

LA ADOPCIÓN EN EL SIGLO XXI: ANÁLISIS A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

CLAUDIA KARINA FELDMANN¹

*“El amor es principalmente dar,
no recibir”. Erich Fromm*

1. Introducción

La Adopción de niños, niñas y adolescentes, bajo el paradigma de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), que forma parte de nuestra Carta Magna desde 1994, implica recordar que el proceso de adopción es un sistema de protección integral, de carácter subsidiario. Es decir que define el proceso adoptivo desde la perspectiva e interés superior del niño.²

Por su parte, y desde la perspectiva de los aspirantes a adoptar niños, la Ley Nacional N° 25854 y sus decretos reglamentarios, regulan una herramienta fundamental del sistema de adopción en el marco de la doctrina de la CIDN, pues determina las condiciones para integrar la lista de espera y asimismo directivas al juez competente para la selección del postulante.

Este marco jurídico deja claro que en el siglo XXI la adopción no responde a un sistema de adopción contractual o convencional³, aunque esta modalidad se sigue dando especialmente en provincias pobres de nuestro país. El tema es de permanente actualidad ya que como lo señala UNICEF en su portal de Internet “...*En los últimos 30 años se ha*

¹ Abogada, Juez N° 1 del Juzgado del Menor de Edad y Familia, Resistencia (Chaco), Profesora Adjunta por concurso de Derecho Civil I y Derecho Civil V, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas, UNNE.

² Entendemos que al decir niño nos referimos también a las niñas, pero hoy lo políticamente correcto es explicitarlo.

³ Así lo señala Fanzolatto en su obra *la Filiación Adoptiva*, Advocatus, Córdoba 1998.

producido un aumento considerable del número de familias de países ricos interesados en adoptar niños y niñas de otros países”⁴, esto es en el plano internacional, pero en el plano nacional la cuestión no es diferente. Seguramente es lo que ha prevalecido para que la Argentina mantenga la reserva que efectuó al ratificar la CIDN, no aceptando la adopción internacional, basada en ausencia de normas reguladoras y mecanismos de supervisión adecuados que eviten el tráfico de niños. Es decir zonas pobres proveedoras de niños y zonas ricas hacia las cuales son llevados.⁵

El objetivo impuesto en la ley 25854 –que ha creado el Registro Único de Aspirantes a Guardas con fines Adoptivos⁶ (RUAGA)– todavía no funciona como única base de datos de alcance nacional, sin embargo muchas provincias cuentan con registros provinciales. Esta falta de organización registral es quizás lo que permite la convivencia de un “sistema legal” y un “sistema de hecho”, caracterizado éste último por el contractualismo y la intermediación.⁷

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) abordó el tema del registro organizado en el ámbito nacional en algunos casos sobre guarda preadoptiva que resolvió, y la Señora Procuradora de la CSJN tuvo oportunidad de expedirse en relación al registro de adoptantes como una herramienta útil para el juez, expresando que no se discute su constitucionalidad.⁸

El problema de la eficacia del sistema de protección se debe a que tanto la materia procesal como la registral es competencia reservada de las provincias, y éstas deben organizarse y luego insertarse en el ámbito nacional.

⁴ UNICEF Centro de Prensa, http://www.unicef.org/spanish/media/media_41918.html, 26/09/2008.

⁵ Numerosos medios periodísticos, escritos, audiovisuales, provinciales y nacionales periódicamente publican situaciones de tráfico, venta intermediación, especialmente ocurridos en el norte Santiago del Estero, Misiones, Chaco, Formosa, Corrientes.

⁶ En adelante RUAGA, Ley nacional 25654.

⁷ Graciela Medina sostiene que la guarda de hecho con fines adoptivos o la facción de un acta notarial de entrega no es un acto ilícito, dando una interpretación particular del art. 318 del Código Civil, <http://www.gracielamedina.com>, ver nota ¡Error! Marcador no definido.

⁸ G, MG s/Recurso de Hecho CSJN, 16-09-08.

