas por la sociedad

y sus distintos órganos, se aprecia cada vez más, sin embargo, el papel que la misma desempeña en el desarrollo de los sentimientos del niño. De ahí que se observa en los últimos años en muchos países, la implantación de sistemas de seguridad social y una red de servicios sociales encaminados directa o indirectamente a conservar y reforzar la organización familiar.

Es que la familia, como grupo social primario y núcleo fundamental de nuestra sociedad, es el único medio donde es posible lograr el crecimiento y desarrollo normal del niño y su incorporación al medio social en la plenitud de sus posibilidades físicas y espirituales.

IV. LOS INSTITUTOS DE INTEGRACION A UN AMBIENTE FAMILIAR.

4.1) Expuesta la necesidad de dotar al ser humano de un hogar estable, es indispensable que el legislador moldeé los institutos jurídicos que se encaminan hacia esos objetivos sobre las bases de los datos que ofrece el medio social, sobre las conclusiones a que arriban las ciencias que estudian al hombre y las enseñanzas que proporciona la experiencia.

4.2) Fuera de la familia natural, que obviamente es el mejor medio para el desarrollo del individuo, la legislación comparada ofrece una serie de soluciones encaminadas a dotar de una familia artificial a aquel que se encuentra privado de ella. Estas soluciones son: la adopción simple, adopción plenaria, legitimación adoptiva, la afiliación y la colocación familiar.

Analizaremos brevemente cada una de ellas.

V. ADOPCION SIMPLE, ADOPCION PLENARIA Y LEGITIMACION ADOPTIVA.

1. Concepto.

1.1) Por no ofrecer interés excluimos de nuestra consideración la parte referente a la adopción de mayores. Tampoco nos vamos a referir detalladamente a los perfiles de ambas instituciones por ser de todos conocidos.

1.2) En cuanto al móvil que las anima, creemos que la adopción simple, la adopción plenaria y la legitimación adoptiva no difieren sustancialmente. Se trata de instituciones paralelas de protección y asistencia social destinadas a proporcionar un ambiente de hogar a niños que no lo tienen. Algunos entienden que sólo deben referirse al ámbito

de la minoridad, y tan es así que existen algunos países que sólo la admiten en favor de los menores de edad.

1.3) La fundamentación del instituto de la adopción ha variado a través del tiempo; de razones religiosas a que obedecía en la antigua Roma, actualmente descansa en motivos de orden social, concibiéndose en beneficio del niño y para cumplir una vasta función de asistencia social.

1.4) La legitimación adoptiva nació para remediar los inconvenientes de la adopción clásica, como eran el mantenimiento del lazo entre el adoptado y su familia natural y la limitación de efectos entre el adoptante y el adoptado. El principal efecto es desligar completamente al adoptado de su familia de origen para hacerlo entrar en una nueva familia con los derechos y obligaciones de un hijo legítimo de los adoptantes.

1.5) La adopción de menores en las diversas modalidades reguladas por las legislaciones, ha sido definida como un instituto de asistencia social destinado a la protección del niño abandonado, privado de ambiente familiar. El moderno Código Civil de Guatemala la define como "*acto jurídico de asistencia social*". De acuerdo a las legislaciones de Uruguay y Bolivia opera en favor de "*menores abandonados o huérfanos de padre y madre o hijos de padres desconocidos, y de pupilos del Estado*", es decir todas situaciones de menores desamparados.

2. Naturaleza Jurídica.

2.1) Superadas hoy las tesis contractualistas, la mayoría de los autores afirman el carácter institucional de la adopción. Los sujetos intervinientes no se encuentran en un pie de igualdad, ni establecen relaciones de coordinación, por el contrario sus relaciones están basadas en la jerarquía y la disciplina y las obligaciones y derechos emergentes no resultan fijados por la voluntad de las partes, sino que emergen de la ley.

2.2) Si bien existe consenso en señalar el carácter institucional de la adopción, las discrepancias surgen cuando se trata de determinar la rama del derecho en que milita esta institución: si se trata de una institución del Derecho Privado, del Derecho de Familia o del Derecho de Menores.

2.3) La mayoría de los civilistas afirman que el vínculo adoptivo es una "institución" del Derecho de Familia, que crea un estado de familia y descan-

sa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el Derecho de Familia.

Algunos autores estiman que la adopción llena todos los requisitos para calificarla como "*acto jurídico familiar*" (1), siguiendo la posición del jurista español Castán Tobeñas que distingue "*por razón del fin que tienden los negocios jurídicos se dividen en familiares (como el matrimonio y la adopción) y en patrimoniales*".

