

La reformulación legal de la adopción a la luz del derecho a la identidad y de la sanción de la ley 26061

Autora: Silvia Chavanneau

Tema central: La familia biológica y la adopción

Ejes a desarrollar:

1. El establecimiento de un período de mantenimiento del vínculo familiar, previo a la decisión de otorgar la guarda preadoptiva de un niño.

La cuestión que nos plantea el título es novedosa en las discusiones alrededor del tema adoptivo e invoca cuestiones tratadas hace ya varios años. Se expresaba entonces que atendiendo a las preocupaciones de la comunidad de actores involucrada en el tema, los valores a tener en cuenta al pensar en una reforma legal, serían la celeridad, la economía de trámite y la seguridad. Es posible afirmar que la preocupación plasmada en esas líneas no ha sido satisfecha por la entrada en vigencia de la ley 24779, y que esos valores siguen teniendo vigencia a la hora de pensar en todos los pasos del procedimiento adoptivo. Respecto de la celeridad en el trámite, continúa existiendo consenso entre los adoptantes y los trabajadores de la adopción en que cuanto antes pasen una niña o un niño a manos de su familia adoptante será mejor para la criatura y su adaptación. Pero la rapidez en la decisión de otorgar una guarda con fines de adopción debe necesariamente balancearse con la evaluación de si esa entrega no va a ser resentida por circunstancias posteriores, relacionadas fundamentalmente con la participación que se permita a la familia biológica del niño en el procedimiento, ya que los conflictos que mayoritariamente llegan a los estrados judiciales dan cuenta de la relevancia del tema.¹

No en vano, ha sido una preocupación de los legisladores establecer un plazo para la expresión de un consentimiento válido que en el art. 317, CCiv. se fijó en sesenta días para que el juez cite a los progenitores a fin de prestarlo. "...una suerte de plazo de espera para que los padres biológicos del recién nacido puedan pronunciarse libremente sobre la decisión de darlo para que sea adoptado, el plazo se ha establecido para permitir una manifestación de la voluntad, definida, madura".²

El novedoso tema de un período de mantenimiento del vínculo familiar plantea una gran amplitud de cuestiones. Hemos podido enunciar las que siguen:

¿Será necesario establecerlo en todos los casos, aún cuando una persona manifieste que es su voluntad entregar a su hijo en adopción?

¿O precisamente habrá que establecerlo para despejar si se trata de una entrega realmente voluntaria o el consentimiento se halla viciado por circunstan-

¹ Giberti, Eva y Silvia Chavanneau. Adopción y Silencios. Sudamericana. Buenos Aires. 1991, p.295 y sig.

² Fanzolato, Eduardo, La filiación adoptiva, Advocatus, Córdoba, 1998, p.83

cias sociales, económicas, etc. que podrían revertirse trabajando durante ese tiempo con la madre o progenitores?

Si la expresión de voluntad es de alguno de los progenitores o de ambos porque no existe voluntad de crianza pero existen otros familiares del niño ¿habrá que entregarlo a esos parientes contra la voluntad de sus padres?

Si se han observado conductas de la madre que pueden dañar a la criatura ¿igual deberá permanecer con ella?

Si no se ha determinado la filiación paterna y la madre expresa voluntad de entrega ¿permanecerá el niño con su progenitora mientras trata de establecerse legalmente la paternidad?

Ese período ¿deberá cumplirse permaneciendo el niño en su grupo familiar de origen o podrá llevarse a cabo por personas debidamente instruidas sobre la naturaleza y responsabilidades de la función de crianza *temporaria* que se les asigna y concientes de su obligación de facilitar la vinculación del niño con sus progenitores o familia extensa?

Esta posibilidad estaba contemplada en el Adoption Act para Inglaterra y Gales de 1989, que permitía establecer modos de contacto del niño con su familia desde la separación, cualquiera fuese su edad. El Adoption and Children Act de 2002 para Inglaterra y Gales que modificó el Acta de 1989, estableció que si se trata de un niño menor de seis semanas de vida, la agencia autorizada a ubicarlo en adopción, no podrá establecer ningún arreglo sobre contacto del niño con sus o familiares, como sucedía en la legislación anterior. Si se trata de niños mayores de esa edad, la autoridad judicial interviniente, puede ordenar a la persona con quien vive el niño, que permita que éste visite o permanezca con la persona a quien se autorizó el contacto. El pedido de contacto podrá ser formulado tanto por el niño o la agencia interviniente, como por sus progenitores, parientes u otros representantes legales. También la autoridad judicial puede expedir estas órdenes de oficio, sin que medie pedido de parte.

La legislación argentina reciente ha tomado nota de la importancia del vínculo temprano en la relación materno-filial, garantizando la ley 25929 que:

Art. 2º: “Toda mujer tiene los siguientes derechos: ...h) A tener a su lado a su hijo o hija durante su permanencia en el establecimiento sanitario, siempre que el recién nacido no requiera cuidados especiales”.

Art. 3º: “Toda persona recién nacida tiene derecho: ...d) a la internación conjunta con su madre en sala”.

Por supuesto que dada la importancia que se asigna al derecho del niño a permanecer en su familia de origen en los instrumentos internacionales de derechos humanos que integran nuestra legislación –y que se analizarán en el apartado 2-, relevancia a la que adherimos absolutamente por todos los argumentos que se irán desarrollando a lo largo de este trabajo, creemos que deberá establecerse un período de mantenimiento del vínculo familiar, pautándose condiciones, plazos, personas beneficiarias, lo cual exigirá un debate profundo entre alternativas, que excede el marco de esta presentación.

2. Derecho del niño a permanecer con su familia biológica y la obligación estatal de asistir a la familia mediante políticas públicas.³

La adopción es una institución jurídica que acarrea ineludiblemente diversos grados de ruptura de los lazos de parentesco entre el adoptado y su familia de origen.

Suelen ser las condiciones sociales las determinantes del alejamiento de los niños de sus familias y éste a su vez, provoca consecuencias jurídicas generalmente irreversibles.

En los hechos, esa ruptura se traduce en la separación del niño de su grupo de parentesco y encuentra su causalidad en una trama compleja de circunstancias. Las condiciones de vulnerabilidad en las que se desarrolla la vida de los miembros de la familia no son un aspecto menor en la producción del fenómeno de la separación. Es por todos conocida la existencia de grupos de riesgo en los que se produce con mayor frecuencia el fenómeno de entrega de niños con fines de adopción o la intervención de organismos públicos que deciden interferir en la convivencia familiar, separando a los hijos de sus padres y entregándolos a terceros o institucionalizándolos.

En líneas generales, hoy en día podemos afirmar que la adopción es un fenómeno derivado mayoritariamente de situaciones de pobreza. Se desplazan niños desde los sectores más vulnerables de la sociedad hacia otros que se hallan mejor ubicados en la escala social. Paralelamente, los niños originarios de los países pobres del planeta son trasladados hacia los más desarrollados a través de los mecanismos de la adopción internacional o del tráfico de menores. Tanto en las sociedades nacionales como en el ámbito internacional, los hijos salen de los hogares más desfavorecidos para ser adoptados por los hogares más ricos o mejor ubicados socialmente.

Sin olvidar que se concibe a la adopción como un mecanismo de protección de niños, niñas y adolescentes, si se tratara exclusivamente de dar familia a quien no la tiene o cuando la existente no cumple debidamente con sus funciones, no serían solamente los hijos de los miembros más vulnerables de la comunidad quienes deberían ser desplazados de sus familias primarias.

La cuestión merece especial atención en tanto y en cuanto los instrumentos de derechos humanos que integran el marco normativo nacional refieren tanto a la extensión de la familia como a las acciones que debe desplegar el Estado para el resguardo de los derechos de los niños cuando esos derechos se ven amenazados por las condiciones de vida que afrontan.

El niño tiene derecho a vivir con su familia llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas y el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente del derecho a la protección de la familia y el niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1, Declaración Universal de los derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y deberes del

³ Este acápite se ha desarrollado siguiendo en lo pertinente las líneas de un trabajo anterior titulado *Formas alternativas de convivencia familiar y protección integral de los derechos de los niños*, publicado de Derecho de Familia, Lexis-Nexis, número 27.

Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

Sobre el particular resulta norma rectora la Convención sobre los Derechos del Niño. Ya los trabajos preparatorios ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste respecto de su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuera devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. Este principio obtuvo su consagración en el artículo 9 que exige a los Estados parte velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos.

Desde su Preámbulo y en varios de sus artículos, la Convención sobre los derechos del Niño hace un reconocimiento explícito sobre el carácter prioritario que tiene la familia para el desarrollo y bienestar de los niños, garantizando que ese derecho a vivir con su familia se transforme en un eje orientador de decisiones legislativas, judiciales, administrativas y de política pública en general. El Preámbulo de la Convención enfatiza: "...que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la necesaria protección y asistencia para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". La Convención señala que los padres tienen la responsabilidad primaria por la crianza y desarrollo del niño.

El artículo 5 de la Convención destaca la obligación de los estados Partes de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso, de los familiares o de la comunidad, según establezca la costumbre local, en el cumplimiento de las funciones propias de la familia. Por lo que una interpretación sistemática del tratado permite afirmar que no es sólo el pequeño grupo primario el que debe recibir la protección del Estado para cobijar al niño, sino todo el entorno de la familia extensa y en su caso, su comunidad, sin perjuicio de hacer extensiva esa protección a cualquier entorno que funcione como familia para el caso de un niño en concreto.

La Convención no solamente reconoce el derecho del niño a vivir y ser cuidado por sus padres, y a no ser separado de éstos salvo casos de excepción (artículos. 5, 7.1, 9.1. CDN) sino que además, la misma Convención impone al estado el deber de prestar "la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño" (art. 18.2 CDN). Si bien las condiciones de vida que son necesarias para el desarrollo del niño son responsabilidad primordial de sus padres (art. 27.2 CDN) no es menos cierto que el estado tiene responsabilidad en asistir a los padres y a otras personas responsables del niño en la tarea de hacer efectivo el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico y social, debiendo proporcionárseles – en caso necesario- asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a las necesidades básicas (conf. arg. art. 27 CDN). Ello importa adoptar medidas de acción positiva para garantizar el pleno

goce y ejercicio de sus derechos reconocidos por la Convención, que resultan además reconocidos en otros tratados internacionales de derechos humanos (art. 10.3, Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, art. 19 Convención Americana de derechos Humanos).

Los alcances de los tratados internacionales de derechos humanos en la relación con el tema han sido exhaustivamente analizados en la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Allí el máximo organismo jurisdiccional del sistema interamericano ha analizado los pronunciamientos de otros organismos internacionales relativos al tema de la titularidad de los derechos familiares.

Señala la Corte que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refirió a la titularidad de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También se recuerda en la Opinión Consultiva que la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. También la Corte ha abordado el tema desde la perspectiva de los familiares de la víctima de violación de derechos y a este respecto el Tribunal estima que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. En la Opinión se ha esclarecido debidamente que los tratados internacionales de derechos humanos y los pronunciamientos de los organismos encargados de su aplicación han ubicado a la familia como núcleo central de protección.