Tenemos conocimiento de las herramientas y del paradigma del sistema de adopción constitucional⁹ y para su diseño proponemos usar clínicamente el conocimiento, ayudando a combatir todo aquello que consideramos incorrecto, dafino o nocivo para nuestro sentido de justicia, sabiendo que el conocimiento no determina el modo en que se lo utiliza, y que la elección de no hacer un uso cínico —en provecho propio sin importar si es justo o injusto—, le corresponde a cada uno.¹⁰ Quede claro que no hay pretensión de expresar una verdad revelada ni única, sino brindar una visión sobre las cuestiones planteadas en el marco de la protección integral de los derechos humanos de los niños.¹¹

2. El marco normativo

La Argentina ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDIN), mediante una ley nacional 23849 (1990), que hace la referida reserva en materia de adopción. Casi una década más tarde el Congreso Nacional sanciona la ley 24779 (1998) que reforma el Código Civil en virtud de alinear el proceso adoptivo bajo el paraguas de la CIDN. Lo sustancial fue que determinó que la autoridad competente en materia de guarda preadoptiva y adopción es el juez¹², y si bien crea el registro de adoptantes no logra nunca reglamentarse. Sin embargo en las provincias ya había comenzado una etapa en la que se debe ajustar el trámite de la adopción a la CIDN.¹³

Son determinantes del nuevo paradigma el derecho a la identidad que define en los artículos 7 y 8 la CIDN. Estos artículos describen los

⁹ Esto debido a que la CIDN está incorporado a través del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución nacional lo que impone adaptar la legislación local a ésta norma superior.

¹⁰ Pierre Bordieu, citado por Zygmunt Bauman, *En busca de la política*, Fondo de Cultura Económica, 1ª edición en español 3ª reimp., Buenos Aires 2001 (1999), p. 10.

¹¹ Entiéndase que no es que haya categorías de derechos humanos según los titulares, simplemente es una redundancia para acotar el marco de análisis a las personas consideradas niños en los términos de la CIDN y la ley 26061.

¹² Del juego armónico de los artículos 316 y 318 del Código Civil en el marco del paradigma de protección integral que impone la CIDN y la ley 26061.

¹³ El Chaco sanciona la ley 4369 en 1997 y crea el Registro Centralizado de Adoptantes, pero no regula procesalmente el juicio de guarda preadoptiva sino simplemente el de adopción.

aspectos que comprenden la identidad del niño marcando un aspecto crucial, que queda comprendido en ese derecho, afirmando que no solo tiene derecho al nombre de los progenitores y a conocer su origen, sino también a establecer relaciones familiares con sus padres y ser criados por ellos en la medida de lo posible.¹⁴ También el artículo 9 de la CIDN impone la necesidad de que la separación del niño de de sus progenitores sea determinada por la autoridad competente, indicando que la decisión está sujeta a revisión, y que la separación procede en casos, por ejemplo, de malos tratos.

Por otra parte el artículo 21 de la CIDN da pautas a tener en cuenta en un sistema de adopción, exponiendo que “...*la adopción es admisible en vista a 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*”. Lo que determina el carácter subsidiario de la adopción.

A modo de repaso, la ley 24479 regula la adopción en dos etapas o juicios¹⁵; una primera en la cual se define la guarda preadoptiva y la segunda en la que se concreta la adopción con el consiguiente cambio de estado de familia. También se establece que está prohibida la entrega de niños en guarda con fines adoptivos por escritura pública o acto administrativo.¹⁶

¹⁴ Quede claro que todo niño tiene derecho a crecer en un ámbito familiar, de origen o adoptivo.

¹⁵ Aunque entendiendo que esos dos juicios tratan la cuestión de la adopción a partir de la demanda de los guardadores, cuando ya está el niño incluido en su familia, hoy la normativa imperante obliga a una relectura de la cuestión, pues hay que ocuparse de la etapa previa a la inclusión del niño en la familia de los pretensos adoptantes, con las mismas garantías constitucionales que toda persona debe tener.

