EL DERECHO

Adopción, la inconstitucionalidad del art. 611 del Código Civil y Comercial(*)(**), Por Petrelli, María Elisa - El Derecho, [275] - (15/12/2017, nro 14.329)

Antecedentes

El anhelo de ser padres es tan profundo en el ser humano que muchas personas no reparan en límites y, cuando se les cierra una puerta, siempre encuentran una ventana para cumplir su objetivo. Así sucede actualmente con la maternidad subrogada(1), con la fecundación post mortem(2), así como antes ocurrió con la adopción.

El instituto de la adopción en nuestro país se caracterizó –después del año 1971, cuando por ley 19.134 se instauró la adopción simple y la plena– por la existencia de normativas que intentan suprimir prácticas espurias.

Al ser una práctica común que matrimonios extranjeros buscaran adoptar niños argentinos porque, al ser descendientes de europeos, eran más parecidos físicamente a ellos, la ley 24.779 del año 1997 exigió que los adoptantes comprueben tener 5 años de residencia continua en el país (desalentando, así, la "extradición" de nuestros menores).

La misma normativa legal prohibió la entrega de la guarda de un menor por escribano público o administrativa, creó la guarda preadoptiva judicial y prohibió, con pena de nulidad, cualquier otro modo de entrega de menores. En este articulado, el objetivo de la norma fue evitar la "compra de bebés" por la que la madre entregaba directamente a los futuros adoptantes a su hijo a cambio de dinero; aunque, por supuesto, la transacción "comercial" no figuraba en el acta, en la realidad se practicaba.

No obstante, luego, los deseosos padres encontraron una "ventana" a dicha normativa. Se presentaban en el juzgado de provincia y la madre, ante el juez, los aceptaba como guardadores de

sus hijos, lo cual escondía detrás un posible arreglo comercial "dibujado" como honorario abonado al juez interviniente en el proceso. Hubo supuestos en que hasta abonaban el pasaje de la madre al lugar donde tramitaría la guarda.

Entonces, varias provincias(3) establecieron que solo serían adoptantes las personas residentes en esas provincias, para evitar que matrimonios de Buenos Aires se presentaran a adoptar en las provincias en desmedro de los matrimonios provincianos, y que un menor sufra también un cambio de cultura, de paisaje de su centro de vida.

En el año 1997, por ley 24.779 se crea el Registro Único de Aspirantes a Guarda Adoptiva e invita a las provincias a acogerse a este registro.

Parecía estar controlada toda entrega de menores cuando surgió una nueva práctica espuria: las personas recibían un bebé (posible ilícito mercantil), lo criaban y, cuando alcanzaba la edad escolar, se presentaban ante un juez como cuidadores de hecho y pedían la adopción ante la ausencia prolongada de los progenitores. Así, cuando se redacta el nuevo Código Civil y Comercial, decididos los redactores a terminar con esta nueva práctica innoble, incorporaron el art. 611 que dice: "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.

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre estos y el o los pretensos guardadores del niño. No 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".

Consecuencias fácticas de la aplicación

del art. 611 del cód. civil y comercial

El art. 640 es el único que permite la guarda a terceras personas, pero nunca con miras a una

futura adopción.

La ley 4523 de la Provincia de Misiones, sancionada el 29-10-09, encuentra una solución: en su art. 3º establece que quien entregue un menor a una persona ajena a su familia biológica tiene la obligación dentro de las 48 horas de poner la situación en conocimiento del juez de familia, de no cumplir la norma quien haya recibido al menor no podrá inscribirse en el Registro Único de Aspirantes a la Adopción o será eliminado definitivamente. Pero, si la madre o progenitores expresaron su deseo de entregar al niño en guarda con fines de adopción a una persona determinada, deben demostrar, por cualquier medio de prueba, el conocimiento de las circunstancias personales, sociales y familiares de las personas propuestas (arts. 25 y 26). Esta normativa respeta la voluntad de los progenitores de entregar a su hijo/a a personas en quienes ellos confían, porque también es muy difícil entregar un hijo a desconocidos, y les brinda mayor tranquilidad esta normativa que el Código Civil y Comercial.

Los agentes del derecho, al encontrarnos con este art. 611, comprendimos la noble finalidad de la norma, pero también comprendimos que su aplicación iba a generar muchas injusticias y afectar el bien de los niños. Porque existen muchas madres que entregan a sus hijos a una amiga o vecina con la firme intención de regresar y nunca lo hacen, o fallecieron o enfermaron y no pueden asumir el cuidado del retoño. Y existen supuestos en que los mismos menores –por ausencia de padres o abandono del cuidado– entablan relaciones de afecto con padrinos, madrastras, padrastros, amigos de los padres, familias de compañeros de la escuela.

