

El decálogo de la adopción a la luz de la reforma del Código Civil¹

Marisa Herrera²

**“Se que el sol es el mismo
que la lluvia y los hongos
son los mismos
pero el futuro es otro
más compulsivo y arduo
con épocas que están aún por inventarse”
Mario Benedetti**

A) Palabras de apertura

No sólo al futuro se lo presume más compulsivo y arduo, sino que ya el presente se lo observa así. Y de esto da cuenta este fructífero y necesario debate que genera pensar en un nuevo Código Civil. Que no sólo se unifica con el Código de Comercio sino que, principalmente, introduce nuevas figuras y modifica una gran cantidad de instituciones, algunas de manera tangencial y otras de raíz. ¿Por qué? Porque el presente –y no de ahora, desde hace tiempo- es más compulsivo y arduo.

En este contexto, dónde debe ubicarse a la adopción, la segunda causa fuente filial, que se incorpora al derecho argentino allá por 1948 y que ha sufrido dos transformaciones sustanciales: en 1971 con la ley 19.134 y en 1997 con la ley 24.779.

Han pasado 15 años desde la última reforma a la figura de la adopción; podría parecer a simple vista, poco tiempo pero en las instituciones que integran el derecho de familia, un ámbito en constante desarrollo y dinamismo, el tiempo cobra otra dimensión y veremos, al final de este breve ensayo, como había tantas cuestiones para revisar y cambiar.

Así, y de manera sencilla, podemos encontrar diez grandes y necesarios cambios que nos obligan a pensar en un verdadero “decálogo de la adopción”; es

¹ Algunas de las ideas que se vuelcan en este trabajo han sido esgrimidas en Herrera, Marisa, “El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc” en Suplemento Especial sobre “El derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil”, Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera (coordinación), Jurisprudencia Argentina, AbeledoPerrot, 2012-II, 20/06/2012, ps. 84 y ss.

² Doctora en Derecho, UBA. Investigadora del CONICET. Profesora Adjunta de “Derecho de Familia y Sucesiones, UBA. Profesora Titular de “Derecho de Familia”, Universidad de Palermo. Vicedirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, UBA. Vicedirectora de la Maestría con orientación en Derecho Civil Constitucionalizado, Universidad de Palermo.

decir, las principales modificaciones que introduce la reforma del Código Civil a este tipo filial sobre el cual se han presentado una gran cantidad de proyectos de reforma en los últimos años, algunos, incluso, elaborados por representantes del Poder Ejecutivo. En este sentido, las modificaciones que se introducen son el resultado de una mirada crítica que se viene desarrollando hace varios años por personas que provienen de diferentes ámbitos, totalmente a tono con la complejidad que encierra “la cuestión de la adopción”. Perspectiva crítica auspiciada por la obligada “constitucionalización del derecho privado”.

B) El decálogo

1. La adopción como figura para satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia

El título VI del Libro segundo referido a la adopción, comienza su articulado con una definición. ¿Es de buena técnica legislativa introducir definiciones? En una materia en la cual se han tenido diferentes –y extremas- concepciones al respecto, una definición sobre la adopción permite ubicarla en su justo y preciso lugar: ser una figura tendiente a que todo niño que no puede vivir en su familia pueda hacerlo en otra de manera permanente y estable viendo satisfecho, de este modo, un derecho humano como lo es el derecho de todo niño a tener y vivir en una familia. El concepto que recepta la reforma en el art. 594 coloca el centro en el niño y adolescente, afirmándose que la adopción es una institución tendiente a proteger el derecho de niños y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, siempre y cuándo ellas no puedan ser proporcionadas por la familia de origen.