2.4) Modernamente se abre camino una nueva posición que sostiene que la adopción —particularmente la adopción plenaria y legitimación adoptiva— atendiendo a su esencia y sus fines es una institución del Derecho de Menores, debiendo distinguírsele de la adopción como institución "familiar" (2).

2.5) El Derecho de Menores como conjunto de normas e instituciones ideadas con fines de protección al menor adquiere contemporáneamente carácter de disciplina jurídica autónoma. La adopción se ha incorporado al derecho positivo europeo y americano, atendiendo a fines eminentemente de protección de los niños abandonados, sin hogar.

2.6) Esta posición de la adopción como institución de asistencia tutelar y propia del Derecho de Menores estaría corroborada por buena parte de las legislaciones americanas, donde la encontramos regulada por los Códigos o Estatutos de Menores, actuando en favor de "*menores abandonados o huérfanos de padre y madre o hijos de padres desconocidos, y de los pupilos del Estado*" (Brasil, Bolivia, Uruguay).

3. Efectos de la adopción.

3.1) En este campo es donde más difieren las legislaciones, y estas diferencias reflejan las diversas concepciones que respecto de la adopción existen, heredadas del derecho antiguo o incluso de la religión.

3.2) Cabe distinguir dos grandes grupos de leyes.

A. Las que dan al hijo adoptivo el estatuto completo de hijo legítimo con todas las consecuencias que ello implica, especialmente con la total ruptura de lazos con la familia de sangre.

B. Las que dan al niño ciertos derechos y deberes en su familia adoptiva sin asimilarlo totalmente a un hijo consanguíneo y, sobre todo, dejando subsistir los lazos con su familia.

(1) LOPEZ DEL CARRIL, Julio, *El Derecho de Familia y la Adopción, Primer Curso Regional Interamericano sobre Colocación Familiar, Adopción y Libertad Vigilada*, Montevideo, 1972.

(2) SAJON, Rafael, *La Adopción en la legislación latinoamericana*, Montevideo, 1971.

Estos dos tipos de adopción coexisten a veces en algunos países (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Bélgica, Francia, Italia, Uruguay, entre otros).

3.3) En la primera categoría se encuentran los países que han admitido poco a poco la idea de que la adopción es una imitación total y sin restricciones de la filiación biológica. De esta forma el niño adquiere los derechos y obligaciones de un hijo legítimo no sólo frente a sus padres adoptivos, sino frente a toda su familia. Paralelamente, los derechos y obligaciones recíprocamente entre él y su familia natural se extinguen, subsistiendo solamente como es obvio, un impedimento para el matrimonio por los problemas de consanguinidad.

3.4) En el segundo tipo de adopción, el niño solamente se integra parcialmente a la familia adoptiva. Generalmente sólo está ligado a sus padres adoptivos y no con la familia entera. Además, a veces se limitan algunos derechos, principalmente en materia sucesoria. Por otro lado, los lazos con la familia natural no se rompen del todo, en lo que se refiere a la obligación de alimentos o al derecho de sucesión.

3.5) Otro aspecto importante y muy controvertido es el de la revocabilidad de la adopción. Antiguamente la adopción era siempre revocable y ello debido a que la filosofía y finalidad que informaban al instituto era distinta. Actualmente se tiende hacia la idea de que si la adopción imita perfectamente a la filiación legítima, no existen razones para una eventual revocación. Muchas leyes mantienen a menudo la revocabilidad de la adopción, aunque reservándola a situaciones graves. No obstante algunos países no la admiten tratándose de la adopción plena o de la legitimación adoptiva (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Francia, Uruguay).

4. Derecho Comparado.

4.1) La adopción ha evolucionado a través del tiempo, llegando a cambiar sustancialmente en los últimos años su estructura y finalidades originarias. Recibida en la mayoría de los Códigos Civiles de América con la misma fisonomía con que fue concebida dentro de la legislación francesa y española, mantuvo su carácter contractual y predominantemente privado durante todo el siglo XIX y parte del siglo XX.

4.2) Los primeros códigos civiles no pensaron que la adopción fuera una institución creada en interés del niño. Concebida como un contrato entre los adoptantes y el adoptado —supuestamente ma-

yor— su objetivo radicaba en continuar una familia sin hijos.

4.3) La moderna orientación del Derecho de Menores y del Derecho de Familia consideran la adopción como una institución de protección al menor, animada con la finalidad de dotar de una familia al niño que no la tiene.

