

Álvarez, Atilio

La adopción

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Álvarez, A. (2012). La adopción [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/adopcion-atilio-alvarez.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

LA ADOPCIÓN

ATILIO ÁLVAREZ¹

La regulación legal del instituto adoptivo en la República Argentina, aquel que Vélez Sarsfield excluyó del Código Civil por considerarlo ajeno a nuestras costumbres, fue siempre objeto de permanente crítica, desde su reincorporación por la ley N° 13252 en septiembre de 1948. A tal punto que podemos afirmar que en las seis décadas y media de vigencia de los tres regímenes sucesivos de adopción no hubo momento en que no existieran iniciativas y proyectos de reforma o un clamor político-periodístico por una nueva ley.

Esta insatisfacción social, continua y acentuada, parte de la falta de análisis de los verdaderos problemas que afectan a la adopción en la Argentina y en América latina, y se funda en la visión unilateral desde quienes desean con comprensible ansiedad un hijo que la naturaleza les niega, y también en una inveterada tolerancia hacia el tráfico de niños y las formas contractuales de adquirirlos, arropada bajo el falso manto del “fin altruista” que movería a los delincuentes.

La reforma propuesta declara el propósito de acelerar los procesos adoptivos. Analizaremos si el texto proyectado encarna esta idea. Si solamente se tratara de transformar el plazo de un año previsto en el artículo 317, inc. a) del Código Civil para considerar a un niño internado en situación de abandono subjetivo a tenor del actual art. 307 del mismo Código, en el de seis meses del artículo 607, inc. c) del proyecto (al que se suma el tiempo del procedimiento sumarísimo en doble instancia que establece el mismo artículo), en poco habremos avanzado. Sancionada que sea la reforma, en breve recomenzará el eterno pedido de celeridad.

En realidad, adentrarse en una reforma del instituto adoptivo, no es ganar unos meses más o menos en el extenso proceso personal que lleva a la decisión de formar familia por adopción. Es ante todo poner en debate cuestiones muy profundas del derecho, no solamente nacional, y asumir una clara toma de posición en materia de ética personal y social, que deriva en arduas cuestiones de política pública. Con clarividencia decía en 1995 el maestro don Rafael Sajón: “El problema de la adopción, a nivel interno y entre países, es de la esencia de la sociedad humana actual y de las próximas décadas, porque se ha convertido en tal por un juego de necesidades, expectativas y valores morales, jurídicos y políticos, prospectivos y proyectivos hasta más allá del año 2000”².

En esta línea, son otros, y no la proclamada celeridad, los verdaderos aportes del proyecto que, aun con las necesarias salvedades y observaciones, pueden coadyuvar a afirmar el instituto adoptivo en Argentina.

Tres son las respuestas que permiten afirmar un balance positivo del proyecto en las grandes cuestiones en debate:

1. Defensor Público de Menores.

2. Sajón, Rafael, Derecho de Menores, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, cap. XVIII, pág. 439.

Haber zanjado desde el Poder Ejecutivo la veleidad de destrucción de la adopción plena que aparecía en numerosos proyectos legislativos³ en los últimos tiempos, algunos de ellos con estado parlamentario, y cuyo choque en las discusiones en comisiones y en plenarios será interesantísimo.

Enrolarse en una postura contraria al contractualismo en adopción, es decir a los acuerdos de voluntades entre los pretensos adoptantes y generalmente una madre en situación de gran vulnerabilidad, con intermediarios profesionales muy bien pagos, que son la fuente principal de tráfico y apropiación de niños y el real motivo de la demora en el avance de los listados de postulantes adoptivos.

Mantener, con las observaciones que haremos, la postura contraria a la adopción internacional, siguiendo la línea de la reserva parcial argentina al artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la más expresa formulada al Protocolo Facultativo de dicha Convención sobre la venta de niños, del 25 de mayo de 2000.