2. Explicitación de los principios constitucionales- internacionales sobre los cuales se edifica el régimen adoptivo

Otra de las decisiones legislativas conscientes que recepta la reforma, es el de explicitar cuáles son los principios constitucionales- internacionales centrales y que sostienen o auspician la regulación de determinado instituto. Así, el art. 595 expone que *“La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre*

los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los DIEZ (10) años". ¿Por qué se adopta esta línea legislativa si todos estos principios, con mayor o menor énfasis, ya se encuentran volcados en sendos instrumentos de Derechos Humanos? No sólo para reforzar esta obligada perspectiva, sino también para destacar que ante cualquier silencio, vacío legislativo o laguna propia del derecho y más aún del derecho de familia que es tan cambiante y dinámico, debe siempre apelarse a estos principios generales que observan un valor especial tratándose de la adopción. Estos principios tienen un gran valor interpretativo y además, permiten comprender con mayor profundidad la razón de varios cambios normativos. Tanto el interés superior del niño como el derecho a la identidad son dos principios esenciales cuando una figura involucra la niñez y adolescencia por un lado y el vínculo filial por el otro; por lo cual la presencia en primer lugar de ambos constituye una obviedad necesaria. En total consonancia con la definición de la adopción, la preservación del vínculo familiar de origen es otro principio básico, a tal punto que en la reforma se afirma que no se puede proceder a declarar a un niño en situación de adoptabilidad "si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado en el interés de este" (art. 607). Una aclaración relevante merece el otro principio que se deriva del anterior, el de preservación de los vínculos fraternos. Si bien los hermanos integran la noción de familia de origen o ampliada que se preserva en un inciso particular, el vínculo fraterno tiene su propia regulación y de este modo, se enfatiza de manera especial este lazo afectivo. En la reforma se obliga a priorizar la adopción de un grupo de hermanos en la misma familia, como así a que éstos mantengan vínculos jurídicos entre sí, siendo que la adopción en su modalidad plena extingue dicho nexo jurídico. Este principio puede observar sus excepciones por "razones debidamente fundadas". ¿Cuáles? Hemos tenido situaciones en la práctica judicial de grupos de hermanos que involucran a niños de muy diferentes edades, por ejemplo, dos pre adolescentes y niños de entre 1 y 3 años. Este tipo de situaciones han demostrado en la práctica, la dificultad de conseguir familias que estén dispuesta a adoptar a todo el grupo familiar, por lo cual, no se puede atrasar o retrasar la adopción de

alguno de ellos –y así violar su derecho a vivir en una familia- a la espera de un hecho que puede no acontecer y que perjudicaría, en definitiva, a todos estos niños –los más grandes pero también los más pequeños-. Pero la reforma no sólo prevé de manera excepcional la preservación del vínculo fraterno que implica la adopción de todo un grupo de hermanos en la misma familia adoptiva, sino también el mantenimiento de vínculos. ¿Por qué? ¿Cuál podría ser un supuesto en el que no sea factible o favorable el mantenimiento del vínculo entre hermanos? Por ejemplo, en un caso en el que un hermano abusa sexualmente del otro y por diferentes motivos se decide la adopción de uno de ellos, podría llegar a ser una adopción plena que no requiera, en el interés del niño adoptado- abusado, mantener el vínculo con su hermano. Además, si siempre debería mantenerse el vínculo jurídico entre los hermanos, todo niño adoptado que después de varios años la madre tiene otro hijo debería establecerse una obligación de hacérsele saber de este nacimiento y a generar un vínculo jurídico. ¿Acaso alguna legislación permite alguna “acción de hermandad”? El principio general es la preservación del vínculo entre los hermanos de dos maneras: 1) siendo todos ellos adoptados por la misma familia y 2) manteniendo el vínculo jurídico entre ambos a pesar de la adopción. Sin embargo, cabe recordar que todo principio –como todo derecho- puede ser limitado de manera razonable (art. 28 de la Constitución Nacional), ya que no hay derechos absolutos. Ello puede ser en supuestos excepcionales y siempre, por razones debidamente fundadas. Esto es lo que prevé la reforma.

