

EL DERECHO DEL NIÑO A LA FAMILIA

JULIO CÉSAR CAPPARELLI

Introducción.

El título que hemos puesto a este trabajo puede parecer de una obviedad extrema. El pensamiento fácilmente relaciona los dos términos: niño y familia. Y puesto que no resulta difícil concebir al niño sin su entorno familiar, creemos que puede resultar de alguna utilidad verificar de qué manera se relacionan ambos, desde el punto de vista del derecho.

Partimos entonces de la pregunta acerca de si existe un derecho del niño a la familia y, en tal caso, trataremos de esclarecer el alcance de ese derecho.

El problema terminológico

La primera dificultad la encontramos en los términos que debemos utilizar.

Para los que no se aventuran en el mundo del derecho, la niñez es la primera etapa de la vida del hombre, a la que le sigue la adolescencia y luego la edad adulta, sin mayores precisiones. Y familia es el grupo de personas o comunidad que el niño integra, formada en primer lugar por sus padres, sus hermanos, sus abuelos y también otros parientes.

Jurídicamente, debemos fijar el sentido de los términos, porque de ello se siguen consecuencias importantes.

La noción de “niño”

Si recurrimos al auxilio de los textos legales, no podemos sino considerar en primer lugar la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

La Convención, en su preámbulo, se refiere a otros documentos que le sirvieron de base. La Carta de las Naciones Unidas afirma “su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana”. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre del año 1948 afirma que toda persona tiene esos derechos fundamentales sin discriminación alguna. La Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño enseña que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Todos estos documentos constituyen antecedentes fundamentales de lo acordado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Llega así a establecer en su art. 1º que, para los efectos de la Convención, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...” Esta definición menciona el término de los 18 años como límite para la calificación de “niño”, pero no especifica el término *a quo*.

Las diversas legislaciones han tomado diferentes rumbos, a saber: el sistema del nacimiento, el sistema de la viabilidad y el de la concepción. Para el sistema del nacimiento, niño es una vez nacido, separado de la madre, con vida independiente. El sistema de la viabilidad avanza un poco más. Atento a que el niño puede llegar a vivir con autonomía a partir del sexto mes de embarazo, ése sería el término *a quo*. Esto explica que las legislaciones que admiten el aborto lo excluyan a partir del sexto mes, ya que ello constituiría el parto de un niño, no la eliminación de un embrión. El sistema de la concepción es el que se extiende más aún. Busca establecer el momento del inicio de lo que puede denominarse *vida humana*.¹

¹ JUNYENT BAS, FRANCISCO y DEL CERRO, Candelaria: “Anticoncepción de emergencia: La píldora del día después. Un debate que pareció cerrarse pero que pronto volvería...”, en *ED*, diario del 3 de abril de 2008 y nota 2.

La República Argentina, al ratificar la Convención, formula al respecto una reserva con relación al art. 1º de la misma, declarando que “debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Acá encontramos una primera especificación: niño es la persona desde su concepción.

Acá se genera un problema adicional y es qué se entiende por concepción. Se ha planteado la cuestión acerca de si el término concepción se refiere a la “fecundación” o a la “anidación”. Lo primero implica la unión de los gametos masculino y femenino. Lo segundo requiere además la implantación del huevo en el útero materno.

Si por concepción entendemos el momento inicial del proceso de la vida humana, la protección de la misma procederá desde ese instante. Como consecuencia directa, toda manipulación extracorpórea con los métodos de fertilización asistida sería ilícita, dado que ya existiría vida humana, o sea, en términos jurídicos, una “persona”.

Si se apunta a la anidación, momento a partir del cual el embrión comienza su crecimiento intrauterino, la utilización de los embriones crioconservados aún no implantados resultaría lícita, porque no se trataría de una “persona”, sino de una “cosa” en sentido jurídico.

El Código Civil se inscribe en el llamado “sistema de la concepción”, entendiendo por tal la fecundación. Para Vélez Sarsfield, se trata de una persona por nacer, pero persona al fin, cuyos derechos quedan sujetos a la condición suspensiva del nacimiento con vida. Es verdad que enseña que la existencia de las personas comienza desde su concepción en el seno materno (arts. 30, 51, 63 y 70 del Cód. Civ.), pero este último añadido se debe a que en la época en que se escribe el Código Civil no podían tenerse pensamientos de ciencia-ficción, aventurando la posibilidad de fecundación asistida extracorpórea. La CN (art. 75, inc. 22) incorpora los tratados al texto constitucional, con lo cual una mención expresa de esto la encontramos en el Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, aprobado por ley 23.064, que reconoce el respeto a la vida a partir del momento de la concepción.

