

# Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción

**Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa**

**Publicado en:** Sup. Const. 2011 (noviembre), 20-LA LEY 2011-F,

**Fallo Comentado:** [Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A ~ 2011-07-08 ~ Asesoría de Familia e Incapaces nº 2 s/estado de preadoptibilidad \(C.L., C. E.\)](#)

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Plataforma fáctica y algunas consideraciones jurídicas iniciales en torno a la motivación de la sentencia comentada. 3. El derecho a la vida familiar<sup>7</sup> como principio rector. 4. El conflicto familia biológica y pretensos adoptantes en algunos precedentes de la Corte Federal. 5. La declaración en estado de adoptabilidad de un niño cuyos padres tienen padecimientos mentales. 6. La discapacidad mental y el entorno de violencia familiar. 7. Actualidad jurisprudencial sobre las oposiciones maternas/paternas a la adopción. 8. Brevísimas reflexiones finales.

## Voces

### 1. Introducción

La sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, sala A, de la Circunscripción Judicial de Trelew el 08/07/2011 se refiere, centralmente, a la impugnación de los progenitores biológicos contra una decisión que declara a su hijo en estado de adoptabilidad.

Se trata de uno de los conflictos más "sensibles" que observa la práctica de la adopción vinculados a la disyuntiva "familia de origen vs. familia adoptiva", que involucra no sólo los casos en los que un niño se encuentra conviviendo con la familia que lo pretende adoptar y los padres —por lo general, la madre— solicitan su restitución; también comprende los supuestos en los que no hay en el juicio una pretensa familia adoptante, pero la habrá, pues si se confirma la declaración de estado de adoptabilidad, el paso siguiente es la selección de la familia a la que el niño se incorporará. En suma, el conflicto está presente cuando, como en el caso en análisis, se pone en tela de juicio la declaración del estado de adoptabilidad aún sin pretensos adoptantes. (1)

La temática se conecta a numerosas cuestiones, entre otras: la pertinencia o no de la adopción; el rol de la familia biológica; las políticas públicas de fortalecimiento familiar; el derecho del niño a vivir en una familia que lo contenga, proteja y cuide; la intervención del Estado a través del Poder administrador y del judicial; la necesidad de poner fin a una situación de "indefinición" y "provisoriedad"(2) que la mayoría de las veces se mantiene

en el tiempo, perjudicando al niño, principal sujeto de protección por manda constitucional- internacional.

La pregunta que puede sintetizar la problemática es: ¿hasta cuándo el Estado debe trabajar con la familia de origen —y en su caso, la familia ampliada— y cuándo debe cambiar el rumbo de la intervención hacia la adopción? Este interrogante conduce a otro: ¿Qué herramientas reales, concretas, integrales, no asistencialistas, el Estado maneja para hacer efectivo el derecho de todo niño a vivir con su familia de origen, o sea, para preservar un vínculo jurídico del que se deriva una presunción legal de afecto?

El nudo gordiano de esta cuestión no es jurídico, sino psico-social. "Lo jurídico sólo es el manto que se otorga a determinada cuestión social", en palabras del reconocido sociólogo francés Robert Castel.

El objetivo de este comentario no es apoyar o criticar el resultado final de la sentencia, tarea que resulta imposible cuando es necesario valorar situaciones fácticas, informes, entrevistas y demás actuaciones procesales y extra procesales y no se cuenta con el expediente respectivo. Tiene por única finalidad ampliar el análisis a través de algunos principios constitucionales e internacionales comprometidos en este tipo de conflictos, a la luz del desarrollo jurisprudencial en la Argentina y en los tribunales regionales dedicados a la defensa y protección de los Derechos Humanos, o sea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de aquí en más TEDH). El análisis de la jurisprudencia de estos tribunales es conveniente pues aunque gran parte de los conflictos de familia son de carácter social y no estrictamente jurídicos, casi todos están bajo el paraguas de los Derechos Humanos, por lo cual esas decisiones constituyen herramientas de suma relevancia para interpretar el derecho interno. De allí, la necesidad de la especialidad y la integración interdisciplinaria de los tribunales, no sólo en la primera instancia, sino en la recursiva.

## **2. Plataforma fáctica y algunas consideraciones jurídicas iniciales en torno a la motivación de la sentencia comentada**

La Asesoría de Familia e Incapaces N ° 2, actuando en representación "promiscua" del niño C.E.C.L., inició un proceso judicial para que se lo declarase en estado de preadoptabilidad.

El juez de primera instancia ordenó una serie de pericias para evaluar el desenvolvimiento familiar y la salud psico-física del niño y de sus padres.

Según los informes periciales mencionados en la sentencia, la madre padece una debilidad mental considerada "irreversible"; carece de la capacidad de anticipar peligros y de cumplir con las demandas del niño, más allá de las mínimas y necesarias para su subsistencia, de lo que concluye que está imposibilitada para cumplir correctamente su rol materno, no pudiendo hacerse cargo de la crianza de su hijo. Por su parte, el padre tiene una personalidad psicópata, que manipula y desprotege tanto al niño como a su madre, con una permanente tendencia a "traspasar límites sociales y culturales", desconociendo el derecho a la intimidad, la capacidad de decidir y la necesidad de protección y cuidado de su hijo;

estos rasgos de la personalidad no pueden ser modificados mediante la aplicación de programas públicos.

Sobre la base de estos medios probatorios, el juez de primera instancia declaró el estado de adoptabilidad. La sentencia fue apelada por los padres; alegaron que la decisión carece de motivación suficiente, (i) por fundarse exclusivamente en las opiniones de los peritos sin confrontarlas con el derecho vigente; (ii) porque aunque menciona el interés superior del niño, no realiza una interpretación puntual en el caso concreto, al no describir las conductas que habrían materializado su violación.

La Cámara de apelaciones confirmó el fallo recurrido. Argumentó, al contestar los agravios, que se está en presencia de una situación excepcional, que amerita la aplicación del artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño. Si bien el art. 7 de la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635) reconoce a la familia como responsable primaria del cuidado y aseguramiento del goce de los derechos del niño, el art. 3 establece como principio axiológico el interés superior del niño. Esgrimió que si bien los organismos del estado tienen el deber de asegurar políticas públicas para que las familias puedan asumir el rol de cuidado que la ley 26.061 les otorga, tales políticas están lejos de ser infalibles y de asegurar los resultados deseados.

Interesa señalar algunos aspectos generales de la motivación

(a) El interés superior del niño no sólo debe inspirar una decisión; es obligación de toda persona que toma una medida relativa a un niño fundarla en ese principio. ¿Qué diferencia existe entre "inspirar" y "obligar"? ¿Cómo se distingue un fallo que se encuentra "inspirado" en el interés superior del niño de otro que considera que éste es un principio de aplicación obligatoria? Como en otros temas, la motivación de la sentencia es la prueba de la posición asumida por el juzgador.

La sentencia que se comenta, al igual que numerosas decisiones que involucran a niños y adolescentes, contiene aseveraciones de tinte general sobre el interés superior del niño. En nuestro criterio, esta técnica tan generalizada no es tolerable después de la sanción de la ley 26.061, que a diferencia de otras de la legislación comparada, se "animó" a definir qué es el interés superior del niño, por lo que hoy está claro que la función judicial no se agota en mencionar el principio sino en explicitar, detalladamente, cómo ese concepto se aplica al caso, cómo cada uno de los derechos del niño mencionados en la Convención y en la ley se protegen mejor en el contexto socio-jurídico involucrado. Este deber judicial estaba acentuado en el caso, desde que los apelantes invocaron como causa de nulidad de la sentencia que "si bien menciona el interés superior del niño, no realiza una interpretación puntual del mismo en el caso concreto, no describe las conductas que habrían materializado la violación de ese interés".

En definitiva, cualquier sentencia que se refiere al interés superior del niño, hoy, por mandato legal, debe señalar de modo puntilloso cómo los intereses de los padres y del niño están en contraposición; dicho de otro modo, cómo los padres, sustancialmente, en realidad, defienden su propio interés desentendiéndose del mejor interés del hijo.