3. El derecho a conocer los orígenes

Uno de los derechos humanos expresamente reconocido y regulado en todo su esplendor en la reforma, es el derecho a conocer los orígenes. No sólo se lo menciona como uno de los principios- derechos pilares sobre los cuales se edifica el régimen jurídico de la adopción, sino también observa una especial atención al nuclear en un solo articulado todas las cuestiones que involucra este derecho. ¿Cuáles son los diferentes aspectos que se derivan del derecho a conocer los orígenes según el art. 596 de la reforma? 1) el reconocimiento del ejercicio de este derecho por el propio adoptado cuando éste lo desee, presumiéndose que cuenta con la edad y grado de madurez para ello ante su mera inquietud, por lo cual, se flexibiliza y amplía su ejercicio al quitar la restricción etárearígida que impone hoy el Código Civil a los 18 años de edad, o sea, cuando la persona llega a la mayoría de

edad; 2) se amplía el ámbito material o fuentes de información sobre los orígenes, no circunscribiéndose al proceso de adopción sino a todo ámbito –judicial o administrativo- en el que se pueda localizar información referida al origen; 3) esta información es de tal relevancia, que se establece la obligación de resguardar dicha fuente que permitirá al adoptado el día de mañana conocer su historia; 4) se recepta una doble ampliación, no sólo con relación a los organismos o personas que pueden brindar dicha información, sino también que todos ellos están a disposición para asesorar no solo a los adoptados sino también a los adoptantes, y 5) se incorpora una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes sin involucrar el vínculo jurídico creado por la adopción. Esta otra amplitud como lo es receptar una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes sin involucrar el vínculo jurídico es una de las posturas doctrinarias más firmes ante la rigidez que observa el actual art. 327 del Código Civil que prohíbe toda acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción plena. Si bien en la reforma se mantiene la irrevocabilidad de la adopción plena, también se permite el mantenimiento de determinados vínculos jurídicos. A pesar de esta flexibilidad, en atención a la relevancia del derecho a conocer los orígenes, la reforma recepta una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes. Se trata de una acción tendiente a “clarificar” quién es el padre biológico de una persona que es adoptada y que tiene y mantiene su vínculo jurídico filial con los adoptantes

4. La inexorable interacción entre la adopción y el sistema de protección integral de derechos de niños y adolescentes

La reforma es realista. Sabe que una gran cantidad de situaciones que podrían dar lugar a la adopción provienen de una intervención previa en el marco del llamado “Sistema de Protección Integral de Derechos de Niños y Adolescentes” que regula la ley 26.061. Se trata de una normativa central y básica en todo lo referido a los derechos humanos de niños y adolescentes y por lo tanto, tratándose de la regulación de una figura como la adopción directamente vinculada a la protección de este grupo social, la interacción entre ambas normativas es ineludible. Así lo hace la reforma. ¿En qué aspectos se observa este puente legislativo? Un claro ejemplo es el previsto en el inciso c) del art. 606 que se refiere a cuándo o ante qué casos un juez puede decidir la declaración de adoptabilidad de un niño. Una de las causas de esta declaración involucra, precisamente, el mencionado sistema de

protección; y es cuando en dicho contexto se ha trabajado de manera profunda e interdisciplinaria con la familia de origen y/o ampliada durante un tiempo razonable y expresamente previsto por la ley 26.061 (90 días, prorrogable por otros 90 días más por razones fundadas), y no haya sido posible revertir la situación de vulnerabilidad planteada y por ende, que el niño no pueda regresar a su núcleo familiar para ver satisfecho su derecho a vivir en familia. Pero este no es el único supuesto en el cual se muestra este necesario entrelazamiento entre el sistema de protección integral y la adopción. Otro se refiere al papel que juegan los organismos administrativos de protección de derechos en todo el proceso adoptivo. ¿Por qué? Porque muchos casos de adopción provienen de situaciones en donde intervino en su momento dicho organismo. Son los profesionales que lo integran quienes conocen realmente a los niños, ya que no sólo han intentado que regrese a su familia de origen o ampliada, sino también quienes le han elegido el hogar o la familia cuidadora con la cual vivir hasta que se decida en definitiva – nada más ni nada menos- con quienes vivirá de manera permanente. ¿Acaso en el interés superior del niño no es imperativo revalorizar el rol de aquellos organismos- personas que van generando un vínculo y empatía con el niño en esta especial situación? La respuesta afirmativa se impone. Esto es lo que hace la reforma. Reconocer la complejidad de la adopción implica aceptar y valorar a todos los que trabajan en este *iter* o proceso que comprende la adopción de un niño. De este modo, la reforma le da un espacio a todos los que, de algún modo, participan en el camino de la adopción.