La ya citada Opinión Consultiva 17 expone el siguiente análisis respecto de las funciones de la familia pero también sobre las obligaciones de los estados para con aquélla. Expresa que la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Sobre este punto transcribe el artículo 16, protocolo de San Salvador, que establece que todo niño -cualquiera sea su filiación- tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Recuerda que en el mismo sentido, el artículo 3 CDN ha establecido que “[...] Los estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con este fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Añade a lo anterior que es preciso agregar la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4, CDN, que señala:

“Los estados Parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los

recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

La Corte Interamericana se ha expedido afirmando que “...la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación” y que el Estado se halla obligado no sólo a disponer y a ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental 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.

Por último recuerda la Corte que el artículo 4, Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo Social (1969), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (XXIV), del 11/12/69 estableció:

“La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye su Opinión afirmando *“que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo y que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y preferentemente, temporal”*.

Si la familia del niño ha merecido el reconocimiento tanto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como de los organismos internacionales, las razones para permitir el alejamiento han sido objetos de especial escrutinio. Puede resumirse la tendencia dominante afirmando que cualquier decisión sobre la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés superior de aquél. Es por todos conocida el constreñimiento que surge del artículo 9 de la Convención, pero también la directriz 14 de RIAD ha establecido que “cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad para ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro” y en el mismo sentido se expresan las normas de Beijing (17, 18 y 46).

Varios códigos latinoamericanos, entre los que el brasileño ha resultado pionero destacan que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para adoptar una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño respecto de su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.

La flamante ley 26061 plasma en su artículo 33 apartado 3 una norma de similar inspiración:

*“La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”*⁴

Comenzamos este acápite señalando que la falta de recursos materiales era en nuestros días, una de las variables principales que llevaban a que una niña o un niño fueran separados de su familia de origen para ser entregados en adopción. Hemos repasado un número significativo de normas que señalan que 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. Entendemos en consecuencia, que resulta una obligación legal para el estado que toda medida que se proyecte para dar contención familiar a un niño que carezca de ella no puede desconocer estos principios y que la adopción, aún reservada para aquellos supuestos de niños que carecen de grupo familiar en sentido amplio, debe ser rediseñada.

3. Derogación del supuesto de abandono material o moral, que autoriza la declaración de preadoptabilidad, sin consentimiento de los progenitores. Consentimiento informado de los padres biológicos.

La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados Partes en el artículo 9.1 a velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y en 9.2 agrega que en cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

El artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “Los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y : a) velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”.

⁴ Boletín Oficial de la República Argentina. Año CXIII. Número 30.767.

A la luz de ambas disposiciones se analizarán en este apartado los contenidos del artículo 317, CCiv., sin perjuicio de volver sobre él en tramos posteriores.

Derogación del supuesto de abandono material o moral, que autoriza la declaración de preadoptabilidad, sin consentimiento de los progenitores.

Conforme lo establece el artículo 317, CCiv., no será necesario el consentimiento de los progenitores para otorgar la guarda cuando exista un estado de abandono, es decir un desamparo moral o material evidente, manifiesto y continuo y esa situación sea comprobada por la autoridad judicial, a no ser que los padres hayan sido privados de la patria potestad o manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción, o el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubiesen desentendido totalmente del mismo durante un año. Esa disposición ha llevado a entender que debe haber estado de abandono declarado. La *declaración de abandono o en estado de adoptabilidad* es una creación pretoriana que no ha sido regulada en la legislación de fondo, ni siquiera a partir de la reforma introducida por la ley 24779, ya que la frase acuñada por esta ley se refiere a “la comprobación judicial del desamparo moral o material” a efectos de no citar a los progenitores del niño en el proceso de guarda, exigiéndose que el desamparo sea evidente, manifiesto y continuo.

El artículo 317 inc. a) incluye distintos supuestos de hechos que han merecido variados tratamientos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El hilo conductor es la expresión del consentimiento por los progenitores o la posibilidad de excluirlo de acuerdo con los supuestos que enumera el inciso, que analizaremos en los siguientes apartados.

1. La expresión del consentimiento y el abandono

El primer supuesto es la presentación de los progenitores –no haremos del tema una cuestión de género, pero sabemos que quien entrega casi en la generalidad de los casos es la madre- que expresan su consentimiento o voluntad de entrega. Más adelante nos explayaremos sobre la validez de ese acto. La consecuencia de esa expresión positiva, es habilitar la entrega en guarda con fines de adopción.

La cuestión de la citación del varón es habitualmente descuidada; los niños probablemente carecen de filiación paterna y no se cumple el art. 255, CCiv. que prevé que cuando un menor aparezca inscripto sólo con filiación materna, se debe procurar establecer también la paterna y el reconocimiento o entablar las acciones pertinentes para determinar la filiación paterna. Esta disposición constituye un instrumento más para garantizar el derecho contenido en el artículo 8 de la Convención. Dicha norma compromete al Estado “...a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”.

Las consecuencias serán graves, ya que puede haber existido un ocultamiento de la existencia del embarazo por la madre y sus familiares, privándose al progenitor interesado del derecho a criar a su hijo y más dañoso aún, al niño

o niña de un plexo de derechos resguardados constitucionalmente, por lo que la cuestión ha merecido pronunciamientos jurisprudenciales recientes.⁵

Si se ha determinado la filiación paterna y la materna, puede suceder que, citados por el juez, alguno o ambos progenitores se nieguen o expresen voluntades opuestas. La negativa abre toda la espinosa y debatida cuestión sobre el valor del consentimiento.⁶

Una construcción doctrinaria y jurisprudencial que consideramos poco feliz es aquella que afirma que cuando existe voluntad de entrega por uno o ambos progenitores, esa manifestación de voluntad constituye abandono. “La sanción, en los casos de abandono, es independiente de que el menor haya quedado ‘bajo la guarda o sea recogido por el otro progenitor o un tercero’; se sanciona el abandono en sí mismo con abstracción de toda otra circunstancia. Bajo la denominación de ‘terceros’, la ley ha querido incluir a todos los que quedan al cuidado del menor –fuera del otro progenitor-, incluidas las instituciones tutelares”....El abandono puede presentarse bajo diversos aspectos: implica un “desprenderse”, un “no preocuparse”, situaciones éticas que han de considerarse desde el punto de vista del menor, no importando las razones que hubieran inducido a los padres al abandono, “pues la conducta de quien abdica en forma voluntaria de los deberes paterno filiales no es menos reprehensible porque el otro progenitor o un tercero asuman el rol de quien se desentendió de tan primordiales deberes, ínsitos en el concepto de patria potestad. El criterio en materia de abandono ha dejado de ser objetivo para centrarse en el análisis de la conducta de cada progenitor, en razón de que las obligaciones emergentes de la patria potestad son personalísimas, indelegables e intransferibles (...). Es decir, que se ha adoptado el criterio subjetivo para tipificar la causal de abandono: la ley no atiende ni espera que el menor padezca física o espiritualmente el desamparo. La reforma [ley 23264] sigue con acierto “la denominada tesis subjetiva en lo atinente al abandono del hijo, tornando indiferente a los fines sancionatorios que el menor haya quedado bajo resguardo del otro progenitor o de terceros’ correspondiendo incluir para un sector de la doctrina en esta acepción [posición que se comparte] a los organismos protectorios de la minoridad”.⁷

Se ha dicho en otra oportunidad que cuando una mujer –y aquí es fundamental referirse exclusivamente a la mujer, porque se trata de develar las zancadillas que el imaginario social tiende a la razón y al conocimiento- “entrega a su hijo en adopción se la incluye en la categoría de mujer-que-abandona-a-su-

⁵ Ver al respecto fallo C. Apel. Esquel Noroeste del Chubut, 8/7/2004, A., J.A. Idem S. T. Chubut en Derecho de Familia. Lexis-Nexis. 2006-II-p. 98. Una madre oculta al progenitor el nacimiento de su hija, que es entregada en guarda con fines de adopción. A escasos días, el padre intenta reconocer y recuperar a la niña, no lo logra y se desencadenan varios procesos judiciales. A la fecha del pronunciamiento del Tribunal, la criatura –ya de seis años de edad- seguía viviendo con los guardadores.

⁶ Como ejemplo: “Sabido es que la citación de los progenitores del niño en el juicio de adopción no supone requerir su consentimiento para la declaración de ésta, dado que su opinión no es vinculante a los efectos de su decisión judicial. En tal sentido se ha resuelto que con ello “no se intenta lograr que expresen su asentimiento para el dictado de la sentencia respectiva, sino tan solo escucharlos para permitir una mejor valoración de las circunstancias que rodean al menor, y en salvaguarda de la garantía del debido proceso y defensa de los derechos de todas las partes involucradas” (TFlia. Formosa, 26/12/2002 en Derecho de Familia. Lexis-Nexis, 2003-II, pág. 78

⁷ Lloveras, Nora en Código Civil, Hammurabi, Santa Fe, 1995, p. 1296/1297

hijo; no obstante es preciso discernir entre las diferentes modalidades de esta separación, que por lo general implican una entrega a una persona que cuidará a la criatura. La utilización de la palabra abandono alimenta el imaginario social respecto de los procedimientos que eligen quienes se desprenden de su hijo y está moralmente sesgada, en sentido crítico, ya que abandono arrastra consigo la imagen de colocar al niño en riesgo; al mismo tiempo que se busca clasificar a esa mujer como persona que violenta un mandato de la especie, lo cual constituye una apreciación incorrecta. Ya que, si bien la presencia de una figura tutelar es insustituible para la cría humana, no es posible afirmar que ese rol sólo puede cumplirlo quien la gestara....La decisión de separarse del niño para entregarlo a quienes podrán hacerse cargo de él, significa aceptar la imposibilidad para criarlo, o su rechazo de la criatura, o la frustración de su amor y deseo maternante. Cualquiera de estas posibilidades jaquea la tradicional descripción de mujer que abandona, como equivalente a "mala madre"⁸

Por lo que afirmamos que antes que atender a la postura de la progenitora a la que cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia tildan como abandonante por expresar su voluntad de entregar a sus hijos en guarda con fines de adopción, debe estarse los resultados y en consecuencia, no calificar como abandono la entrega de niños al cuidado de instituciones o de terceros. En estos supuestos no puede considerarse que exista desaprensión o desatención hacia los hijos por parte de los progenitores -puesto que es una situación observable- que existe conciencia de la imposibilidad de criarlos y preocupación por que la niña o el niño sean bien atendidos tanto afectiva como materialmente. No existe intencionalidad ni resultado de poner en peligro moral ni material a los hijos, para usar una terminología remanida. Resulta contra el interés superior del niño calificar su situación como abandono, cuando tal situación no se ha producido ni en los hechos ni en la voluntad de quienes lo entregan.

En general, cuando nos planteamos los problemas éticos de nuestro tiempo, lo hacemos desde cierta perspectiva que supone una concepción de sujeto y sociedad. Para el común de las personas de la sociedad occidental, acostumbradas a los saberes universales plenos de sentido, resulta difícil de aceptar la particularidad y multiplicidad de las miradas, lo que trae como consecuencia un estrechamiento de la comprensión de los hechos, que se va configurando al mismo tiempo con un estrechamiento de la acción. Diversas éticas modernas, principalmente la kantiana, construyeron valores que rigieron las conductas y los ideales de los seres humanos durante siglos y que aún mantienen su vigencia en diversos niveles. Las éticas contemporáneas orientadas hacia la alteridad, que se construyen merced al registro y valoración de las diferencias, sugieren nuevas lecturas para el trabajo con niños y niñas y sus medios familiares.