Lo expuesto conduce a preguntarse si en este tipo de conflictos los derechos de los niños se encuentran debidamente defendidos y protegidos a la luz de la figura del Asesor de Menores o si, por el contrario, en casos como éste, debe designarse un tutor ad litem o en su caso, un abogado del niño conforme lo dispuesto en el art. 27 de la ley 26.061. (3)

b) Aparentemente, la sentencia "extraño" tres pautas interpretativas emanadas de la Corte Suprema de Justicia Federal. La primera hace hincapié en que "el interés material y moral de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación". Esta pauta amerita dos comentarios.

Por un lado, insistir que esa prioridad siempre requiere análisis en concreto.

Por el otro, advertir que el "interés material" es un dato especialmente sensible en el contexto de una declaración de adoptabilidad. Como asevera Mary Beloff, un estándar regional impide separar a un niño de sus padres sólo por razones socio-económicas (conf. art. 33, ley 26.061). En efecto, el párrafo 76 de la Opinión Consultiva nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica del Niño dice: "La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención"(...); y el párrafo 77 concluye: "El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal".

En estos contextos, el "interés material" se relativiza, a tal punto de ser rechazado como criterio por la Corte Federal en una sentencia de 02/08/2005, que afirma: "En la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente. En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación". (4) (considerando 6º)

En países como el nuestro, donde la pobreza se ha transformado en un fenómeno estructural en importantes capas de nuestra sociedad, (5) no hay que olvidar que la falta de recursos económicos viene acompañada de carencias educacionales, que también hacen a la posibilidad o no de asumir el rol de padre o madre de manera idónea y, por consiguiente, a la necesidad de un acompañamiento de parte del estado para efectivizar este derecho.

(b) La sentencia afirma categóricamente: "Cuando no están dadas mínimas

condiciones, por más medios que se le sumen, la familia no funcionará y, a la larga, traerá más problemas que soluciones para los eslabones más débiles de ella, que son los niños".

La frase parece defender la idea de familia entendida como modelo único, según el cual, desde el inicio, la familia debe presentar ciertas características o condiciones esenciales, o naturales que no pueden ser suplidas o corregidas con la ayuda o intervención de los órganos estatales.

Si es así, la argumentación sería contraria a las voces mayoritarias del derecho de familia contemporáneo, focalizadas más en la noción de "construcción" que de "naturaleza". (6)

Por lo tanto, estas cuestiones no pueden ser resueltas sin considerar el llamado "derecho a la vida familiar", mencionado en las convenciones europea y americana de los Derechos Humanos, que se pasa a analizar, aunque sea sintéticamente.

### **3. El derecho a la vida familiar (7) como principio rector**

#### **3.1. Nociones generales sobre el derecho a la vida familiar como Derecho Humano**

El derecho a la vida familiar tiene hoy pleno reconocimiento en el ámbito internacional, regional y nacional; se aprecia no sólo como una obligación pasiva, de no intromisión o respeto por parte del Estado, sino como una obligación positiva, es decir, un deber de favorecer, incentivar y fortalecer los vínculos familiares. En este sentido, el reconocimiento de la familia como elemento básico de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana.

El desarrollo del derecho a la vida familiar es incipiente en la jurisprudencia regional interamericana; de cualquier modo, la CIDH (8) ha establecido de manera expresa que "el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; que el niño debe permanecer en él, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. (9) La excepcionalidad de la separación familiar encuentra su razón de ser en el hecho de que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia, siendo una de las interferencias más graves la que tiene por resultado la división de la misma". (10)

De otro lado del Atlántico, el TEDH se ha pronunciado en infinidad de casos sobre el derecho de "toda persona a la vida familiar" enumerado en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. A modo de síntesis, cabe mencionar algunos precedentes relevantes que analizan si la situación fáctica- jurídica respeta o no la relación entre padres e hijos, siendo éste un vínculo que no solo no debe ser obstaculizado (obligación de no hacer) sino también promovido o sostenido (obligación de hacer).

La doble vertiente de la obligación negativa y positiva del Estado fue expuesta por ese tribunal en leading case Marckx c. Bélgica de 13/07/79. Desde aquella sentencia, esta noción se ha consolidado a través de diferentes decisiones en las cuales se hace hincapié en las acciones positivas del Estado para el efectivo mantenimiento del vínculo familiar entre un padre y su hijo. Así, por ej., la dictada en el caso E . c. Alemania, de 13/07/2000, que condenó al país denunciado a reparar a un padre a quien se le había denegado el derecho de comunicación con su hijo en atención al rechazo sistemático por parte del propio hijo; otras sentencias similares emanan de los casos C . c. Países Bajos de 11/07/2000, I . G . c. España de 29/04/2003, S . c. Luxemburgo de 18/02/2003; J . c. República Checa de 19/10/2004; etc. Un caso particularmente interesante es N . c. Polonia de 03/12/2002, que condenó al Estado denunciado a reparar el daño moral causado por la restricción de visitas de unas hijas a su madre, que se encontraba detenida en una cárcel.

3.2. El derecho a la vida familiar. Familia de origen vs familia adoptiva a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

No es casualidad que los primeros casos de derecho a la vida familiar que han interesado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) involucren la figura de la adopción. La institución encierra gran cantidad de connotaciones, jurídicas y no jurídicas, siendo la tensión "familia de origen vs familia adoptiva" una de las más álgidas. Tan es así, que en este ámbito regional están a resolución dos demandas, una contra Paraguay y la otra contra la Argentina.

Esta situación nos obliga a preguntarnos qué ocurre en nuestro continente; por qué se reclama ante estos organismos la efectividad del derecho del niño a permanecer con su familia de origen, derecho vinculado a varios artículos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos ( arts. 1, 2, 7, 8, 11, 17, 18, y 19). Es necesario, pues, estar atentos a los precedentes de la CIDH.

El primero en la materia es muy significativo porque, de manera excepcional, hizo lugar a una medida cautelar. Se trata del caso L. M. c. Paraguay s/medidas provisionales de 11/07/2011. (11) Muy sintéticamente, los hechos eran los siguientes:

El 02/08/2009 L. M. nació en Asunción, Paraguay. Su madre, L. S. de 26 años y su padre V. H. R., de 22 años habían mantenido una relación afectiva por casi un año, separándose en abril del 2009. L. S. mantuvo oculto el embarazo al progenitor y a su propia familia. Dos días después del nacimiento, la madre se retiró del hospital, y debido al vulnerable estado emocional en el que se encontraba, entregó al niño en la puerta de una Iglesia. El 5/08/2009, el Ministerio público dio inicio a una causa denominada "R. N. Sexo Masculino s/Medidas de Protección y Apoyo" ante la jueza de 1° instancia. El 17/09/2009 el matrimonio O. – A. (compuesto por una mujer magistrada de la República del Paraguay), que se encontraba realizando gestiones para adoptar a un niño/a, solicitó la guarda provisoria de L. M., 10/11/2009, la guarda fue otorgada a la familia O. - A. El mismo día, el Centro de Adopciones informó que había localizado a los padres biológicos, aconsejando que no se realizara el traslado y posterior

convivencia con el matrimonio conformado por O - A. El 16/11/2009 L. S. y V. H. R. registraron a L. M. como su hijo en la Dirección General del Registro Civil. El 18/11/2009 el padre, V. H. R., se apersonó al proceso y señaló su intención de hacerse cargo de L. M.; solicitó que se revocara la guarda provisoria y que el niño le fuese entregado, pedido que fue ratificado por L. S., la madre. Por su parte, el matrimonio O. – A. inició distintas acciones judiciales en contra de los padres biológicos de L. M., entre otras, la pérdida de patria potestad contra L. S., la impugnación de paternidad contra V. H. R., y un proceso por el delito de abandono. Todos estos litigios sufrieron de dilaciones indebidas; sucesivas recusaciones e inhibiciones de jueces imposibilitaron el dictado de la sentencia al tiempo que el caso llegó a la CIDH.