En una mirada rápida de estas situaciones, podemos establecer lo siguiente: las guardas de hecho a terceros que soliciten una guarda judicial (art. 657) pero nunca la adopción no están prohibidas (art. 640). Podrían los adultos ser titulares de una guarda hasta la mayoría de edad del guardado, pero lo prohibitivo (art. 611) es que pretendan una filiación, una relación materno- o paternofilial.

El art. 611 determina que el juez se encuentra "habilitado" para separar al menor de los pretensos guardadores, ello significa que es facultativo del magistrado hacerlo o no. Pero de no separarlos, ¿qué suerte le espera a esta familia? Seguramente no la adopción, sino la guarda judicial (arts. 640 y 657).

Desde la técnica jurídica, esta solución parece correcta, pero desde la psicología, en la emotividad de un menor, no es conveniente mantener un vínculo que se caracteriza por ser transitorio. Y como explica Eva Giberti, hay una cosmovisión y un orden. La cosmovisión es el "modo de estar en el mundo" y el orden a través de la vida con los adoptantes, pero, si no existe un orden fundante, la psiquis se forma en el caos, en el temor de todos los miembros intervinientes de ser el niño en alguna oportunidad retirado de ese ámbito de amor y regresado al caos en que reinaba. Los

menores y los guardadores precisan defenderse de esa posibilidad de desatribuirse "en serio" que conlleva la fantasía de devolver al hijo(4). Y formar una personalidad como es la de un niño sin las seguridades, sin la posibilidad de vivir en paz –aunque sea inconsciente– es perjudicial para su madurez biopsicoespiritual.

Y en esta cosmovisión radica el fallo de la Dra. Myriam Cataldi de fecha 15-7-16 "L. G. M. s/control de legalidad - Ley 26.061", porque comprende que no alcanza con una guarda judicial para el bien de la niña en cuestión, sino que únicamente obtendrá estabilidad con una relación de filiación que solo otorga el instituto de la adopción. Se necesitaba una respuesta jurisdiccional a las posibles injusticias de la aplicación del art. 611.

Análisis del fallo

En el caso de autos, nos encontramos con una niña de 7 años de edad alojada en un Hogar Convivencial debido a hechos de violencia de su madre que la Oficina de Violencia Doméstica describió como de altísimo riesgo psicótico. Durante un primer breve tiempo, fue cuidada por su hermana en carácter de guardadora, pero esta volvió a reintegrarla al cuidado de su progenitora. Después regresó la niña al Hogar Convivencial, y la madre se comunicó telefónicamente con ella con un discurso confuso, paranoide y querellante. Luego, dicha progenitora no se presentó a las entrevistas pautadas. En muchas oportunidades, el órgano administrativo intentó que la madre cumpliera las pautas establecidas y visite a su hija (incluso ofrecieron abonar un remís para que fuera al Hogar), sin embargo, ella no se comprometió y se desvinculó de la niña; así pasaron cinco años.

En un momento dado, un matrimonio concurre al Hogar para colaborar con cualquier niño que necesite ayuda y entabla una relación de afecto con la niña, con quien comparten fines de semana, fiestas de navidad, vacaciones. Solicitan la adopción como "referentes afectivos", pero nunca se inscribieron en el RUAGA. Al entrevistar la jueza a la niña, esta manifiesta que su mayor deseo es vivir con este matrimonio.

Hay dos escollos para otorgar la adopción pretendida por la menor y el matrimonio: el art. 611 del cód. civil y comercial y la no inscripción en el RUAGA.

a) Analizaré a continuación la solución encontrada en el fallo al primer obstáculo.

El decreto 415/06, aclaratorio de la ley 26.061, establece: "Se entenderá que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien circunstancias que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña o niño o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes" (art. 39, párr. 1º).

Los principios de la adopción "son las ideas fuerza, el marco interpretativo básico ineludible al que debe remitirse ante cualquier contradicción que pueda llegar a surgir"(5). En estos principios y en el decreto mencionado, la jueza plantea la inconstitucionalidad del art. 611 por ser contrario al interés superior del niño y considerando tal la socioafectividad que se genera en un concepto de bienestar y de familia dinámica, revalorizando los referentes afectivos del menor.