Por lo tanto, proponemos enfáticamente, dejar de lado la práctica lingüística difundida en varios campos profesionales que consiste en calificar de aban-

⁸ Giberti, Eva, Silvia Chavanneau y Beatriz Taborda. Madres excluidas. FLACSO. Norma. Buenos Aires. 1997, p.44/45

donado a un niño entregado voluntariamente por su madre y/o padre y a éstos de abandonantes.⁹

2. La entrega o el alojamiento en institución y el desamparo

No mediando consentimiento para la entrega en adopción y habiendo tomado intervención la autoridad judicial respecto de un niño o niña alojados en instituciones de internación o respecto de los cuales se *predica* que se hallan en situación de desamparo, enfrentamos las cuestiones previstas en el apartado segundo del inciso a) del artículo 317.

Con respecto al desamparo entendemos que existe una confusión conceptual al tratar de homologarse situaciones que de ningún modo son análogas, como muestra el siguiente ejemplo: “La pérdida de la patria potestad supone la existencia de hechos graves, conforme a la importancia que tal sanción reclama, deben concurrir actuaciones u omisiones que respondan al deliberado propósito de soslayar las obligaciones que le son inherentes, el abandono requiere conductas, reñidas con los fines que el instituto aspira, que el progenitor se desentienda de los deberes a su cargo, establecidos en el art. 265, CCiv., y que no son otros que devienen esenciales al normal desarrollo psicofísico de los menores, tales como la alimentación, educación, formación, vestimenta, asistencia, mas esta situación debe implicar una abdicación manifiesta, absoluta, prolongada e injustificada de los deberes paternos o maternos, lo cual debe acreditarse en forma concluyente, dado el carácter restrictivo que debe primar en su evaluación”¹⁰

No hay duda que el abandono y el maltrato son interferencias importantes en el desarrollo de cualquier niño y que para subsanar el daño que provocan esas situaciones, corresponde la utilización de medidas reparadoras, lo que no siempre significa que deba producirse automáticamente la separación del niño

⁹ Resulta alentador el cambio operado en la jurisprudencia de la SCBA. Sostenía el más alto Tribunal provincial que cuando un niño era entregado directamente por sus familiares biológicos a quienes pretendían adoptarlo, se configuraba una situación de riesgo, y por ende correspondía la intervención de los Tribunales de Menores de la provincia. En el caso que se trae a conocimiento, siguiendo los lineamientos de la Corte, la Asesora de Incapaces dictaminó en el mismo sentido en una causa radicada ante un Tribunal de Familia. Planteada la cuestión de competencia entre magistrados de menores y familia, la Corte resolvió como se transcribe: “Esa en virtud de ello que para definir la contienda negativa de competencia suscitada, resulta indispensable definir, o mejor dicho, redefinir el concepto de riesgo que ha sido, en la doctrina de esta Corte, el factor dirimente de estos entuertos (conf. causas Ac. 89311 y Ac. 89881 citadas). En este sentido se entiende por riesgo la contingencia, probabilidad o proximidad de un daño. Es decir que la nota de inmediatez o inevitabilidad de la ocurrencia del perjuicio es inherente a aquel concepto. Por ello habrá de acudir al actuar de los Tribunales de Menores cuando se patentiza que el infante está en una situación tal en la que su integridad esté amenazada directa y actualmente (arts. 2 inc. “b” y 10. ley 10067). No tratándose de menores bajo la tutela de este fuero de excepción, debe replantearse la intervención cuando no se advierta esa situación de riesgo o peligro inminente porque de no ser así se estaría distorsionando o sobredimensionando el alcance del concepto de riesgo y, paralelamente, ampliando indebidamente la competencia de ese fuero a supuestos para los fue concebida su intervención (art.2, ley 10067). (Ac.93760 “N., J.T. Guarda con fines de adopción plena”. 22/12/04 en Expte de igual carátula T:Flia. N° 1 San Isidro).

¹⁰ CC0001 SN, 930062, RSD 90-93, s. 20/5/93

de su familia de origen, pudiendo aplicarse, una vez comprobada la imposibilidad de mantener al niño con sus progenitores y agotados los medios para asistírselos en el proceso de reversión de las conductas perjudiciales hacia sus hijos, alternativas a través de la familia extensa o las redes vecinales o comunitarias. En los casos de abuso, maltrato o abandono de menores se ha comprobado que tiene especial efecto la construcción o reconstrucción de redes sociales para sostener emocionalmente a los protagonistas. El principio de protección efectiva plasmado en el art. 4º de la Convención obliga a los Estados a adoptar todas las medidas administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en dicho tratado.

La enumeración formulada por los magistrados en el fallo transcrito líneas más arriba concurre en apoyo de estas afirmaciones. Se trata de omisiones de las que son víctimas no sólo los niños, sino sus grupos familiares, ya que se trata de típicos incumplimientos derivados de las condiciones de vida. Tampoco en estos casos resulta éticamente aceptable hacer uso de la categoría de abandono, sino de verificar, luego de haber desarrollado acciones concretas para la permanencia del niño en su grupo familiar, si tal permanencia es imposible en virtud de las circunstancias fácticas del caso particular, y para dicha verificación se tratará de llevar adelante un proceso, garantizando a los familiares del niño su participación plena, como se exige en el artículo 21 de la Convención y se desarrollará en el tema 4 del presente trabajo.

La incorporación legal de la declaración de adoptabilidad del menor, procedimiento en el que serán parte necesaria los progenitores, con clara previsión de los efectos que acarrea, no es una propuesta nueva en el ámbito jurídico y en tal comprobación judicial no puede desconocerse que la adopción no es una solución principal para la desprotección y el desamparo de menores, debiendo agotarse en primer orden, la posibilidad de reinserción del niño en su propia familia o en su grupo de pertenencia, tal como surge de la Convención de los derechos del Niño.¹¹

Por otra parte, no es ocioso decir que no son pocos los casos en que no se advierte el desamparo material o moral de manera evidente, manifiesta y continua tal como se presenta en el art. 317 a) párrafo 2º CCiv., sino que se trata de evaluaciones apresuradas o inexpertas de quienes ejercen por delegación del Estado la autoridad de inmiscuirse en la vida de ciertas familias.

Por lo tanto propongo derogar el supuesto de abandono moral o material como condición que autoriza la declaración de adaptabilidad y reformular el título de este acápite, ya que entiendo que no se trata de obtener en el caso el consentimiento sino de lograr la participación efectiva de los progenitores en el juicio de adaptabilidad en ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Consentimiento informado de los padres biológicos

Conforme al art. 317 CCiv., resulta un requisito indispensable para otorgar la guarda con fines de adopción, que se cite a los progenitores del niño para que presten su consentimiento, estableciendo asimismo la norma que "...el juez de-

¹¹ Lloveras, Nora. X Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina Córdoba, mayo de 1994

terminará dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación”.

La norma regula dos cuestiones que dan lugar a discutir, en primer lugar, los alcances de ese consentimiento o su negativa y luego, la oportunidad en que debe ser prestado.

La necesidad de formular tal distinción ha sido señalada reiteradamente y entre los autores no existe uniformidad de criterio en cuanto al requisito establecido en el inc. a) del art. 317, debiendo distinguirse entre la citación y el consentimiento. En relación con la primera se afirma, haciendo una interpretación exegética, que el párr. 1º in fine del inc. a) al establecer “El juez determinará dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación” indica la intención del legislador que ha querido que la efectiva presentación de los padres biológicos se produzca luego de los sesenta días posteriores al parto, a fin de obtener un consentimiento no viciado de parte de aquellos.¹²

La misma autora continua su análisis expresando que a tenor de la exposición de motivos de la ley de adopción, el requisito de los sesenta días posteriores al parto responde únicamente a un tiempo máximo que se considera prudente para amparar a la madre biológica que pueda haber actuado bajo influencia del estado puerperal; “...sin embargo, no debemos ceñirnos sólo al estado puerperal pues deben ser consideradas también otras circunstancias como la situación económica afligente...”.¹³

Al fundamentar el proyecto de la ley de adopción 24779 los miembros informantes del proyecto expresaron con relación al por qué de la fijación del plazo de sesenta días: “...se determina que bajo las condiciones de las garantías judiciales y de todos los aportes técnicos se requerirá el consentimiento de los padres dentro de los sesenta días subsiguientes al parto. Es decir, que para los padres biológicos no habrá la premura, la urgencia o el temor de ese período especial, en que muchas veces –en particular la madre-, sienten el peso del desamparo frente a la posibilidad de prestar un consentimiento de lo cual después se van a arrepentir toda la vida, dado que para eso estarán el juez, el Ministerio pupilar y todos los organismos del Estado vinculados al tema para que dicho consentimiento sea brindado de manera clara, transparente, definitiva e irreversible” (Diputado Dumón). “También hemos puesto especial cuidado en la familia biológica, sobre todo en la madre, estipulando que no se puede entregar al recién nacido hasta después de terminado el puerperio. En este sentido, todos sabemos de la depresión postparto, durante la cual muchas madres desprotegidas, que no saben qué hacer con sus hijos, los entregan por una cuestión de sensibilidad, de la que luego se arrepienten” (Fernández Meijide). Sobre las consecuencias de una entrega prematura el senador Avelín, en el mismo debate formuló el interrogante de “¿qué puede ocurrir cuando un niño es entregado inmediatamente después de nacido?” y que la respuesta a ello es que en ese caso existe un gran probabilidad de que la madre se arrepienta.¹⁴

¹² Medina, Medina. La adopción. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 1998, t. I, p. 181 y sig.

¹³ Medina, op, cit. p. 185

¹⁴ Antecedentes Parlamentarios. Ley 24779, LL 1997-A

En alusión a esta misma cuestión se ha propuesto la reforma del art. 317, CCiv., para que la misma se produzca pasado un lapso prudencial desde el parto, atento a efectos del estado puerperal y diversas circunstancias especiales que pueden estar atravesando los progenitores, en especial la madre, que impiden una determinación libre de la voluntad.¹⁵

En cuanto a los alcances del consentimiento existen diferentes posturas en cuanto a la exigencia legal de “citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento”.

“La norma del artículo 317 es objetable, pues ha relacionado necesariamente citación con consentimiento. He allí el error del legislador. Bastaba con la citación paterna y la obligación del juez de citar a los padres que no han sido privados de la patria potestad y, en todo caso, aún con consentimiento u oposición paterna, decidir de acuerdo con el interés y las necesidades del menor”.¹⁶

En un sentido semejante aunque desde el punto de vista del juego entre autonomía de la voluntad y orden público se ha dicho se ha dicho que los padres no tienen margen para el juego de esos principios cuando se trata de decisiones relativas a sus hijos. “En todo caso los acuerdos de aquéllos son meras propuestas que, sin poder soberano ni trascendencia vinculante alguna, se formulan ante la judicatura. Será ésta -en cualquier supuesto- la que asuma la resolución final, tras la debida evaluación y contacto personal con cada uno de los sujetos involucrados en la cuestión”¹⁷

Algunos autores consideran que basta con citar a los padres, aún cuando ellos se nieguen a prestar el consentimiento para la adopción. Otros consideran que se requiere el expreso consentimiento de los padres, que no será necesario para los demás casos previstos en el art. 317 párr. 2°.