El 02/07/2010, la jueza de 1° instancia revocó la guarda provisoria a favor de O. - A. y dispuso la restitución de L. M. a sus padres biológicos, pero el 18/08/2010, el Tribunal de Alzada declaró la nulidad de esa decisión con fundamento en que primero debían resolverse las distintas causas en torno al expediente de guarda. El 08/10/2010 L. S. y V. H. R. solicitaron el "relacionamiento" de L. M. con ellos y los abuelos maternos; el juez denegó las pretensiones; la decisión fue apelada por L. S., encontrándose también pendiente de resolución.

El 21/03/2010, el Centro de Adopciones de la Secretaría de la Niñez indicó que sería conveniente la restitución del niño (quien a la época ya tenía casi dos años de edad) a sus padres biológicos.

La CIDH resolvió favorablemente la medida cautelar solicitada por la Comisión fundando su decisorio en "(...) la importancia de los intereses en cuestión, como son en este asunto el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera instancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades. Lo anterior revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior del niño, así como de garantizar los derechos en posible riesgo hasta tanto se resuelva la controversia sobre el fondo y asegurar el efecto útil de la eventual decisión que se adopte". (12)

Asimismo, el tribunal sostuvo que "el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. (...) Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver nugatoria y perjudicial para los intereses del niño L. M., cualquier decisión en contrario". (13) De este modo, requirió al Paraguay que, de forma inmediata, tomara las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para proteger los derechos a la integridad personal, protección a

la familia e identidad del niño L. M., permitiéndole mantener vínculos con su familia de origen.

El otro caso, que nos toca de cerca, es "Milagros Fornerón y Aníbal Fornerón, respecto de la República Argentina" elevado el 29/11/2010 a la CIDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; las audiencias públicas ante el tribunal se realizaron del 10 al 14 de octubre de 2011. Este caso está pendiente de resolución, pero es de interés destacar algunas particularidades. (14)

Milagros hoy tiene once años de edad y su padre la reclama desde el mismo instante en que se anunció de su existencia, a los pocos días de nacida. Cabe destacar la encomiable lucha de este padre, que ante la negativa constante de la justicia y las dificultades de acceso, mantuvo la reivindicación de sus derechos y los de Milagros en todos los procesos y en todas las instancias.

La lectura de los antecedentes muestra que no es casual que la pobreza sea una de las variables que reconoce las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en Condición de Vulnerabilidad" aprobadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana: está claro que las carencias socioeconómicas dificultan el acceso a la justicia y ponen obstáculos a la lucha por la efectividad de varios derechos humanos (a la vida familiar, a forjar una identidad en el rol de padre, al desarrollo de la personalidad, a una calidad de vida digna, etc.).

En este caso, la justicia privilegió la situación económica de los guardadores de Milagros y decretó la guarda y su posterior adopción simple a un matrimonio que había accedido a la niña por maniobras sospechada de conductas implicadas en el tráfico de niños. Milagros nació en una clínica privada a 100 km de donde vivía su madre, quien fue trasladada hasta allí con la intermediación de terceros ligados al matrimonio guardador. Al día siguiente del nacimiento, acaecido un día sábado, estando la madre internada, el Defensor de Pobres y Menores de la ciudad de Victoria se presentó en la policlínica y labró un acta, asentado el hecho de la entrega de la niña por la madre al matrimonio integrado por Z. - B. Ni bien fue dada de alta, la niña se fue a vivir con el matrimonio guardador hasta el día de hoy.

El 17/05/2001, el juez interviniente rechazó el pedido de restitución fundado en que era mejor para la niña seguir viviendo con un matrimonio que ser insertada en la familia monoparental compuesta por su progenitor, el Sr. Fornerón. Expresamente dijo: "(...) de acceder a lo solicitado por el padre biológico, quien inclusive no conoce a la menor, y no se encuentra casado, estaríamos ocasionando un daño irreparable a la niña, quien no solo perdería los únicos padre que conoce, sino que además no contaría con una madre, agregándole de esta forma un nuevo elemento que perjudicaría su salud mental y seguramente física".

¿Resulta la decisión reseñada una injerencia lícita del Estado en el derecho a la vida familiar bidireccional que compromete tanto al padre como a su hija?

Hay que esperar el pronunciamiento de la CIDH en un tema tan sensible para los países de Latinoamérica, donde las guardas irregulares son muy frecuentes.

Seguramente, esta pieza próxima, como así también lo que en definitiva se decida en la causa contra el Paraguay, permitirán elaborar principios de intervención, o ciertas "máximas" cuando se trate de separar a un niño de su familia. ¿Se tendrán en cuenta las Directrices de Naciones Unidas sobre las modalidades alternativas para el cuidado de niños? (15) ¿Serán elementos computables las diferentes vulnerabilidades que puedan presentar los padres?

Esta última pregunta lleva a sondear el tema del derecho a la vida familiar cuando los padres tienen problemas de salud mental.

### 3.3. Vida familiar, salud mental y responsabilidad paterna a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tres casos del TEDH merecen ser analizados por sus conexiones con la sentencia argentina motivo de esta nota. Nos referimos a las sentencias dictadas por el TEDH en X v. Croacia de 17/07/2008, M Temenuzhka Ivanchova T. c. Italia, de 13/04/09, y K. ? c. Croacia de 26/06/2011, todos referidos a la relación de hijos con padres que presentan problemas de salud mental.

#### a) X v. Croacia, 17/07/2008 (16)

##### a.1. Plataforma fáctica y jurídica

La Sra. X de nacionalidad croata, domiciliada en Zagreb, nacida en 1972, denunció al Estado de Croacia por violación al artículo 8 de la Convención, es decir, por una interferencia ilícita en su derecho a la vida familiar en tanto su hija fue dada en adopción sin su consentimiento, ni participación en el proceso, a pesar de que nunca fue formalmente privada de la patria potestad.

Según las pericias psiquiátricas realizadas por distintos especialistas, la Sra. X padecía de esquizofrenia paranoide por lo que fue internada en más de diez oportunidades con intentos de suicidio, sumándose al cuadro su adicción a las drogas. En el año 1998, el Centro de Bienestar Social inició actuaciones ante la Corte Municipal de Zagreb para que se declarara su incapacidad. El tribunal desestimó el pedido y suspendió el proceso porque ella se encontraba en tratamiento y su madre había sido designada curadora.

En el año 1999, la Sra. X dio a luz a una niña (A). El progenitor, que vivía en el mismo edificio y sólo la visitaba de manera esporádica, presentaba un cuadro de adicción a las drogas. El 13/07/2000 el Centro de Bienestar nombró cuidadora sustituta de la niña a la abuela materna. Ese mismo año, el psiquiatra del centro médico donde X se atendía, recomendó al Centro de Bienestar que suspendiese las acciones para privarla de su capacidad para actuar. No obstante, finalmente, el 14/05/2001, el Tribunal Municipal de Zagreb la declaró incapaz. La decisión del tribunal no hacía mención expresa a su capacidad maternal, pero se consideró que esta restricción era una consecuencia ex lege de la privación de la capacidad genérica.

El 22/11/2001, el Centro trasladó a la niña al Instituto L., y suspendió el cuidado sustituto por parte de la abuela. Sostuvo que el hecho de que la madre conviviera con su propia madre —abuela de la niña— dificultaba que esta última cuidara satisfactoriamente de su nieta. Por su parte, en esos momentos, el padre se encontraba haciendo el servicio militar, razón por la cual no podía hacerse cargo del cuidado de su hija.

El 04/07/2003, el Centro de Bienestar, una vez más por su propia iniciativa, colocó a la niña bajo la guarda de M. B., asistente social empleada del Instituto L., fundando tal decisión en que la niña se encontraba sin el cuidado de sus padres, puesto que su madre había sido privada totalmente de su capacidad para actuar y su padre había fallecido en abril de ese año.

La decisión de entregar en guarda a la niña no fue notificada a su madre. En el año 2003, el Centro inició el proceso de adopción sin el consentimiento de X. En este estado, la causa llegó al TEDH.