Si bien en general las legislaciones destacan su carácter proteccional y social y que deberá atender al interés del menor, se constatan por lo menos dos sistemas legales que organizan, la adopción de menores sobre bases sustancialmente diferentes.

4.4) Un grupo de países (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú) la regula en general siguiendo los lineamientos de la adopción clásica, respondiendo a las siguientes características: 1) predominio de la naturaleza contractual, aun cuando se prevé la intervención judicial para homologar; 2) no existe incorporación total del adoptado a su familia adoptiva, quedando subsistentes los vínculos con su familia natural; 3) posibilidad de mutuo disenso o revocación de la adopción.

4.5) Otro grupo de países (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Rep. Dominicana, Uruguay y Venezuela) junto a la adopción clásica, organizan bajo denominaciones diferentes un tipo de adopción destinada a cumplir en forma más cabal los objetivos actuales de la institución, cual es proteger a la infancia abandonada, mediante su incorporación definitiva a una familia estable. Bajo los nombres de "legitimación adoptiva" (Brasil, Chile y Uruguay), "adopción plena" (Argentina, Costa Rica y Venezuela), "adopción privilegiada" (Rep. Dominicana), o "arrogación de hijos" (Bolivia), estas legislaciones organizan una forma de adopción que establece un símil con la filiación y reservándola solamente en favor de niños abandonados, huérfanos de padre y madre e hijos de padres desconocidos, es decir, situaciones de menores desamparados. Sus características principales son: 1) naturaleza institucional del vínculo, formándose el mismo a través de un procedimiento judicial; 2) incorporación definitiva del menor a la nueva familia, asimilándose al hijo nacido de matrimonio; 3) no revocabilidad del vínculo de adopción.

Este último sistema consulta los verdaderos objetivos de la institución y es la orientación de la más moderna legislación. La adopción bajo cual-

quiera de las modalidades conocidas debería destinarse solamente a menores de corta edad solución que viene siendo acogida por algunos países (Bolivia, Brasil y Rep. Dominicana).

4.6) Respeto de la Legitimación Adoptiva —que se mantiene todavía en algunos países americanos como Brasil, Chile y Uruguay— debe destacarse que en su momento sufrió una evolución contradictoria. Mientras en América se encontraba en auge, en Europa entraba en crisis. Francia, que fue la inspiradora del instituto al organizarla por primera vez en su Código de la Familia de 1939, volvió sobre sus pasos reorganizando la institución por una ley de 1966 y por la cual eliminó la denominación de Legitimación Adoptiva, sustituyéndola por la Adopción Plenaria y regulando en forma independiente la Adopción Simple. Algo parecido está aconteciendo actualmente en el panorama de la legislación americana, como queda expresado.

5. Principios que deben regular la adopción de niños.

Interpretando el espíritu de este curso y con el ánimo de realizar aportaciones concretas, más que extendernos en el estudio de los diversos aspectos que presentan la adopción plenaria o la legitimación adoptiva, nos interesa dejar establecidos cuáles son a nuestro juicio los objetivos fundamentales que toda regulación en la materia debe tener presente:

- 1) Que la adopción plenaria pueda ser efectuada indistintamente por dos cónyuges o por una persona sola;
- 2) Que sólo proceda en favor de menores de edad, siendo preferible que la integración del menor al nuevo hogar comience no más allá de los dieciocho meses;
- 3) Que no debe ser obstáculo para la adopción la presencia de descendencia legítima o natural;
- 4) Asimilación del hijo adoptivo al legítimo;
- 5) Carácter institucional de la adopción y no contractual, con intervención del órgano judicial, que para autorizarla sólo tendrá en cuenta el interés del menor;
- 6) Eliminación del abandono progresivo, por medio del cual si bien no existe abandono expreso del niño, los padres se interesan del mismo en forma esporádica; estableciéndose que la simple petición de noticias no interrumpe el plazo de abandono;
- 7) El plazo para que se configure el aban-

dono no ha de exceder de un año, pues existe interés de que el niño se integre en forma definitiva a su nuevo hogar lo más pronto posible;

- 8) Carácter irrevocable de la adopción;
- 9) Declaración de abandono y pérdida de la patria potestad, previa al procedimiento que disponga la adopción, en las cuales la familia natural sea oída o debidamente citada;
- 10) Instrucción a los adoptantes sobre la necesidad de revelar oportunamente al hijo adoptivo su verdadera situación.