5. El niño o adolescente como protagonista

El niño o adolescente como sujeto pleno de derechos, con necesidades, caracteres y consideraciones propias, está muy presente en toda la regulación de la adopción. Por empezar, al reconocer que cuando la adopción involucra a un niño de 10 años o más edad, éste debe consentir su adopción. ¿O sea que si el niño no presta su conformidad la adopción no es viable? Así es. Si un niño de 10 años o más se opone expresamente a ser adoptado por una persona o pareja, la adopción va al fracaso y es por ello la necesidad de contar con la anuencia expresa del principal protagonista de la adopción: el adoptado.

En segundo lugar, la intervención en carácter de parte si cuenta con edad y grado de madurez suficiente, debiendo actuar con su debido patrocinio letrado (es

decir, la figura del abogado del niño que establece la ley 26.061 en el art. 27), tanto en el proceso judicial que puede culminar con la declaración en situación de adoptabilidad como así en el proceso de adopción propiamente dicho.

Se reitera todo lo relativo al ejercicio del derecho a conocer los orígenes, acceso que se tiene sin ninguna formalidad ni limitación de edad alguna: a su sola petición, presumiéndose que se cuenta con edad y grado de madurez suficiente al exteriorizar este interés. En este caso, no es necesario contar con ningún patrocinio jurídico. Sí se debe contar con asistencia letrada para iniciar la especial acción autónoma que prevé el art. 596 en su última parte cuando se trata de un adolescente (o sea, aquél que cuenta con 13 años o más), patrocinio obligatorio como se le reconoce a todo adulto en protección y salvaguarda del derecho de defensa en sentido amplio. Precisamente, el patrocinio letrado no es un requisito que obstaculiza el ejercicio de una acción (de un derecho), sino que lo es para el efectivo y pleno acceso a la justicia (conf. Acordada nro. 5/2009 de la Corte Federal que se adhiere a las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad").

Por último, a los fines de mostrar de manera clara el compromiso de la reforma con la manda constitucional- internacional de la consideración de los niños como sujetos de derecho, cabe destacar que al regularse la cuestión del apellido del niño adoptado, siempre se alude a la necesaria participación del niño en la construcción de su apellido como uno de los tantos elementos que integran la identidad (conf. art. 626, 627 inc. d y 629 última parte).

6. Revalorización del rol de la familia de origen y/o ampliada

La reforma admite que se puede arribar a una buena adopción, cuando todas las partes involucradas tienen su espacio. La familia de origen tiene hasta ahora, un lugar secundario. La reforma revaloriza el rol de los padres. ¿De qué modo? Por de pronto, haciendo suya una crítica –cierta y sostenida- la falta de intervención en el carácter de parte en la primera parte del proceso adoptivo en el que, justamente, se debate si un niño debe permanecer en su familia o vivir en otra. Así, el art. 608 de la reforma dedicado a establecer quiénes son los sujetos que intervienen en esa primera etapa que se regula de manera precisa con el nombre de "declaración judicial de la situación de adoptabilidad", menciona en primer término al niño y en segundo lugar, a los padres u otros representantes legales. Desde el punto de vista

procedimental, más participación, que reconocerles a los padres el carácter de parte, es imposible.

Por otra parte, de conformidad con el concepto de familia en sentido amplio como lo manda el decreto 415/2006 que reglamenta la ley 26.061, en la cual la noción de familia no se circunscribe a los padres y hermanos sino también a otros parientes e incluso, referentes afectivos del niño, la revalorización en análisis es observada en otras previsiones como ser la imposibilidad de que se declare la adoptabilidad de un niño si alguien de la familia –en estos términos amplios- ofrece asumir su cuidado.

También al regular y flexibilizar los tipos de adopción, al facultarse a los jueces a otorgar la adopción plena pero dejando subsistente el vínculo jurídico con algún miembro de la familia, respetándose así desde la ley los lazos afectivos.