Entendemos que la justicia tiene el deber ineludible de indagar acerca de las razones que motivan la decisión paterna o materna de declinar las obligaciones inherentes a la patria potestad, pues no hacerlo provoca un serio menoscabo a la persona del menor como sujeto titular de derechos subjetivos nacidos a partir de la vinculación de sangre, y es ello lo que convoca al concepto de orden público. “La ley impone la citación de los padres como condición de validez para conferir judicialmente la guarda preadoptiva; la citación no puede interpretarse como un mero rito procesal que se cumple con el objeto de satisfacer formalmente la garantía de defensa en juicio. El juez está obligado a citarlo porque la ley quiere que oiga al progenitor y correlativamente, que éste tenga la oportuni-

¹⁵ Grosman, Cecilia. La adopción: algunas propuestas tendientes a dar mayor efectividad al derecho del niño a permanecer junto a su familia de origen, Biblioteca Electrónica de la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

¹⁶ Hernández, Lidia Beatriz. La guarda con fines de adopción y los padres biológicos del menor. Derecho de Familia. Nexos-Lexis, 27, p. 59

¹⁷ Mizrahi, Mauricio L., “Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores”, LL 26-9-2003, p1, cit. Por Herrera, Marisa en “Con-sentimiento” de los progenitores para que la adopción arribe (si arriba) a buen puerto. Consentimiento informado y adopción. Derecho de Familia 27. Lexis-Nexis, p. 87)

dad de ser escuchado por quien va a decidir acerca del destino familiar del hijo”
18

El concepto de consentimiento informado proviene de los desarrollos teóricos de la bioética, pudiendo rastrearse sus orígenes en el fallo dictado en 1914 en la causa “Schoendorff vs/Society of New York Hospital” donde se sostuvo que “todo ser humano adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué es lo que hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente”, La edición de 1984 del Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos define al consentimiento informado en estos términos: “El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y normalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre el paciente”¹⁹

Las pautas previstas para otorgar el consentimiento informado en cuestiones médicas pueden hacerse extensivas con los ajustes necesarios al problema de consentimiento informado de los padres biológicos en el proceso de adopción.

El artículo 21,CDN, ya transcrito obliga a los Estados a que la emisión del consentimiento con miras a una adopción, sea libre e informado, expresado sin presiones y tras haber recibido asesoramiento sobre las consecuencias que pueden derivarse de esa expresión de voluntad. Similares prescripciones contiene la Convención de La Haya de 1993.

“La idea de que la madre de sangre debe dar un consentimiento informado, el cual, además sólo podrá ser expresado con posterioridad al período puerperal surge a partir del Seminario Europeo sobre Adopción Internacional celebrado en Leysin, Suiza, entre el 22 y el 31 de mayo de 1960, bajo el auspicio de la ONU. Las conclusiones de ese Seminario, sobre la situación que atravesaba Europa respecto del tema, se reflejaron luego en la Convención Europea en materia de Adopción de Niños del 24 de abril de 1967”.²⁰

En Estados Unidos, los estatutos legales que regulan la adopción en cada uno de los Estados exigen el consentimiento de la madre de un niño o niña, previo al otorgamiento de la adopción y varias de las regulaciones locales exigen que un tercero informe sobre los alcances de tal manifestación y evalúe la real información que recibe y/o posee quien renuncia a sus derechos parenta-

¹⁸ Fanzolato, Eduardo, La filiación adoptiva, Advocatus, Córdoba, 1998, p. 81.

¹⁹ Vázquez Ferreira, Roberto. Derecho Médico y Mala Praxis. Juris. Rosario. 2000. Sobre el tema del consentimiento informado ver también: Luna, Florencia y Arleen F.L.Salles. Decisiones de vida y muerte, Buenos Aires, Sudamericana, 1995; Kraut, Alfredo J. Responsabilidad civil de los psiquiatras. La Rocca, Buenos Aires, 1998; Highton, Elena y Sandra Wierzba. La relación médico-paciente: el consentimiento informado. Ad Hoc, Buenos Aires, 1991.

²⁰ Najurieta, María S. “Una nueva mirada sobre la adopción internacional” Derecho de Familia. Lexis-Nexis. 30, pág. 79

les. También se establece en algunos casos la obligatoriedad del patrocinio jurídico gratuito o cuando el proceso se torna contencioso.²¹

El Estado francés dictó en 2001 una regulación de derecho internacional privado relativa a la adopción internacional que establece en sus párrafos finales: "...cualquiera sea la ley aplicable, la adopción requiere el consentimiento del representante legal del niño. El consentimiento debe ser libre, obtenido sin ninguna contraprestación posterior al nacimiento del niño y debe ser esclarecido sobre las consecuencias de la adopción, en particular si es dado con miras a una adopción plena, sobre el carácter completo e irrevocable del lazo de filiación preexistente. El alcance de la expresión de voluntad por parte de las personas que deben consentir una adopción es una cuestión muy compleja que no depende exclusivamente de los preceptos normativos, sino de la idoneidad de los profesionales que toman contacto directo con la familia de sangre del niño (e incluye toda la cadena de profesionales desde los de la salud hasta los del aparato judicial).

En Croacia, el concepto legal de consentimiento incluye implícitamente la comprensión de los cambios que ocurrirán después de la adopción. Hay varias personas que deben dar su consentimiento para la adopción. Los padres biológicos, uno o ambos, deben dar el consentimiento. Deben expresar claramente si el consentimiento es para una adopción simple o plena. También pueden dar su consentimiento para una adopción por personas conocidas o desconocidas. Si desean expresar su desinterés en el hijo sin tener interés en la identidad de los adoptantes, pueden dar el consentimiento recién cuando el niño tiene seis semanas de vida. Luego de ello hay un período de espera, ya que los progenitores tienen un plazo de treinta días para revocar el consentimiento prestado. Lo que significa que ningún niño puede ser adoptado antes de tener diez semanas de vida. Los padres que han dado su consentimiento para la adopción por personas cuya identidad desconocen serán excluidos del proceso de adopción.²²

Por último, algunos autores otorgan relevancia a cuestiones ajenas al marco jurídico cuando analizan el tema del consentimiento válido. "El problema económico, de pobreza, no sólo tiene relevancia jurídica en tanto significa la omisión o el incumplimiento, por parte del Estado, de obligaciones contraídas por ante la comunidad internacional y los ciudadanos. También es un detalle a tener en cuenta al analizar el consentimiento prestado por los padres biológicos al entregar a sus hijos en guarda"²³ En el mismo sentido ha expresado Cecilia Grosman que la conformidad para la adopción debe ser fruto de una auténtica voluntad y no la mera reacción a situaciones angustiosas, económicas o emocionales.²⁴

²¹ De Witt Gregory, John et. al. *Understanding Family Law*. Lexis Publishing. 2000, p. 144

²² Hrabar, Dubravka. *The reform of adoption law. A chance for better and more options in the light of children's rights. The international survey of family law*. Jordan Publishers. 2000. p. 113

²³ Jáuregui, Rodolfo G. "Guarda preadoptiva y derechos personalísimos: algunas reflexiones. Minoridad y familia", revista Interdisciplinaria sobre la Problemática Niñez-Adolescencia y el Grupo Familiar, nro. 7, Delta, Entre Ríos, 1998, p.57

²⁴ Grosman, Cecilia. "El derecho infraconstitucional y los derechos del niño". Congreso "La persona y el derecho de fin de siglo", Universidad Nacional del Litoral, 1996.

4. Reconocimiento de la calidad de parte necesaria de los padres del niño en el proceso de adopción.

El art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala sin excepciones, el principio de que *ambos padres* tienen responsabilidades comunes hacia sus hijos.

Previamente, el art. 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados parte velarán para 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 vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. El párrafo 2° del artículo mencionado establece que en cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párr. 1° del artículo se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. El plexo jurídico que integra la responsabilidad de los padres en la crianza de sus hijos ha sido consagrado en el art. 9.1 de la Convención y ha resaltado la trascendencia que para el interés del menor tiene poner límites a las posibles excepciones al cumplimiento de esa función por los progenitores y destacar que ello siempre estará referido a situaciones de necesidad, dando debida participación a todas las partes interesadas. Nada dice tal norma respecto de cuál va a ser el modo en que esas partes den a conocer sus opiniones a los operadores que deban decidir sobre la procedencia o improcedencia de separar a un niño de sus padres

En consecuencia, el reconocimiento paterno o la citación de los padres, no es una actitud graciosa de los padres o los funcionarios sino el derecho personalísimo que tienen los hijos de "...en la medida de lo posible, conocer a sus padres y ser cuidados por ellos" (art. 7.2 CDN)

El artículo 21 apartado a) expresa que los Estados parte velarán porque las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.

Pueden rastrearse los antecedentes de la discusión sobre la citación de los progenitores del niño en el juicio de adopción y el reconocimiento de su carácter de parte en tal proceso en la legislación anterior a la ley 24779. En la legislación previa no existía el juicio de guarda anterior al juicio de adopción.

Estos dos procesos, tienen finalidades distintas. En líneas generales, en la guarda se tramita la desvinculación del niño de su familia de origen, ya sea que el proceso se desarrolle como una medida cautelar de protección de persona –o sus sucedáneos previstos en las diversas legislaciones provinciales- o medie consentimiento de los progenitores, lo habilita casi automáticamente el otorgamiento de la guarda con fines de adopción a terceros. Si tal consentimiento no ha sido prestado, se trata de establecer la existencia de causas que hacen imposible la permanencia del niño con ellos, sin que sea necesario constatar la existencia de razones que den lugar a la privación de la patria potestad,

lo que finalmente también concluye en el discernimiento de la guarda en el mismo expediente. En el juicio de adopción es fundamental verificar la viabilidad de los nuevos vínculos en función del interés superior del niño y así determinar judicialmente una filiación que sustituye a la de origen e instaurar el conjunto de derechos y deberes propios de las relaciones paterno-filiales

El artículo 317, CCiv. exige la celebración de un juicio de guarda, anterior al de adopción. Este juicio de guarda fue establecido con el fin de eliminar la entrega directa de niños a través del otorgamiento de escritura pública, práctica firmemente asentada durante la vigencia de la ley 19134. En el actual juicio de guarda, el juez está obligado a citar a los progenitores a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. Entonces, en el sistema actual, se ha producido un desplazamiento de la oportunidad en la que los padres deben ser escuchados, ya sea que presten su consentimiento o no. Si la cuestión sobre la situación del niño no se dilucidase durante el juicio de guarda, la eventual controversia se trasladaría al juicio de adopción, con los perjuicios por todos conocidos en cuanto a la seguridad jurídica, el derecho de defensa, y principalmente al interés superior del niño.

Sin embargo, el artículo 317 padece defectos que ya fueron severamente criticados cuando regía la ley 19134, por cuanto el texto actual guarda casi total similitud con el artículo 11 inc. b) de la ley anterior, calificado de inconstitucional por afectar el artículo 18 de la Constitución Nacional.²⁵

En el actual artículo 317 inciso a) párrafo segundo se establecen dos supuestos en que no será necesario el consentimiento;

1º) cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o

2º) cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esa situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial.

