Título: Principales cambios y problemáticas de la adopción en Argentina.
Autor: Abog. Andrea M. Magnin
Publicado en: Revista del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 1- Año 2017

Principales cambios y problemáticas de la adopción en Argentina.

Por Andrea M. Magnin[1]

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de Familia. III. La adopción en el Código de Vélez. IV. Principales cambios introducidos por la Ley 26.994 y modificatorias. V. Legislación y jurisprudencia comparada. VI. Cómo adoptar hoy en Argentina. VII. Conclusión.

I. Introducción.-

La adopción, en general, es vista en primer lugar, como la materialización del deseo de una persona de ser padre. Es el cumplimiento, en ocasiones, de la aspiración de esa persona a criar a un hijo o, en otras, a cumplir con el "mandato" de formar una familia, impuesto desde antaño por la sociedad.

Sin embargo, no debe soslayarse el anhelo que tiene el niño de formar parte de ese grupo familiar, en donde pueda llegar a brindársele la calidad de vida que cualquier ser humano merece tener.

Los plazos de la justicia en los casos de adopción, no reparan en esos deseos que todo niño tiene, llegando a perjudicar muchas veces el futuro de esa persona y las ansias de aquellas otras de ser padres.

II. Concepto de familia.-

Si bien, en la actualidad se observan con más frecuencia diferentes tipos de familias que tiempo atrás eran impensadas, como las familias monoparentales o las llamadas "ensambladas", todavía hoy se sigue opinando muy fuertemente sobre el concepto de familia y lo que ello conlleva.

El diccionario de la Real Academia Española[2] posee variadas definiciones de este concepto. Algunas de ellas son:

1. f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.

[1] Abogada- Escribana. Diploma de Honor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Escribana Pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –Mat. Nº 5599-. Abogada litigante, inscripta en la Matrícula Nº 807 del Colegio Público de Abogados de Ushuaia. Actualmente se desempeña en el área legal de la Agencia de Recaudación Fueguina.
[2] Rae.es

2. f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.

3. f. Hijos o descendencia.

A su vez, existen distintos tipos de familias, a saber:

- **La familia patriarcal.** La autoridad máxima es el padre. En la antigüedad, la practicaban los romanos, los palestinos y los griegos.
- **La familia monoparental.** Según las Naciones Unidas una familia monoparental es una variación de la familia nuclear de un sólo adulto, compuesta por una madre o un padre y uno o varios hijos.
- **La familia homosexual**. Es una nueva forma de vivir en familia**,** conformada por una pareja del mismo sexo**.** Desde hace algunos años, en muchos países se ha venido legalizando este tipo de uniones.

Asimismo, los tipos de familia mencionados, pueden considerarse como especies dentro del género "familia extendida". En este tipo de familia existe una red de afines. Incluye a padres, hijos, hermanos de los padres con sus propios hijos, abuelos, tíos abuelos, bisabuelos (generaciones ascendentes). Incluso, puede llegar a abarcar parientes no sanguíneos como por ejemplo, los medio hermanos.

Anteriormente, al hombre como esposo, le correspondía el cuidado y protección de la esposa en una atmósfera de autoridad en relación con los hijos. En la casa delegaba todo el trabajo doméstico en la esposa. Hoy en día la mujer ha contraído un rol mucho más importante y abarcativo, pasando a ser en muchos casos el jefe de familia. El reconocimiento de derechos igualitarios entre hombres y mujeres ha ayudado a reconocer a la mujer como un integrante fundamental en la comunidad familiar, produciendo transformaciones fundamentales en la naturaleza de la familia y del matrimonio.

Como se puede observar, el concepto de familia es muy amplio, pudiendo comprender variadas situaciones que difieren unas de otras.

Es por ello, que el legislador, sobre este concepto, jamás ha dado una definición específica, ya que la familia es un estado que varía constantemente de manera precipitada, no pudiendo en consecuencia, estancarlo en una descripción estática.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado enfáticamente que no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional, sino que brinda un concepto amplio.[3]

Lo que sí ha definido la ley, es el estado de familia. A todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas o, aún por la ausencia total de tales vínculos. El emplazamiento determinado por la existencia de dichos vínculos o, por la ausencia de

---

[3] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014". Fecha 8-10-14. http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Las-nuevas-realidades-familiares-en-el-Codigo-Civil-y-Comercial-argentino-de-2014.-Por-Aida-Kemelmajer-de-Carlucci.pdf

ellos, implica un conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos atribuidos a las personas que configuran su estado de familia. Éste es un atributo exclusivo de las personas humanas, no teniendo las personas jurídicas dicho estado. Es inherente a la persona y no puede ser invocado ni ejercido por ninguna otra que no sea su titular. A pesar de todo, la familia continúa siendo la unidad o núcleo social básico de una sociedad. Es decir, la familia de hoy seguirá siendo un reflejo de la sociedad en la cual vivimos.

La adopción en el Código de Vélez.-

Este instituto se encontraba desarrollado en Título IV de la Sección Segunda del Libro Primero del Código Civil Velezano, llamada "*De los derechos en las relaciones de familia*".

En nuestro país en 1948 se promulgó la Ley Nacional N° 13.252 (B.O. 29/09/1948)- debido al terremoto ocurrido en San Juan el 15 de enero de 1944. El mismo destruyó el ochenta por ciento (80 %) de la ciudad de San Juan, estimándose un total de quince mil (15.000) víctimas fatales. Ello fue causal de la orfandad de miles de niños en aquella ciudad, los cuales fueron enviados en tren a Buenos Aires y acogidos por la Dirección General de Inmigración.