¹⁶ No es una novedad la indisponibilidad del estado de familia como atributo de la personalidad que sin embargo fue excepcionado por la ley 19134 que permitía su disposición por instrumento público, lo que reformó el art. 318 de la ley 24779 al prohibir la entrega de un niño en guarda con fines adoptivos por escritura pública o acto administrativo, entendiéndose una de la doctrina que lo prohibido no solo es la forma sino el acto mismo aún mediante esa forma, en otras palabras el contractualismo en materia de adopción, recobrando pleno valor el art. 845 del Código Civil, en una relectura a la luz de los art. 7, 8, 9, y concordantes de la CIDN, al respecto ver nota ¡Error! Marcador no definido.

No obstante estas precisiones no fueron tan concretas al momento de definir que ocurre en la etapa anterior a que el niño ya esté en la familia de los pretensos guardadores, dado que si bien luego se creó el RUAGA –a nivel nacional–, estableciendo un orden de prelación para incluir a un niño en la familia de los pretensos adoptantes inscriptos, no dispuso o reguló cómo el niño es separado de su familia. La mayoría afirmaba que al decretar la guarda declaraba el abandono. Lo notable es que si el derecho del niño es vivir con su familia de origen y debe ser separado de ella por decisión de autoridad competente (el juez) la partes del proceso deben ser el niño, su familia de origen y el ministerio público, mientras que en el juicio de adopción o guarda la parte titular de la acción ya es la familia adoptante.

En el Chaco según la ley 4369/97, está prohibido separar a un niño de su madre por razones económicas, en consonancia con los principios y obligaciones que impone a los Estados tanto la CIDN como otros tratados de derechos humanos que hemos ratificado alegremente.

La ley nacional 26061¹⁷ (2005) que reglamenta la CIDN establece también reglas que colisionan con este vacío procesal de la ley 24779, pues establece Medidas de Protección integral, entre la que se encuentra la separación de un niño de su centro de vida legítimo, como una medida excepcional que de tomarse debe comunicarse dentro de las 24 horas al juez competente para el control de la misma.

Provincias como Misiones, de reconocidos problemas en materia de adopción sancionó la ley 4523 en noviembre de 2009 estableciendo un proceso de adopción en el marco del paradigma descripto precedentemente. Y prevé la declaración del estado de adoptabilidad del niño por parte del juez competente de oficio o a instancia de parte, fecho lo cual procederá a citar a los inscriptos en el registro de adoptantes (artículos 7 a 24). Todo el proceso implica la intervención de un Equipo Inter-

¹⁷ Esta ley estable numerosas medidas, que pueden ser adoptadas por la autoridad administrativa, no entendemos que debe agotarse la vía administrativa, pues el ministerio público e incluso el juez de oficio debe adoptar cualquier medida de protección cuando los derechos de los niños estén vulnerados especialmente cuando quienes violan sus derechos son sus progenitores o el Estado.

disciplinario para evaluar la situación familiar de origen, de la familia guardadora y del niño.

3. Algunas consideraciones sobre las normas que regulan la protección integral de los Derechos del Niño

Podemos derivar brevemente que del marco normativo de la CIDN, de la ley 25.854 y de la ley 26061 surge, necesariamente, la necesidad de contar con una etapa —si se quiere de prevención—, en la que debemos abordar la problemática del niño y su familia de origen (centro de vida legítimo¹⁸), y en base a las pautas de la CIDN, determinar la adoptabilidad¹⁹, dado que la adopción requiere una evaluación integral de la situación personal y jurídica del niño.

Para ello el Poder Judicial debe estar dotado de organismos especializados (Juzgados de Familia, Asesorías del niño, Equipos Interdisciplinarios de evaluación y seguimiento, Registro de Aspirantes a la adopción). Obviamente que, en el ámbito del Poder Ejecutivo (Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia, Ministerio de Salud), deben establecerse programas destinados a la prevención de la vulneración de los derechos del niño, y a actuar temprana, rápida y eficazmente en los casos de maternidad en conflicto o el niño en situación de calle, o maltratado, etc., dado que es algo que, generalmente, se detecta a través de otros operadores del sistema estatal de protección e incluso por cualquier persona de la comunidad. Esta realidad impone la necesaria interacción que debe establecerse entre el Poder judicial, el Poder Ejecutivo a través de sus órganos técnicos referidos y especialmente con Servicios sociales de Centros de Salud u Hospitales, lugares habituales de ingresos de demandas de protección, entidades religiosas, etc.