Luego, en forma sobreabundante, declara innecesario el consentimiento cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

De tal forma, nuevamente la ley admite situaciones que excluyen la participación de los progenitores, tanto en el juicio de guarda como en el de adopción, ya que el artículo 321 CCiv. inc. b) sólo otorga carácter de partes en éste último al adoptante y al Ministerio Público de Menores.

No proponemos replicar pasos procesales ya cumplidos, citando nuevamente a los padres al juicio de adopción u otorgándoles carácter de parte en éste. Si se ha previsto un juicio de guarda, habrá que derogar estos supuestos espurios -rémora de un régimen anterior que no fue oportuna y debidamente revisado- que impiden la participación de los progenitores en abierta violación a las normas constitucionales. y exigir siempre la presencia de los progenitores en el juicio de guarda, ya sea expresando voluntariamente su consentimiento o asumiendo el carácter de parte en él, a fin de hacer valer sus derechos constitucio-

²⁵ Ver sobre el tema: Zannoni, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. T. 2. Astrea, Bs.As., 1989, pág. 604; Martínez Ruiz, R. "La protección constitucional del derecho a la patria potestad", LL 150-400; Belluscio, Augusto. "El doble régimen de la adopción" LL 144-733; Farsi, Santiago C. "Intervención necesaria de los padres en el juicio de adopción", LL 1975-A-678, y múltiples pronunciamientos judiciales.

nales tanto de naturaleza procesal como los derivados de su calidad de progenitores. En verdad, y a efectos de llevar adelante un procedimiento con la debida participación de los progenitores y de la familia ampliada del niño, si ese fuera el caso, debería haberse previsto en la ley un juicio de adoptabilidad, en el que se decidiese la separación o no de la familia de origen, con la participación de los progenitores con patrocinio letrado, en carácter de parte, con todas las garantías procesales y amplitud probatoria, aún por el procedimiento más breve posible. En ese caso, ya no correspondería una nueva citación paterna en el juicio de adopción.

Cuando decimos progenitores, debemos hacer la salvedad, que los derechos que pretendemos se hagan efectivos respecto de ellos en esta materia, deberán extenderse a quienes ejerzan la representación de los padres menores de edad no emancipados u otros incapaces y a los miembros de la familia ampliada en los casos en que ésta exista y no se logre la participación de los progenitores.²⁶

Por último y para dar cuenta de la necesidad de reformar la naturaleza del procedimiento actualmente denominado de guarda, corresponde recordar que es opinión extendida en la doctrina que tal juicio es cautelar. "...la resolución que otorga una guarda no hace cosa juzgada material –como no la hace, en general, ninguna decisión dictada en procesos cautelares sobre la persona- por lo que puede ser revocada o modificada si sobrevinieren circunstancias que así lo aconsejen".²⁷ En el mismo sentido se ha expresado que "...la resolución que conceda una guarda preadoptiva puede ser revocada. La modificación en la decisión por parte del juez puede responder a diversas causas, es importante resaltar el carácter provisorio que tiene la resolución que da curso a la petición".²⁸ De acuerdo con ello, un acto de la gravedad que implica la desvinculación de un niño de su familia de origen, se desarrolla a través de un proceso que adolece de severas limitaciones para el ejercicio de los derechos de las personas y entendemos que ello es así, porque se comprenden esas consecuencias severísimas y se las trata de morigerar, a través de una provisoriedad que sólo ocasiona inseguridad jurídica para todas las partes involucradas. La decisión de entregar a un niño en adopción debe ser definitiva y resuelta con todas las garantías necesarias para evitar los desgraciados planteos de restitución que llegan a los tribunales cuando no se han cumplido los pasos necesarios para evitar los desgraciados y dolorosos conflictos que enfrentan a los progenitores o familiares de origen con los adoptantes y que provocan que cualquiera sea la resolución final, se ocasione un daño irreversible a alguno o varios de los derechos de los niños.

²⁶ Sobre las consecuencias que puede acarrear la omisión de tal convocatoria nos ilustra un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que dispone la nulidad de oficio de la sentencia que declaró en situación de abandono y firme en condiciones de adaptabilidad a una menor con relación a su madre, también menor, y a sus abuelos maternos, sin haber dado cumplimiento al art. 50 ley 10067, que prevé el deber de los magistrados de tomar conocimiento personal y directo de los menores causantes. (SCBA 26/2/2003- P., C.S. y P., B.I. art. 10 ley 10067/1983. Voto del Dr. De Lazzari.

²⁷ Zannoni. Derecho Civil. Derecho de Familia, t. II, 4º ed., p.659

²⁸ Medina, op.cit., t. I, p.212.

5. Derogación de los efectos de la adopción plena que extinguen el parentesco con la familia de origen e impiden el conocimiento del origen biológico y el ejercicio de las acciones filiatorias.

El 1971 entró en vigencia la ley de adopción n° 19134 que, siguiendo los lineamientos de la legislación francesa, incorporó el doble régimen de adopción simple –el modelo de la ley anterior n° 13252- y la adopción plena. El sistema siguió el modelo adoptado por Francia por ley 66-500 del 17 de enero de 1966 que creó institución tendiente a proteger a ultranza la confidencialidad de la adopción: si bien se podían conservar los documentos donde constara el lugar y fecha de nacimiento del niño, no se debían incluir datos de identificación de los padres de sangre.

La ley 24779 regula la adopción plena y la simple, disponiendo que cuando se otorga la primera, cesan irrevocablemente los vínculos con la familia biológica y se extingue el parentesco con todos los integrantes de ésta. Los padres biológicos no podrán reconocer a sus hijos después de acordada la adopción ni los adoptados entablar acción de filiación respecto de sus progenitores con excepción de las que tuviesen por objeto probar impedimentos matrimoniales. Estos efectos son han sido mantenidos por la ley 24779, aunque en esta última establece expresamente el derecho del hijo a conocer “su realidad biológica”.

Una consecuencia de la instalación de la adopción plena en nuestra legislación ha sido el debilitamiento de la adopción simple hasta casi desaparecer durante la vigencia de la ley 19134, a pesar que esta modalidad preserva mejor el pasado del adoptado y el vínculo de sangre. Los adoptantes siempre desean que el vínculo sea de tipo pleno y que la nueva vida familiar no sea perturbada por injerencias indebidas de la autoridad pública. Si bien este es un deseo legítimo, ya que el Estado habitualmente no controla el interés superior de los niños que conviven con sus familias de origen y el control sería quizá un mecanismo discriminatorio, lo cierto es que resulta paradójico en un país que ha cerrado sus puertas a la adopción internacional, pero que mantiene puertas adentro un régimen que también borra los antecedentes vinculares de los niños adoptados.

Como ya adelantamos, el artículo 327, CCiv., establece que luego de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial.

Al mismo tiempo, y respecto de la adopción simple, el artículo 336 permite el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de filiación, sin que esas situaciones alteren los efectos de la adopción relativos a la patria potestad, inclusive respecto de ciertas cuestiones patrimoniales.

Para pensar la cuestión planteada en el título, es necesario distinguir si de los que se trata es de privilegiar la cuestión relativa al derecho a la identidad – que atrae casi como una sombra el de la privacidad- o de la posibilidad de esta-

blecer vínculos con la familia de sangre y la extensión de los derechos y deberes que de allí se deriven. –lo que también convoca al tema de la intimidad.

El derecho del niño a conocer sus orígenes ha obtenido reconocimiento en otros instrumentos internacionales. Ejemplo de ello son los arts. 30 párrafos 1° y 2° y 31 de la Convención de La Haya.

Dice el art. 30: “1. Las autoridades competentes de un Estado contratante asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y su familia. 2. Dichas autoridades asegurarán el acceso, con el debido asesoramiento, del niño o de su representante a esta información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado”.

El equilibrio que podría pretenderse establecer entre el derecho fundamental a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o abusivas –que también es norma de jerarquía constitucional en el derecho argentino por encontrarse reconocido en el art. 11.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos- y el derecho a la propia identidad, parece haberse deteriorado en los últimos años inclinándose la balanza a favor de la preeminencia de este último derecho. Incluso estados como Francia, que por razones históricas y sociológicas cuenta con una legislación que permite el parto anónimo en establecimientos públicos, ha instaurado en los últimos años un procedimiento administrativo a fin de posibilitar que una persona nacida en esas condiciones, pueda acceder a sus orígenes personales, sin que este conocimiento modifique el estado civil y el vínculo de filiación (Ley 2002-93). Este procedimiento no garantiza que la persona llegue efectivamente a conocer sus lazos biológicos en el supuesto ya que el progenitor puede oponerse expresamente –en ocasión de una demanda de acceso al conocimiento de los orígenes- al levantamiento del secreto de su identidad. Tampoco podrá el adoptado tener conocimiento de quién ha sido su progenitor si ha fallecido habiendo expresando su voluntad contraria a la revelación del secreto después de su muerte. Sin embargo, algunos tribunales franceses han comenzado un tímido avance hacia el reconocimiento de algunos efectos sobre los vínculos de origen a pesar de que las personas hubiesen sido adoptadas en forma plena, como veremos en el próximo párrafo.

También en nuestro país, el tema ha dejado de ser objeto de la reflexión teórica, para traducirse en reclamos que exigen respuestas jurisdiccionales y legislativas. Así ha resuelto nuestra jurisprudencia que la denegatoria a una persona de la solicitud de conocer el paradero de sus hermanos constituye una restricción al derecho a la identidad, cuyo contenido es más amplio que el derecho a un nombre y/o un emplazamiento filiatorio cierto, incluyendo el derecho a reconstruir la propia historia. En el mismo pronunciamiento y en refuerzo de los argumentos expuestos se citan resoluciones de tribunales extranjeros que avanzan decididamente sobre el tema y más allá de lo establecido por el fallo local. Se citan los argumentos esbozados por la sala 1ª de la Corte de Casación de aquel país, en donde se consideró que: “ ... la orfandad o el abandono por los padres, que justifican la adopción plena, no puede afectar un derecho elemental

de los abuelos como es el de tener contacto con sus nietos, cuando la situación que dio lugar a la adopción no les es imputable”.²⁹

Una propuesta posible es modificar la norma del art. 327, autorizándose el ejercicio de acciones de filiación, sin modificarse los efectos de la adopción plena, es decir, manteniéndose la ruptura de vínculos con la familia de sangre. De esta forma se habrá preservado más ampliamente el derecho a la identidad.³⁰ Otra posibilidad más acorde con las normas constitucionales que privilegian la permanencia del niño con su familia de origen y también dan garantía al derecho a la identidad –y que no se reiteran por haber sido comentadas previamente- será reservar la adopción plena para aquellos casos en que los niños carezcan absolutamente de filiación y no sea posible determinarla –una minoría-, ya que ni siquiera el supuesto de privación de la patria potestad habilitaría a otorgar la adopción plena, si existen miembros de la familia biológica. De tal forma, la adopción simple pasaría a constituirse en la regla general, tomando el ejemplo de la adopción del hijo o hija del cónyuge, en consideración a la importancia de la preservación de los vínculos originales del niño y el derecho a la identidad.