Además, el Código Civil y Comercial incorpora expresamente el principio de constitucionalización, por lo tanto, la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos incorporados en la Carta Magna impactan de manera directa en el derecho filial que enlazan con los principios del instituto de la adopción especificados en el art. 595 del cód. civil y comercial. Y citando al fallo, el concepto jurídico indeterminado de interés superior del niño es "de vital importancia en materia de adopción porque involucra los derechos del niño a la vida familiar (art. 7.1, CDN), el derecho a "preservar su identidad" (art. 8.1, CDN), el derecho a ser "protegidos y asistidos especialmente por parte del Estado, cuando resulten temporal o permanentemente privados de su medio familiar" (art. 20.1, CDN)".

El mayor mérito del fallo fue evitar la cosificación del menor, evitar encerrarlo en postulados o normas jurídicas dictadas por adultos que, por protegerlos de conductas inmorales e ilegítimas de algunos adultos, puedan perjudicar a otros menores. Porque, de ubicarla en otra familia diferente del matrimonio peticionante, coloca a la menor en un alto riesgo de experimentar un nuevo abandono, desazón y "descrédito en los adultos cuidadores y protectores que la llevarían a una desestabilización afectiva". El fallo menciona como basamento la socioafectividad, un concepto similar a la cosmovisión, conceptos dinámicos que son el reconocimiento de la propia identidad.

Transcribo el fallo: "Comparto, sin dudas, que: "El tiempo no puede convalidar situaciones de hecho en derecho cuando la ley no lo prevé, es decir, violentando la ley, por temor a crear un nuevo perjuicio; ni aun tratándose de la vida de un niño en sus primeros meses y años de vida tan importantes para su estructura psicológica (â€¦) (CNCiv., sala M, R.394324 "N.N. o R., F. s/Protección de Persona", 12/05/04, Sumario Nº 16002 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil – Boletín Nº 12/2004), sin embargo a luz del eje rector de cualquier intervención en la vida de un niño que es su "mejor interés" no puedo dejar de ponderar, en este caso concreto y conforme las particulares circunstancias que lo rodean, que no sería

resguardarla buscarle una nueva familia cuando la actual, aquí peticionante, unida por un genuino afecto mutuo con G., reúne y cumple con las condiciones para atenderla, estimularla, brindarle la satisfacción de todas sus necesidades (ver fs. 458/459 donde el Centro Integral Especializado en Niñez y Adolescencia informa que "la niña ha experimentado la construcción de un vínculo de amor y confianza respecto de M. y A. Manifiesta expresamente la necesidad y el deseo de vivir "en familia" con este hombre y esta mujer que la alojan en sus vidas, lo que permitió que la niña los considere como figuras parentales")".

Ahora bien, este matrimonio no estaba incurso en las realidades fácticas espurias que fueron causa fuente de la redacción del mentado artículo, pero no son parientes. La única posibilidad era la guarda de hecho con las connotaciones negativas en la psiquis de esta familia, por lo tanto, basado en el control de convencionalidad y constitucionalidad de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Almonacid Arellano vs. Chile" (6-9-06, párr. 124)(6), son los jueces nacionales los primeros intérpretes de la normativa internacional de jerarquía constitucional, y se falla declarando la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 611 en este caso concreto, porque la solución normativa es "estrecha cuando existen relaciones afectivas honestas o genuinas y otros supuestos de relaciones socioafectivas que nada tienen que ver con las situaciones irregulares y/o delictivas. Y la inconstitucionalidad del articulo también radica en que no prevé –ni como excepción [cito el fallo]– las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la socioafectividad o identidad dinámica y una postura rígida lesiona el principio superior del niño".

Cabe mencionar que la fundamentación del fallo es sumamente rica en normas de tratados, fallos internacionales, doctrina y jurisprudencia de la Corte argentina con una escritura clara, pero determinada, y no deja lugar a dudas jurídicas sobre la interpretación que para esta familia se efectúa del art. 611.

b) Con respecto a la falta de inscripción en el RUAGA, hay dos valores en disputa: la seguridad jurídica de la normativa vigente para el proceso de selección (art. 613, cód. civil y comercial) y, nuevamente, el interés superior del niño.

Si bien el segundo interés es normativa constitucional y tiene una jerarquía superior, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa C 102.655 sent. 27-4-11, brinda una solución más profunda a este tema. Entendió que los menores son sujetos y no deben sentirse como objetos a ser colocados en distintas familias, pues, además, ello no solo dejará huellas tal vez imborrables, sino que ellos mismos deben formar parte de su historia y esta debe ser respetada por la Justicia, más allá del requisito de la inscripción en el respectivo Registro.