En consecuencia, la citada ley acogió lo que se conoce como adopción simple -aquella que creando un vínculo jurídico entre adoptante y adoptado, no crea vínculo familiar con los parientes del adoptante, ni derechos sucesorios por representación- a fin de que esos niños puedan encontrar nuevamente una familia donde ser criados.

Posteriormente, en 1971, se dictó la Ley Nacional N°19.134 -(B.O. 29/07/1971)-la cual derogó la norma vigente hasta ese momento en materia de adopción e incorporó a nuestro derecho positivo la adopción plena. La misma se admitió respecto de menores abandonados, sin filiación acreditada, huérfanos o cuyos padres hubiesen perdido la patria potestad. Sin perjuicio de este tipo de adopción, se mantuvo la adopción simple respecto de menores que no se hallaren en alguna de estas situaciones.

Es decir, que se estableció el doble régimen de adopción (plena y simple) pero tratando de flexibilizar requisitos o suplir deficiencias.

Por otro lado, se incorporó la Ley Nacional N° 24.779 al Código Civil, promulgada el 26 de marzo de 1997. La misma, incluyó las dos clases de adopción recientemente mencionadas, las causales de nulidad, los requisitos de inscripción y los

efectos de la adopción conferida en el extranjero, derogándose la Ley N° 19.134 y el artículo 4050 del Código Civil[4].

La adopción plena, confería al adoptado una filiación que sustituía a la de origen. El adoptado dejaba de pertenecer a su familia biológica, se extinguía el parentesco con los integrantes de ésta y en consecuencia sus efectos jurídicos, aunque subsistían los impedimentos matrimoniales. El adoptado tenía en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

La adopción simple, confería al adoptado la posición de hijo biológico, pero no creaba vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, aunque los hijos adoptivos de un mismo adoptante se consideraban hermanos entre sí.

En cuanto a los requisitos, no todo menor podía ser adoptado por el régimen de la adopción plena. Era necesario que se encontrara desamparado por su familia biológica. Por ello, sólo podían adoptarse plenamente los menores: 1) huérfanos de padre y madre; 2) que no tengan filiación acreditada; 3) cuando se encontraren en un establecimiento asistencial y los padres los hubiesen desatendido durante un (1) año; 4) cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad; y 5) cuando los padres hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

La ley de adopción, establecía un proceso judicial previo a la adopción propiamente dicha, en el cual el juez debía otorgar la guarda a quienes pretendían adoptar al menor. Era la llamada "guarda preadoptiva". El adoptante debía tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis (6) meses ni mayor de un (1) año, fijado por el juez. El juicio de adopción sólo podía iniciarse transcurridos seis (6) meses del comienzo de la guarda. La guarda debía ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo.

III. Principales cambios introducidos por la Ley 26.994 y modificatorias.-

Actualmente, el instituto de la adopción se encuentra plasmado en el Título VI del Libro Segundo llamado "Relaciones de Familia" del Código Civil y Comercial de la Nación, en los artículos 594 a 637.

A. Introducción.-

El concepto de adopción que recepta el Código Civil y Comercial en el artículo 594 coloca el centro de interés en el niño y adolescente, afirmando que la adopción es una institución tendiente a proteger sus derechos a vivir y desarrollarse en una familia que le procure satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, siempre y cuando, ellas no puedan ser proporcionadas por la familia de origen.

[4] Las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopciones por las nuevas leyes, son regidos por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos. Es decir, que la nueva ley no podría regir las adopciones preexistentes sin anularlas retroactivamente, ya que el Código Civil no reconocía hasta ese momento ningún tipo de adopción.

El artículo 595 enumera los principios por los cuales se rige el instituto de la adopción. Si observamos los mismos, podremos advertir que ya se encontraban establecidos en la Ley Nacional N° 26.062 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta última, posee jerarquía constitucional desde el año 1994 (artículo 75 inciso 22 de la Constitución de la Nación), y fue aprobada por nuestro país mediante la Ley Nº 23.849 en septiembre de 1990. A partir de ello, Argentina asumió el compromiso de adecuar su legislación interna, sus instituciones y las políticas para la infancia y adolescencia a la luz de esta nueva fuente normativa para asegurar el reconocimiento y cumplimiento de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes que habitan en el país. La Convención sobre los Derechos del Niño sienta nueva relación jurídica entre el Estado y la sociedad con la infancia, que fortalezca la consideración del niño, niña o adolescente como sujeto de derecho, con derechos especiales por su condición particular de desarrollo, y con los mismos derechos que todas las personas, que abandone el concepto de la niñez como objeto pasivo de intervención por parte de la familia, el Estado y la comunidad.

La reiteración de los principios precitados en el actual Código Civil y Comercial, se da para reforzar y destacar la importancia que actualmente poseen esos derechos en nuestra sociedad, teniendo un valor especial en la adopción, y siendo utilizados como elementos interpretativos de la ley.

"*En este contexto, la reforma asevera que la adopción es una figura tendiente a satisfacer derechos humanos de niños y adolescentes, en especial, el derecho de todo niño a vivir en familia*".[5]

B. Derecho a conocer sus orígenes.-

La norma vigente hasta aquel momento no encuadraba dentro de la Ley Nacional N°26.062 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ni tampoco en la Convención de los Derechos del Niño.