Por último, la alternativa más extrema sería derogar la adopción plena, para todos los supuestos.

Otras alternativas podrían incluir la transformación de la adopción simple en plena en el futuro, de acuerdo con la evolución de los vínculos de origen del adoptado, tomando en consideración la expresión de su voluntad al respecto. También podrían revisarse la norma del artículo 329, CCiv., que obsta a la creación de vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia biológica del adoptante.

6. Interés superior del niño y derecho a la identidad. Accesibilidad del adoptado a su origen biológico.

La ley 24779 ha tratado de contemplar en algún sentido el derecho del niño a conocer su identidad, por lo que obliga a que en la sentencia que otorgue la adopción, sea plena o simple, conste que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptivo su realidad biológica aunque no se regulan los mecanismos para asegurar que tal compromiso se cumpla. También establece que el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al conocimiento del contenido del expediente de su adopción a partir de los dieciocho años.

Es posible que la inclusión de estas normas en la ley de adopción haya tenido como objetivo estar a tono con la evolución de la producción social operada en los últimos veinticinco años y adecuarse a las regulaciones de la Convención de los Derechos del Niño, que registra jerarquía constitucional desde la reforma del año 1994. Precisamente, las tres incorporaciones legislativas que enumera-

²⁹ Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 30/11/2004. L., A.K. Revista de Derecho de Familia 2005-II, p. 113 y ss.

³⁰ Al respecto ver Mizrahi, Mauricio L. El derecho del niño a un desarrollo autónomo y la nueva exégesis del Código Civil. Derecho de Familia. Lexis-Nexis 26, p. 113.

mos más arriba intentan corresponder con los principios de la Convención en la cuestión relativa al derecho a la identidad.

Estos principios son indicadores cruciales de la situación de un niño en la sociedad ya que refuerzan su derecho a ser reconocido como individuo único con identidad separada de la de sus padres y su familia.

Según la Convención, los niños tienen derecho, en la medida de lo posible, a conocer la identidad de ambos progenitores, y a preservar su identidad:

“1.Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.” (artículo 8)

“1.El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (artículo 7)

Para mejor garantizar esos derechos, se complementan las normas con el artículo 9:

“1.Los Estados Partes velarán porque 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...”.

La segunda parte del artículo 8 determina que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados deberán prestar asistencia y protección apropiadas para su pronto restablecimiento.

El articulado de la Convención genera un entramado, en el que el niño tiene garantizado su derecho a una nacionalidad, a un nombre y a relaciones familiares y a ese entramado, el instrumento internacional lo considera identidad. En este sentido, nos está señalando una red de vínculos en los que se encuentra inserto el niño y básicamente que esos vínculos no son sólo vínculos biológicos; no es sólo el vínculo de consanguinidad y filiación, sino también el vínculo de alianza: la filiación surge además de las alianzas que se constituyen entre distintas familias, entre distintos linajes y la trama de linajes genera la identidad cultural nacional. Esta identidad cultural nacional, a su vez, está profundamente enraizada en la realidad biológica de la reproducción y en la identidad social de las alianzas. Garantizar el derecho a la identidad significa preservar tanto la realidad biológica -la filiación consanguínea- como la identidad cultural -el sistema de las alianzas.

Este entramado tendiente a preservar la identidad de las niñas y niños se ve severamente afectado cuando en la legislación nacional se regula la adopción tal como lo hace la ley 24779 cuyo articulado incorporado al Código Civil, ha sido proyectado y ha entrado en vigencia luego de la reforma constitucional de 1994. Es menester señalar, además de las cuestiones atinentes a la adopción plena, ya expuestas en el apartado anterior, otras que también que afectan el derecho del niño a conocer a sus padres, a ser cuidado por ellos y a la preservación de sus relaciones familiares y por consiguiente atentan contra su derecho a la identidad:

en el juicio de guarda previo al juicio de adopción el juez podrá tomar conocimiento de la familia biológica del niño, pero si omite hacerlo, la omisión no acarrea la nulidad, cosa que sí ocurre cuando no toma conocimiento del adoptado y adoptantes. Además, el juez evaluará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o los adoptantes pero nada dice sobre la consideración de los elementos que hacen al respeto de la identidad del menor, incluida su pertenencia a determinada comunidad étnica o religiosa, por ejemplo. Nada dice la ley, y podría hacerlo, sobre cómo preservar todas aquellas informaciones que le permitan al adoptado en el futuro, reconstruir su historia anterior a la adopción. En los expedientes de guarda, pero aún más en los de adopción, se omite la mayor parte de los elementos significativos para inscribir a una persona en un linaje del cual ha sido parte y continúa siéndolo genéticamente a pesar, de la ficción legal de la extinción vincular.

Además esta ley, escinde poniendo a la biología por un lado y la cultura por otro: la biología en los reproductores y la cultura en los adoptantes y dice que los adoptados tendrán derecho a conocer su realidad biológica. Pero lo van a hacer mediatizados por la cultura volcada en un expediente judicial.

Ya en 1997, un comentario periodístico redactado por una prestigiosa especialista en el complejo tema de la adopción señalaba: “Las relaciones de parentesco se establecerán entre el chico y los adoptantes; será un parentesco no consanguíneo, legal e institucionalizado que adultos y niños procesarán según la dialéctica de lo consciente y lo inconsciente: el Derecho no es la única disciplina que define o categoriza las relaciones entre las personas... El niño ingresa en su familia adoptante portando una historia, aunque lo adopten de recién nacido...” Y refiriéndose a la frase acuñada en la ley agregaba: “...Y si se quiere decir que el chico es parte de esa realidad biológica que lleva inscrita en sus genes, tendremos que explicarles a los adoptivos, que el señor y la señora que lo hicieron persisten dentro de sus cromosomas; y que cuando crezca se va a parecer físicamente a ellos. Lo cual es verdad. Pero al mismo tiempo embreta a la ley que afirma “el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica”, porque este lazo biológico no logra talarlo... Entonces o bien realidad biológica se refiere a la mujer útero-usina, lo cual además es éticamente inadmisible; o se refiere a la concepción y embarazo: en este último el bebé es socio; y además, la concepción torna ineludible la apelación a los cromosomas, lo cual produce un interrogante acerca de cuáles son los lazos que la ley puede interrumpir, porque los genéticos, no. Y si se habla de realidad biológica se desemboca en ellos”. Señalando otras incongruencias agrega: “Si los padres biológicos deberán ser citados como requisito para otorgar la guarda del niño, ello se debe a que se les reconoce la patria potestad, concepto que no deriva de la biología, sino de la cultura”.³¹

En el terreno jurídico se ha sostenido a nuestro juicio acertadamente: “...no hace falta una inteligencia muy elaborada para constatar que tal derecho no se limita a , ni se confunde con, ¿tener un nombre y un emplazamiento filiatorio cierto... El ‘saber quién soy’, que expresa el contenido esencial ... del derecho a la identidad tiene alcances mucho más amplios que se derivan de la propia iden-

³¹ Giberti, Eva. Realidad biológica y realidad social. Página 12, 22 de febrero de 1997, pág.12/13.

tividad de la persona humana, abarcando –entre otros- el derecho a ‘reconstruir la propia historia familiar’...”.³²

Entonces, en primer lugar, el interés superior del niño entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por los instrumentos legales pertinentes (conf. arg. artículo 3 ley 26061) consistirá para el caso en desterrar de la terminología jurídica la infortunada frase “realidad biológica” y sólo a partir de allí podremos abocarnos a discutir la cuestión relativa a la accesibilidad del adoptado a su identidad.

Luego, habrá que garantizar que en cada una de las instituciones intermedias en el camino de un niño o una niña desde su familia de origen hacia la familia adoptante, se guarden registros lo más completos posibles relativos a la composición de la primera, nombres, edades, parentescos, habilidades laborales, enfermedades y otros datos relevantes relativos a la salud familiar, migraciones, fotos –en caso de ser posible- y hasta algún breve mensaje del pariente más cercano al niño para ser conocido por él en el futuro. Estas experiencias, que seguramente podrán parecer inapropiadas a muchos, son práctica habitual y sostenida en países donde se acepta la adopción abierta, por ejemplo y se guardan fotos, cartas, grabaciones que quedan reservadas a disposición de los adoptados para cuando éstos se hallen en condiciones legales o anímicas de reunirse con esos materiales.³³ Aún sin previsiones legales al respecto, no es imposible llevar a cabo esta tarea: los antecedentes familiares del niño pueden registrados en el juzgado que decide la guarda en sobre cerrado, para que tenga acceso al relato de su historia por su familia de origen. Basta con que un funcionario bien entrenado y con interés genuino se encargue de tomar contacto con aquél miembro de la familia biológica que haya sido convocado al juzgado y recabe toda la información que el entrevistado pueda proporcionar, informándole los objetivos y la importancia que ello puede tener para el adoptado.

También habrá que formular una interpretación integral de la flamante ley 26061:

“Derecho a la identidad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quienes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, **salvo la excepción prevista en los arts. 327 y 328 del C. Civil.**

Los organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de los niños, niñas y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aún cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho

³² Ver “Urteaga”, Fallos 321:2767, voto del juez Petracchi, JA, 1999-I-22 citado en CSJ Santa Fe, 30/11/2004. L.,A.K.

³³ Para una información pionera sobre el tema en el país ver Giberti, Chavanneau Adopción y Silencios. Sudamericana. 1991. pág. 225 y sig..

vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños o adolescentes que consagra la ley”.

El texto resaltado que parece, en principio, un avance fundamental respecto a las previsiones de la ley 24779 al garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la identidad de una manera amplia, enumerando elementos de la identidad que no aparecen enunciados ni siquiera en la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, excluye de esa posibilidad a los adoptados, generando –así lo opinamos- discriminación violatoria entre otras, de la norma del artículo 2 de la misma Convención.

Deberá entonces garantizarse el acceso del adoptado a todos aquellos registros y documentos que le permitan reconstruir su historia previa a la adopción, entendiendo por su historia la de la familia de la cual proviene y esto incluirá la eventual posibilidad de tomar contacto personal con miembros de aquélla. No desarrollaré aquí la tradicional tensión entre derecho a la identidad y derecho a la privacidad de los progenitores, porque la posibilidad de tener contacto con familiares biológicos no se limita a aquéllos. El planteo en esos términos muchas veces opaca las múltiples situaciones reales en las que las personas adoptadas buscan reconstruir vínculos, por ejemplo con hermanos, de los que fueron separados en su temprana infancia. Sobre el tema ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe que la denegatoria a una persona de la solicitud de conocer el paradero de sus hermanos constituye una restricción al derecho de identidad, cuyo contenido es más amplio que el derecho a un nombre y/o un emplazamiento filiatorio cierto, incluyendo el derecho a reconstruir su propia historia.

Para el ejercicio efectivo del derecho a conocer los orígenes, si bien toda persona tiene derecho a ello sin que en principio, ninguna restricción se lo impida, la excepción, sin embargo se configuraría en razón de cuestiones relativas a la edad, a la evolución de las facultades, al estado emocional y cuando la información a obtener pueda ser tan cruel e innecesaria que sea aconsejable no develarla o por lo menos, postergarla en el tiempo. Esta posibilidad no fue tomada en cuenta cuando se estableció en la ley 24779 el derecho al acceso al expediente a partir de los dieciocho años, sin introducir ninguna mediación de carácter preventivo o de acompañamiento, para aquellos casos en que la información a obtener pueda causar un grave daño a la integridad psíquica de la persona interesada. Cualquier medida asegurativa del derecho de los adoptados a acceder al conocimiento de sus orígenes deberá prever el dispositivo de acompañamiento necesario para garantizar el interés superior, en el caso de personas menores de edad.