Por último, cabe esgrimir la siguiente aclaración. Se ha afirmado que la reforma no estaría en total consonancia con el derecho a tener y después mantener vínculo con su familia de origen al brindar un plazo que sería exiguo –de 30 días prorrogables por otro lapso igual- para la búsqueda de paradero de aquellos niños que carecen de filiación establecida o que cuyos padres hayan fallecido. La ley establece un plazo de manera general a los fines de contrarrestar un factor tan complejo que en la adopción se profundiza como lo es el tiempo. Este plazo de 60 días está previsto para supuestos excepcionalísimos, ya que es sabido que en la práctica, los casos de adopción provienen de otras causas, no de las previstas en este inciso a) del art. 607, máxime en el marco de un ordenamiento jurídico donde no sólo la maternidad se determina por el parto y la identidad del recién nacido –no depende del “reconocimiento” materno- sino que además, la ley 26.413 de registro civil en su art. 28 introduce la inscripción de nacimiento de “oficio” ante la falta de inscripción por parte de los padres; por lo cual, los supuestos de “filiación desconocida” son realmente, excepcionalísimos.

Más allá de estas salvedades no menores desde el punto de vista práctico –de la efectividad de derechos- lo cierto, es que el plazo de 60 días que recepta la reforma es un plazo constitucionalmente válido por varias razones. Si para trabajar con la familia de origen cuando hay familia perfectamente identificable se brinda un tiempo máximo de 180 días, es razonable fijar un tercio como lo es 60 días para la búsqueda de familiares del niño; ya que no se debe perder de vista el avance

tecnológico que ha habido en los últimos tiempos en todo lo relativo a la identidad y registración y consecuente, mayor seguridad y celeridad en actividades como la que se regula en este inciso referido a la búsqueda de familiares. Por otra parte, se debe recordar que durante ese lapso el niño sin ningún referente familiar se encuentra en un hogar o familia cuidadora. Desde ya, si en ese lapso se encuentra a los padres o familiares del niño en el supuesto de fallecimiento, aquí se debe empezar a trabajar con ellos de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.061 y el inciso c) del articulado en análisis, el 607. ¿Por qué? Por el reiterado principio de preservación de los vínculos familiares en respeto por el derecho a la identidad.

7. Ampliación de las personas que pueden adoptar

La reforma mantiene la adopción unipersonal como la bipersonal o conjunta, con total independencia de la orientación sexual de la o las personas, pretensas adoptantes por aplicación del principio de igualdad y no discriminación que introdujo la ley 26.618 y que la reforma respeta por manda legal y constitucional de conformidad con el principio de no regresividad. ¿Cuál es la ampliación que propone la reforma? Lo que ya varias voces jurisprudenciales admitieron y voces doctrinarias vienen bregando hace años: la adopción conjunta a parejas no casadas, siendo la calidad para ser adoptante el elemento central en interés superior del niño a ser adoptado y no si la pareja ha o no ha formalizado el vínculo de pareja. ¿Y si dos personas se divorcian en el marco de un proceso de divorcio? También pueden adoptar en forma conjunta, ya que el fracaso en la relación entre los adultos no es un obstáculo para reconocer la aptitud para ser padres adoptivos, máxime cuando el niño ya convive en ese grupo familiar cuyos adultos se separaron pero se mantiene intacto el cuidado y afecto hacia el niño. Además se flexibilizan ciertos requisitos como ser la edad para adoptar, la cual disminuye de 30 a 25 años, aclarándose que cuando se trata de una adopción conjunta (sea por parte de un matrimonio o una unión), es suficiente con que uno de ellos cumpla con este mínimo etéreo. Otro cambio sustancial que involucra a quienes pueden adoptar se refiere a la residencia permanente en el país por un lapso de 5 años anteriores a la guarda; si bien se mantiene esta previsión se aclara que este requisito no rige para las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país. Por último se agrega un requisito: el estar debidamente inscripto en el correspondiente registro de adoptantes. ¿Por qué? La inscripción es un requisito

esencial ya que toda persona que pretende adoptar un niño debe estar preparada para adoptar y este análisis deben llevarlo adelante organismos especializados como los registros locales que cuentan con la versación en la difícil y compleja tarea de evaluar la aptitud para adoptar. Máxime cuando son los jueces quienes tienen la gran responsabilidad de elegir los mejores padres adoptivos para un niño de una nómina que suele ser extensa, y ellos carecen de la formación necesaria para llevar adelante esta tarea, por lo cual necesitan de la asistencia de los registros de adoptantes. ¿Acaso una buena elección de los futuros padres adoptivos de un niño no permitirá evitar conflictos de extrema gravedad como son los casos de “devoluciones”?