Por ello, además de simplificar este régimen para los adoptantes, el Código Civil y Comercial priorizó el interés del niño por sobre el de los adultos comprometidos, el agotamiento previo de todas las instancias de permanencia del niño con la familia de origen o ampliada, la preferencia en la adopción de hermanos, el derecho a ser oído, es decir a que su opinión sea tenida en cuenta según la edad y el grado de madurez y por último el respeto por el derecho a la identidad y a conocer sus orígenes. El niño también tiene derecho, siempre que lo requiera, a conocer su verdadera identidad y a preservar el vínculo jurídico con su familia biológica. En estos casos, se prevé expresamente una acción autónoma para hacer valer este derecho,

[5] LORENZETTI (Dir), Ricardo L. Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo IV.

legitimándose al adoptado a iniciarla con asistencia letrada. En definitiva se flexibiliza y amplía el ejercicio de este derecho, al quitar la restricción que imponía el anterior Código Civil, que establecía la edad de dieciocho (18) años para poder iniciar cualquier proceso investigativo de sus orígenes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Gelman c/Uruguay" del 24 de febrero de 2011, estableció que "*el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso*[6]

C. Plazos para declarar el estado de adoptabilidad y requisitos de adopción.-

El nuevo Código establece sólo dos (2) procesos judiciales: la declaración de situación de adoptabilidad y la adopción propiamente dicha. La guarda con fines de adopción no es un proceso judicial. Sino más bien un accesorio del proceso.

En primera instancia se fija el plazo máximo de treinta (30) días -prorrogable por única vez- para que las autoridades administrativas agoten todos los recursos necesarios a fin de buscar a la familia de origen en aquellos casos de niños sin filiación establecida o huérfanos de padre y madre. Si las medidas excepcionales que prevé la Ley N° 26.061 no han dado resultado (para las que se fija el plazo de 180 días), se dispone de manera inmediata el dictado de la situación de adoptabilidad por parte del juez. En todos los casos es el Juez quien decide sobre aquella situación, disponiendo de noventa (90) días para resolver en caso de que algún familiar o referente afectivo decida detentar la guarda o tutela del niño. (Conf. Art 607 CCyCN)

En este primer proceso, son considerados "partes": el niño/niña/adolescente, los padres o representantes legales de aquellos, el organismo administrativo que participó en la etapa previa y el Ministerio Público (Conf. Art. 608 CCyCN). Una vez dictada la situación de adoptabilidad, el Juez inmediatamente debe disponer la guarda con fines de adopción.

Una vez transcurridos los seis (6) meses que establece la sentencia de guarda, se inicia el proceso de adopción. A diferencia del Código anterior, este proceso se inicia de oficio o a pedido de parte. En este proceso, resultan ser partes: los posibles futuros adoptantes y el posible adoptado, a quien el juez debe oír obligatoriamente, y quien deben prestar su consentimiento en forma expresa en caso de ser mayor de diez (10) años, todo ello en concordancia con lo dispuesto por la Ley Nacional N° 26.061.

En cuanto a los requisitos de la persona o las personas adoptantes, también se han visto modificados sustancialmente.

Actualmente se permite la adopción conjunta a parejas no casadas, siendo la voluntad para ser adoptante el elemento central a tener en cuenta la hora de adoptar y no si la pareja ha o no ha formalizado el vínculo de pareja. El de divorcio durante los

[6] CORTE IDH, caso Gelman v. Uruguay, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 24 de Febrero de 2011. Serie C, No. 221. Párr. 123

trámites de adopción de un niño, no impide la continuación de los mismos, ya que el fracaso de la relación entre los adultos no es un obstáculo a fin de reconocer la aptitud para ser padres adoptivos.

Por otro lado, se disminuye la edad necesaria para ser considerado adoptante de 30 a 25 años, aclarándose que cuando se trata de una adopción conjunta (sea por parte de un matrimonio o una unión), es suficiente con que uno de ellos cumpla con este mínimo.

Por último, se agrega el requisito de estar debidamente inscripto en el correspondiente registro de adoptantes, ya que toda persona que pretende adoptar un niño debe estar preparada, siendo ello analizado por organismos especializados.

El Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA) fue creado por la Ley N° 25.854. Es una red federal donde las personas que deseen adoptar un niño pueden anotarse con la garantía de poseer una inscripción única con validez en todas las jurisdicciones adheridas. Hay 23 provincias que adhirieron y cada registro provincial recibe a los postulantes que se inscriben en una "nómina de aspirantes". El Decreto Nacional N°1328/2009 establece que esa nómina estará constituida por los listados de las jurisdicciones adheridas a la ley.

D. Tipos de adopción.-

El nuevo Código incluye, además de la adopción simple y plena, a la de integración. Esta modalidad se venía autorizando judicialmente

Sin embargo, el artículo 619 es el que introduce este nuevo y tercer tipo de adopción, el que se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4a de este Capítulo (Conf. Art. 620 CCyCN).