Como limitación de estos elementos positivos, se advierte la introducción de confusiones entre los efectos de la adopción simple y la plena, derivados de una concepción estática del valor identidad de la persona humana, ciertos sutiles retrocesos en cuanto a la defensa del centro de vida como constitutivo del interés superior de los niños, y la pérdida de oportunidad de establecer firmemente este principio como esencial en el derecho de adopción argentino, tanto para niños nacionales como extranjeros.

I. Los problemas de una definición

Los autores clásicos del Derecho Civil Argentino criticaron a Vélez Sarsfield su tendencia a introducir definiciones en el texto del Código, puesto que la tarea de definir las instituciones jurídicas es más propia de la doctrina que de la ley⁴. Los redactores actuales han dejado de lado totalmente ese reparo, siguiendo una tendencia dominante, al punto que las leyes de moderna factura suelen comenzar por explicitar la finalidad del legislador (“esta ley tiene por objeto”, es casi una muletilla), antes reservada a la exposición de motivos o al mensaje de elevación, y es habitual encontrar definiciones encabezando amplios enunciados jurídicos declamatorios.

Es evidente que una definición no es una norma jurídica, ni por su naturaleza ni por su estructura formal, pero no obstante –pese a que no es aplicable a una relación jurídica, ni sirve de regla de solución de conflictos– si el legislador intenta darla, esta debe ser precisa y omnicompreensiva.

La definición de adopción que propone el artículo 594 del proyecto pareciera a primera lectura inobjetable: **“La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”**. Pero no es íntegramente correcta, porque no responde a todas las formas de adopción: ni en la adopción de integración, ni en el caso excepcional de emplazamiento como hijos de mayores de edad, ni en muchos supuestos de adopción simple, se dan los elementos que contiene este artículo, y mucho menos la situación negativa que se ha previsto respecto de la familia de origen.

3. Proyectos Expte. N° 6843-D-06. (T.P. N° 173). García Méndez, Carlotto, Comelli, Macaluse, Azcoiti, Negri, Pérez (A.), Di Tullio, Gorbacz, Augsburg, Tonelli y Romero. De ley. Código Civil. Modificación del Título IV, Sección Segunda, Libro Primero, de la adopción. (Legislación General y Familia), y los que se enrolan en su estela.

4. El mismo Vélez sostuvo en la nota al artículo 495 del Código Civil: “Nos abstenemos de definir porque, como dice Freitas, las definiciones son impropias de un código de leyes y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina. En un trabajo legislativo solo pueden admitirse aquellas definiciones que estrictamente contengan una regla de conducta, o por la inmediata aplicación de sus vocablos, o por su influencia en las disposiciones de una materia especial. La definición exacta de los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad, no entra en sus atribuciones...”.

Cuánto más claro y preciso era el artículo 1º de la ley N° 13252 cuando abría normativamente el régimen de esta institución, definiendo por la finalidad objetiva, con esta frase: “La adopción crea un vínculo legal de familia”.

No debemos dudar en sostener, en Derecho, que **la adopción es una institución jurídica familiar que crea vínculos análogos a los de la filiación por naturaleza**. De ese modo la definición comprendería todas las especies de adopción –no solo la de protección de niños huérfanos o desamparados, que es la principal en nuestro tiempo– y tendría siempre una referencia clara a la filiación por naturaleza, a la cual tiende a asimilarse.

Una definición más completa, si se creyera que es función de la ley darla, sería en mi opinión: **“La adopción es una institución jurídica familiar que crea vínculos análogos a los de la filiación por naturaleza. Principalmente tiene por objeto proteger a los niños, niñas y adolescentes y garantizar el derecho de estos a vivir y desarrollarse en una familia que les brinde los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando no le puedan ser proporcionados por su familia de origen”**.