VI. ADOPCIONES INTERNACIONALES.

1. Generalidades.

1.1) No se puede hablar de la situación actual y de las tendencias que se perfilan en el campo de la adopción internacional sin hacer referencia al Seminario Europeo sobre la Adopción entre Países, que tuvo lugar en 1960, en Leysin, Suiza. En esta reunión, expertos de un gran número de países elaboraron una serie de principios que han ejercido influencia en la evolución de los procedimientos sobre adopción vigentes hasta ahora. El Seminario luego de considerar a la adopción como el método más adecuado para que un niño privado de su familia natural encuentre una vida de familia, recomienda que dentro de lo posible "*la elección de los adoptantes recaiga en una pareja del país del niño*", sin excluir desde luego la solución de la adopción internacional.

1.2) La adopción internacional o "adopción entre países" se configura cuando los adoptantes y los niños no tienen la misma nacionalidad y en la cual el domicilio habitual de los adoptantes y el del niño se encuentran en países diferentes.

1.3) Desde finales de la segunda guerra mundial, la emigración de niños con vistas a la adopción se ha hecho general de Europa a los Estados Unidos y de un país europeo a otro. En su momento para muchos niños esto representó una solución excelente para sus problemas.

1.4) Actualmente países desarrollados, altamente industrializados y de baja natalidad se interesan por incorporar niños en adopción provenientes de países en vías de desarrollo y de alta natalidad, donde el problema de la infancia abandonada adquiere dimensiones importantes. A menudo en estos países los mecanismos de integración a un hogar sustituto se encuentran poco

desarrollados y la adopción internacional puede presentarse como una solución.

1.5) Recientemente, en diciembre de 1978, una conferencia realizada en Ginebra bajo los auspicios de Naciones Unidas estudió todo lo relativo a las adopciones internas e internacionales, formulando recomendaciones precisas.

1.6) La adopción entre países hoy en día presenta dos aspectos importantes, uno que se ubica en el plano jurídico y otro de tipo socio-cultural, quizás este último más importante que el primero.

2. Aspectos Jurídicos.

2.1) En el plano jurídico, durante los últimos años las leyes sobre adopción de los diversos países se han modificado tratando de adaptarlas a los cambios sociales y a las nuevas orientaciones en la materia. Una adopción internacional pone muchas veces en colisión leyes de diversos países, ya que los padres naturales, el niño y los adoptantes se encuentran sometidos a estatutos jurídicos diversos. Una adopción legalmente pronunciada de acuerdo a la legislación de un país y que otorga determinado estado civil al niño, puede no tener la misma eficacia en su país de origen, donde quizás detente un estado civil distinto. Algunos acuerdos y convenciones internacionales han tratado de solucionar estos conflictos de leyes.

2.2) Desde el punto de vista jurídico, las garantías deseables son las siguientes: 1) Determinar las autoridades competentes, la ley que deben aplicar y fijar el procedimiento; 2) asegurar el reconocimiento de la adopción en los países interesados; 3) Impedir que se concedan autorizaciones de adopción sin las necesarias precauciones.

2.3) Los acuerdos internacionales en la materia han seguido dos vías:

A) Sistema de la Convención de La Haya.*
 La Convención intenta eliminar el conflicto de leyes, indicando la ley aplicable cuando personas de distintas nacionalidades intervienen en un proceso de adopción y se hallan domiciliadas en países diferentes. Es la solución también seguida por el Código de Bustamante y el Tratado de Montevideo de 1940.

La Convención de La Haya trata de llegar a un compromiso entre los estados firmantes, especialmente en lo que se relaciona con la legislación aplicable en la adopción, bajo dos principios diferentes: el principio de la nacionalidad y el principio del domicilio. Son competentes para pronunciarse en una adopción las autoridades del país de residencia habitual o de nacionalidad del adoptante o de los esposos adoptantes (art. 3, ap. 1). La Convención por otra parte obliga a las autoridades competentes a no pronunciar adopciones más que cuando sean conformes con el interés del niño (art. 6).

En cuanto a la ley aplicable la Convención se inclina en principio por la ley de la autoridad encargada (art. 4, ap. 1).

De acuerdo a la Convención las adopciones pronunciadas por una autoridad competente y que caigan en el campo de aplicación de la misma, deben ser reconocidas de pleno derecho por todos los Estados contratantes (art. 8). Este reconocimiento significa que en todos los Estados ligados por la Convención, al niño se le considera sin reservas como hijo adoptivo del o de los adoptantes.