"En la adopción de integración el niño, niña o adolescente tiene satisfecho su derecho a la convivencia familiar con uno o ambos de sus progenitores, y lo que se pretende es integrar a la pareja (convivencial o matrimonial) del padre o madre biológicos. No se pretende extinguir, sustituir o restringir vínculos, sino todo lo contrario: ampliarlos mediante la integración de un tercero que no fue primigeniamente parte de la familia. (…) En este caso, el vínculo filiatorio con el progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante, subsiste -art. 630-, a la vez que se crea un vínculo filial nuevo con el adoptante -art. 631-. ¿Qué sucede con el otro progenitor de origen? La disposición del art.630 protege expresamente el vínculo del progenitor de origen casado o en unión convivencial con el adoptante. Por lo que, excluir sin

más el vínculo filial del otro progenitor pareciera atentar contra el principio de igualdad ante la ley, máxime si dicho progenitor tiene una presencia afectiva en la vida del niño o niña".[7]

Esta posibilidad de adopción intenta aproximar las diversas realidades familiares que hoy coexisten en nuestra sociedad. Entre ellas, las ya nombradas "familias ensambladas", o sea, aquellas originadas cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos nacidos de una unión anterior. La adopción de integración posibilita la consagración legal de un vínculo socio-afectivo preexistente entre el adoptante y el hijo del cónyuge o conviviente, preservando siempre el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor.

Ello, es lo que ha ponderado la Sala 5 del Juzgado de Familia Nº 2 de Corrientes, en el fallo "S., G. A. S/ Adopción simple"; Expediente Nº 90.832/13[8].

En el caso precitado, una persona solicitó la adopción simple de la hija de su cónyuge. Relató en su presentación que el día 05 de marzo de 2004 inició una vida en común con quien actualmente fuera su cónyuge, tratando a la hija de la misma como propia, la que recibió las atenciones de su edad, asimismo, el actor manifestó que le brindó a la niña los cuidados y afectos de un padre. Incluso, la menor, manifestó su voluntad de cambiar su apellido por el de su adoptante. Por otro lado, quedó comprobado que el padre biológico de la menor nunca había demostrado interés para sostener la relación paterno-filial.

Finalmente, los jueces decidieron otorgar la adopción integrativa simple de la niña al peticionante. En sus fundamentos se manifestó que dicho instituto -receptado por el nuevo Código Civil y Comercial – no está orientado a amparar a un niño abandonado, sino a su incorporación a una familia en la que su padre o madre han contraído matrimonio y desean que ese hijo de uno de ellos sea un hijo común, un hijo de ambos para integrar o constituir una única familia en lo jurídico porque ya la constituyen en la práctica.

Situación similar ha ocurrido en el fallo "V., J. M. s/ Adopción simple", del Juzgado de Primera Instancia de Distrito Familia de Villa Constitución[9].

En dicho caso, se le hizo lugar a la demanda de adopción plena de integración del hijo mayor de edad del cónyuge del pretenso adoptante, ya que éste le habría dispensado trato de hijo y mantenimiento económico desde muy temprana edad; y la integración en el seno familiar con sus hermanos por parte materna era plena. El Juez, en este caso tuvo en cuenta el cariño y la voluntad de todos los miembros de la familia, en especial la expresa solicitud de los "hermanos" del pretendido adoptado, al cual incluso se lo conocía públicamente por el apellido del actor, y no existían vínculos con el progenitor ausente, ni con el resto de la familia de origen.

Por lo expuesto, el Juez interviniente en el caso tuvo en cuenta el vínculo establecido entre ambos, generado y alimentado por el cariño cotidiano, siendo ésta

---

[7] Estela Lis Rodríguez. Revista Judicial - Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa. Aportes sobre el Nuevo Código Civil y Comercial. Pluriparentalidad, filiación e identidad en el Código Civil y Comercial. Vol VIII Nº I. Abril 2016. ISSN 2313-9285. Pág. 195/196

[8] Partes: S. G. A. s/ adopción simple. Tribunal: Juzgado de Familia Nº 2 de Corrientes. Sala: 5 Fecha: 12-ago-2015. Cita: MJ-JU-M-94167-AR | MJJ94167.

[9] Partes: V. J. M. s/ adopción simple. Tribunal: Juzgado de Primera Instancia de Distrito Familia de Villa Constitución. Fecha: 4-nov-2015. Cita: MJ-JU-M-95976-AR | MJJ95976 | MJJ95976

una relación familiar que vino a sustituir el vínculo biológico con el progenitor ausente, siendo además esta adopción beneficiosa para integrar a la familia y permitirle al joven que tenga el apellido de quien se ha comportado en la vida como su padre.

Asimismo, el juez manifestó haber entrevistado y hablado con toda la familia, incluso con los "hermanos" de quien pretendía ser adoptado, surgiendo de las mismas la creencia unánime de que este era un integrante más de aquella.

De la lectura de ambos fallos, es dable destacar la importancia que los jueces le han brindado a los sentimientos de los menores, dándoles lugar en todo momento a poder expresar sus deseos de continuar con el proceso iniciado, siendo ello su máxima prioridad. Es decir que al momento de dictar su sentencia, han tenido como eje fundamental los anhelos y expectativas de los niños a formar parte de una familia, siendo esencial para la toma de decisiones. Ello ha sido un gran avance dentro de la nueva normativa.

De esta manera, queda demostrada la trascendencia que el instituto de la "adopción por integración" ha logrado tener en nuestra sociedad. Los casos antes citados, no son meros sucesos aislados, sino que demuestran que los jueces de nuestro país podrán llegar a sentenciar situaciones similares, en casos similares, de serles sometidos los mismos a su consideración.