¹⁸ Son las palabras que utiliza la ley nacional 26061 de Protección Integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

¹⁹ Que nunca podrá ser declarada como consecuencia de la pobreza de la familia sino que deberá surgir de la situación de vulneración de derechos del niño cuya responsabilidad sea producto de la conducta de sus propios progenitores o familia ampliada, que podría ser maltrato, abandono, etc. Conforme expresamente lo sostiene el art. 20 de la ley provincial 4369, en concordancia con el artículo 3,9 Y 21 de la CIDN.

En todos los ámbitos estatales mencionados, es necesario contar para el abordaje de cualquier cuestión familiar – más aún el tema de niños privados de su medio familiar, o maltratados– con Equipos Interdisciplinarios que orienten y asesoren en la toma de decisiones administrativas y/o judiciales.

En efecto, los Equipos Interdisciplinarios constituyen otra de las herramientas fundamentales en la organización judicial y administrativa, uno de los pilares del sistema de protección a la niñez, como órgano que diagnostica, hace seguimiento y asesora las decisiones en el ámbito de la justicia y en el ámbito de la administración. Estos equipos debieran estar integrados por profesionales en psicología, medicina infantil, psiquiatría infantil, terapeutas familiares, asistentes sociales, etc.²⁰

4. Declaración de adoptabilidad²¹

Como se señalara, derivado del paradigma del actual marco normativo, surge la necesidad de revalorizar la etapa previa al juicios de guarda o adopción –esto claro si vemos la adopción como sistema de protección– y esa etapa previa es el proceso que lleva a la declaración de adoptabilidad.

La declaración de adoptabilidad es una categoría que no ha sido muy desarrollada por la doctrina especializada, sino que se la trata como subsumida al abordar la cuestión de la declaración del abandono, pero sin marcar la necesidad de que sea un paso previo, sino que se evalúa el abandono, generalmente con el niño en poder de los adoptantes, confundiendo la declaración de adoptabilidad en la misma sentencia que otorga la guarda preadoptiva o adopción.

²⁰ En la provincia del Chaco la ley establece los profesionales que integrarán el E.I. que funciona en el Juzgado de Familia.

²¹ En América Latina, varios Estados han previsto la “Declaración de abandono” pero sólo unos pocos han reglamentado el llamado estado de Adopción, como la ley 1136 de 1997 de Paraguay o bien la declaración de adoptabilidad en el Código de Familia de Costa Rica de 1973 modificada e 1995. En Europa Italia en la lucha contra el tráfico de niños reglamentó detalladamente la adoptabilidad en el año 1983, más información ver en Najurieta, María Susana, Coordinación de Ordenamientos Jurídicos en Materia de Adopción Internacional, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004.

Sin embargo, la adopción tiene su antecedente en un problema social con repercusiones jurídicas, que comienza cuando la familia de origen tiene conflicto con el niño, o la madre tiene conflicto con su maternidad, ya sea porque no desea cuidarlo, ya sea que lo somete a malos tratos vulnerando sus derechos fundamentales y el derecho a su desarrollo pleno u otra situación similar.²²

Esas situaciones que pueden incluso ser captadas por cualquier persona o en el ámbito de una ONG (Organización no gubernamental), requieren la intervención temprana del Estado, a través del órgano técnico respectivo, que intervendrá adoptando medidas urgentes de diversa índole, incluso protegiendo al niño sacándolo de su medio familiar y comunicando tal situación al juez.²³

La situación que coloca al niño en una situación de vulnerabilidad de sus derechos, y que motivan la separación de su medio familiar debe ponerse en conocimiento del Juez competente. En el Chaco, esto puede hacerlo la Dirección de Níñez, Adolescencia y Familia, en forma directa o a través de la Asesora de Menores, quien promoverá una acción generando un expediente que denominamos "...s/protección integral". También se originan las causas a través de la información que llega al juez por cualquier otro medio, por ejemplo la ley de violencia de familiar provincial y su reglamentación autorizan aún la denuncia anónima de maltrato.²⁴ Son muchas las maneras de iniciarse un proceso de protección que podrá o no culminar con la declaración de adoptabilidad del niño²⁵ u otra medida de protección.²⁶ Todo ello ocurre, por lógica antes

²² Conforme establece el art. 9 de la CIDN.