La Corte Suprema en el fallo “Portal de Belén, Asociación Civil sin fines de lucro c/M.S. y A.S.”² afronta el tema y, luego de reprodu-

² Publicado en *ED* 197-13 y *LL* 2002-B-520.

cir las respuestas desde el punto de vista médico –que por abrumadora mayoría se inclina por el momento de la fecundación para marcar el inicio de la vida humana–, recepta ese criterio utilizando el principio *in dubio pro homine*, ya que, si hubiera alguna duda, es preferible pensar que se trata de vida humana, por lo tanto del comienzo de la existencia de un niño.

La noción de “familia”

Aquí nuevamente nos encontramos con un problema. Para procurar una noción jurídica debemos recorrer los textos legales. El primero, por su importancia, es la Constitución Nacional.

La Constitución de la Nación Argentina sancionada en el año 1853 presenta la influencia del constitucionalismo de aquella época. El hombre era considerado más como individuo, que en su dimensión social. Esto se va a ir modificando, de manera que en las sucesivas enmiendas se va a proyectar la preocupación por la familia.³

La reforma del año 1994 incorpora en el art. 75, inc. 22, los tratados y convenciones internacionales referidos a los derechos humanos, de los cuales cinco de ellos se ocupan de la familia. Ya en la reforma del año 1957 se había añadido el art. 14 bis, de típica inspiración social. El texto dice: “La ley establecerá ... la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”. La norma establece el principio de protección de la familia pero no explicita la noción de familia. ¿Qué debe entenderse por familia?

Los tratados internacionales tampoco la definen, pero reconocen que la familia es anterior al Estado, que funda la sociedad, que es responsable del cuidado y educación de los hijos, afirmación que vincula la familia con los institutos jurídicos de patria potestad y filiación. Familia es, entonces, la comunidad natural en la que nacen y son cuidados los hijos.

Los textos traen una concatenación lógica que parte del derecho del hombre y de la mujer a casarse, para lo cual deben consentir li-

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: Palabras en el acto de apertura del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza 20/9/1998, en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, pág. 11.

brememente, llegando a conformar una familia en la que deben nacer, ser cuidados y educados los hijos por sus padres. Es esta comunidad la que merece protección.⁴

La familia, en normas de rango inferior, aparece descrita de distinta manera. La ley de bien de familia denomina así a la integrada por el titular de dominio de un inmueble, su cónyuge, descendientes o ascendientes y colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente. El art. 2953, refiriéndose al derecho real de habitación, menciona al habitador y su familia, en la que incluye a la mujer, los hijos, los sirvientes, las demás personas que vivan con el usuario y a quienes éstos deban alimentos.

El art. 200 del Cód. Civ. dice que los esposos fijarán el lugar de residencia de la familia. Se entiende que son los propios cónyuges y sus hijos. Nociones similares pueden extraerse de los arts. 203, 206, 211, 236 y 1275 del Cód. Civ.; art. 6º de la ley 11.357 y de las normas referidas a la adopción, arts. 323, 329 y 333 del Cód. Civil. La ley 24.417 de violencia familiar incluye a los cónyuges y a las parejas convivientes y sus hijos.

A pesar de las diferencias, las pautas están dadas por el vínculo de conyugalidad, por las uniones de hecho “quasi-matrimoniales” y por el vínculo de filiación y parentesco en general. Ésta es la noción clásica de familia, de donde debemos pensar que si existe un derecho del niño a vivir en familia, debemos pensar en la familia descrita según estos lineamientos generales.

Frente a esta noción, ha aparecido en doctrina una noción de familia que desdibuja lo que hemos señalado precedentemente. Se trata de la familia fundada en la convivencia, no en un vínculo jurídico. Según tal criterio la convivencia de dos personas, aún del mismo sexo, en la que exista una cierta *affectio familiaris*, puede denominarse familia. La clave estaría dada por la convivencia y por el afecto.⁵

Es verdad que en la noción de familia tradicional, por llamarla de alguna manera, están presentes el elemento convivencia y el vínculo

⁴ MEDINA, Graciela: *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, pág. 224.