La adopción plena también ha sufrido algunos cambios de no menor importancia, estableciendo al respecto el nuevo Código en su artículo …..que.: *"(...) Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción". Es decir, en principio se mantiene la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen, sin embargo, si el interés del niño lo aconseja el juez puede mantener ciertos vínculos. Se hace recepción así de precedentes en los cuales se declaró la inconstitucionalidad del art. 323 del antiguo Código Civil en cuanto extinguía el parentesco de origen*".[10]

Nuevamente aquí se pondera el interés y los deseos del niño por encima de cualquier reglamentación existente.

[10] Luciana Rosa Gugino. - Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa. Aportes sobre el Nuevo Código Civil y Comercial. Reformas a la adopción en el Código Civil y comercial. Vol VIII Nº I. Abril 2016. ISSN 2313-9285. Pág. 161

Como se puede observar, los legisladores han querido priorizar el desarrollo de la niñez en un seno familiar que atienda las necesidades de los menores, brindándoles la contención que se merecen, intentando no quebrantar los vínculos que los unen con cada una de sus familias, biológicas y adoptantes.

IV. Legislación y jurisprudencia comparada.-

El problema en torno a las adopciones, no es sólo un tema local, sino que a nivel internacional se encuentran complicaciones para que los menores puedan llegar a formar parte de una familia.

La adopción en Estados Unidos de Norteamérica

No existe un único lugar donde iniciar los trámites para adoptar, como ocurre en países como México, Colombia o España. Hay Agencias Públicas Nacionales que están más orientadas a la adopción de niños con problemas. En estos casos, el proceso de adopción no requiere mucho tiempo.

También se puede optar mediante una Agencia de Adopción Privada, en donde las madres biológicas que quieren dar a sus hijos en adopción pueden elegir a la familia más adecuada para su bebé. Las familias deben pasar un examen de idoneidad y entran en una lista de espera. Asimismo, se puede acudir a una Agencia de Adopción Independiente, en cuyo caso es necesario contar con un abogado para que todos los trámites se hagan de forma legal.

En EEUU las normas para adoptar relativas a la familia adoptante son menos estrictas que en otros lugares. Pueden adoptar parejas, matrimonios o personas solas que presenten garantías psíquicas y materiales para que el niño goce de una buena calidad de vida. De igual manera, los procedimientos para determinar si una familia o una persona que quiere adoptar es apta para ello, son menos rigurosos que en otros países.

La edad mínima para adoptar un niño se reduce considerablemente respecto a otros países, siendo en EEUU la edad mínima establecida para adoptar de 18 años. Esta edad puede variar en cada Estado. Lo mismo ocurre con los años de diferencia que debe haber entre la persona que adopta y el menor adoptado, que es únicamente de 10 años. En la mayoría de los estados están prohibida la adopción por parte de parejas del mismo sexo, pero ese impedimento se puede subsanar fácilmente al estar permitida la adopción por parte de una sola persona.

Asimismo como en otros países, los niños hasta el momento en que son adoptados, suelen pasar su niñez en hogares de tránsito.

Frente a esto, muchos autores norteamericanos han criticado la idea subyacente o explícita en muchos fallos norteamericanos, según la cual lo urgente es retirar al niño del hogar donde se encuentra en situación de riesgo, pero una vez

cumplida esta tarea no existe motivo que presione al juez a tomar decisiones rápidas sobre el destino definitivo del menor[11].

Así, es como en la causa *"Smith v. OFFER (Organización de hogares de tránsito)*[12]*"*del año 1977, la Corte reconoció por primera vez que el "hogar de tránsito" tenía legitimación para intervenir en el proceso, ya que "*nadie podía seriamente discutir que, aunque no haya parentesco de sangre, puede existir una profunda y amorosa relación interdependiente entre un adulto y un niño. Por lo menos, añadió el fallo, cuando el niño nunca conoció a sus padres biológicos y ha permanecido continuamente por varios años en el cuidado de los mismos padres sustitutos, es natural que el "hogar de tránsito" ocupe el mismo lugar en la vida emocional del niño y llene las mismas funciones de socialización que la familia de sangre. Por esta razón, concluyeron los jueces, no podemos descartar al "hogar de tránsito" como una mera colección de individuos no relacionados entre sí.*"

La Adopción en República Dominicana

El Estado dominicano a través del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 136-03) creó los mecanismos necesarios para garantizar la transparencia y rigurosidad de esta importante figura jurídica, el cual consta de dos fase una administrativa y la otra jurisdiccional. El procedimiento administrativo deberá ser canalizado a través del Departamento de Adopciones del Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI), mientras que la parte jurisdiccional está a cargo de los Tribunales de Niños, Niñas y Adolescentes. De acuerdo al artículo 122 de la referida ley podrán ser adoptados los menores huérfanos de padre y madre; niños, niñas y adolescentes de padres desconocidos que se encuentran bajo la tutela del Estado; aquellos cuyos padres hayan sido privados de la tutela por sentencia y niños, niñas y adolescentes cuya adopción es consentida por los padres.

Requisitos para adoptar

El criterio que debe primar a la hora de entregar a un menor de edad en adopción es buscar la mejor familia para ese niño o niña. Es por ello que las familias solicitantes deben cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 117 a 120, de la ley N°136-03. Además, se deben aportar los documentos que son señalados por el

[11] Andre P. Derdeyn. "The Psychology of Adoption". Brodzinsky, D. M., & Schechter, M. D. (Eds.) Publicado por Oxford University Press, New York, 1990. ISBN 0-19-508273-7. "Foster Parent Adoption: The Legal Framework". pag. 332-346.
[12] U.S. Supreme Court. Smith v. Organization of Foster Families, 431 U.S. 816 (1977). Smith v. Organization of Foster Families for Equality & Reform. No. 76-180. Argued March 21, 1977. Decided June 13, 1977. 431 U.S. 816.

artículo 140 de la misma norma y cumplir con algunos requisitos previos a la documentación.