B) Sistema de la Convención Europea para la Adopción de Niños. Esta Convención, elaborada por el Consejo de Europa en 1967, sigue una vía diferente. Trata de elaborar una legislación modelo y los firmantes se comprometen a armonizar su legislación en materia de adopción con las reglas de la Convención.

3. Aspectos socio-culturales.

3.1) Es indudable que los aspectos jurídicos del problema son muy importantes y plantean a menudo dificultades que son fuentes de muchas incertidumbres.

3.2) Sin embargo, como hemos expresado, la adopción entre países presenta un aspecto socio-cultural, que quizás sea más importante que su faz jurídica. La formalización de un vínculo de adopción supone el cumplimiento de una serie de tareas que deben hacerse en forma responsable y con intervención de organismos y profesionales calificados. Debe cumplirse una adecuada supervisión

* Ver Anexo.

antes y después de la colocación del niño. Esta supervisión es útil durante el período de adaptación, especialmente cuando se trata de niños de más edad o que precisan cuidados especiales.

3.3) Estas actividades tienden a asegurar el éxito de la adopción y deben observarse no sólo en las adopciones domésticas, sino también en las adopciones internacionales. De ahí que el mecanismo de la adopción internacional deba canalizarse a través de organismos especializados, que trabajen con responsabilidad y profesionalidad y estén debidamente controlados por los estados.

VII. AFILIACION.

7.1) Entre las innovaciones que el Código Civil italiano de 1942 introdujo en materia de Derecho de Familia, se encuentra el instituto de la Afiliación o "picola adozione" como algunos autores la denominan.

7.2) Se trata también de un instituto de asistencia social aplicable a menores de dieciocho años que se hallan en alguna de las siguientes situaciones: hijos de padres desconocidos, hijos naturales reconocidos sólo por la madre que se encuentra en imposibilidad de proveer a su formación, menores internados en instituciones de asistencia pública, o bien en estado de abandono material o moral.

7.3) La afiliación procede en los casos en que una persona ha tenido a su cargo o ha provisto la educación de un menor, bien por propia iniciativa, bien a petición de un establecimiento de asistencia pública. Los requisitos que el Código Civil italiano exige para que la afiliación pueda darse, son los siguientes: a) que la educación haya durado un período de tres años como mínimo; b) el consentimiento del cónyuge del afiliante aún cuando estuviese separado; c) que no concurra ninguna de las causas que incapaciten al afiliante para ser tutor.

7.4) Los efectos de la afiliación consisten en que vigoriza, elevando a la categoría de estado casi familiar, la relación de carácter asistencial existente entre el educador y los niños huérfanos o abandonados por sus padres, pero sin atribuir al afiliado la calidad de hijo.

El carácter de asistencia social del instituto de la afiliación resulta de encontrarse el mismo reglamento en el Código Civil italiano en el título dedicado a tratar lo referente a los menores confiados a la asistencia pública o privada.

7.5) La afiliación tiene por objeto dotar de un ambiente familiar normal a esos niños en que por

diversas circunstancias no puede funcionar en su favor el instituto de la adopción; diferenciándose de ésta por la reducción de las condiciones de otorgamiento y de los efectos que produce.

VIII. COLOCACION FAMILIAR.

8.1) Como otra forma de asistir y tutelar en un hogar sustituto a niños de corta edad, las legislaciones regulan la colocación familiar.

8.2) Ha sido definida por el XI Congreso Panamericano del Niño como "*una institución jurídica que consiste en la entrega de un menor, por resolución judicial o de un organismo de protección, a una familia, en guarda o custodia*".

8.3) La colocación familiar, tanto en su forma gratuita como remunerada, obliga al guardador a proporcionar asistencia, alimentos, educación y corrección al niño, pero sin conferirle ninguna titularidad sobre él, pues los progenitores no pierden la patria potestad sobre el menor, ya que se trata de una medida de orden temporal.

A diferencia del que ejerce la patria potestad o la tutela, aquel que recibe un menor en colocación familiar carece de las facultades de representación y de administración. La colocación familiar es un instituto típico del Derecho de Menores porque tiende a dotar de un ambiente familiar al niño que no tiene familia, sin llegar a constituir un vínculo de familia. Aún cuando pueda tener cierto parentesco con la tutela, es sustancialmente diferente. La tutela es una institución del Derecho de Familia que generalmente opera frente al menor que tiene bienes y carece de padres en ejercicio de la patria potestad.