Las diferencias no son casuales ni baladíes. A más de comprender la totalidad de las situaciones adoptivas –cuestión lógica, pues no es correcta la definición que no es aplicable a todos los supuestos– es necesario dejar en claro que no son protegidos los derechos, sino que se protege a los niños, en tanto que tales, como impone sin mediatizaciones conceptuales el artículo 19 del Pacto de San José de Costa Rica. Y esto es ya una cuestión ética, y de profundidad tal que integra el núcleo constitutivo de las sociedades. Los derechos humanos⁵ deben ser reconocidos y garantizados por la ley, y respetados por todos. No los otorga la ley sino que nacen de la dignidad misma de la persona. Y por lo tanto nunca puede ser invocando un “derecho humano” en escisión o en contra de la persona misma. El deslizamiento que ciertas usinas de pensamiento están creando en América latina desde la histórica doctrina de la “protección integral de los niños” hacia una “protección de los derechos de los niños” es un paso sutil en el camino hacia la relativización del principio del interés superior, sobre todo cuando la ley pretende negar a algunos niños su carácter de sujeto prevalente de derecho.

II. ¿Contrato o institución?

Es importante que el Derecho Civil Argentino determine en forma expresa y definitiva la naturaleza institucional y no contractual de la adopción. Resulta obvio que un contrato entre adoptante y adoptado, según la vieja concepción civilista de la adopción entre adultos, no es hoy admisible. Pero menos aun lo es concebir un contrato entre adultos –ya sea a título oneroso o gratuito– tendiente a establecer el estado de familia y la identidad misma de un niño. Esto sería un retroceso hacia la arcaica visión del hijo como “cosa del padre”, y una negación flagrante de todos los derechos fundamentales de la persona.

Es necesario volver a los clásicos y profundizar sus principios en interés superior del niño. Así, sobre la primera ley de adopción Spota decía: “Con acierto dicho legislador [el diputado Yadarola] repudiaba aquella concepción que ve aquí un mero vínculo contractual. El vínculo adoptivo es una institución del derecho de familia, crea un estado de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tiene todo el derecho de familia”⁶.

5. El derecho de todo niño a nacer y vivir en una familia, es un derecho fundamental de la persona humana, previo al Estado, reconocido en cláusulas de jerarquía constitucional, tanto en razón del carácter natural de la familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 10.1 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) como específicamente en el artículo séptimo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

6. Spota, Alberto, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Volumen 3, nota 675, pág. 410.

Por su parte, Borda se enrola firmemente en la concepción institucional, al punto de sostener que “en nuestro derecho positivo la concepción de la adopción como contrato no tiene asidero posible, desde el momento que no se exige el acuerdo de los representantes legales del menor para establecerla. La adopción es, pues, una institución de derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante nacida de la sentencia del juez”⁷.

El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su cuerpo y en su inciso a), únicos vigentes por efecto de la reserva efectuada al aprobar la Argentina ese tratado en 1990, por ley n° 23849, y reiterada en el acto de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁸, sirve de base constitucional para establecer el verdadero carácter de la adopción.

La fórmula institucional y no contractualista del artículo 594 proyectado es un avance, pero al limitarse a la llamada adopción de protección, deja abierto el campo contractual en otras modalidades, no solamente para hacer negociable una adopción de integración, sino para encubrir a través de formas simples y de artilugios que ya se conocen en Latinoamérica, verdaderas burlas al imperativo de protección de los niños.

Desde los primeros fallos en materia de adopción, hubo que distinguir esa doble vertiente en la materia. Si la adopción argentina, restaurada en la legislación en 1948, hubiera tenido carácter contractual podría haber sido eximido por acuerdo de partes el plazo legal de guarda (que en aquel primigenio ordenamiento era de dos años, y no el año de la ley de facto N° 19134, ni los seis meses actuales, según el art 316 C.C.). En el primer fallo del Fuero Civil sobre el tema, hace sesenta años, el Dr. Florencia Ignacio Goitia fundó la negativa en el expreso carácter institucional y no contractual de la adopción. En igual sentido se expidieron por la confirmación del fallo el entonces primer Asesor de Menores ante la Cámara, Dr. Héctor Madariaga, y los camaristas Dres. Chute, Coronas, y Alsina.⁹

Nunca existió en nuestro país una doble regulación de la adopción, como sí ocurrió en Brasil hasta hace muy poco: adopción “civil” por escritura pública, como contrato entre adultos, y adopción del derecho de menores, por sentencia judicial especializada. La adopción fue siempre institucional, y debe seguir siéndolo, tanto en la sentencia que la constituye como en la guarda que la prefigura y la determina en términos reales.