Para adoptar, las personas deben ser mayores de 30 años de edad y menor de 60 años, independientemente de su estado civil, garantizar idoneidad física, moral, social y sexual que permita ofrecer al niño, niña o adolescente un hogar que garantice su bienestar integral; entre el adoptante y adoptado debe existir una diferencia de edad no menor de 15 años.

Según el Sub-consultor Jurídico de CONANI -Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia-, Julio Rodríguez, los menores con impedimentos psicomotores son los que más dificultades tienen para ser adoptados[13].

La adopción en Colombia

El marco legal de la adopción en Colombia está consagrado principalmente en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención de la Haya en Materia de Protección y la Cooperación en Adopción Internacional, la Constitución Nacional, el Código Civil y el Código de Infancia y Adolescencia.

Los menores de 18 años declarados en situación de adoptabilidad son pasibles de ser adoptados, los que tengan consentimiento de sus padres y los mayores de 18 años que han convivido con los adoptantes por lo menos desde 2 años antes de cumplir los 18 años.

Las personas habilitadas a adoptar son las familias monoparentales, heteroparentales y homoparentales, teniendo estas familias colombianas prelación frente a los extranjeros.

Los actores oficiales que intervienen en el proceso administrativo y judicial son el ICBF – Instituto Colombiano de Bienes Familiar-[14] como autoridad central, un defensor de familia, que decide sobre la adoptabilidad del menor cuando esta es la última medida posible para proteger sus derechos; un juez de familia, que decreta la adopción mediante una sentencia, y un procurador delegado para la familia, que garantiza que prime el interés superior del menor.

A pesar de las campañas que se realizan en Colombia, alentando la adopción de niños, este instituto afronta serios problemas, como la morosidad para declarar la adoptabilidad de un menor y proponerlo en adopción, la inseguridad jurídica y la larguísima espera que padecen los adoptantes.

V. Cómo adoptar hoy en Argentina.

Los interesados pueden acceder *on line* a las convocatorias para adoptar, que publica la DNRUA, donde se brindan todos los datos del expediente y de contacto con el juzgado que tramita la adopción del niño, la niña o del adolescente.

El trámite es gratuito y se realiza personalmente en el registro correspondiente al domicilio real del interesado, sin necesidad de un abogado o gestor.

---

[13] Loreta Acevedo. https://www.unicef.org/republicadominicana/protection_11175.htm11-09-2017
[14] http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/EiInstituto 12-09-2017

Además de los datos personales, los postulantes deberán aportar los de los hijos, en caso que los tengan, como así también cuántos niños estarían en condiciones de adoptar, edades, si aceptan con discapacidad, grupos de hermanos; y si previamente han tenido niños en guarda y resultado de la misma. Luego comienza la evaluación realizada por un equipo técnico que determinará la idoneidad jurídica, médica, psicológica y socio-ambiental de los postulantes para poder ingresarlos a la "Nómina de Aspirantes", y se abre el legajo correspondiente[15].

Paralelamente, los profesionales encargados de valorar el estado de adoptabilidad de un menor o adolescente, procederán a evaluar las aptitudes de los posibles adoptantes. Cabe agregar que todo ello se debe cumplir dentro de los plazos establecidos por ley.

Sin embargo, y a pesar de las buenas intenciones que los legisladores han tenido al reformar los plazos establecidos en el Código con el objetivo de acelerar los mismos, muchas veces no se advierte el vacío que se produce durante el lapso que transcurre desde que el niño es recibido por el juez hasta que es entregado en guarda para adopción.

El Dr. José E. Cárdenas ha manifestado en una de sus publicaciones respecto del tema: "*es altamente probable que antes de entregar al niño el juez deba esperar un tiempo: el necesario para que el niño se encuentre en condiciones jurídicas de ser adoptado. (…) el tiempo que dura la guarda para adopción no es ni para permitir que la madre y/o el padre biológicos se arrepienta, ni para realizar constataciones que puedan llevar a reexaminar la postura adoptada; se trata sólo de evaluar la adaptación recíproca del niño y la familia adoptante. (…) Cualquiera sea la duración del "tiempo de preparación de decisiones", el niño lo pasará con alguien. Esta persona, pareja, matrimonio o institución es seleccionada por el juez entre variantes: miembros de la familia extensa del niño o de su contexto inmediato; personas, parejas o matrimonios que voluntaria y gratuitamente se ofrecen como "hogares de tránsito"; personas, parejas o matrimonios que firman contrato con el Consejo del Niño, el Adolescente y la Familia o alguna otra institución para ofrecer sus servicios pagos como "hogares de tránsito" también llamados en Capital Federal "amas externas", etc. Algunos de estos sistemas son retribuidos económicamente y otros no; algunos tienen entrenamiento previo y otros no; algunos tienen contención y apoyo profesional posterior y otros no, etc*"[16].