El gobierno alegó: (i) que el 26/08/2003 hubo un contacto telefónico, mediante el cual se informó a la Sra. X y a su madre del proceso de adopción; (ii) que el Centro dictó una resolución autorizando la adopción de A. a favor de M. B. y que tal decisión quedó firme el 11/09/2003; (iii) que según la legislación local, al haber sido privada de su capacidad para actuar, la Sra. X no era parte en el proceso de adopción, ni tenía por qué ser informada de lo que estuviera sucediendo.

El TEDH respondió que no hay duda de que la adopción de la niña provocó una ruptura entre ésta y su madre biológica produciendo una interferencia en el derecho a la vida familiar amparado en el art. 8 de la Convención. Restaba por saber si tal decisión puede ser considerada "necesaria en una sociedad democrática". Para responder a esta cuestión, el tribunal analizó las circunstancias del caso y dijo: "A pesar de que en ninguna etapa del proceso hubo una decisión que expresamente privara a la causante de su patria potestad, su hija fue declarada adoptable y el proceso de adopción se completó sin participación de la causante, salvo por un llamado telefónico según informa el Gobierno. La Corte no pierde de vista el hecho de que la causante fue privada de su capacidad para actuar. Sin embargo, la Corte encuentra dificultad en aceptar que toda persona privada de su capacidad para actuar deba automáticamente ser excluida del proceso de adopción vinculado a un hijo suyo, como ocurrió con la causante en este caso. (...) La Corte considera que debió dársele una oportunidad de ser oída en el proceso y así, la posibilidad de expresar su opinión sobre la posible adopción de su hija".

De este modo, el TEDH condenó al Estado de Croacia al pago de una indemnización por daño moral a favor de la Sra. X por haberla excluido del proceso de adopción de su hija, no garantizando su derecho de defensa que impactó en su derecho a la vida familiar.

#### a.2. Relación de este precedente con la sentencia argentina

La decisión europea reseñada motivó el interés de una autora argentina quien afirma: "Excede los límites de este trabajo plasmar lo advertido en la práctica judicial respecto de los actos de los organismos estatales que, esgrimiendo 'el riesgo en que se encuentra el niño/a', sistemáticamente

interfieren en la vida familiar mediante acciones que en nada aportan a la superación del conflicto motivo de intervención, soslayando la opinión de los progenitores u otros adultos relevante afectivamente para el sujeto de derechos. Y lo más grave: requiriendo medidas judiciales sustitutivas de otras de corte administrativo, generalmente vinculadas a derechos económicos sociales y culturales, que de implementarse como corresponde implicaría nada menos que el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado". (17) La opinión transcrita revela la brecha existente entre derecho y realidad tratándose de derechos de infancia y adolescencia, más allá de la cantidad de normativas que instan, pregonan y marcan obligaciones claras, o sea, las reiteradas "acciones positivas", que tanto le preocupan al TEDH, y que aún no terminan de aterrizar en plenitud en el ámbito nacional.

Por nuestra parte, nos interesa resaltar que la decisión reseñada afirma, categóricamente, que la incapacidad de una persona no es razón suficiente para excluirla del proceso de adopción de su hijo biológico, en el que tiene derecho a participar con todas las garantías del debido proceso, y que el ser privado de la responsabilidad, autoridad o patria potestad no es un obstáculo a dicha participación.

Como es sabido, en el derecho argentino, la privación de la patria potestad no es un requisito previo e ineludible para la posterior adopción; pero está claro que la consecuencia automática de la sentencia de adopción plena es la extinción de dicho vínculo; por lo cual, la plena participación de los padres en este tipo de procedimientos es vital.

La sentencia argentina bajo comentario pone de manifiesto que el padre sometía física y mentalmente a la madre. Cabe preguntarse, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, si ambos progenitores tenían un interés común y, consecuentemente, si la representación de la mujer, unida a la del hombre, protegió suficientemente su derecho de defensa en juicio.

b. M Temenuzhka Ivanchova T. c. Italia, 13/04/09 (18)

b.1. Plataforma fáctica y jurídica

La Sra. T., de nacionalidad búlgara, nació en 1967, en Oryahovo. El 7 de octubre de 2005, dio a luz a gemelos en el hospital San Paolo de Bari. La Sra. T. se negó a reconocer a los menores, y solicitó a las autoridades del hospital que su nombre no fuera revelado. El Hospital comunicó la decisión de la actora a un trabajador social, el Sr. M. P., quien procedió a informar a las autoridades.

Atento el estado de abandono de los recién nacidos, el 10 de octubre, el Defensor de Menores, solicitó al Tribunal de Menores de Bari que, en forma urgente, se ubicara a los niños en un hogar de tránsito.

Al día siguiente, el trabajador social informó a su superior que la Sra. T. le había solicitado un tiempo mayor para reflexionar antes de decidir si reconocería o no a sus hijos. Asimismo, la actora pidió que los niños fueran colocados temporalmente en un hogar, o puestos bajo el cuidado de una familia de tránsito, con la condición de que pudiera verlos, hasta tanto pudiera tomar una decisión.

Finalmente, los niños ingresaron en un hogar y se prohibió a la madre mantener comunicación alguna con ellos. Poco tiempo después, el defensor de menores solicitó al Tribunal de Menores la declaración de los niños en estado de adoptabilidad, petición que fue acogida el 02/11/2005.

Treinta días más tarde, la madre solicitó la suspensión de todo el procedimiento; su petición fue rechazada confirmándose la declaración de adoptabilidad. El 06/12/2005 los niños fueron dados de manera temporaria en una familia para su posterior adopción.

El 17/03/2006, la Sra. T. pretendió que el Registro Civil inscribiese el reconocimiento de los gemelos, que no habían sido reconocidos tras su nacimiento; también esta petición fue rechazada.

La Corte de Casación italiana consolidó la situación; fundó la decisión en que en el derecho italiano, la oposición a la decisión de declarar a un niño en adopción plena puede ser introducida por los padres biológicos sólo si han reconocido al niño con anterioridad a esa decisión, presupuesto inexistente en el caso.

En este estado, la causa llegó al TEDH.

La madre se agravió de la decisión que había declarado el estado de adoptabilidad de sus gemelos a solo 27 días de su nacimiento; invocó el mencionado al art. 8 de la Convención, es decir, la violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar.

El Gobierno italiano alegó que la existencia de un vínculo puramente biológico, desprovisto de todos los elementos jurídicos o fácticos que indiquen la existencia de una estrecha relación personal, no encuadra en el art. 8. El concepto de "vida familiar", dijo, tiene como base la construcción de una relación estable mantenida durante un determinado tiempo, inexistente en el caso.

El TEDH argumentó de la siguiente manera:

(i) el concepto de familia protegido por el art. 8 de la Convención alude a la relación entre un padre e hijo, haya o no convivencia, sea "legítimo o natural", por lo que, en el caso, el vínculo entre la solicitante y sus hijos es familiar en el sentido del art. 8.

(ii) La cuestión central consiste en determinar si la aplicación de los dispositivos legales logró un justo equilibrio entre los intereses públicos (proteger a los gemelos) y privados (el derecho de oposición de la madre biológica y derecho de la familia adoptiva). En esta búsqueda, el norte debe ser el interés superior del niño.

(iii) El Estado tiene la obligación positiva de asegurar que el consentimiento prestado por el solicitante sea claro y rodeado de las garantías adecuadas y, por eso, es fundamental que la madre tenga oportunidad de ser escuchada ante la autoridad judicial competente y cuestionar la configuración o no del abandono. La declaración de adoptabilidad en el marco de un proceso en el que se priva a la madre de ser escuchada, aún teniendo conocimiento que la misma había comenzado a tener dudas, constituye una medida reprochable.