La nefasta concesión contractualista de la ley N° 19134 a los acuerdos entre adultos instrumentados por escritura pública, provenía del sistema de “adopción civil”, convirtiendo al niño, sujeto prevalente por excelencia de la institución adoptiva, en un objeto de las voluntades interesadas en él. Por ello recibió las duras críticas que llevaron a su prohibición por el artículo 318 del Código Civil en la reforma de la ley n° 24779.¹⁰

La solución prevista en el Código Proyectado es draconiana, aunque merece apoyo en términos generales. Establece en su artículo 611¹¹: “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño”. Se entiende que por cualquier vía o forma jurídica o de hecho.

Pero no se mantienen en esto los autores del proyecto sino que avanzan diciendo: “La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador,

7. Borda, Guillermo, Tratado de derecho Civil Argentino, Familia II, n° 770, pág. 118.

8. *Asamblea General - Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, aprobado por Argentina mediante ley n° 25763 del 23 de julio de 2003.*

9. J.A. 1952 -I- pág. 96/97, fallo de Cámara del 31 de julio de 1951.

10. Es importante reafirmar estos principios en tiempos en los cuales se intenta justificar los contratos sobre niños en su etapa de vida embrionaria. Esperamos que aquellos que, quizás de buena fe y solo preocupados por ideas de celeridad o “antiburocráticas” defendieron la utilización del contrato por escritura pública, adviertan ahora cual era el fundamento último de la oposición a todo contrato que acuerde la identidad misma de una persona humana.

11. Titulado “Guarda de hecho. Prohibición”, aunque cabe distinguir si lo que se prohíbe es el hecho mismo de la guarda, extendidísimo en nuestro país y en Latinoamérica, o esa vía para preconstituir una guarda con fines adoptivos al margen de los controles previos a los postulantes.

excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre estos y el o los pretendientes guardadores del niño”.

Hasta aquí llegaba en la primera versión que trascendió (artículo 18 de la sección sobre adopción) el texto proyectado. Se advierte que al correlacionar distintos documentos o fuentes se hizo evidente la contraposición de este criterio originario del artículo 611 con la incorporación de la facultad de delegar el ejercicio de responsabilidad parental en un tercero idóneo que proviene del título VII referido a lo que hoy llamamos patria potestad.

Ambas soluciones eran incompatibles y por eso en la última versión del artículo 611 se agrega como párrafo final: “Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”.

Esta ha sido necesario, reitero, pues de modo bastante incomprensible, al tratar sobre el instituto, también de orden público, de la patria potestad llamándolo “responsabilidad parental”, el proyecto pretende introducir en nuestro Derecho una novedosa fórmula de delegación de ejercicio de la misma, estableciendo en el artículo 643: “En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad sea otorgado a un pariente o tercero idóneo. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas...”.

Da la impresión de que quienes redactaron el articulado referido a la adopción tenían criterios institucionalistas diferentes de quienes propician este contrato privado sobre ejercicio de responsabilidad parental, pues no se entiende de otro modo la contradicción de principios que obliga a una salvedad semejante al final del citado artículo 611.

La sana intención de quienes proyectaron el título sobre adopción, y en especial el carácter público de la guarda preadoptiva incompatible con la naturaleza de un contrato privado, choca entonces con una delegación de responsabilidades parentales regida por la contractual autonomía de la voluntad. No llega a salvar esta contradicción la cláusula final del artículo 611 del proyecto, que no soportará, en ese marco, los primeros casos conflictivos. En efecto, no resulta razonable la prohibición intentada en la necesaria intervención judicial en la guarda preadoptiva, con régimen de aptitud de los postulantes previamente constatada en sede administrativa, cuando por otra parte se establece contra la normativa hoy vigente una libre delegación de responsabilidades, no de funciones precisas, con homologación judicial.