Ya en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, bajo el régimen del Código de Vélez, se había creado el Registro Único de Aspirantes a Guardas de Adopción bajo la jurisdicción de la Suprema Corte local y desde entonces sólo se aceptaba que fueran los inscriptos los legitimados para pedir guardas adoptivas. Los

[15] http://www.casarosada.gob.ar/gobierno-informa/35838-como-adoptar-en-la-argentina. 10-09-2017
[16] Cárdenas, Eduardo José. "Hogares de tránsito y guarda para adopción ¿compartimentos comunicados o estancos?" Publicado en: LA LEY 2005-A, 1010-DJ 2004-3, 1153. Cita Online: AR/DOC/2705/2004

jueces de menores, competentes para estos casos, nunca entregaban estas guardas a otras personas, y si llegaban a hacerlo, eran sancionados por el superior.

En la citada Provincia los "hogares de tránsito" son voluntarios, no rentados y no profesionales. No reciben entrenamiento ni contención. Si bien los menores deberían pasar no más de tres o cuatro meses en dicha institución, la realidad llevó a que la mayoría de ellos pasara incluso años, llegando algunos a cumplir la mayoría de edad en la espera de una familia adoptiva.

El Dr. Cárdenas cita el siguiente caso: *"trataba del destino de una niña de tres años, entregada en adopción al nacer por su madre y luego sucesivamente puesta en varios "hogares de tránsito" por un juez de menores. El magistrado cambiaba a la niña de lugar cada vez que un "hogar de tránsito" la pedía en adopción. Finalmente llegaron a la Corte Suprema dos pedidos formulados por sendos "hogares de tránsito".El fallo consta de dos votos, con las adhesiones que recibió cada uno de ellos. (…)Lo que interesa aquí del voto del doctor Pettigiani es lo siguiente: "Al respecto sostengo que el Registro Único de Aspirantes a Guardas de Adopción creado por la Suprema Corte a influjo de la ley de adopción resulta un factor de singular valor a los efectos de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presenten los niños en situación de adoptabilidad, pero que constituye simplemente un medio instrumental, como tal ordenado a la consecución de un fin (conf. Ac. 73.814, sent. Del 27-IX-2000, en DJBA, 159-193)".*

Leonor Wainer, presidenta de la ONG Anidar ha manifestado que "El punto que más preocupa es el tiempo que los chicos pasan en un hogar de tránsito sin su familia de origen y sin su familia adoptiva. Van creciendo y sigue pasando el tiempo. Rescato el trabajo que hay que hacer con la familia de origen para ver si ese chico puede volver, pero a veces no hay tal familia y no se decide la adoptabilidad. Esto hace que la mayoría de las adopciones que hemos tenido en el último año sean de chicos más grandes, de más de 5 años o grupos de hermanos"[17].

Si a lo ya mencionado, le adicionamos la realidad referente a que no existe un registro de la cantidad de guardas otorgadas, toda vez que es sabido que dicha información no es remitida regularmente a la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos por los Registros Únicos Locales, porque los juzgados con competencia en adopción no lo hacen, muchas infancias se perderán en rincones de hogares de tránsito, junto con la esperanza de miles de familias que nunca llegan a ser realidad mientras ambos protagonistas (niños y padres) siguen esperando que ocurra el milagro.

Un caso que ha llamado la atención dentro del ámbito Nacional ha sido la declaración de inconstitucionalidad de las normas del Código Civil y Comercial que prohíben otorgar adopciones cuando median guardas de hecho y falta de inscripción del adoptante en el Registro pertinente. Así lo ha decidido el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario[18].

Dicho Tribunal, ha declarado recientemente la inconstitucionalidad de los artículos 611 tercer párrafo, 600 inciso b) y 634 inciso h), del Código Civil y

---

[17] Publicación La Nación sección "Comunidad". Fecha: 05/04/2014

[18] Partes: L. A. E. s/ guarda preadoptiva – adopción. Tribunal: Tribunal Colegiado de Familia de Rosario. Fecha: 7-sep-2016. Cita: MJ-JU-M-100782-AR | MJJ100782 | MJJ100782

Comercial, cuando su aplicación literal al caso lleva al rechazo de la pretensión en violación a los derechos fundamentales de las partes.

De los considerandos del aludido juicio, se extrae que el mismo versa sobre un proceso de adopción iniciado por una mujer mayor de edad respecto de dos niños cuyo cuidado le fuera otorgado por el padre de ambos luego del fallecimiento de la madre. La guarda de hecho de los menores se había iniciado mediante una entrega voluntaria directa del padre de los niños a la posterior pretensa adoptante, lo cual hoy en día en nuestro país, dicha maniobra se encuentra prohibida.

Posteriormente la actora formuló una pretensión de adopción de ambos hermanos y el juicio fue procesalmente dirigido hacia el otorgamiento de una guarda con fines de adopción, conforme a la legislación vigente para esa época. La misma logra la guarda simple de los menores en función del deseo del progenitor de recibir un distinto asesoramiento profesional respecto del trámite de adopción de sus hijos.

Sin embargo, el proceso deja de ser impulsado por las partes durante casi cinco años.

En el año 2015, pocos meses antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento civil, la actora impulsa nuevamente la acción, reencausándose finalmente en el nuevo procedimiento de adopción vigente a partir del 1° de agosto de 2015.

En el caso se ha podido probar que los menores se encontraban al cuidado de la actora desde fines del año 2006, acreditándose la existencia en los hechos de un fuerte vínculo afectivo entre la actora y los dos hermanos que los emplaza en el carácter de madre-hijos y también el que los une con el hijo biológico de la actora en cuanto hermano-hermanos.