En consecuencia, por unanimidad, declaró conculcado el art. 8 de la Convención.

b.2. Relación de este precedente con la sentencia argentina

El precedente del TEDH sintetizado es significativo en torno a una cuestión no argumentada en la sentencia argentina, cual es la actuación de los padres y su efectiva defensa en juicio, en particular, la de la madre quien, como señala la decisión comentada, se encontraba en una evidente situación de vulnerabilidad, víctima de una limitación en su salud mental pero también de la violencia y sometimiento a su pareja, padre del niño. La sentencia da por sentado que la madre biológica fue debidamente defendida y escuchada. El lector puede preguntarse: ¿Ha sido, efectivamente, así?

c. K. c. Croacia, 21/06/2011

c.1. Plataforma fáctica y jurídica

El Sr. B. K. nació en 1966, y vivía en Croacia. El 25/02/2003 fue declarado incapaz fundado en las conclusiones del perito psiquiatra, quien determinó que el Sr. B. K. padecía de un trastorno orgánico de la personalidad y un trastorno antisocial de la personalidad como consecuencia del consumo abusivo de drogas. El perito recomendó que fuera privado de su capacidad legal por un período mínimo de 5 años, para someterlo a tratamiento psiquiátrico.

El 30/06/2007, una mujer, la Srta. K. S. dio a luz a una niña; dijo que era hija del Sr. K.?, quien la reconoció tiempo después.

El 19/10/2007, el Centro informó al Registro que el Sr. B. K., había sido privado de su capacidad y que, por ende, no tenía capacidad para realizar ningún acto de reconocimiento de filiación. El Registro inició actuaciones ante las Oficinas de Administración del Estado del Condado de Primorsko-Goranska, solicitando la anulación del reconocimiento efectuado en la partida. En 29/10/2007 la Oficina ordenó la rectificación de la partida de nacimiento.

El Sr. K.? denunció al TEDH la violación de los arts. 2, 8 (derecho a la vida familiar) y 14 (no discriminación).

El Estado denunciado sostuvo que una persona privada de capacidad legal no puede obligarse jurídicamente, y que era en el mejor interés del solicitante —como así de la menor— que él no pudiera efectuar una declaración vinculante respecto a la paternidad.

El TEDH reiteró que las cuestiones de filiación están comprendidas en el ámbito del art. 8 y que el estado está obligado a tomar medidas eficientes para hacer efectivo el "respeto a la vida familiar".

El TEDH admite que es posible restringir los derechos de las personas incapaces —incluso cuando se producen en el ámbito de su vida privada y familiar— pero esa restricción requiere del cumplimiento de una serie de garantías procesales. Puede justificarse que las personas privadas de su capacidad jurídica vean restringidos ciertos derechos en pos de su propia protección, pero éste no es el caso del Sr. K.?; además, la postura

adoptada por el Estado ha atacado no sólo su interés sino también el de la niña.

En definitiva, las autoridades locales no han alcanzado un justo equilibrio entre el interés público en proteger a las personas incapaces de dar declaraciones en detrimento de ellos mismos u otros, y el interés del solicitante en ser reconocido legalmente como padre; además, la falta de acción legal por más de 2 años y medio por parte de los organismos del estado para que el denunciante pudiese reconocer a su hija, importó una violación a las obligaciones positivas del Estado de garantizar el derecho del Sr. BK al respeto de su vida privada y familiar, y por ende al art. 8 de la Convención.

#### c.2. Relación de este precedente con la sentencia argentina

El precedente europeo muestra la posibilidad cierta de que el interés del adulto y del niño estén del mismo lado, o sea, que no siempre estén en contradicción sino que se complementen.

No todo pedido de declaración en estado de adoptabilidad por parte de un tercero (asesor de menores un organismo administrativo de protección integral de derechos de niños y adolescentes) implica, de por sí, un claro enfrentamiento o contraposición de intereses entre los progenitores y el hijo. El quid de la cuestión reside en indagar seriamente cuándo la oposición de los padres es justificada y cuando no lo es, y en este sentido, debe tenerse presente que, como regla, la carga de la prueba recae en el tercero, es decir, en quien pretende colocar en tela de juicio la relación entre padre e hijo.

#### **4. El conflicto familia biológica y pretensos adoptantes en algunos precedentes de la Corte Federal**

Los principios que emergen de la jurisprudencia de la Corte Federal no se alejan de los que dominan en el TEDH.

El fallo de 02/08/2005, ya mencionado, desarrolla la regla no absoluta según la cual todo niño tiene derecho a vivir y permanecer con su familia de origen. Términos parecidos se encuentran en la sentencia de 13/03/2007; en el caso, debía resolverse el pedido de reintegro o la confirmación de la guarda para adopción a favor de un matrimonio con quien el niño ya convivía. La Corte dijo: "La regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto. Así, en una controversia entre progenitores y adoptantes acerca de lo que más conviene al interés del niño, la premisa de que es mejor para este último la convivencia con los primeros, no puede ser tomada como una verdad autoevidente. Hacerlo no sólo es una petición de principio (pues afirma en la premisa lo mismo que se pretende demostrar), sino también un desconocimiento del principio jurídico supra legal que marca la

independencia conceptual del interés del niño respecto del de toda otra persona. Ello no significa, insistimos, aceptar la desmesura de que el niño no necesite del amor, cuidado y respeto de su madre y padre, sino solamente que, desde el punto de vista del derecho, es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a, los de sus mayores". (19) Poco tiempo después, el 04/09/2007, (20) por mayoría, en uso de la facultad que otorga el art. 280 del CPCCN, la Corte Federal declaró improcedente el recurso extraordinario; según resulta del voto disidente de los magistrados Fayt y Maqueda, el recurso había sido interpuesto por el matrimonio guardador de un niño cuyos padres lo reclamaban, y el Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero había hecho lugar a dicha petición ordenándose la progresiva reinserción del niño a su familia biológica en un lapso no superior a los 60 días de notificada la sentencia. La inadmisibilidad del recurso implicó dejar firme la decisión que ordenó el regreso del niño a su familia biológica.

Del conjunto de estas decisiones surge que uno de los principios rectores y básicos que se derivan de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes es el de permanencia y preservación de los vínculos familiares de origen, mas como no hay derechos absolutos, ese derecho puede ceder cuando esa preservación no es la medida que mejor condice con el principio rector del interés superior del niño. Esta es la solución que surge claramente del art. 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693): "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, 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".

¿Cuándo la separación no implica una injerencia estatal ilícita? ¿Cuándo está justificada en una sociedad democrática? La respuesta de esta pregunta exige un tribunal atento y respetuoso que explique por qué la solución equilibra todos los derechos en pugna; de qué modo, esa adopción no penaliza ni sanciona a padres vulnerables, sino que es el instrumento adecuado para que el niño desarrolle su personalidad en esa familia.

La regla general es que la identidad en sus dos vertientes (estática y dinámica) se mantiene, desarrolla y consolida en la familia de origen o ampliada; pero el mismo derecho a la identidad también se satisface cuando la adopción entra a jugar porque la familia de origen, claramente, no puede hacerse cargo de la crianza de un hijo. La faz dinámica prima por sobre la estática, bregando porque el niño pueda desarrollarse y forjar su identidad en un marco de contención y responsabilidad que otro grupo familiar puede brindarle a través de la adopción.

Alcanzar este equilibrio no es tarea nada sencilla en general, menos aún cuando involucra a progenitores que se encuentran en una situación de vulnerabilidad como es la discapacidad mental, desde que el juez enfrenta

a dos grupos vulnerables.

¿Se puede mantener a un niño en una situación de indefinición hasta que sus progenitores puedan salir de esta situación adversa? ¿Qué implica rehabilitarse? ¿Toda discapacidad mental conlleva la imposibilidad de criar un hijo?

### **5. La declaración en estado de adoptabilidad de un niño cuyos padres tienen padecimientos mentales**

La sentencia bajo comentario tiene algunas referencias en torno al cruce entre declaración en estado de adoptabilidad, preadoptabilidad, estado de abandono o de adoptabilidad a secas (entre los diferentes términos que se utilizan) (21) y los problemas de salud mental de uno o ambos progenitores.