La previsión final del artículo 611 del proyecto, entonces, está destinada a ser puesta en jaque tempranamente en situaciones en las que exista una realidad jurídica previa de naturaleza superior a la guarda, como es la pergeñada delegación de responsabilidad parental. Ya abierto el camino, por la vía de la existencia de un vínculo afectivo previo, real o ficticio, entre padres y guardadores, o por la más directa invocación a la autonomía de la voluntad de una madre que si podrá legalmente delegar el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo, bien podría elegirles adoptantes, el sistema se deslizará hacia un oculto contractualismo, aunque esto no haya sido la voluntad de los autores del título específico. Será el precio de las contradicciones ideológicas, que una vez más pagarán los niños.

Los frentes de ataque al párrafo final de la nueva norma provendrán de dos ángulos, de distinto origen y de diferente validez ética: unos lo harán desde la cruda posición individualista y en pro de la vigencia del contrato; otros tendrán que hacerlo desde un marco teórico realista que sin dudas invocará el interés superior del niño.

Dos casos paradigmáticos permiten entender en concreto lo dicho:

a) El caso de María.

Por ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 92 se presentó en febrero de 2008 un pedido de guarda judicial preadoptiva con la niña recién nacida en la Capital Federal, a favor de un joven matri-

monio domiciliado en una ciudad del interior de la provincia de Santa Fe. La madre, mayor de edad, daba conformidad en un “otrosí” y denunciaba su domicilio real en uno de la calle Iriarte del barrio de Barracas. Se decía que había trabajado en casa de la familia adoptante y que mantenía una larga relación de confianza con esta.

De inmediato el Ministerio Público comisionó a su asistente social al domicilio materno, para entrevistar a la progenitora, y encontró que esa vivienda no era la de la madre de la niña, sino la de la madre de la abogada. Ubicada rápidamente la progenitora, resultó ser madre de cinco hijos, ninguno de los cuales vivía con ella, no haber trabajado nunca en casa de los peticionarios de la guarda, y no haberlos conocido hasta el momento de una entrevista, concertada por oscuros intermediarios, en un bar de Constitución donde entregó la niña de apenas tres días y firmó el escrito presentado ante la jueza.

Sobreabundantemente, se pudo acreditar que los apropiadores –un matrimonio de 32 años de edad y apenas uno de casados– se hallaban muy presionados a tener hijos por parte de su dominante entorno familiar. Habían conseguido la guarda judicial de un varoncito en septiembre de 2007 en Rosario y a los cinco meses pretendían completar con una nena el imaginario de familia completa de ellos o de quien pagaba la maniobra.

Una importante y contundente medida cautelar en favor de la criatura culminó con el rescate de la beba por parte de una comisión federal, con todos los recaudos técnicos de salvaguarda, el dos de marzo, y la resolución de confiarla en guarda preadoptiva a uno de los matrimonios más antiguos de los evaluados, aprobados e inscriptos en el Registro Único de Adoptantes¹².

Pero no terminó allí el debate. El 7 de marzo, un diputado por la provincia de Santa Fe, en curiosa concomitancia, presentó en la Cámara de Diputados de la Nación, un proyecto que hasta hoy resulta el paradigma de contractualismo en adopción¹³. Por el mismo se pretendía que la madre tuviera el derecho a elegir los adoptantes, con control judicial posterior. Si el juez no homologaba esa entrega, debía reintegrar el niño a la madre para que propusiera nuevos guardadores. Recién al tercer rechazo de propuestas “maternas” el juez podría recurrir a los postulantes inscriptos en el Registro.

Algo hay en ese extraño proyecto, que perdió estado parlamentario, que evoca la reminiscencia de los orígenes romanos de la adoptio, con el rito de triple venta ficticia por parte del pater, que permitía extinguir la patria potestad, como sanción justamente a esas reiteradas ventas. Con la diferencia que en el antiguo procedimiento romano las ventas eran fictas y ahora son reales.