8. Los tiempos en la adopción.

Otra de las principales modificaciones que propone la reforma gira en torno a “ordenar” el proceso de adopción y para ello, el mencionado factor tiempo cumple un rol fundamental.

Para comprender con mayor precisión estos cambios, se debe desterrar una información errónea: al proyecto no regula tres procesos judiciales para el otorgamiento de la adopción –o sea, se adiciona uno al sistema actual- sino que mantiene la existencia de dos procesos judiciales, pero lo hace con principios, tiempos y reglas más precisas.

Un primer y necesario proceso es la mencionada “declaración judicial de la situación de adoptabilidad”. Se trata de un proceso que en la práctica, se lleva adelante pero sin una normativa expresa, por lo cual, cada juez actúa según su saber y entender. Dejar atrás este silencio normativo en una primera etapa central para la adopción como lo es, nada más ni nada menos, saber si un niño se encuentra o no en situación de ser adoptado, constituye un avance elocuente que trae consigo la reforma. Y un segundo proceso, el de adopción propiamente dicho que se regula en los arts. 615 a 618. ¿Y la guarda para adopción? No es un proceso judicial más sino que es lo que tiene que ser: la figura que se otorga de manera provisoria para evaluar si la familia pretensa adoptante que se selecciona, efectivamente, genera empatía y lazo afectivo con el niño.

También fundado en el “factor tiempo” y en el mencionado principio de realidad –en este caso, de las dudas o incertidumbres que presenta la regulación actual y que tanto la doctrina como la jurisprudencia esperan respuesta-, en el

Anteproyecto se dispone que la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial del estado de adoptabilidad (art. 610), por lo tanto, no es necesario reeditar y así extender ninguna decisión tendiente a la adopción de un niño cuyos padres han sido privados de su responsabilidad parental. En esta misma línea, el proyecto establece de manera expresa que una vez cumplido el período de guarda *“el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción”* (art. 616), cuestión hoy totalmente silenciada en la normativa vigente. De este modo, la preocupación por el “factor tiempo” no sólo está en el principio del proceso –en sentido amplio- de la adopción que suele ser el cuándo y cómo llegar a la decisión de adoptabilidad, sino también durante todas las instancias para llegar a la sentencia que emplaza a un niño en su estado de hijo adoptivo.

9. Mantener la coherencia del sistema con la realidad: la prohibición de la guarda de hecho y sus excepciones

Ciertos interrogantes claves siempre han inquietado a la práctica de la adopción: ¿Pueden los padres “elegir” los futuros padres adoptivos de su hijo? ¿Es posible el contacto directo entre familia de origen y pretensa adoptiva? ¿Cuál es el rol o la función que le cabe al registro de adoptantes? ¿Qué sucede con los supuestos que se conocen de “chicos puestos”?

Es sabido que la ley –incluso legislaciones integrales como lo es un Código Civil- no tiene el “poder mágico” de evitar maniobras fraudulentas o conductas lamentablemente arraigadas y avaladas por algunos operadores jurídicos y no jurídicos que consideran que es mejor en el interés del niño y de su familia contactarse de manera directa con una mujer en situación de vulnerabilidad por razones de carencia socioeconómicas a quienes se les ofrece “entregar” a su hijo a otra familia en la cual estaría “mejor cuidado” y podría tener “una mejor vida”, llevando así una decisión “no egoísta” que mejoraría la vida del niño y de la propia madre y su familia ya que por lo general, suele tener otros hijos. ¿Una ley de adopción puede lograr una necesaria y pendiente “deconstrucción cultural”? Sola no puede. Por ende, la reforma sigue la línea de prohibir el contacto directo entre la familia de origen –por lo general, madres solas y en estado de total vulnerabilidad- con pretensos adoptantes; pero también se es consciente que esta herramienta jurídica no es “la” solución para erradicar prácticas que tanto daño le

hacen a la figura de la adopción y en definitiva, a lograr la efectiva satisfacción del derecho de todo niño a vivir en familia.