⁵ MERINO HERNÁNDEZ José Luis: *El concepto de familia en los derechos civiles españoles*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. 39, año 2000/2001, sección doctrina, págs. 145/209.

afectivo, pero ello no constituye el elemento jurídico diferenciador. El vínculo de parentesco se sostiene con o sin convivencia, con o sin afecto, el que por otra parte no es mensurable. Esto no quiere decir que la familia no sea una comunidad de personas ligadas por el vínculo del amor, pero de ahí a sostener que toda convivencia comunitaria, en tanto haya cierta *affectio*, sea familia es una afirmación excesiva. Estos valores no definen a la familia, en cuanto tal, desde el aspecto jurídico, aunque es deseable que se vivan en las familias.

Nos hemos detenido en este tema porque lo consideramos de enorme trascendencia para poder vincular los dos términos que constituyen la base de nuestra reflexión: el niño y la familia, para reflexionar sobre el derecho del niño a una familia.

La protección jurídica del niño

Si hay alguien que requiere una especial protección jurídica, ése es el niño.

Las características propias de la especie humana llevan a ello. El hombre requiere, desde su primer momento de vida, una atención particular. Aun prescindiendo de los cuidados propios del tiempo de gestación, queda fuera de toda discusión que el niño no se basta a sí mismo. Al nacer, todo lo deben hacer por él. No es capaz de alimentarse, de cuidarse, de atender su salud. Su motricidad se desarrolla también más lentamente que la de los animales y su capacidad intelectual y desarrollo afectivo dependen de su entorno. El niño que pierde el contacto con otros seres humanos no puede alcanzar su plenitud. No hace falta insistir en estas cosas tan sabidas, pero que conviene recordar.

El niño se gesta en el seno materno, pero depende para su perfeccionamiento del ámbito familiar. Allí es donde aprende el respeto por el otro, reconoce al otro como hermano, lo que lo prepara para la vida en sociedad, aprecia el cuidado de los más débiles, sean menores, enfermos o ancianos, y fundamentalmente establece lazos importantísimos con su madre y con su padre, por medio de los cuales experimenta lo que significa ser querido y ser capaz de amar al otro semejante y al otro diferente.

No se ha logrado otro “hábitat” más adecuado que la familia, que es el útero donde está implantado el niño que va a ser hombre. El hombre contemporáneo, espantado por su desatención a la naturale-

za, advierte la necesidad del cuidado del ambiente y los desastres que se derivan de su uso inadecuado. ¿Qué ambiente más trascendental existe que el ambiente familiar? ¿Qué daños se siguen de su ausencia o su deterioro?

El derecho organiza en primer lugar la vida familiar, atendiendo a la relación de los padres entre sí, de los padres con los hijos y de los parientes, en función de su proximidad. Cuando el legislador reconoce la importancia de la relación peculiar entre el varón y la mujer, tanto para ellos mismos cuanto para sus hijos y su importancia para la comunidad en general, establece el matrimonio y la patria potestad.

No es casual que el matrimonio requiera la cohabitación de los padres, su fidelidad y asistencia. Es un bien para ellos, pero también para sus hijos, que deben crecer en un ambiente de estabilidad. No debe extrañar que las rupturas ocasionen daños, no sólo a los cónyuges, sino también a los hijos.

La patria potestad, ese conjunto de deberes y derechos para el cuidado y desarrollo personal de los hijos, es también una institución tuitiva. Los padres deben cuidar a sus hijos, asistirlos, educarlos y administrar sus bienes, si resulta necesario. El incumplimiento merece el reproche legal.

A esto se suma un principio de protección del superior interés del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño establece este principio de contenido indeterminado, que constituye el punto de referencia para la solución de los conflictos que puedan presentarse.⁶ Es una guía imprescindible para el juez, pero también debe serlo para el legislador.

Es un principio que requiere explicitación, lo que no es fácil, porque depende de un juicio crítico. ¿Cuál es el interés del niño? Puede asociarse este interés con el de sus derechos fundamentales. En un intento de clarificación, se ha dicho que constituye su interés todo aquello que tienda a respetar sus derechos. ¿Cuáles? El derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo o a la preservación de su identidad.⁷

Todos estos derechos pueden colisionar con intereses contrarios que deben armonizarse, pero no siempre es tarea sencilla.

⁶ GROSMAN, Cecilia P.: "Significado de la Convención de los derechos del niño en las relaciones de familia", *LL* 1993-B-1089.

⁷ *Ibidem* pág. 1095.