No obstante, el fallo que hoy analizo ordena al matrimonio mencionado a efectuar una evaluación en el RUAGA con el objeto de ser declarados "aptos" para adopción y su consecuente inscripción.

Conclusión

El instituto de la adopción es uno de los más bellos de la ciencia jurídica porque completa una necesidad social al crear un vínculo sustitutivo de la filiación natural. Tiene la virtud de ser permanente y permitir establecer un lazo filial similar al natural en cuanto a la perdurabilidad, elemento esencial de toda relación familiar para crear afectos, para formar la personalidad en la estabilidad y la paz de saber que ninguna norma o persona ajena romperá ese vínculo de amor.

Siguiendo a Werner Goldschmidt y su teoría trialista del derecho, podemos decir que había una realidad social que impulsó la regulación del art. 611, o sea, intentar impedir prácticas que lesionan a los menores, el aspecto sociológico y el nomológico. Pero aparece Dike (diosa griega de la Justicia) en el aspecto dikelógico que es la función del juez de aplicar al caso concreto la norma, y si de esa aplicación surge un daño a quien se quiere proteger, sobre la base de la equidad el juez falla. Porque el aspecto dikelógico tiene un fundamento superador de las normas, en la Justicia y la Equidad, en definitiva, en el derecho natural, que otorga sentido a las normas. Que no desvirtúa la norma en sí misma, sino que, ante situaciones en que la norma sería perjudicial para el mismo menor que intenta proteger, está la sabiduría del juez, que en el caso concreto decide en función de los principios de la adopción y por el bien del menor que tiene a su cuidado.

VOCES: DERECHO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - FAMILIA - FILIACIÓN - ADOPCIÓN - MENORES - LEY - JURISPRUDENCIA

(*) Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Protección infanto juvenil: La tutela adoptiva dentro del régimen de filiación por adopción en el Código Civil, por Milagros Berti García, EDFA, 10/-7; Adopción: El desamparo de niños como límite a la patria potestad, por Clara Minieri, EDFA, 35/-14; Guarda provisional de hijos menores: el interés superior del niño como directiva fundamental de toda medida, por Mariana F. Kamian, EDFA, 48/-28; Un caso reciente de la Corte Suprema de Justicia en materia de guarda, por Virginia Suiffet, EDFA, 63/-16; El nuevo procedimiento de adopción en la provincia de Buenos Aires. Ley 14.528. A la luz del derecho a la identidad del menor de edad y las guardas de hecho, por María Milagros Berti García, ED, 255-748; Adopción: Derecho del menor a ser escuchado conforme el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, por Isabel Muscolo, ED, 261-638; Alimentos a favor de los niños en una adopción frustrada, en vista del nuevo Código Civil y Comercial, por Priscilla

Delli Quadri, ED, 266-374; Derecho a la identidad, derecho a una vida íntegra en la adopción, por Lorena C. Bolzon, EDFA, 69/-29; Los principios generales de la adopción, cuya finalidad es resguardar la vulnerabilidad del adoptado, por Eduardo A. Sambrizzi, EDFA, 78/-3. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(**) La autora es Profesora Protitular Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Principios del Derechos Civil, Instituciones Derecho Civil, UCA.

(1) Juzgado de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora, 30-12-15, "H. M. y otro s/medidas precautoria art. 232 del CPCC" y Juzgado de Familia Nº 9 de Bariloche, 29-12-15, Revista Derecho de Familia, 2016/IV, AbeledoPerrot, pág. 132.

(2) Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 87, "N. O. C. P. s/autorización", 5-5-16, Revista Derecho de Familia, 2016-IV, Buenos Aires, AbeledoPerrot, pág. 175.

(3) Art. 3º, ley 4524 de la Provincia de Misiones: "Para el otorgamiento de la guarda de menores con fines de adopción, el juez dará prioridad a los inscriptos en el Registro que tengan residencia en la provinciaâ€¦".

(4) Giberti, Eva - Chavanneau de Gore, Silvia, Adopción y silencios, Buenos Aires, Sudamericana, 1999, pág. 73.

(5) Tavip, Gabriel, Los principios generales de la adopción en el nuevo CCC, Revista Derecho de Familia, Nº 69, La Ley, pág 73.

(6) Ver www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seris_154-esp.pdf, citado en el fallo.