El Tribunal manifiesta que el análisis del obstáculo normativo vinculado con la prohibición de la guarda directa con fines adoptivos en cuanto a su coherencia constitucional y convencional se diluye en función del momento en que la guarda fue otorgada. En el año 2006 la guarda por entrega directa no se encontraba prohibida por el ordenamiento normativo interno. En el caso concreto la guarda directa no llega a conformarse en su totalidad dado que si bien se refleja en la demanda de la actora y en la reiterada conformidad del padre no termina siendo receptada en un decisorio judicial sino que lo otorgado fue una guarda judicial simple. Es por ello que al momento de iniciarse de hecho la guarda directa, la misma no constituía ilícito alguno. Consecuentemente el análisis se reduce a la prohibición de ponderación de la guarda de hecho o judicial y al requisito de inscripción en el registro en relación a la sanción de nulidad absoluta de la adopción por violación a las normas sobre registro de adoptantes.

Finalmente el Tribunal termina declarando la inconstitucionalidad del tercer párrafo del artículo 611, inciso b) del artículo 600 e inciso h) del artículo 634 del Código Civil y Comercial, resolviendo la adopción de ambos menores a favor de la peticionante.

La nulidad absoluta de la adopción otorgada a quien no se inscribió en el registro respectivo (art. 634, inc. h, Código Civil y Comercial), debe ser considerada inconstitucional porque el Registro de la Provincia de Santa Fe no admite evaluaciones de postulantes que ostenten guardas de hecho o pretendan regularizar situaciones de ese tipo y en el caso ello colocó a la actora en una situación de desigualdad respecto de otros parientes del menor que podrían haber obtenido la adopción por guarda directa por el sólo hecho de ostentar un vínculo de parentesco mientras que ella no lo podría hacer aun cuando construyó un vínculo filial real, palpable y basado en el afecto.

El caso citado, es un claro ejemplo de la realidad vivida actualmente en nuestro país. La desidia, la morosidad o incluso la inactividad de los órganos judiciales, obliga a las personas a buscar otros mecanismos para continuar con la realidad que se les presenta, la cual puede llegar a desenvolverse con mucha más celeridad que los procesos judiciales. Ese desajuste entre la materialidad sustancial y las técnicas procesales, conlleva a que dichas personas incluso realicen actos que están por fuera de lo establecido legalmente para dichos casos. Es por ello que es imperante buscar soluciones atinentes a la vorágine de los cambios que se van produciendo dentro de una comunidad.

VI. Conclusión.-

Según las estadísticas de la DNRUA, el 91.07% de las postulaciones aceptaría bebés de hasta 1 año, el 31,5% niños de hasta 6 años, y el 1,89% hasta los 12 años[19]. Hoy hay inscriptas 5700 personas que desean adoptar, aunque no hay estadísticas sobre la cantidad de niños en condiciones de ser adoptados.

Ciertamente, los plazos de adopción en nuestro país suelen ser inciertos y acarrean una demora en demasía por la cual muchos posibles adoptantes deciden realizar las adopciones en otros países, pudiendo recurrir a una ECAI (Entidad Colaboradora de Adopción Internacional), llevando a cabo las mismas en cualquier país que actualmente esté adherido al Convenio de La Haya y que no esté suspendido su procedimiento momentáneamente. Incluso muchas madres que anhelan dar a sus hijos en adopción, pero que no desean que los mismos pasen un largo plazo en lugares de acogida, intentan evadir los procedimientos establecidos por ley y llegan a ofrecer a sus hijos a una familia conocida, o incluso a través de internet[20], incumpliendo con todos los mecanismos regulados para asegurar a ese niño la calidad de vida que indispensablemente debería tener.

Conociendo estas problemáticas, no podemos dejar pasar por alto la necesidad de agilizar los trámites tendientes a lograr la adopción de un niño, no solamente por el deseo que un adulto pueda tener de ser padre, sino además, por la necesidad que tienen los niños de poder desarrollar su niñez en el seno de una familia

---

[19] Información actualizada a octubre de 2014. Guía informática sobre adopción. DNRUA. Infojus. Capítulo V

[20] https://www.clarin.com/policiales/mujeres-embarazadas-ofrecen-bebes-venta-traves-paginas-internet_0_Hynq_5qwx.html. 11-09-2017

que atienda sus carencias materiales, educacionales y afectivas que puedan llegar a tener al crecer en una institución u hogar de acogida, mientras se decide su estado de adoptabilidad.

Si bien, en este tema el nuevo Código ha logrado una integración eficiente de las normativas preexistentes y, los antecedentes jurisprudenciales son conducentes a una mejor aplicación del derecho y han priorizado los derechos de los menores y adolescentes; como sociedad aún estamos en deuda con esos niños, tanto en calidad como en temporalidad de la respuesta. Las estadísticas demuestran que todos esos intentos de generar una solución legislativa, que ya ha tenido principio de aplicación con la nueva normativa, no han llegado a plasmarse en la realidad. Es decir, que si bien se va por buen camino a lograr un cambio sustancial en el reconocimiento de los derechos de quienes constituirán el futuro de nuestro país, debemos ser conscientes de que la ley sólo es una guía, la cual necesita de la sociedad toda para hacerse cumplir. Es por ello que debemos seguir cultivando la necesidad de crear conciencia de la importancia que el presente tema tiene en la comunidad, para poder otorgarle efectividad y sentido al desafío que aún nos convoca para tener una respuesta eficiente a la realidad actual.