El derecho a la vida es el derecho del niño. Una visión contraria atribuye soberanía a la madre durante la gestación en su primer estadio, al menos para pedir su supresión esgrimiendo intereses económicos o psicológicos, entre otros. El derecho a la integridad física implica el respeto por su cuerpo. Alguna vez se ha pretendido un interés contrario, solicitando que el niño fuera donante de un órgano y atribuyéndose un poder de decisión. El derecho a la salud supone un derecho a la información y a la decisión, según el estado de evolución del niño. Se ha pedido la esterilización o la colocación de un dispositivo intrauterino, en vez de procurar otros cuidados. El derecho a la educación choca a veces con la desaprensión de los padres que utilizan a sus hijos para trabajar o para mendigar. No es difícil en este caso establecer prioridades, sí resulta penosa la ausencia de políticas sociales efectivas. Podríamos seguir y encontrar otros ejemplos como el derecho a la identidad del niño que no conoce a su padre por no haber sido reconocido, cuyo interés colisiona con el derecho a la intimidad y privacidad de la madre, que ampara el art. 255 del Código Civil.

El derecho del niño a la familia

Vamos llegando a nuestra meta. Los derechos a los que hemos hecho referencia son derechos que a menudo esgrime el niño en confrontación con intereses contrarios.

El derecho a la familia es un derecho más amplio, más abarcativo. Es el derecho cuyo cumplimiento permite el desarrollo de todos los demás. ¿Puede haber un derecho a la vida que se ejerza en soledad? ¿Puede existir educación sin el auxilio de los padres? ¿Quiénes son los que proporcionan los mejores cuidados para un niño? ¿Puede adquirirse identidad sin historia, sin referencia a un padre y a una madre? ¿Es posible un crecimiento sano sin los vínculos familiares? Pienso que la respuesta es clara. Para lograr el pleno desarrollo psicofísico, el niño necesita un entorno ecológico apropiado, capaz de satisfacer sus necesidades evolutivas.⁸

⁸ PÉREZ Aurora: "Grupo familiar, matriz del psiquismo", Conferencia en el Primer Congreso Argentino de Psicoanálisis de Familia y Pareja, Centro Cultural General San Martín, 1987, citado en GROSMAN, ob. cit., pág. 1096 nota 17.

Lo dice expresamente la Convención sobre los Derechos del Niño en su Preámbulo, al reconocer “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Y agrega un poco más adelante que, “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales ... tanto antes como después del nacimiento”.

En el art. 3 afirma que “los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres”. El art. 7 dice que el niño tiene derecho “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. El art. 8 establece que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares”.

El art. 9 dice que “velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos” y menciona como excepción cuando “tal separación es necesaria para el interés superior del niño”, ejemplificando “en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”, mencionando, en el apartado 3, que se respetará su derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular”.

El art. 10, apartado 2, establece que “el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres”. Según el art. 14.2, los Estados han de respetar “los derechos y deberes de los padres ... de guiar al niño”, lo cual muestra la necesidad del niño de ser guiado en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El art. 16 protege al niño “de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia”. De esta manera, señala la protección de la familia del niño en cuanto necesaria para el bien del mismo.

El art. 18 impone la obligación de garantizar el reconocimiento del principio de “que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres ... la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño”. Queda claro que el bien del niño se logra en el ejercicio de la responsabilidad de la crianza por parte de sus padres.

Sólo cuando el medio familiar resulta nocivo, establece el art. 20.1 el derecho a recibir protección y asistencia especiales del Estado. Cita como ejemplos subsidiarios el recurso a hogares de guarda, la adopción y, en último término, la colocación en instituciones adecuadas. El art. 21, referido a la adopción, la autoriza “en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres”, con lo que está señalando el déficit familiar, que hace nacer la necesidad de protección procurándole una familia de adopción.

Refiriéndose a la situación particular de los refugiados, según el art. 22.2, los Estados Partes han de cooperar para proteger “a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia”.

Reitera lo que venimos señalando el art. 27.1, al afirmar “el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”, agregando el art. 27.2 que incumbe a los padres proporcionar “las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

Todos estos textos ilustran claramente que el niño crece y se desarrolla en el ámbito familiar, al cual tiene derecho.

Algunos obstáculos para el goce de este derecho a vivir en familia

El abordaje de esta problemática ya ha sido efectuado en trabajos especializados. Nos limitamos a señalar los problemas y las vías de solución propuestas.