¿Qué se dice en el proyecto? Se mantiene la prohibición de la guarda de hecho al vedar expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo; pero amplía esta prohibición al disponer que se extiende a toda *“entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño”* (art. 611). Pero no se queda en la mera prohibición, sino que avanza al facultar a los jueces a *“separar al niño transitoria o definitivamente de su guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño”*. Y si de principio de realidad se trata, este es el que está presente en esta excepción, al reconocer que no todo contacto directo es un caso de *“chico puesto”* con la consecuente vulneración de derechos que esta actitud conlleva, sino que hay casos en los cuales este vínculo es sincero, es decir, responde a una relación afectiva o de parentesco previa que el juez debe analizar en cada caso. Esta diferenciación que se hace en el proyecto se vincula con la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental prevista en el art. 643 y que a los fines de que no se vuelen situaciones de *“chicos puestos”* por esta otra vía. De este modo, se alcanza una regulación integral y sistémica, en la cual se conocen cuáles son los subterfugios que se utilizan para sortearse los pasos legales para la adopción del niño y así, se pretende el debido control judicial para todas estas maniobras a los fines de lograr una intervención dentro de la ley y no fuera de ella como lo que acontece hoy en la gran mayoría de los casos.

Es por ello que la última parte del articulado en análisis, el art. 611, establece que *“Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción”*, siendo imprescindible el cumplimiento de los pasos procesales y de fondo que se establecen en el Título relativo a la adopción; siendo además y en definitiva, una responsabilidad del estado como garante último de los derechos de todas las personas elegir los mejores padres para un niño, por ello este paso obligado por los registros de adoptantes como un requisito esencial para adoptar un niño.

10. Flexibilización de los tipos de adopción

El último decálogo se reserva para una de las reformas más complejas y novedosas a la vez en la que, una vez más, la reforma sale de la perspectiva binaria y “cómoda” del derecho de regular instituciones de manera rígida sin permitir –o tener temor- a ciertas flexibilizaciones a pesar de estar más a tono con la complejidad que muestran las relaciones de familia hoy.

Nos referimos a los tipos de adopción. Cabe recordar que en el régimen vigente la adopción puede ser plena o simple, afirmándose que la adopción de integración –la adopción del hijo del cónyuge- es una especie de la adopción simple. La reforma sale de esta estructura rígida y para ello, en primer término, admite existen tres tipos de adopción: “*Este Código reconoce tres tipos de adopción: a) plena; b) simple; c) de integración*” (art. 619).

¿Por qué la adopción de integración se la eleva al ser considerada un tercer tipo filial adoptivo? Sucede que tiene tantas particularidades que amerita una regulación propia mediante el reconocimiento expreso de un lugar especial y autónomo. Por otra parte, la reforma amplía este tipo adoptivo en total consonancia con la flexibilidad del concepto de familia desde la obligada óptica constitucional- internacional. Así, la adopción de integración no sólo involucra la adopción del hijo del cónyuge, sino también del conviviente. ¿La adopción de integración es de carácter plena o simple? Hoy es simple a pesar de que varios fallos la han otorgado en forma plena. En la reforma se recepta esta disyuntiva y se la resuelve. ¿De qué modo? Se permite que sea una o la otra según las circunstancias fácticas y afectivas que se presenten. Así, si una mujer ha tenido un hijo y el padre jamás lo ha reconocido y al tiempo formó una nueva pareja que adora a ese niño y pretende adoptarlo, esa adopción sería de carácter plena así no sólo este niño suma un vínculo filial sino también de parentesco con todos los familiares de esta pareja de la madre. En cambio, si el niño tiene un padre aunque un tanto ausente, la adopción sería de carácter simple ya que no sólo se le respeta que tiene un padre sino toda la familia de éste. A realidades complejas, leyes flexibles sin violar el principio de seguridad jurídica.