²³ Del juego armónico de los arts. 39 y 40 de la ley 26061 surge que la separación del niño de su familia es una medida excepcional, es decir que no debe haber otra medida alternativa a fin de resguardar los derechos del niño, y le impone a la autoridad administrativa la obligación de someter a control judicial la decisión dentro de las 24 horas adoptada.

²⁴ Ley provincial N° 4175, N° 4377 y Decreto N° 620/98.

²⁵ Puede ocurrir que se concluya la intervención con una restitución familiar a los progenitores, o una guarda a favor de un familiar como ser tío, abuelo, etc. y derivación tratamiento haciéndose un seguimiento para asegurar el cumplimiento de las pautas necesarias para el restablecimiento de los derechos del niño.

²⁶ Puede por ejemplo otorgarse la guarda a un familiar o la custodia al progenitor que no es violento, derivarse a la familia a terapia o disponer la asistencia estatal adecuada si el caso es un caso solo de índole social no judicializable. A veces la pobreza genera prácticas o

de la incorporación en la familia de pretensos adoptantes. Pues todos sabemos los efectos de las guardas de hechos prolongadas en el tiempo, cuyos efectos son difíciles de evitar, aún cuando no haya sido la mejor opción para el niño de que se trate.

Por ello el proceso para declarar la adoptabilidad debe ser lo más breve posible por los derechos en juego, y por que abre un “mientras tanto qué”²⁷, y se insiste que es previo ponderando la reversibilidad de las situaciones y revocación que pueden sufrir las resoluciones judiciales.²⁸ Si el niño ya está bajo el cuidado de los adoptantes las posibilidades de revertir son escasas, por el principio de no innovar en materia de custodia que prevalece, el cual –los que operan de mala fe– manejan muy bien.

Esto es lo que fundamenta el proceso que podríamos llamarlo hoy de “protección integral”, comienza antes de llegar al tribunal, puesto que si ante una situación de vulneración de derechos del niño, el organismo técnico de aplicación de los programas de asistencia a las madres en conflicto con su maternidad, o programas de asistencia a la víctima de violencia o malos tratos, (quienes no necesita de una acción judicial para intervenir y adoptar medidas) llevan el caso a la justicia²⁹, se haría prevención, por ejemplo en cuestiones de tráfico de niños.

La declaración de adoptabilidad que cumpliría una doble función, por un lado la culminación de un proceso judicial de protección integral, con todas las garantías del debido proceso³⁰ (lo que no implica

interacciones familiares que dan lugar a denuncias que no necesariamente culminan con la adoptabilidad de los niños.

²⁷ El acogimiento familiar es una alternativa provisional en ese momento o a veces la institución, por ello es esencial el tiempo de la resolución.

²⁸ Esto es la paradoja del tiempo en estas cuestiones, el tiempo implica revisar incluso el sistema recursivo y el tipo de procedimientos para la determinación de la situación familiar de los niños, evitando que el tiempo torne irreversibles la modificación de situaciones que quizás no son favorables al desarrollo pleno y saludable del niño.

²⁹ Esto evidencia la necesidad de establecer redes entre los distintos organismos del estado que pueden llegar a intervenir, salud, desarrollo social, seguridad y justicia.