En tal sentido, afirma que la Convención sobre los Derechos del niño y la ley 26.061 admiten la separación cuando "el entorno familiar es lisa y llanamente disfuncional y hasta cuasi inexistente" (...) "Ese supuesto es precisamente el caso de autos, donde, respecto de la madre del niño, su discapacidad mental ha sido pronosticada como "irreversible" (fs. 192 del expte. sobre inhabilitación) y, en relación al padre, sabemos mediante informe de la perito psiquiatra que por sus características psicopáticas "no se visualiza que la aplicación del programa público pueda cambiar la situación de hecho estructural" (fs. 457 vta. de la causa sobre medida de protección). Arribamos así a la situación que el propio Señor Defensor Oficial representante del codemandado describiera en oportunidad de la audiencia celebrada en esta Cámara: 'agotados estos recursos y se prueba que no funcionan, no quedará más que reconocer que no hay familia' (fs. 457 vta. del expte. sobre medida de protección); sólo que en la especie, a priori sabemos por dictamen pericial que los tales recursos asistenciales serán ineficaces".

Las aseveraciones de la sentencia deben ser valoradas bajo el obligado tamiz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la reciente ley 26.657 que introdujo modificaciones sustanciales al régimen.

En primer término, como se ha expresado, incluso antes de la ley 26.657, "los inhabilitados tienen plena capacidad para ejercer todos los derechos inherentes a su vida familiar, aún cuando los mismo tuvieren consecuencias de tipo patrimoniales que estos efectos surgen directamente de la ley y no constituyen actos de disposición. Pueden, entonces, contraer matrimonio, reconocer hijos, impugnar su paternidad, adoptar divorciarse o separarse personalmente, etc.". (22)

El art. 23 de la Convención citada dispone en la parte relativa al "respeto del hogar y de la familia" que "Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos" (...) "Los Estados Partes asegurarán que los niños y

las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos".

En esta misma línea, la ley 26.657 (Adla, LXXI-A, 16) se refiere expresamente al "Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia" (art. 7 inc. b).

¿Conjugan las argumentaciones de la sentencia con las reglas precedentes?

La decisión, con base en dictámenes periciales, menciona la noción de "irreversibilidad". Por su lado, la normativa mencionada "reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona" (art. 3). El concepto de proceso dinámico implica la posibilidad de cambios, alejados de términos rígidos, como surge del agregado como artículo 152 ter: "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres -3- años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible".

En suma, aunque la declaración de adoptabilidad diga que la situación es irreversible, la ley específica parte del presupuesto de la posibilidad de que la madre observe mejorías sustanciales.

Esta es la razón por la cual, aún antes de la vigencia del nuevo ordenamiento de salud mental, algunos precedentes modernos publicados en los repertorios de jurisprudencia ponen de resalto la capacidad de una madre de relacionarse con sus hijos a pesar de estar declarada insana, (23) o el reconocimiento judicial para contraer matrimonio de una persona que se hallaba con la misma restricción jurídica. (24)

En este complejo contexto fáctico- jurídico, cabría plantearse si no hubiera sido pertinente pensar, como lo ha esgrimido la Corte Federal en el marco de este tipo de contiendas, al llamado "triángulo adoptivo". (25)

En el marco de este cruce entre adopción y salud mental, y en el intento de encontrar soluciones salomónicas, cabe recordar un interesante fallo del Tribunal de Familia nro. 5 de Rosario de 26/05/2010: (26) el matrimonio a quien se le había otorgado la guarda preadoptiva solicitó, después de tres años de convivencia con el niño, la adopción plena de A. que por entonces tenía cuatro años. La madre biológica padecía psicosis crónica, tenía varios hijos y por resolución judicial de 30/05/2007 se la había privado de la patria potestad del niño en cuestión. La madre tomó conocimiento tiempo después, ya que había sido citada en el proceso, pero como vivía en situación de calle, no se la había podido notificar.

Tiempo después, durante un tratamiento en un hospital de la ciudad de

Rosario, la mujer trasmite su estado de angustia a las profesionales que la asistían al no saber qué había sucedido con uno de sus hijos; recuerda que dio a luz a un niño, que por razones de salud quedó internado, y que ella lo visitaba todos los días, pero que un día fue, no estaba más allí, y no supo más de él.

Por indicación de esas profesionales, se presentó al proceso de adopción; manifestó que no se oponía a la adopción simple a favor de los peticionantes, que admitía sus limitaciones y su imposibilidad de asumir el rol materno de manera apropiada para el desarrollo de su hijo, pero que no deseaba perder contacto con él por lo que solicitó que se le diera derecho de comunicación.

Producida una audiencia a la que concurrieron todas las partes con sus apoderados, las partes llegaron a una solución altamente satisfactoria de todos los intereses en juego: la madre biológica aceptó que la adopción fuese otorgada con carácter plena, y los pretendientes adoptantes acordaron la realización de encuentros entre el niño y su progenitora con una periodicidad mensual a desarrollarse en lugares públicos y recreativos con consulta a la psicóloga infantil que atiende al niño.

Ante esta situación fáctica, el juez afirma: "La cuestión a decidir es si conceder la adopción plena peticionada por los actores ocasiona directamente la extinción de todo vínculo jurídico del niño con la madre de sangre —de acuerdo al art. 323 del Código Civil— y si esa disposición es tan absoluta que no puede alterarse, o bien de modificarse se afectará al sujeto más vulnerable y necesitado de protección, por lo que y conforme directiva expresa de la Corte Federal los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, por lo tanto, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19/02/2008, DJ, 2008-I, 993)".

El juez descarta la posibilidad de otorgar la adopción simple; argumenta de la siguiente manera: "esta decisión si bien no alterará ni influirá los sentimientos mutuos entre los actores y el niño cuya adopción pretenden, incidirá en la aspiración legítima de los actores de integrar al niño con sus apellidos, para lo cual este vínculo jurídico debe ser pleno y no dejar lugar a dudas o incertidumbre, ya que no existe ninguna prueba o un argumento convincente que justifique inclinarse por la primer alternativa".

Consecuentemente, sin declarar la inconstitucionalidad de la norma que extingue todo vínculo con la familia de origen en la adopción plena, (27) otorga la adopción plena, pero se hace lugar al contacto solicitado, alegándose que "(...) debe contemplarse, sin que signifique valladar inaccesible el texto legal extintivo del parentesco impuesto por el ordenamiento civil, priorizando el mandato suprallegal de la Convención sobre los Derechos del Niño, la perspectiva de tomar contacto de la madre biológica con el niño, la cual pese a su trastorno mental bregó por recuperar la relación, acotada a encontrarse en espacios recreativos y distendidos".

Independientemente de algún error en la motivación referida al apellido,

reiterada en un precedente anterior, (28) lo relevante para este comentario es la asunción de una postura flexible, necesaria en los casos excepcionales que involucran a diversas personas vulnerables, todas merecedoras de protección

## **6. La discapacidad mental y el entorno de violencia familiar**

Párrafo aparte merece el cruce existente dentro de la dinámica familiar del caso abordado por la sentencia: discapacidad mental y violencia.

El fallo destaca que "no hay familia", pero no existen referencias a si el Estado recurrió a diferentes estrategias para empoderar a la mujer fuera del circuito de violencia y, de esto modo, intentar una mejoría en su salud mental.

## **7. Actualidad jurisprudencial sobre las oposiciones maternas/paternas a la adopción**

La jurisprudencia nacional de los últimos años presenta muchas situaciones similares a las debatidas en el fallo en análisis.

Resulta de interés compararlos.

(I) La primera sentencia emana de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (29) el 22/10/2010.

El juez de primera instancia declaró el estado de abandono y adoptabilidad de cinco hermanos que se encontraban en guarda institucional en el Hogar Scarpatti; en el mismo acto, ordenó la suspensión de las visitas al hogar por parte de la progenitora de los niños; el padre no fue notificado por desconocerse su paradero.

La madre, Sra. V., con el patrocinio de la unidad de Defensa N° 5, interpuso recurso de apelación; afirmó: (a) que el tribunal había errado al evaluar la situación de abandono al confundirlo con situaciones que sus hijos debieron atravesar por circunstancias propias del desamparo económico y social en el que se encuentra sumida su familia; (b) que la decisión del juez fue prematura e intempestiva porque no se habían realizado estudios psicológicos para comprobar si ella se encontraba en condiciones de asumir la patria potestad de sus hijos; (c) que no había razones para suspender el régimen de comunicación con sus hijos que venía desarrollándose.