También, respetando las disposiciones del artículo 12 de la Convención y lo dispuesto por el artículo 27 inc. c) de la ley 26061, el niño podrá contar con representación legal autónoma, no escapándose a la observación los múltiples problemas prácticos y teóricos que supone la implementación de esa representación.

Por último, es interesante referir algún ejemplo legislativo extranjero reciente, donde se plantean cuestiones relativas no sólo a la accesibilidad por los adoptados al conocimiento de su historia sino también temas vinculados a la

protección de esa información respecto de terceros que puedan tener interés en acceder a ellos. La ley croata de adopción en su artículo 123 estatuye: “El niño tiene el derecho de obtener de sus padres adoptivos la información de que es adoptado, a más tardar a la edad de siete años, o si ha sido adoptado siendo mayor de esa edad, inmediatamente luego de la adopción”. El derecho del niño a tener acceso a sus registros de adopción está garantizado por el artículo 141 que establece que al alcanzar la mayoría de edad, el adoptado tiene derecho a acceder a los registros oficiales relativos a su adopción, pero también aunque el adoptado sea menor tiene ese derecho si la agencia o institución correspondiente considera que ello redundaría en su interés superior. Dado que es necesario separar dos conceptos diferentes –la privacidad y el secreto de la adopción de la realidad sobre la adopción– la ley contiene previsiones especiales respecto de los deberes y derechos de terceros en el proceso de adopción. Toda la información relativa a la adopción es secreta. La privacidad y el secreto del proceso de adopción están protegidas de la posibilidad de que parientes del adoptado accedan a los expedientes de adopción, ya que ello sólo será posible si se obtiene el consentimiento del adoptado adulto. En el concepto de interés de terceros se incluyen cuestiones sucesorias o relativas a la salud. En cuanto a los datos de inscripción, la inscripción de cambios en ellos es regida por dos principios. Primero, el derecho de un niño a conocer sus orígenes será preservada a través de un registro en una columna especial llamada *subsecuentes inscripciones y notas*. Ningún dato puede ser eliminado y todos los cambios se realizarán en esa columna, por lo que un adoptado al acceder al registro de su inscripción de nacimiento podrá reconstruir información sobre sus progenitores, tal como sus nombres, edad al entregarlo en adopción, fecha de la misma, etc. Como se expedirá un nuevo certificado luego de la adopción, donde los adoptantes figuran como progenitores la privacidad queda garantizada.³⁴

7. Adopción e interés superior del niño. Centralidad de las políticas públicas.

Ya hemos dicho líneas más arriba que la mayoría de los casos de entrega en adopción se dan en familias o personas carentes de recursos, tanto económicos como laborales y sin posibilidad cierta de tener acceso a la educación, con todas las consecuencias que ésta conlleva. Debemos aclarar además que también en casi la totalidad de los casos, son mujeres quienes se desprenden de sus hijos, mujeres que han sido desamparadas por el progenitor de la criatura y muy frecuentemente también descuidadas por su grupo familiar primario. En nuestra experiencia personal, la decisión de entrega no es libre ni reúne los requisitos para un consentimiento válido en el sentido en que lo prevé la ley, ya que son las circunstancias las que en determinados momentos les imponen esa solución. Frente a la disyuntiva de quedarse con el niño o la niña y proteger su interés superior –por supuesto que no expresado en estos términos– optan por ésta última alternativa, desprendiéndose de sus hijos en la convicción que otra

³⁴ Hrabar, Dubravka, op.cit.,p. 113.

persona u otra familia podrá darle al hijo o hija, las oportunidades de una vida mejor.

Contemplando problemas como el que nos convoca, los diversos instrumentos internacionales incorporados a nuestro derecho interno expresan previsiones generales pero orientadoras, lo que sumado a la jerarquía constitucional que se ha dado a tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los que se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño, sus contenidos merecen especial atención. A través de ellos se impone la responsabilidad del Estado y de la sociedad civil en asegurar la vigencia de los derechos consagrados, y dicha tarea debe encaminarse a través de medidas de acción positiva, necesarias para hacer efectivas los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, ya que su decaimiento deviene en la pérdida de los mismos. "...el niño cuyos padres no pueden alimentarlo, corre el riesgo de ser abandonado o entregado en adopción, con lo cual se lesiona su derecho a vivir con su familia, a ser criado por sus padres y preservar su identidad...la efectividad de los derechos del niño resulta de la formación económico social que hoy, como se reconoce desde distintos ámbitos sociales, deja a grandes sectores de la población fuera del sistema".³⁵

Esos instrumentos de derechos humanos, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño, promueven un replanteo profundo en las relaciones entre el Estado a través de tres Poderes y los niños, que debe reflejarse en el establecimiento de instituciones que corporicen las nuevas funciones que le competen a aquél. Parte de ese replanteo consiste en desarrollar las acciones necesarias para cambiar las prácticas sociales de las personas, las familias y las organizaciones sociales para que se ajusten a la nueva visión de los derechos.

Esas acciones se inscriben en el marco de las llamadas políticas públicas: políticas de carácter general que buscan lograr determinado tipo de resultados no abocándose al desarrollo de una acción puntual sobre un problema, sino desarrollando un conjunto de acciones de carácter general que enfoca el tratamiento de la cuestión desde distintos ángulos y de manera global.

Desde esta perspectiva, podríamos afirmar que delegar en el Poder Judicial la definición de situaciones de riesgo de niñas, niños y adolescentes forzándolo a adoptar decisiones cautelares, encarrilar situaciones de desamparo social de las personas menores conduciéndolas hacia la adopción, entre tantos otros ejemplos, tal como ha venido sucediendo en el modelo de la llamada "situación irregular", devela la inexistencia de políticas públicas para atender los problemas de la infancia y resulta incompatible con el modelo de promoción de derechos de la Convención de los Derechos del Niño y contrario al principio rector del interés superior.

En tal modelo, el Estado interviene como un personaje omnipresente en la generalidad de las familias. Pero algunas están expuestas a un tipo totalmente distinto de amenazas. Son aquellas que por su debilidad social y su precariedad económica, deben recurrir a las prestaciones sociales condicionadas por la falta de recursos y la intervención del Estado toma también forma muy diferente. Tal

³⁵ Grosman, Cecilia, "Los derechos de los niños en las relaciones familiares en el final del siglo XX" LL 1999-F-1052

el caso de las familias que entregan hijos en adopción y que sufren las intervenciones del estado hasta cercenárseles derechos –como hemos visto- de tal manera que sería imposible denegar a otros miembros de la sociedad.

Ya se hemos señalado en el apartado segundo, las responsabilidades que distintos instrumentos de derechos humanos atribuyen tanto a la familia como al Estado para dar efectividad al derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En la misma Opinión Consultiva 17, ya citada, la Corte Interamericana afirmó que el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4, Convención Americana de Derechos Humanos ... comporta... la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas. (párrafo 80). La misma Corte se expidió expresando que desarrollar el derecho a la vida en un sentido integral incluye tanto su no privación cuanto las obligaciones positivas del Estado para garantizar a los niños una vida digna. Así lo hizo en el fallo “Villagrán Morales y otros” del año 1999. En el voto de los jueces Cancado Trindade y Abreu Burelli, se afirma: “El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como lo son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito de homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”.

La entrada en vigencia de una ley de protección integral como lo es la ley nacional 26061 constituye un hito en el camino de organizar un sistema de políticas públicas para la infancia, en tanto desarrolla los lineamientos generales a los que habrán de ajustarse las demás acciones del Estado. El artículo 4 inciso a) fija la pauta –fundamental en opinión de quien esto escribe- al expresar que las políticas públicas se elaborarán para el fortalecimiento del rol de la familia en la tarea de hacer efectivos los derechos de las niñas, niños y adolescentes, agregando en el artículo 5 que en la formulación, ejecución y prestación de esas políticas es prioritario mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Por supuesto que un marco legislativo por sí mismo no genera cambios en forma automática, por lo que será necesario diseñar acciones para provocar procesos de cambio culturales como organizacionales que permitan entender a las familias no sólo como portadoras de problemas, sino como recursos en sí mismas y por tanto merecedoras de apoyo para cumplir sus funciones de crianza y protección, trabajando desde sus propias potencialidades, para asumir sus responsabilidades y adoptar sus propias decisiones. Esto es claramente un cambio de paradigma, frente a un modelo intervencionista ejecutado desde los organismos administrativos y judiciales del aparato estatal.

Este nuevo modelo tenderá a abandonar las prácticas de exclusión tradicionales, con las correlativas separaciones e institucionalizaciones, para dar lu-

gar a acciones sociales que permitan la inclusión de los niños y niñas en su grupo familiar, en la comunidad, en la escuela.

“En este sentido, la inclusión social de los niños, niñas y adolescentes y familias más pobres debe implicar un esfuerzo mayor de articulación de políticas y programas sociales entre áreas y niveles de gobierno, permitiendo la movilización de todos los recursos disponibles en el Estado y también en la sociedad (art. 4 CIDN). La escala territorial representa, sin lugar a dudas, un espacio propicio para articular intervenciones de distintos actores institucionales...”³⁶ De tal manera, si bien las políticas públicas son centrales para resguardar el interés superior del niño, muchas de ellas deberán ser, paradójicamente, descentralizadas, teniendo en cuenta la distinción entre políticas territoriales y políticas territorializadas³⁷; toda política, sobre todo desde la descentralización está territorializada, pues debe aplicarse localmente a un territorio. En cambio, una política territorial moviliza esencialmente los recursos locales para tratar un problema in situ.

Por último, utilizaremos la distinción que formula Robert Castel entre políticas de integración y políticas de inserción para señalar las diferencias entre acciones focalizadas para resolver situaciones puntuales -que según el autor provocan una realimentación de la situación de inserción, sin promover la integración social- de los cursos de acción que pueden ayudar a modificar situaciones de exclusión: “el cambio signa el pasaje desde políticas llevadas a cabo en nombre de la integración, hasta políticas conducidas en nombre de la inserción. Llamo ‘políticas de integración’ a las animadas por la búsqueda de grandes equilibrios, de la homogeneización de la sociedad a partir del centro. Ellas proceden mediante orientaciones e instrucciones generales en un marco nacional. Son ejemplos el intento de promover el acceso de todos a los servicios sociales y la educación, la reducción de las desigualdades sociales y un mejor reparto de las oportunidades, el desarrollo de las protecciones y la consolidación de la condición salarial...Las políticas de inserción obedecen a una lógica de discriminación positiva se focalizan en poblaciones particulares y zonas singulares del espacio social, y despliegan estrategias específicas. Pero si ciertos grupos o ciertos lugares, son entonces objeto de atención y cuidados adicionales, ello ocurre a partir de la constatación de que tienen menos y son menos, de que están en una situación deficitaria. En realidad padecen un déficit de integración....como los habitantes de los barrios desheredados...las familias mal socializadas...Las políticas de inserción pueden entenderse como un conjunto de empresas de elevación del nivel para cerrar la distancia con una integración lograda...En otras palabras ¿qué puede ser una inserción social que no desemboque...en la integración? Una condena a... [ser] un insertado permanente. Alguien a quien no se abandona por completo, a quien “se acompaña” en su situación presente, tejiendo en torno de él una red de actividades. Iniciativas, proyectos...Estos esfuerzos de ningún modo deben subestimarse...Pero estas tentativas tienen algo de patéticas. Recuerdan el trabajo de Sísifo empujando su roca...”³⁸

³⁶ Nueva ley del niño de la provincia de Buenos Aires. UNICEF. 2005.pág. 21.