³⁰ Cuando aludimos al debido proceso legal previo a la declaración de adoptabilidad lo hacemos en el sentido que expreso la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 1ª en los autos C., L.G. y otros, 13 de diciembre de 2005 que nulificó de oficio la sentencia que decreto la preadoptabilidad, por no haberse ordenado la debida intervención de los progenitores,

sea un proceso largo), en el cual se asegure que el niño no puede permanecer en su familia de origen, no obstante que la asistencia que el Estado haya existido para subsanar problemas que pudieran ser de origen económico.³¹

5. El tiempo de las decisiones

Una cuestión importante es el plazo, el plazo en el cual se toman las decisiones. Así es dable considerar el plazo en el cual se declara la adoptabilidad, y luego el plazo en el cual el niño declarado en estado de adoptabilidad es incluido en alguna familia de pretensos adoptantes, porque ese tiempo es el que el niño pasa o en una institución o en una familia de acogimiento. Y la demora es inaceptable.

Para los pretensos adoptante el plazo de la espera también tiene que ver con las decisiones que se toman, así por ejemplo la convalidación automática de prácticas contractualista en materia de adopción podrán determinar que la espera de un pretenso adoptante sea siempre muy, muy, larga. Hoy por hoy entendemos que podría especularse que sigue siendo una práctica vigente y motivo de las largas esperas de los pretensos adoptantes, entre otras causas como sería el perfil del niño esperado que en general no coincide con el perfil del niño deseado por los postulantes a la adopción.

En esta cuestión la función judicial, la del ministerio público y demás operadores es importante. Es que los factores que hacen que los casos sean resueltos confirmando situaciones fácticas consolidadas por el transcurso del tiempo —aunque no sean las mejores y a veces sean malas decisiones para el niño en cuestión, tiene que ver con la actitud en el

entendiendo que la posterior notificación a la madre por edictos de la sentencia no resulta útil para obtener la finalidad y configura una conculcación manifiesta de la garantía de defensa que reconoce el art. 18 de la CN. Publicado en Revista digital Lexis Nexis del 24 de febrero de 2006.-

³¹ Hay casos que no obstante recibir asistencia material, económica, sanitaria y alimentaria, ayuda terapéutica, los padres igual continúan violando los derechos de sus hijos, es decir que proceden con negligencia y conductas abusivas hacia ellos.

proceso que se reserva a los operadores. Esto consagra, definitivamente, la ineficacia del sistema.

En efecto, si el principio dispositivo predomina sobre el principio de impulso de oficio, es probable que el juez adopte una postura más bien pasiva en el proceso de que se trate. Si la filosofía de los operadores es que conseguirse un niño es lo mismo que adoptarlo es probable que el registro de pretensos adoptantes se transforme en una herramienta adicional y subsidiaria en el sistema de adopción, que sería reemplazado por las viejas prácticas de las llamadas entregas directas.³²

Es evidente que el registro de pretensos adoptantes es una herramienta que colabora en acelerar los tiempos cuando se trata de ubicar una familia adecuada para un niño privado de su medio familiar.

Pero, si sumado a los casos de entregas directas, sumamos la mora en resolver las situaciones de los niños de casos judicializados, y cierta ineficacia que puede vislumbrarse en el control judicial sobre el programa de familias cuidadoras o acogedoras, el fracaso del sistema de adopción bajo el paradigma de la doctrina protección integral estaría asegurado. Decimos esto, porque lo cierto es que hay casos de niños que ingresan en programas pensados para contención temporaria, permanecen por tiempo indefinido junto a familias con las que crean vínculos muy distintos a los pensados por el sistema, y es verdad que esa permanencia es sin causa justificada. Si se actúa con celeridad el niño puede y debe ser incluido, en el menor tiempo posible de estar en el programa, en una familia inscrita en el registro de adoptantes, para prevenir situaciones contraproducentes.³³

Entendemos que estas son las situaciones que en general llegan incluso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación o los Superiores Tri-

³² Digo llamadas porque en lo que hace a la experiencia en mi provincia, en la inmensa mayoría de los casos ha salido a la luz algún intermediario (enfermera, médico, abogado, cura, monja, pastor, etc.), hay relatos de madres que cuentan como fueron mantenidas en casas encerradas y aisladas de su familia hasta el parto, en algunos casos con complicidad de los propios padres que colaboraron con los intermediarios, algunas relatan que al ir a solicitar ayuda en alguna comunidad religiosa la ayuda consistió en que perdieran a todos sus hijos, etc.