8.4) De un punto de vista conceptual y haciendo abstracción de toda referencia al derecho positivo, la colocación familiar puede actuar en tres supuestos: a) colocación familiar en custodia; b) colocación familiar en guarda; c) colocación familiar remunerada. La primera se refiere al niño de corta edad que es ubicado en una familia con vistas a su posterior adopción; es esencialmente gratuita. El segundo supuesto opera en favor de menores de más edad que por alguna circunstancia se ven privados de su familia y se trata de evitar su permanencia en un establecimiento.

La ubicación del menor generalmente se hace con una persona denominada "cuidadora" a quien se retribuye el servicio que presta. La tercera situación se refiere al menor púber que se encuentra en situación de prestar servicios y a cambio de

los cuales recibe una remuneración; viene a constituir un contrato de aprendizaje sui géneris, a través del cual el menor se beneficia profesionalmente, se utilizan sus servicios y recibe una retribución que es suministrada parcialmente en especie (casa, alimento, vestuario).

8.5) A nivel del derecho positivo de los países americanos, el instituto de colocación familiar aparece regulado detalladamente en el Estatuto de Menores de Venezuela.

8.6) Como medida de protección dispuesta por el Tribunal de Menores o el Organismo administrativo, debe quedar bajo la atenta vigilancia y control de los servicios sociales dependientes de estas instituciones.

8.7) La colocación familiar siendo la que más se aproxima al hogar natural del niño puede operar como solución transitoria permitiendo la oportuna reintegración del menor al propio hogar sin ina-

daptaciones, y en los casos de abandono total, proporcionar hogar definitivo por medio de la adopción.

8.8) Algunos autores encuentran cierto paralelismo entre la colocación familiar y la afiliación, atribuyéndoles análoga naturaleza, en cuanto ambos institutos son formas del cumplimiento de la asistencia social que cabe al Estado para solucionar el problema de la infancia abandonada.

8.9) La Comisión de Juristas Internacionales convocada por el IIN en Quito, 1959, aprobó una serie de proposiciones que fueron votadas como recomendaciones por el XI Congreso Panamericano del Niño celebrado en Bogotá, en 1959 y que son de plena actualidad, pues constituyen un conjunto sistemático y orgánico de proposiciones que consultan la realidad americana y la más connotada orientación doctrinaria jurídica.

CONCLUSIONES

- 1) La institución familiar es el único medio por excelencia donde es posible lograr el crecimiento y desarrollo normal del niño y su incorporación al medio social en la plenitud de sus posibilidades físicas y espirituales.
- 2) Es necesario formular una política de protección y fortalecimiento de la familia mediante la adopción de sistemas completos de seguridad social e implantación de servicios sociales encaminados a ese fin.
- 3) La asistencia de menores en instituciones debe adoptarse como medida extrema, procurando en lo posible que la misma se efectúe en su propia familia o en un hogar sustituto.
- 4) Los organismos competentes para evitar las internaciones deben intensificar y acrecentar los institutos de protección y asistencia de menores como la colocación familiar, subsidios familiares, guardas y adopciones.
- 5) El instituto de la adopción debe plasmarse según las costumbres imperantes y los requerimientos del medio social, simplificándolo de formalismos y logrando que la incorporación del niño al hogar adoptivo se efectúe lo más tempranamente posible.
- 6) La adopción debe constituir un símil lo más perfecto posible de la familia biológica, haciendo irrevocable la misma y dotando al adoptado de los mismos derechos y obligaciones que el hijo legítimo.
- 7) Cuando existan dificultades de cualquier género para la adopción debe irse sin vacilaciones a la colocación familiar, procurando que ésta sea definitiva, para que el niño no sufra traumatismos.
- 8) La adopción internacional, bajo garantías necesarias, puede constituir una solución apropiada en muchos casos.

B I B L I O G R A F I A

- CALVENTO, Ubaldo. *Integración del menor a un hogar estable*, *Jornadas de Bienestar Infantil*, Montevideo, 1972.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. CENTRE INTERNATIONAL DE L'ENFANCE. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, 1966.
- LOPEZ DEL CARRIL, Julio. *Adopción y Derecho de Familia*, en *Seminario Regional Interamericano sobre Adopción y Colocación Familiar*, Montevideo, 1972.
- Revista Internacional del Niño. "Adopción y Crisis en el Tercer Mundo: Reflexiones sobre el futuro". No. 29, junio 1976.
- Revista Internacional del Niño. "La Adopción". No. 28, marzo 1976.
- SAJON, Rafael. *La Adopción en la Legislación Latinoamericana —Diferentes sistemas— Recomendaciones*. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay, 1971.
- SAVATIER, R. *La evolución más reciente del Derecho en adopción, Sauvegard de l'Enfance*, año 1967, No. 1, París.
- TREJOS, Gerardo. *La Adopción*. Costa Rica, año 1978.