¿Cómo se llegó a esta situación? Una denuncia telefónica anónima fue recibida el 29/08/2008 por la División del Equipo de Atención al Niño en Situación de Riesgo de la Municipalidad de General Pueyrredón. Personal de este programa se trasladó a una construcción abandonada y allí se encontró con cinco niños de corta edad al cuidado de una vecina, constatando que uno de ellos, J. M., R había sufrido lesiones por lo cual deciden trasladarlo al HIEMI donde quedó internado. Las otras cuatro niñas fueron trasladadas y alojadas en la Casa de Admisión Gayone. Un mes después, los cinco niños fueron trasladados al Hogar "Los Bambinos" de la ciudad de Mar del Plata. Tras idas y vueltas en el desenvolvimiento de la historia, con otra niña nacida en el ínterin (la madre retira a los niños del hogar, se desconoce su paradero, posteriormente se los localiza, vuelve a producirse un traslado, la madre los a retira nuevamente sin autorización,

etc.) finalmente, el Servicio Zonal del Partido de 3 de Febrero informa que en fecha 09/05/2008 adoptó una medida de abrigo (art. 35 inc. h, ley 13.298) (Adla, LXV-B, 1819), en relación a los cinco niños J. M.; V. M.; G. N.; C. y L.; efectivizándose mediante su ingreso al Hogar "Puerta del Cielo" de la ciudad de Boulogne, partido de San Isidro. Esta medida de separación excepcional se prorrogó hasta el 30/05/2008. Una vez agotada la medida, el servicio Zonal solicitó la guarda institucional. El juez hizo lugar a la solicitud y dispuso el traslado de los niños al Hogar "Francisco Scarpatti" de la ciudad de Mar del Plata a los fines de fortalecer el vínculo con los progenitores. El 11/04/2010. El padre de los niños se presenta en el hogar, y sin autorización judicial, retira a una de las niñas, M., desconociéndose el paradero de ambos al momento en que el caso llega a la decisión del tribunal de alzada.

En la audiencia realizada en la Cámara, los jueces se entrevistaron con los niños quienes manifestaron su deseo de regresar con su madre. A su vez, la madre dijo que quiere estar con sus hijos, y comunicó que está esperando otro hijo.

Respecto a la falta de notificación de la decisión al progenitor por desconocimiento de su paradero, el tribunal afirma: "Resulta poco adecuado sostener que ambos derechos -notificación e Interés superior del niño- se encuentran en un pie de igualdad, sino que debo afirmar que prevalecen los derechos de los niños a partir del principio del superior interés de estos últimos. Consecuentemente, el derecho del padre queda desplazado por su inexistente vinculación paternal, su falta de cumplimiento de las resoluciones judiciales (...)". (30)

En cuanto a la situación de la madre argumentó: "Fue posible constatar las dificultades que la madre y la abuela manifiestan para poder dar adecuada contención a los niños, siendo parte de su vinculación cotidiana con ellos, los gritos, cachetadas, tirones de pelo, etc. conductas que se encuentran naturalizadas como modalidad de trato a los niños". Del dictamen del equipo psicológico del Hogar Scarpatti surge que "la progenitora no se halla en condiciones psicológicas para asumir el cuidado que los niños necesitan, por estar ligada a situaciones de alto riesgo para sí y para sus hijos (alcoholismo, drogas, prostitución)".

Con base en esta motivación, el tribunal de apelaciones confirmó la declaración del estado de abandono y adoptabilidad, dejó sin efecto la suspensión del régimen de comunicación, y ordenó al juez de primer grado seleccionarse personas del listado de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción.

(II) El segundo fallo, emana de la Sala III de la Cámara Civil de Neuquén el 27/07/2010. (31)

Tres hermanos están en situación de vulneración de derechos; se aborda la problemática sobre uno de ellos, entregado en guarda preadoptiva, quien presenta un retraso madurativo, sumado a una cardiopatía congénita y desnutrición.

El progenitor recurre la resolución que otorgó la guarda del niño; argumentó que la sentencia era arbitraria, por fundarse en un prejuizamiento de su

situación psíquica (estaba en trámite un proceso por inhabilitación conforme el art. 152 bis C.Civ.) y, fundamentalmente, por haber omitido la citación de los padres biológicos y no haber corroborado la situación de abandono.

La guardadora del niño sostiene que los progenitores no se encuentran ejerciendo la patria potestad respecto de los niños desde hace años, y en especial consideración del niño bajo su cuidado, informa que desde el 20/01/2007 se encuentra viviendo con ella ante la ineptitud de los padres para suministrar los cuidados correspondientes.

Fijada la audiencia con los padres por el tribunal de alzada, sólo se presenta la madre. En el ínterin del proceso se había declarado judicialmente la inhabilitación de la madre, 7/05/2009, y más tarde la del padre, el 26/10/2009.

La Cámara de Apelaciones rechaza los agravios y confirma la decisión con esta línea argumental: "La citación de los padres biológicos que impone el art. 317, inc. a) del C. Civ. para que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción no resulta imprescindible en el caso de encontrarse el menor en situación de peligro moral o material evidente, manifiesto y continuo y tal situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Ello por cuanto dicho instituto no tiene en miras satisfacer los deseos de los progenitores sino el interés del menor". (32)

## **8. Brevísimas reflexiones finales**

La práctica judicial demuestra qué difícil es salir de ciertos "modelos" o intervenciones estándares cuando se decide separar a un niño de su familia, separación que hace complejo el reintegro ulterior por múltiples causas: falta de estrategias que introduzcan cambios sinceros y reales en las familias, informes particulares y desconectados entre sí de diferentes profesionales que se suceden durante el proceso, paso del tiempo e innegable desvinculación con los padres; etc. Por su parte, los progenitores sienten que han sido despojados de sus hijos, sentimiento que los lleva a oponerse a toda decisión que permita la inserción de los niños en otra familia.

La modificación de esta situación no provendrá de ninguna "fuerza divina" derivada de cambios en el lenguaje: No se habla más de menores sino de niños; no es políticamente correcto referirse a riesgo, hay que decir vulnerabilidad; no se alude a tutela sino a protección, etc.

Tampoco vendrá de nuevas leyes ni reglamentos.

Hay que reconocer que tantas ansias de transformaciones no se han plasmado de manera sincera ni en la práctica social, ni en la judicial, ni en la administrativa.

No es difícil entender, entonces, que la motivación de la sentencia que se comenta siga inserta en la lógica tradicional de la declaración en estado de adoptabilidad como "sanción" a padres "incumplidores".

Afirma el recordado jurista y sociólogo italiano Alessandro Baratta: "No seamos tan maximalistas como para exigir en los tiempos que corren un pensamiento macizamente crítico, pero por lo menos no estemos de acuerdo con todo".

La lectura de la sentencia nos ha invitado a reavivar varios debates aún pendientes en el campo de la adopción, más precisamente, en las prácticas que la rodean, en tanto el paso del tiempo, los silencios y las vulnerabilidades siguen trágicamente presentes.

(1) Ver HERRERA, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006.