³³ Así lo señala en un fallo, en su voto la Dra. Kemelmajer de Carlucci, Expte N° 74037,25 de noviembre de 2002 STJ Mendoza, Sala Civil.

bunales de Justicia, casos de dos o más años de antigüedad por decirlo de alguna manera.

6. Registro Único o Centralizado de adoptantes

En la nación se denomina registro único de aspirantes a la guarda preadoptiva, en la provincia del Chaco se llama Registro Centralizado de Adoptantes (RCA). La característica, de casi todos los registros es la concentración y orden de la información, dando un orden cronológico a las inscripciones que implica prioridad en el llamamiento para recibir a un niño en situación de adoptabilidad, en igualdad de condiciones de acuerdo a las preferencias de los postulantes.³⁴ Otra característica saliente es la evolución previa de los postulantes por parte de Equipos Interdisciplinarios que pueden pertenecer al registro o al juzgado, lo cierto es que esto determina una habilitación de idoneidad para ingresar al listado del registro del cual se valdrá el juez, en los términos que la ley determina.

Este instrumento o herramienta ya era conocida, y fue introducida legalmente por primera vez en el art. 2 de la ley 24.779, que creó el Registro Único Nacional de Adoptantes, e inspiró las legislaciones y resoluciones o acordadas de superiores tribunales provinciales, aunque nunca se concretó a nivel nacional. Luego apareció la ley nacional 25.854 que crea el RUAGA.³⁵ Esta última ley mencionada crea y organiza un Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos, con sede en el Ministerio de Justicia de la Nación, y fue reglamentada por decreto 383/05 reformado meses más tarde por el Decreto N° 1022/05, reglamentación parcialmente reformada por decreto 1328/09 que ha reestablecido los lazos con las provincias procurando reflotar la idea de unificar el camino de la adopción en todo el país.

³⁴ La ley nacional 25854 también establece una prioridad en el orden a los fines de ser convocados por el juez, en caso de niños de hasta cuatro años de edad.

³⁵ Sigla que significa Registro Único de Aspirante a la Guarda Adoptiva, teniendo en cuenta que la Argentina tiene dos juicios para concretar la adopción uno que designa Guardadores preadoptivos a los postulantes y luego de cumplido el plazo de 6 meses a 1 año, estos solicitan la Adopción, son literalmente dos juicios separados.

El fracaso de la unificación a nivel nacional tiene varias razones, por ejemplo el tema de la autoridad competente para legislar sobre la materia, es uno. Sin embargo el principal problema nació con el decreto reglamentario N° 383/05, lo que impidió establecer lazos de confianza con la nación salvo algunas excepciones.³⁶ También se puede decir que la nación dio un mal paso cuando reglamentó el RUAGA mediante el decreto 383/05, generando una masiva movilización a través de talleres, encuentros, etc. en los que se concluyó, mayoritariamente, por la negativa a integrarse en las condiciones que el decreto regulaba, incluso hubo un planteo judicial contra la reglamentación.³⁷

Se destaca del planteo judicial efectuado el *“Advertir que el artículo 40 del Decreto 383/05, reglamentario de la Ley de Registro Único de Aspirantes a Guardas con Fines Adoptivos, podría permitir convalidar situaciones de tráfico, por lo que se recomienda su revisión teniendo en cuenta la opinión de profesionales y funcionarios de todo el país con reconocida experiencia en la materia”*.³⁸ Sin duda una afirmación fuerte, pero que era pertinente si tenemos en miras la finalidad del registro, dicho artículo permitía a los jueces hacer caso omiso del orden que instaura el registro o, incluso, omitir su aplicación.