A N E X O

CONVENCION RELATIVA A LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES LA LEGISLACION APLICABLE Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS DECISIONES EN MATERIA DE ADOPCION*

— (Concluida el 15 de noviembre de 1965)

Los Estados signatarios de la presente Convención: Deseando establecer unas disposiciones comunes relativas a las competencias de las autoridades, la legislación aplicable y el reconocimiento de las decisiones en materia de adopción,

Han decidido concluir una Convención a este efecto, y se han tomado las disposiciones siguientes:

Artículo primero. La presente Convención es aplicable a las adopciones entre:

de una parte, una persona que tenga la nacionalidad de los Estados contratantes, así como su residencia habitual en uno de estos Estados, o esposos que tengan cada uno la nacionalidad de uno de los Estados contratantes, así como su residencia habitual en uno de estos Estados; y,

de otra parte, un niño de menos de dieciocho

años cumplidos el día de la solicitud de adopción, soltero y teniendo la nacionalidad de uno de los Estados contratantes, así como su residencia habitual en uno de estos Estados.

Artículo segundo. La presente Convención no es aplicable si:

- a) los adoptantes no tienen ni la misma nacionalidad ni su residencia habitual en el mismo Estado contratante;
- b) el o los adoptantes y el niño tienen todos la misma nacionalidad, así como su residencia habitual en el Estado del que ellos son nacionales;
- c) si no está legislado sobre la adopción por una autoridad competente, en virtud del artículo 3.

* El 1 de abril de 1977, Austria y Suiza habían ratificado la Convención, y el Reino Unido la había firmado. Entrará en vigor por efecto de una tercera ratificación.

Artículo tercero. Son competentes para legislar sobre la adopción:

- a) las autoridades del Estado de residencia habitual del adoptante, o cuando se trate de una adopción realizada por un matrimonio, las autoridades del Estado en el cual tienen los dos esposos su residencia habitual;
- b) las autoridades del Estado de la nacionalidad del adoptante, o cuando se trate de una adopción realizada por un matrimonio, las autoridades del Estado de su nacionalidad común.

Las condiciones de residencia habitual y de nacionalidad deben cumplimentarse tanto en el momento en que las autoridades enunciadas en el presente artículo ejecutan, como en el momento en que legislan.

Artículo cuarto. Las autoridades enunciadas en el artículo 3, párrafo primero, aplicarán, bajo reserva del artículo 5, párrafo primero, su ley interna a las condiciones de la adopción.

Sin embargo, las autoridades competentes por razón de la residencia habitual deben respetar cualquier prohibición de adoptar que esté señalada por la ley nacional del adoptante, o si se trata de una adopción realizada por un matrimonio, por su ley nacional común, cuando esta prohibición es objeto de una declaración señalada en el artículo 13.

Artículo quinto. Las autoridades enunciadas en el artículo 3, párrafo primero, deberán aplicar la ley nacional del niño en los consentimientos y consultas, que serán diferentes de las del adoptante, de su familia y de su cónyuge.

Si, según la ley nacional del niño, éste o un miembro de su familia debe comparecer personalmente ante la autoridad que decide sobre la adopción, ha lugar de proceder, llegado el caso, por la vía requisitoria cuando la persona en cuestión no tiene su residencia habitual en el Estado de la mencionada autoridad.

Artículo sexto. Las autoridades señaladas en el artículo 3, párrafo primero, no pronunciarán la adopción más que si ésta es conforme al interés del niño. Procederán previamente por intermedio de las autoridades locales apropiadas, en una profunda investigación respecto al o a los adoptantes, el niño y su familia. En la medida de lo posible, la investigación se efectuará con la colaboración de or-

ganizaciones públicas o privadas cualificadas en materia de adopción en el plano internacional y el concurso de asistentes sociales que hayan recibido una formación especial o tengan una experiencia particular en los problemas de la adopción.

Las autoridades de los Estados contratantes tomarán inmediatamente todas las medidas de ayuda mutua, solicitadas con vistas a una adopción en la que sea aplicable la presente Convención: las autoridades pueden, a este efecto, comunicarse entre sí.