El problema de los embriones crioconservados

La ingeniería genética ha logrado la fecundación extracorpórea y por una razón técnica se procura fecundar muchos óvulos, de los cuales sólo algunos son seleccionados para ser implantados. Otros quedan a la espera de su futura implantación, en el mejor de los casos, cuando no son utilizados con otros fines o directamente eliminados.⁹

⁹ ANDORNO, Roberto: “El derecho a la vida ¿Cuándo comienza? (a propósito de la fecundación in vitro)”, *ED* 131-964. En este trabajo, que es parte de la enorme producción especializada del autor, enumera los derechos del embrión, entre los cuales menciona el de no ser congelado y el de ser transferido de inmediato al útero de su madre biológica, aspecto al que dedicamos nuestra atención.

En el marco del derecho a la vida, la crioconservación constituye una práctica que atenta contra la vida misma, a pesar de que, de alguna manera, la preserva. Por un lado, intenta superar el problema de la infertilidad, pero, por otra parte, una vez que logra el resultado esperado, es decir, la fecundación, a esa vida que empieza a desarrollarse la detiene artificialmente. El ser humano es inacabado, requiere un desarrollo para lograr su fin terrenal y espiritual. Ese desarrollo supone la protección del embrión, que no es sino el niño en su etapa de gestación, y también el nacimiento y su inserción en una familia.

Estas técnicas plantean problemas nuevos. Si la madre, por razones excepcionales, no estuviera apta para la inmediata transferencia de los óvulos fecundados o muriese, sería necesario proteger el derecho del niño a la vida y procurar la implantación del embrión recurriendo a la adopción prenatal.¹⁰

Estas cosas ocurren porque, por pensar que existe un derecho a tener un hijo, el hombre de hoy no duda en utilizar lo que la ciencia y la técnica le proporcionan para lograr su cometido. En realidad, el error reside en esta cosificación del ser humano, que quiere adquirirse como una cosa más, sin respetar sus derechos —como ser humano— a crecer en el seno materno, a desarrollarse en su primer “hábitat” natural, para insertarse al nacer en el seno de una familia.¹¹

El problema en los casos de conflictos familiares

Libros enteros se han escrito sobre este tema.

El régimen de la patria potestad establece el conjunto de deberes y derechos de los padres sobre los hijos para su protección integral (art. 264, Cód. Civ.). El art. 265 señala la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos, obligación que subsiste aun en caso de divorcio, separación personal, separación de hecho o nulidad de matrimonio, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos (art. 271). El art. 264.2 determina a quién corresponde el

¹⁰ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: “El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados”, *ED*, diario del 28 de mayo de 1999.

¹¹ MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana A.: “Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?” *ED*, diario del 28 de mayo de 1999.

ejercicio de la patria potestad en casos de conflicto, “sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación”.

El recordar estas normas en este lugar no tiene más objeto que señalar el derecho primordial del hijo a ser cuidado y educado por sus padres y a no perder el contacto con ellos. Cuando se produce un serio quebrantamiento en la familia, la ley trata de defender otro modo de vivir en familia, priorizando su preservación.

La ley 24.270 sanciona a quien impide el contacto del niño con uno de sus padres. La multiplicación de estas situaciones llevó a la sanción de una ley penal para preservar el contacto con el progenitor no conviviente. Esto demuestra la importancia de estos vínculos para la vida del niño.

La ley 26.061, de Protección integral de las niñas, niños y adolescentes, en el art. 3 referido al interés superior de los mismos, establece en el apartado c), “el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural”. El art. 4, apartado a), señala como pauta de políticas públicas el “Fortalecimiento del rol de la familia” y el art. 7 dice que “la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías”. El art. 10 reconoce expresamente el “derecho a la vida privada e intimidad familiar” y el art. 11 que “tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo amenazara o violara alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley”. Este derecho a su familia de origen reconoce un límite y es la imposibilidad de esa familia de cumplir con su función, en cuyo caso “tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”.

Bastan estas citas a modo de ejemplo. Sin entrar en el análisis y la crítica de este texto legal, lo que excede nuestro propósito, queremos señalar que esta ley, a pesar de que pretende subrayar los derechos del niño y de que no tiene en mira la exaltación de la familia, no deja de valorar – como no podía ser menos – a la familia en su función de cuidado, educación y ámbito de desarrollo personal del niño y de sus derechos.

El problema de la falta de familia y la adopción

Todos sabemos que el siglo XX fue sensible al problema del niño carente de padres. Ello llevó a la restauración de la adopción, atendiendo, en primer lugar, la necesidad del menor. No significa esto que en los adoptantes no exista también un interés, pero éste existe en función del niño, de poder ser padres, de brindar al niño el cuidado, el amor y la protección que requiere para su desarrollo personal.