³⁷ Distinción realizada por Michel Autes en *Travail social et pauvreté*, citado por Castel, R. *La metamorfosis de la cuestión social*. Paidós. Buenos Aires. 1997pág. 432

³⁸ Robert Castel. *Op.cit.*, pág. 422.

8. Propuestas legislativas para dar mayor efectividad al derecho del niño a permanecer junto a su familia de origen

El artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño exige a los gobiernos que hagan efectivos los derechos económicos, sociales y culturales “hasta el máximo de sus recursos disponibles”. Asimismo, afirma con claridad, que si bien la responsabilidad de aplicar la Convención corresponde a los gobiernos de cada país, también existe el deber internacional de colaborar, declarando que la aplicación debe llevarse a cabo “donde sea necesario, en el marco de la cooperación internacional”. Si bien algunos derechos suponen una cierta progresividad para su implementación, los Estados tienen obligaciones inmediatas que atender, asignando el máximo de los recursos disponibles a dar prioridad a los niños. La elaboración de programas y estrategias, así como la vigilancia de su cumplimiento son su obligación. La Convención otorga un lugar prominente a la familia de los niños en el proceso de crianza, por lo que la asistencia a ella, es imprescindible para cumplir con la imposición del artículo 4.

Los recursos sociales que debe movilizar el Estado al efecto, deben interpretarse incluyendo tanto a los gubernamentales como a los no oficiales y a la sociedad civil, definiéndose dichos recursos de manera tal que incluyan las capacidades humanas, tecnológicas, culturales y organizativas, además de los recursos financieros convencionales. Quizá se trate de incluir la participación activa de agentes que se definen convencionalmente como “no tradicionales”, entre los que se encuentran las personas que actúan a través de asociaciones comunitarias, de mujeres, cooperativas, grupos juveniles, organizaciones religiosas, colegios profesionales, por mencionar sólo algunas.

La familia, como estructura básica social donde se generan vínculos afectivos vitales y de solidaridad intergeneracional, continúa siendo en nuestra sociedad uno de los núcleos principales a cuyo alrededor se desarrollan las relaciones entre las personas. Es por eso que, si bien hay acuerdo en que no es en sí misma un sujeto de derecho, merece una tutela especial por parte del los organismos del estado, tanto legislativos como administrativos. Como haz organizador de las diversas y multifacéticos necesidades y aspiraciones de sus integrantes y campo propicio para el desarrollo de las potencialidades humanas de aquéllos, requiere de una protección jurídica sistemática que contemple no solamente las cuestiones legales, sino que asegure el goce y ejercicio de los derechos de las personas en todas las áreas de la actividad humana.

Cuando, como en el caso de las familias cuyos niños integran las filas del fenómeno adoptivo, sufren situaciones que las colocan en riesgo de exclusión social, la necesidad de diversificar las acciones de promoción hacia ellas, exige un gran abanico de acciones que es conveniente asignar a distintos efectores del estado, con una precisa delimitación de competencias. Ejemplo de este modelo de leyes son los diversos códigos y legislaciones, la más reciente de ellas, la ley 26061, propone los lineamientos generales, que deberán ser completados por programas específicos.

Precisamente la ley 26061 establece en el párrafo 2 de su artículo 1 que, los derechos reconocidos en ella están asegurados por su máxima exigibilidad, distanciándose de la relatividad que desliza el artículo 4 de la Convención. Y en los artículos 5 y 6, el estado asume la responsabilidad de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas federales, reconociendo que la comunidad debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Considerando que hay muchos más recursos disponibles que los tradicionalmente reconocidos, utilizables para realizar los derechos de los niños en sus familias de origen, deben considerarse como tales, el tiempo y espacios ociosos, los conocimientos, la capacidad de organización y otras habilidades de las familias y de las comunidades. Los programas gubernamentales y no gubernamentales de asistencia a la familia pueden ser mucho menos costosos, en términos de recursos dinerarios, si se da un mayor reconocimiento a la obligación del Estado y de la sociedad civil de respetar y promover los derechos colectivos e individuales. En todos los ámbitos de la sociedad, la movilización de recursos humanos y organizativos, puede resultar una estrategia particularmente eficaz para dar efectividad a los derechos de los niños, a menudo invirtiendo mucho más modestamente recursos económicos de la que suele ir asociada a la prestación directa de servicios a la infancia, pero fuera del marco de la vida familiar.

También, cualquier propuesta legislativa, deberá estar orientada por el principio rector de respetar el derecho de los niños, niñas y sus familias, de mantenerse libres de la interferencia de los organismos del estado, en tanto y en cuanto aquéllos no se encuentren comprendidos en la situación de excepción que plantea el artículo 9 párrafo 2 de la Convención, por lo que las medidas previstas estarán orientadas al acompañamiento y no a la intervención en las familias.

Por ello entiendo que en el ámbito legislativo se trata de la formulación de una ley o conjunta de leyes que contengan lineamientos destinados a distintas áreas del aparato administrativo del Estado, tendientes a generar una multiplicidad de servicios de acompañamiento familiar, para que las personas en situación de vulnerabilidad social o en riesgo de sufrirla, reciban por parte del Estado y de las organizaciones no gubernamentales con las que éste celebre convenios, la asistencia para prevenir desmembramientos familiares. Sin embargo, las propuestas que se formulan y que pueden incluirse en la categorización de políticas de inserción social, en los términos que las describe Castel y que hemos transcrito en el apartado anterior, son sólo un aspecto de la manda constitucional del artículo 4, CIDN, que obliga a los Estados parte a desarrollar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles con miras a garantizar derechos económicos, sociales y culturales, lo que constituye la obligación de lograr la integración de las personas en el tejido social.

Los contenidos de esta legislación podrían incluir:

-Leyes sobre salud sexual y reproductiva y educación sexual en todas las jurisdicciones nacionales que aseguren el acceso a recibir información y asistencia necesarias para prevenir enfermedades de transmisión sexual y embarazos no deseados, especialmente dirigidos a mujeres y varones adolescentes, y

sin restricciones basadas en la edad de los destinatarios o en la necesidad de contar con consentimiento de sus representantes legales, en consonancia con la evolución de sus facultades.

- Establecimiento de servicios, dentro del marco de la sanidad pública, destinados a ofrecer gratuitamente orientación y asistencia en materia de planificación familiar.

- Servicios de asesoramiento jurídico gratuito

- Prestaciones económicas, independientes de la situación laboral de los encargados del niño, y que consistan en ayuda económica por niño a cargo hasta determinada edad del mismo.

- Ídem por familia numerosa para permitir el cuidado de la prole por miembro responsable del grupo familiar, evitando su salida al mundo del trabajo.

- Ídem una prestación económica especial por parto múltiple

- Ídem por niños nacidos con daños que requieran atención especial.

- Creación de servicios de atención a infantes y niños –guarderías, jardines de infantes, centros recreativos- dentro del marco del área de servicios sociales públicos o de la sociedad civil, abiertos a la población en número suficiente para responder a las ubicaciones laborales de los progenitores.

- Creación de servicios en el área de la sanidad pública o de la sociedad civil, con orientación hacia la salud mental, para el acompañamiento de los padres en el proceso de crianza, enterándolos sobre las etapas evolutivas de sus hijos y sus necesidades específicas en cada una de ellas.

- Creación de servicios en el área de los servicios sociales públicos o de las instituciones de la sociedad civil, para brindar asesoramiento directo en los hogares a

- las personas responsables de los niños, sobre modos de crianza, alimentación, aseo, educación, entre otros aspectos, llevados a cabo por operadores comunitarios.

- Ídem en el área de la salud pública o de las organizaciones de la sociedad civil, para asesorar a los responsables de los niños sobre aspectos relativos a las enfermedades infantiles, vacunación, estimulación temprana y sobre cualquier cuestión relativa a la atención precoz de niños con trastornos en su desarrollo o riesgo de padecerlos.

- Creación de ayudas en concepto de comedor y transporte escolares en función de los ingresos y el número de miembros jóvenes de la familia.

- Creación de espacios en el ámbito de la educación pública o de las instituciones de la sociedad civil, para que se constituyan en puntos de encuentro de responsables de niños de hasta seis años de edad con el fin de favorecer el intercambio entre familias y el asesoramiento profesional y ofrecer formación maternal en los primeros años de vida de los niños.

- Creación, en el ámbito de los servicios sociales públicos, de servicios de niñeras para asistir a familias que se encuentren atravesando situaciones excepcionales y temporarias.

- Creación o utilización productiva de espacios ociosos ya existentes, destinados a fomentar el juego infantil con equipamiento adecuado y supervisión de operadores comunitarios o voluntarios.

-Creación de servicios públicos o acreditación de los que ofrezca la sociedad civil, para impedir y prevenir toda forma de maltrato y violencia que cualquiera de los miembros del grupo familiar pueda sufrir o infligir a los demás

-Creación de servicios de residencia temporal fuera de su domicilio habitual para las víctimas de violencia familiar cuando se trate de adultos a cargo de niños o cuando las víctimas sean los niños

-Creación de un fondo de asistencia para suplir el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por alguno de los obligados legales.

-Creación de sistemas de asistentes maternas que reciban aun grupo reducido de niños durante el día para su atención mientras dura el trabajo de su madre o sus padres.

En muchas de las propuestas anteriores, podrían emplearse personas de la tercera edad que se encuentren o no en riesgo de exclusión social, con lo que se estarían privilegiando los intereses y necesidades de los extremos del arco erario de la sociedad.

La enumeración precedente es meramente ejemplificativa y ha sido formulada teniendo en cuenta los parámetros que fija el artículo 37 de la ley 26061 al establecer como medidas de protección, con la especificidad que hace al tema en análisis :

a) las tendientes a que niñas y niños continúen viviendo con su grupo familiar,

b) la existencia de becas para jardines maternas o de infantes;

c) asistencia integral a la embarazada;

d) la inclusión de los niños y niñas y sus familias en programas de fortalecimiento familiar;

e) el cuidado de los niños y niñas en sus propios hogares con apoyo a sus padres para el buen desempeño de sus tareas y responsabilidades;

f) la asistencia para el cuidado de la salud física y psíquica de niñas y niños y sus padres o responsables y

g) el otorgamiento de asistencia económica directa a los grupos familiares, en lugar de destinar recursos económicos a mecanismos de acción burocrática.

La propuesta requiere una intensiva evaluación de cada uno de los puntos propuestos, que constituyen tan sólo ideas para iniciar un debate.

Buenos Aires, 12 de agosto de 2006.