Todo Estado contratante tiene la facultad de designar una o varias autoridades encargadas de las comunicaciones previstas en el párrafo anterior.

Artículo séptimo. Son competentes para anular o renovar una adopción, a la que sea aplicable la presente Convención:

- a) las autoridades del Estado contratante en el cual el adoptado tiene su residencia habitual el día de la solicitud de anulación o de revocación;
- b) las autoridades del Estado contratante en el cual, el día de la solicitud de anulación o de revocación, el adoptante tiene su residencia habitual, o en el que, cuando se trate de una adopción realizada por un matrimonio, los dos esposos tienen su residencia habitual;
- c) las autoridades del Estado en el cual ha sido decidida la adopción.

Una adopción puede ser anulada por aplicación:

- a) sea de la ley interna de la autoridad que ha legislado sobre la adopción;
- b) sea de la ley nacional del adoptante o de los esposos en el momento que hayan decidido sobre la adopción cuando la nulidad tiene como causa la violación de una de las prohibiciones señaladas en el artículo 4, párrafo 2;
- c) sea de la ley nacional del adoptado cuando la nulidad tiene como causa el defecto o vicio de uno de los consentimientos requeridos por esta ley.

Una adopción puede ser revocada por aplicación de la ley interna de la autoridad ejecutiva.

Artículo octavo. Toda adopción a la cual sea aplicable la presente Convención y sobre la cual ha legislado una autoridad competente, señalada en el artículo 3, párrafo primero, es reconocida de pleno derecho en todos los Estados contratantes.

Toda decisión de anulación o de revocación pronunciada por una autoridad competente, conforme a lo señalado en el artículo 7, es reconocida de pleno derecho en todos los Estados contratantes.

Si se produce un litigio en un Estado contratante sobre el reconocimiento de tal adopción o decisión, las autoridades de ese Estado están obligadas, en consecuencia, a la apreciación de la competencia de la autoridad que ha decidido, por las constataciones de hecho sobre las cuales la mencionada autoridad ha fundado su competencia.

Artículo noveno. Cuando una de las autoridades competentes, según el artículo 3, párrafo primero, ha decidido sobre una adopción debe informar de ello, llegado el caso, al otro Estado, cuyas autoridades son igualmente competentes a estos efectos, así como al Estado del cual tiene la nacionalidad el niño y al Estado contratante donde ha nacido el niño.

Cuando una de las autoridades competentes, según el artículo 7, párrafo primero, ha anulado o revocado una adopción debe informar de ello al Estado cuya autoridad había decidido sobre la adopción, así como al Estado cuya nacionalidad tiene el niño y al Estado contratante donde ha nacido el niño.

Artículo décimo. A los fines de la presente Convención, un adoptante o un niño apátrida o de nacionalidad desconocida, se le reconoce la nacionalidad del Estado de su residencia habitual.

Artículo décimo primero. A los fines de la presente Convención, si en un Estado del cual tienen la nacionalidad están en vigor varios sistemas de derecho, las referencias a la ley nacional interna y a las autoridades del Estado cuya nacionalidad posee una persona son interpretadas conforme a la ley

y las autoridades señaladas por las normas en vigor en este Estado, o en ausencia de tales normas, a la ley o a las autoridades del sistema con el cual el interesado tiene más estrechos lazos.

Artículo décimo segundo. La presente Convención no alcanza a las disposiciones de otras Convenciones en materia de adopción vigentes en el momento de su entrada en vigor en los Estados contratantes.

Artículo décimo tercero. Todo Estado, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, puede hacer, a los fines de la aplicación del artículo 4, párrafo 2, una declaración especificando una o varias prohibiciones al adoptar que estén ya señaladas por su ley interna y fundadas en:

- a) la existencia de descendientes del o de los adoptantes;
- b) el hecho de que la adopción es solicitada por una sola persona;
- c) la existencia de un lazo de sangre entre un adoptante y el niño;
- d) la existencia de una adopción anterior del niño por otras personas;
- e) la exigencia de una diferencia de edad entre el o los adoptantes y el niño;
- f) las condiciones sobre la salud del o de los adoptantes y el niño;
- g) el hecho de que un niño no resida en casa del o de los adoptantes.

Tal declaración puede ser retirada en todo momento. La retirada será notificada al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

Los efectos de una declaración retirada cesarán a los sesenta días después de la notificación mencionada en el párrafo anterior.

Los artículos 14 al 24 contienen disposiciones de carácter más bien formal, la cláusula de orden público y las cláusulas finales.