Contra esos acendrados sentimientos contractualistas, siempre en función del poderoso o al menos del “cliente” y por cierto avalados por los intermediarios, deberá contender la endeble prohibición del artículo 611 *in fine*. No es difícil predecir el final de juego –como en el ajedrez– cuando se enfrenten a esa prohibición una delegación de responsabilidad parental en terceros idóneos, homologada por el mismo juez ante el cual las mismas partes requieran la consecuente guarda preadoptiva, habiéndose inscripto mientras tanto los interesados en el registro competente y sin óbice alguno a formular. Todo el sistema minuciosamente reglado tras un largo esfuerzo de controles y contrapesos se derrumbará en un instante.

b) *El caso Mauro*

Si la cuestión del choque de la parte final del proyectado artículo 611 con la novedosa incorporación de la delegación de ejercicio de la responsabilidad paterna tiene resultado predecible, mucho más claro será el caso cuando se trate de guardas otorgadas judicialmente.

12. En estos casos, la velocidad y la prudente utilización de la vía cautelar en defensa del niño son el único remedio posible, junto con la inmediata guarda en un matrimonio apto. En un sonado caso de la provincia de Corrientes, años atrás, al haber dispuesto la juez de la intervención federal el retiro del bebé pero su internación en el hogar Tía Amanda, que se prolongó durante meses con serio efecto de depresión en la criatura, se produjo la revocación por la Cámara de la decisión de primera instancia, y el retorno del niño al primer hogar de entrega, donde sin dudas estaba muy bien cuidado y que lo adoptó con toda felicidad. . . Se creó así un precedente emblemático a favor del contractualismo.

13. Expediente 0460-D-2008, trámite 7 de marzo de 2008, firmante Ariel Dalla Fontana.

El supuesto llegó a la Corte Suprema, en un asunto resuelto en forma absolutamente acorde a los derechos del niño, pero transcrito en el sumario de modo tal que ha sido tomado como bandera de los contractualistas y apropiadores. La joven madre de Mauro, afectada por drogadicción y muchos otros problemas, no pudo asumir su crianza desde el nacimiento. Por eso el Juzgado Civil N° 106 confió en marzo de 2006 su guarda a los padrinos, una familia humilde de la misma colectividad, mientras se intentaba la recuperación de la progenitora. Al cabo de tres años, y con la muerte de un hermanito de por medio, se declaró la adoptabilidad del niño, y allí sorpresivamente, se designó guardadores a los fines adoptivos a un matrimonio que ya había recibido en adopción un niño en el mismo juzgado con óptimos resultados.

Ante la oposición de los padrinos, que pretendían mantener consigo a Mauro, incluso ofreciendo adoptarlo –lo que no había sido su intención originaria, pues estaban a la espera de la recuperación materna– la resolución judicial de primera instancia rechazó el pedido, fundándose en condiciones socioculturales e incluso en la hipoacusia de algunos de los cuatro hijos de la familia de guarda. Apelada la resolución por los primeros guardadores judiciales, la confirmó la Sala A, introduciendo –obiter dictum– el tema de que los padrinos no se habían inscripto en el Registro de postulantes de la jurisdicción. Esta cuestión oscureció el verdadero problema jurídico que era la aplicación del artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto al respeto a la identidad cultural y social del niño, y también la interpretación del alcance del concepto de centro de vida de Mauro, incorporado al principio del interés superior por el artículo 3° de la ley N° 26061.

Recién yendo en queja ante la Corte, los guardadores de origen y el Ministerio Público obtuvieron un fallo favorable, que sin perjuicio de revocar lo resuelto en las instancias anteriores exigió el cumplimiento de los recaudos de evaluación reglamentarios en los registros. El voto de la Dra. Carmen Argibay adentra en el tema del centro de vida, y en la arbitrariedad del cambio de guarda¹⁴.