La segunda novedad sustancial que involucra al juego entre la adopción plena y simple gira en torno a la flexibilidad de ambos tipos adoptivos. Si bien se regulan los efectos de cada una de ellos, el art. 621 faculta al juez a decidir según

las circunstancias del caso, si se otorga la adopción plena o simple, siempre *“atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño”*. Ahora bien también se lo habilita fundado en el mismo argumento a que *“a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple”*. ¿Acaso no hemos tenido en la jurisprudencia –o sea en el plano de la realidad o de la praxis– supuestos excepcionales en los cuales en el interés de los niños comprometidos correspondía mantener el vínculo entre hermanos pero también, crear vínculos con toda la familia de los adoptantes? El tema de los hermanos en la adopción cuando es imposible o al menos dificultoso preservar esta relación dentro de una misma familia adoptiva es, hasta ahora, un saldo pendiente. En algunos pocos casos se ha apelado a la inconstitucionalidad del art. 323 del Código Civil que regula la adopción plena³. ¿Por qué apelar a una medida de última ratio, extrema y que no todos los jueces se atreven a aplicar si se puede receptar desde el texto normativo diferentes maneras de sumar vínculos afectivos y no tener que estar ante la disyuntiva de elegir si es mejor mantener el vínculo con los hermanos a través de la adopción simple o adicionar a la familia adoptiva mediante la adopción plena? Nuevamente cabe afirmar: a realidades complejas, leyes flexibles.

Por último, la reforma introduce otra novedad que se la ha considerado en algún precedente aislado: la figura de la conversión de adopción simple y plena. Sucede que la sentencia de adopción es una “foto” que se saca en un momento determinado, sin embargo, la vida de las personas suele parecerse más a una película; por eso puede ocurrir que al momento de dictar sentencia haya alguna razón para mantener el vínculo con la familia de origen y que tiempo más tarde, este haya perdido su razón de ser. De ahí, que se habilita la conversión de simple y plena de conformidad con lo dispuesto en el art. 622. Una vez más: a realidades complejas, leyes flexibles.

C) Breves palabras de cierre

³Ver entre otros: Trib. Coleg., Fam., nro 2 de Mar del Plata, P. J. C Y OTRO S/ Adopción. Acciones vinculadas, 28/03/2008, ABELEDO PERROT N°: 70044640; Juz. Nac. 1a Inst. Civ. Nro. 88, R., L. P., 02/09/2009, ABELEDO PERROT N°: 70067353; CS, Santa Fe , L., A. K., 30/11/2004, LLLitoral 2005 (junio), 438, con nota de Mirta H. Mangione Muro; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J , Q., C. c. I., R. y otros, 11/07/2000, LA LEY 2001-C, 761, con nota de Santos Cifuentes.

Este decálogo sobre algunas de las principales modificaciones que propone la reforma del Código Civil en el régimen de la adopción, es hábil para observar cómo se puede lograr un sistema infraconstitucional totalmente equilibrado con todos derechos humanos en juego que titularizan varias personas: el adoptado de manera principal; los integrantes de la familia de origen y también los de la familia adoptiva.

Se trata de un régimen jurídico que respeta el derecho a la identidad en su máxima y compleja expresión, en el que se encuentra directamente comprometido la noción de los niños como sujetos de derecho y la consecuente protección de su interés superior; fijándose pautas claras que eviten caer en la inseguridad jurídica, pero a la vez, reconociéndose lo “compulsivo y ardua” que es la realidad social y las diferentes situaciones fácticas que pueden estar detrás de la adopción, para lo cual se necesita una normativa ancha y dúctil.

¿Es la mejor ley que se podría alcanzar en esta compleja temática? El tiempo lo dirá, por lo pronto es, sin lugar a dudas, un proyecto respetuoso de cada una de las piezas que construyen este verdadero rompecabezas que implica cada historia de adopción. Como tan bien lo ha expresado Jean Jacques Rousseau: *“Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, la fuerza de la legislación debe siempre tender a mantenerla”*. Este es el fin último de la regulación de la adopción: mantener la igualdad aceptando las diferencias entre los niños, sus familias de origen y las familias adoptivas. Tarea hartamente compleja que el proyecto de reforma encara, enfrenta y exhibe.