(2) Un ejemplo claro y reciente de cómo el tiempo complejiza la situación de vulnerabilidad, en el que se hace referencia al "principio" de provisoriedad, es el fallo de 27/04/2011 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que involucra a tres hermanos que tenían 2, 3 y 7 años, pero que al momento de la decisión, uno había llegado a la mayoría de edad y los dos más pequeños habían alcanzado 14 y 15 años; es decir, habían pasado 12 años de "contienda judicial". El magistrado Pettigiani se refiere a la guarda de la directora del hogar en la cual viven los adolescentes del siguiente modo: "Cabe reconocer que la finalidad de la institución que con ponderable esfuerzo personal lleva adelante la señora S. no es otra que la de atender provisoriamente las necesidades de menores privados de su medio familiar, a los fines de que, en caso de no ser posible su reintegro, puedan ser recibidos en hogares donde su vida futura pueda desenvolverse con estabilidad, en un marco de afecto y sustentabilidad acorde con las expectativas de todo ser humano. Dada esa provisoriedad inmanente, la propuesta de permanencia definitiva de los menores en esa institución desvirtuaría los altos fines que persigue la labor de quienes allí se desempeñan, pudiendo llegar a convertirse objetivamente en una traba y un obstáculo para alcanzarlos en el futuro, redundando así en perjuicio de los niños desamparados". No se duda que la inserción de un niño en un hogar es una medida "provisoria", pero en el caso concreto, se pudo dudar si el interés del niño estaba en cambiar una situación en la que llevaba doce años siendo difícil que dos adolescentes de esa edad fuesen recibidos en adopción (SCBA, 27/04/2011, "A., J. M.; A., E. P.; A., M. D.; A., T. A.; A., K., A. y otros. art. 10", <http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/default.asp fallos compl/scba/2011/04-27/iniciales.doc>)

(3) Para profundizar sobre esta figura recomendamos compulsar entre otros, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina, en Kielmanovich, Jorge y Benavides, Diego, (compiladores), Derecho Procesal de Familia, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 179 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El derecho constitucional del menor a ser oído en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho Privado en la reforma constitucional, n° 7, Ed. Rubinzal, Santa Fe, 1994, p. 157 y ss.; PINTO, Gimol, La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y México, Revista Justicia y Derechos del Niño, n° 3, Buenos Aires, 2001, p. 127 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061, en García Méndez, Emilio (compilador),

Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Buenos Aires, ed. Del Puerto- Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, p. 82 y Los derechos del niño y la ley 26.061, LA LEY, 2006-A, 858; MORENO, Gustavo. D., La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia n° 35, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007); PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia, Revista Justicia y Derechos del Niño, n° 4, Buenos Aires, 2002, p. 203 y ss.; KIELMANOVICH, Jorge, Reflexiones procesales sobre la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), LA LEY, 2005-F, 987 y GOZAÍNI, Osvaldo. A., La representación procesal de los menores, LA LEY, 2009-B-709.

(4) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "A., M. O." 2/08/2005, La Ley Online AR/JUR/7887/2005

(5) El Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina utiliza como indicador para medir lo que llamamos "pobreza estructural" el indicador NBI, es decir, hogares con Necesidades Básicas Insatisfechas, definiéndolo como aquellos que presentan al menos una de las siguientes condiciones de privación: 1. Hacinamiento: hogares con más de tres personas por cuarto. 2 Vivienda: hogares que habitan una vivienda de tipo inconveniente (pieza de inquilinato, vivienda precaria u otro tipo, lo que excluye casa, departamento y rancho). 3. Condiciones sanitarias: hogares que no tienen retrete. 4. Asistencia escolar: hogares que tienen al menos un niño en edad escolar (6 a 12 años) que no asiste a la escuela. 5. Capacidad de subsistencia: hogares que tienen cuatro o más personas por miembro ocupado, cuyo jefe no hubiese completado el tercer grado de escolaridad primaria. Fuente <http://www.indec.mecon.gov.ar/>.

(6) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal, Revista La Ley, 06/07/2010, p. 3

(7) Para profundizar sobre este tema, compulsar KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La familia en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el último trienio (2007-2009) en El nuevo Derecho de Familia, Bogotá, Ed. de la Pontificia Universidad Javeriana- Ibáñez, 2010, p. 33 y ss.

(8) Corte IDH, Caso C. N. y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, cit., párr. 157.

(9) Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N°. 17, cit., párr. 77.

(10) Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, cit., párr. 72.

- (11) C. I. D. H, "Medidas provisionales respecto de Paraguay: Asunto L. M.", 1/07/2011, [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm\\_se\\_01.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm_se_01.pdf).
- (12) Considerando 16 de la Resolución de la Corte op. cit.
- (13) Considerando 18 ib.
- (14) Para una síntesis de las principales cuestiones, ver GRAHAM, Marisa y SARDÁ, Laura, El caso Fornerón. Reproche ético. Reproche jurídico en Flah, Lily (directora) y Fodor, Sandra y Mabel del Árbol (coordinadoras), Los desafíos del Derecho de Familia en el Siglo XXI, Errepar, Buenos Aires, 2011, p. 627 y ss.
- (15) A/HRC/11/L.13, 15/06/2009 en [http://www.iin.oea.org/iin/Pdf/Espanol\\_Directrices\\_aprobadas\\_CDDHH.pdf](http://www.iin.oea.org/iin/Pdf/Espanol_Directrices_aprobadas_CDDHH.pdf)
- (16) Fallo publicado y comentado por VICEL, Mariela, Derecho a la convivencia familiar ¿Para quién?, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 20009-1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 147 y ss.
- (17) VICEL, Mariela, op. cit. p. 172.
- (18) Una síntesis de esta sentencia con mayor cantidad de datos fácticos y jurídicos se pueden compulsar en ROMERO, Clara, "Síntesis de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de Derecho de Familia correspondiente al primer semestre del año 2009", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2010-I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 261 y ss.
- (19) CSJN, 13/03/2007, A., F. s/protección de persona, JA, 2007-III-48 con comentario de GROSMAN, Cecilia O. y HERRERA, Marisa, "Una vez más sobre el eterno conflicto entre la familia de origen y la familia adoptiva en la jurisprudencia constitucional".
- (20) CSJN, 04/09/2007, "M., M. M. de L. y otro s/guarda judicial con fines de adopción del menor I., F. - apelación de medida cautelar, La ley Online AR/JUR/5700/2007.
- (21) No es el objetivo de este comentario a fallo profundizar sobre esta figura tan silenciada en la ley y tan usada en la práctica. Un proyecto de ley en debate en la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires relativo al proceso de adopción dice en el art 10: "Estado de adoptabilidad. Declaración: Si no se pudiese identificar a los padres, tutores o familiares a cargo del niño, niña o adolescente y se acreditara la situación de abandono por resolución fundada, el Juez de Familia, en mérito a los antecedentes del caso, podrá en un plazo no mayor a treinta (30) días, declarar el estado de adoptabilidad del niño, niña o adolescente, sin perjuicio de mantener u ordenar las medidas de protección más convenientes, otorgando a los que asuman su cuidado, la guarda simple con fines tutelares" (Proyecto de ley aprobado por la Comisión de Niñez de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires D-2020-11-12).
- (22) FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa y PAGANO, Luz María, Salud mental en el derecho de Familia, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 638

- (23) Tribunal de Familia nro. 2, Mar del Plata, 6/9/2011, inédito.
- (24) Tribunal, Familia nro. 1, Mar del Plata, 01/02/2008 F. C. A, Abeledo Perrot Online Lexis N° 5021526.
- (25) Para profundizar sobre este tema recomendamos BOSSERT, Gustavo A., El triángulo afectivo en la adopción, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (directora) y Herrera, Marisa (coordinadora), La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a Cecilia P. Grosman, t. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 85 y ss.
- (26) Tribunal de Familia n° 5, Rosario, 26/05/2010, "D., K. M. v. V., S. R. s/adopción Plena", Abeledo Perrot on line Lexis N° 70065283.
- (27) Comparar con lo resuelto por el Tribunal de Familia de Mar del Plata, n. 2, 28/03/2008, P., J. C. y otro, LNBA 2008-8-948.
- (28) Esta mirada crítica del fallo dictado por el mismo tribunal que dictó la sentencia en comentario es compartida por JÁUREGUI, Rodolfo, "La ley, la Constitución y la adopción plena de un niño con hermanos biológicos. Los hermanos sean unidos... ¿no es la ley suprema?", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2010-I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 138 y ss.
- (29) Capel, Civ. y Com., Mar del Plata, sala III, "R. J. M; y otros s/protección de persona", 22/10/2010, Micro Juris on line MJ-JU-M-59360-AR | MJJ59360.
- (30) Del voto de la Sra. Jueza Dra. Nélide Zampini.
- (31) Cámara Civil de Neuquén, sala III, "S., C. G. R.", 27/07/2010, Abeledo Perrot Online Lexis N° 70066467.
- (32) Del voto del Sr. Juez Dr. Medori.