Como se advierte, frente al origen judicial de una primera guarda, y su desarrollo satisfactorio, no tendrá efectos tampoco la prohibición incorporada en la parte final del artículo 611 proyectado.

Un mejor análisis de las cuestiones en debate, el conocimiento minucioso de las prácticas que fueron apareciendo para burlar la ley tras la prohibición de la escritura pública, y por sobre todo la eliminación de la delegación de responsabilidad parental, reemplazando ese concepto por las autorizaciones puntuales o la guarda judicialmente controlada con expresa exclusión de los fines adoptivos, podrán mejorar sustancialmente el proyecto.

Tal como está planteado, y pese a la convicción institucional que se advierte en los redactores del título VI sobre adopción, el sistema no será en definitiva muy distinto del que pretendía establecer el Proyecto de Código Unificado de 1998 (llamativamente apenas un año después de la ley N° 24779) cuando decía en su artículo 648: “La guarda judicial no es necesaria si se acredita sumariamente una guarda de hecho por igual período, con audiencia del Ministerio Público y de los equipos técnicos que correspondan”. En suma, el retorno del contractualismo, bajo otros carices.

III. Adopción plena y simple

Hemos anticipado que consideramos un logro del proyecto haber mantenido en su artículo 625 la posibilidad de adopción plena, a más de los casos de niños huérfanos o sin filiación establecida, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad;
- b) Cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental;
- c) Cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

14. CSJN, 16/9/2008, Fallos 331-3: 2047/2068.

Esto permitirá que siga existiendo en la realidad social argentina la adopción, pues si la forma plena se redujera estrictamente a los supuestos de orfandad o de desconocimiento de filiación, el grueso de los niños en situación de abandono subjetivo, que son los más, quedaría bajo obligada forma de adopción simple, que nuestra sociedad –con razón o sin ella– no ha aceptado por lo general. La imposición del mantenimiento de vínculos en casi todos los casos apartaría del sistema a muchos de los potenciales postulantes y los haría presa fácil de los intermediarios que ofrecerían mayor “seguridad”, a través de las consabidas maniobras, o de otros modos de llegar al ansiado hijo.

La visión negativa respecto de la adopción plena en nuestro país parte de una sesgada interpretación del derecho a la identidad de los niños. Siempre hemos defendido este derecho fundamental de la persona, pero sin considerarlo solamente desde lo biológico e incorporando en su análisis sus aspectos dinámicos, psicológicos y sociales.

Cuesta entender cómo se sostiene en la Argentina la alegada inconstitucionalidad de la adopción plena, cuando muchos países solamente poseen esta forma jurídica y ninguno de ellos ha sido cuestionado por el Comité de los Derechos del Niño, órgano de ONU intérprete de la Convención. La proverbial brillantez argentina nos convierte en los únicos del mundo que advertimos la incompatibilidad entre los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la figura de la adopción plena, acuñada modernamente en el Derecho Continental Europeo y rápidamente admitida en el mundo anglosajón. Paralelamente, nada se advierte en igual sentido en la admisión de donantes anónimos de gametos, en técnicas de reproducción asistida, como si en tales casos el niño no tuviera derecho a conocer sus orígenes.

Si bien sostener la adopción plena en los casos de abandono subjetivo es un cabal acierto del proyecto, que debe ser reconocido y apoyado, se advierte que existió un cierto grado de compromiso con las líneas ideológicas sobre el tema, que dio como resultado una fórmula llamada a crear muchísimos problemas. En efecto, la posibilidad judicial de “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” llevará a un mosaico de soluciones, con un régimen individual que no es propio del emplazamiento en un estado de familia. Ya no bastará con un certificado de nacimiento, sino que será necesario exhibir la sentencia de adopción en cada situación en que corresponda decidir sobre la existencia o no de los vínculos, tanto de origen como adoptivos.

Más confusión aún crea la pretensa aclaración de que “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” pues entonces tendríamos una verdadera Babel de vínculos y efectos jurídicos de los mismos, no siempre coincidentes.