El punto de encuentro de estos intereses es el otorgamiento de la filiación adoptiva. Nuestra ley procura esto mediante la adopción plena. También considera la situación del niño que no está abandonado por ambos progenitores y procura una mejor integración familiar al permitir la adopción del hijo del cónyuge.

Si hay una ley que tiene como finalidad específica la de procurar que el derecho del niño a la familia se haga efectivo, ésta es la de la adopción. Es verdad que admite la adopción unipersonal, pero no es menos cierto que, contemplando el interés del niño, procura que, si dos personas adoptan conjuntamente, deben estar unidas en matrimonio.

El problema de las uniones de hecho generó diversas respuestas jurisprudenciales, pero la ley ha optado por el otorgamiento de la adopción a dos personas conjuntamente, atendiendo el marco institucional que los liga (art. 312). Agrega que las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente (art. 320). De esta manera se evita el emplazamiento respecto de uno y no respecto del otro. Ello sería nocivo para el niño, porque él tiene derecho a integrar una familia en la que uno es el padre y otra es la madre. Esto no excluye la posibilidad de que integre una familia uniparental. Dependerá del juez, en el caso concreto, velar por el superior interés del niño.

Dos cuestiones se plantean acerca de esto: si es posible la adopción por parte de dos personas no casadas y si es posible la adopción realizada por dos personas del mismo sexo que viven en pareja. Nuestra ley ha optado por la negativa. Los cuestionamientos, sin embargo, se hacen oír y a veces logran consagración legal.

Más allá de la consideración de la idoneidad de los adoptantes, primer presupuesto para la adopción, la ausencia de vínculo matrimonial genera desde lo institucional un marco más vulnerable. La ausencia de compromiso legal de quienes están unidos de hecho en su propia vida de a dos lleva a sostener que el interés superior del niño

queda mejor contemplado si los adoptantes están casados.¹² Con esto queda respondida la segunda inquietud, ya que si la negativa se impone ante la falta de matrimonio de los adoptantes, no cabe el supuesto de una pareja del mismo sexo.

No obstante, el tema merece, al menos, un breve comentario. La ley no discrimina por la “orientación sexual”, como se dice ahora. En realidad, no se plantea el tema. Sí pretende dar al niño una familia, entendiendo por tal un papá y una mamá. Se ha dicho que bajo el lema del superior interés del niño y la negativa a este tipo de adopciones se esconde una discriminación hacia el homosexual o un temor a una perversión o corrupción del niño. En realidad, lo que la ley procura es brindar un ámbito familiar que sustituya al biológico, o sea, darle un padre y una madre. No parece que dos personas del mismo sexo puedan cumplir con este fin.¹³ La función paterna y materna, según la psicología, es fundamental para el desarrollo psíquico del niño. Ambos extremos son requeridos. Esto sólo puede ser brindado por un varón y una mujer en ejercicio de la paternidad y la maternidad.¹⁴

La ley de adopción debe tratar de asegurarle al niño el mejor hogar posible y esto se logra mediante la adopción conjunta de dos personas casadas. No hay que hacer lugar a lo que se dice que no es malo, sino a lo que es mejor. Muchos informes se alegan tratando de convencer acerca de la bondad de otros experimentos. Seguimos pensando que el niño no debe ser sujeto de experimentos novedosos. El niño es sujeto de derechos y tiene derecho a vivir en familia, en los términos que hemos venido expresando.

¹² El criterio opuesto es el de la ley de Aragón, la de Cataluña, la de Noruega y la de Suecia, entre otras, que aceptan a las parejas de hecho pero rechazan la adopción por parejas del mismo sexo. Cf. MEDINA, Graciela: “El interés superior del niño y la adopción por homosexuales”, *Revista de Derecho de Familia*, n°17, pág. 76.

¹³ *Ibidem*, pág.87 y ss., en sentido coincidente con nuestra afirmación.

¹⁴ MIZRAHI Mauricio Luis: “Adopción: Separación de hecho y unión de hecho de los pretendidos adoptantes (heterosexuales y homosexuales)”. *Revista de Derecho de Familia*, n°17, pág. 39 y ss. El autor plantea el tema desde el interés del niño, no del adoptante. Sostiene que la interdisciplina pone de manifiesto la necesidad –para el desarrollo del niño– de la triangulación edípica, no habiendo sido desmentida científicamente la investigación de Freud. El niño no debe ser privado de la heterosexualidad, o sea, de la figura del sexo opuesto al del presunto adoptante.