Se agrega a ello el impacto de decisiones judiciales sobrevinientes, como las que deriven de la acción de filiación admitida, aunque en forma limitada, tras la adopción plena (art. 624), y la posible interpretación referida a que los motivos fundados, más convenientes para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte, puedan ser posteriores a la sentencia misma. Si así fuera, la sentencia de adopción plena perdería carácter de constitutiva de estado.

Ya no habría dos formas de adopción, sino múltiples. El debate entre formas plenas y simples se zanjaría así a favor de ninguna de las dos modalidades, en una solución híbrida, indefinida en general y a resolver en cada caso.

IV. La aparente celeridad

En cada reforma de la ley el legislador ofreció, casi demagógicamente, una mayor celeridad en la adopción, sin lograrla en absoluto, tal como hemos dicho.

De más está decir que la experiencia y la reflexión de décadas sobre miles de casos concretos nos inclina a sostener que la sociedad argentina necesita una adopción mejor en todo sentido, más segura para el niño, y no solamente más rápida. El mito de la celeridad como única respuesta a la

ansiedad de los postulantes a formar familia por vía adoptiva se desmorona cuando se analizan los tiempos reales de la adopción.

Por lo general un matrimonio sin posibilidades de tener hijos biológicos tarda mucho en decidirse a adoptar, incluso entregando años de su vida a los procedimientos médicos; tras esto a veces, mal aconsejado, comienza a seguir caminos erráticos en pos de una “adopción” que más de una vez encubre formas de tráfico de niños. Todo ese tiempo jamás es computado en la espera. Más tarde en su ciclo vital se inscriben en un listado oficial, decepcionados de otras vías intentadas y ansiosos por recuperar el tiempo perdido. Si la disponibilidad adoptiva es amplia, tanto en edad y en salud como en número de hermanos, los llamados judiciales son casi inmediatos. Pero es cierto que si la disponibilidad adoptiva se centra en un bebé sano, el número de postulantes supera ampliamente la cantidad de casos que se presentan.

He allí el secreto de la demora en la adopción en la República Argentina. En poco influye, sin negar que el problema exista, el tiempo durante el cual se esperan las definiciones por parte de la familia de origen, aunque es de suyo cruel que los niños aguarden internados las decisiones de los adultos. Esto se da fundamentalmente con niños que no son ya recién nacidos, y por lo tanto el acortamiento de los plazos para definir la adoptabilidad en seis meses (180 días) según el artículo 607, no influirá sobre la relación numérica entre postulantes y niños muy pequeños en condiciones de ser adoptados.

De más está decir que al haber establecido para resolver sobre la situación de adoptabilidad el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción, que por lo general es el juicio sumarísimo, dependerá del trámite y de los eventuales recursos, que el sistema proyectado sea más breve o más lento aún que el actual.

En definitiva, el proyecto, cuyos aciertos reconocemos, se presenta nuevamente ante la sociedad argentina como una respuesta a las ansias de celeridad de los pretensos adoptantes, aun sin poder garantizarla. El único modo de lograr celeridad en la adopción es la firme persecución del tráfico de niños, que es el fenómeno que provoca el desequilibrio entre el número de postulantes y los casos de adopción. También coadyuvará a la celeridad la conciencia generalizada sobre la temprana toma de decisiones en cuanto a formar familia mediante adopción.

Pero para esto último, como así también para limitar los alcances del tráfico de niños, se necesita una mejor adopción. Es decir, una adopción más transparente y más segura. Respecto de la transparencia no es un avance la idea de delegación de responsabilidad parental, propicia a todo fraude; y en cuanto a lo segundo, no brinda seguridad sino que la quita la confusa normativa que regiría los efectos jurídicos de la adopción en sus formas plena y simple. Está en el Congreso de la Nación la responsabilidad de partir de una base valiosa y mejorar aquellos aspectos que parecen haber surgido de una transacción con otras formas de pensamiento contrarias a la institución de la adopción en tanto que emplazamiento en estado de familia.