La finalidad está claramente enderezada a evaluar previamente a los postulantes, otorgarles un orden de espera, y agilizar el proceso adoptivo al momento en que el juez debe buscar una familia para un niño privado de su medio familiar de origen, quienes se encuentran plenamente evaluados –en abstracto– para recibirlo. Y por su lado, quienes desean adoptar, encuentran una respuesta a cómo hacerlo, sin estar involucrados en una búsqueda de vientres o madres con quienes arreglar una entrega del niño nacido o por nacer, que expone al niño

³⁶ Sigla con la que se identifica en verdad a la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a la guarda con fines adoptivos en el marco de la ley 25854, las provincias que han adherido son Tierra del Fuego, La Pampa, Ciudad de Buenos Aires.

³⁷ Interpuesta por el conocido Dr. Atilio J Alvarez, en su carácter de Defensor Oficial N° 2.

³⁸ Conforme el Informe Final del “SEMINARIO TALLER POR UNA VIDA LIBRE DE TRAFICO, TRATA Y EXPLOTACIÓN SEXUAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”, organizado por el Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social, Buenos Aires, junio de 2005.

a un mecanismo de adopción poco fiable, sobre todo en países como el nuestro con un alto índice de pobreza, y en provincias como las del norte, de donde venimos.

La existencia del registro por lógica implica que, para considerar su utilización, el juez primero debió definir la situación jurídica de un niño en concreto, declarando su adoptabilidad, para luego llamar al postulante habilitado mediante su incorporación al registro. En dicho listado se expone el N° de Orden, el Apellido y nombre, la ciudad de residencia, las preferencias para la adopción, y el lugar en el cual se encuentra el legajo con la documentación de los postulantes, la cual al ser requerida por el juez facilita la tarea de selección de acuerdo al perfil del niño declarado en adoptabilidad, respetando el orden de quienes se encuentran en igualdad de condiciones.³⁹

Se puede decir también que el Registro es un freno al camino paralelo, al margen de la ley —si se quiere— de la adopción, favorecido por la falta de un sistema integrado de adopción que cuente con la herramienta destinada a incluir en la etapa y momento oportuno al adoptante, quien también merece un tratamiento respetuoso de sus necesidades, en equilibrio con los derechos de los niños, y más aún subordinado a los intereses de éstos últimos. En otras palabras, es un mecanismo de control social en orden a evitar o disminuir las conductas disvaliosas que generan el tráfico de niños como también la corrupción de los organismos involucrados. Los legisladores argentinos expusieron como motivo al sancionar la ley 24779, en cuanto a los objetivos tenidos en cuenta impedir el tráfico de niños, la intermediación, el amiguismo en la entrega de niños en condiciones de adoptabilidad. Todavía es un desafío.

³⁹ Típico caso de justicia local que aparecen, stricto sensu, en presencia de escasez y heterogeneidad, la lista de espera es el caso de aplicación de principios relacionados con el tiempo que determinan que el primero en el tiempo primero en el derecho, en los términos de Jon Elster, "Justicia Local, De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias", Gedisa, Barcelona, 1ª reimpresión 1998, traducción Elena Altermann.

7. La Corte habló del registro

No es un mero remedio formal como puede creer algún sector de la doctrina, sino una herramienta tan necesaria como la justicia especializada y los equipos interdisciplinarios, todos como parte del marco en el que se debe operar en materia de adopción, en miras de hacer operativos los derechos del niño. En tal sentido la procuradora de la Corte Suprema de la Nación sostuvo *"...No puedo dejar de poner de resalto la singular relevancia de la materia, puesto que, de no aquilatarse en su justa medida, podría abrir una puerta para que –por la vía de los hechos consumados–, venga a desconocerse en la práctica, el andamiaje construido sobre todo, para poner algún tipo de coto a la circulación informal de niños, convertidos en verdaderos objetos de un mercadeo ajeno a la condición humana, o de oportunismos que ignoran las esperas, muchas veces penosas, de los demás. También lo tiene, de cara al ejercicio responsable de esa faceta primaria del deber proteccional del Estado, que es la prevención, encarada con el mayor rigor profesional, donde se valoren interdisciplinariamente los requerimientos del niño y las posibilidades reales de quienes aspiran a convertirse en su familia".*⁴⁰

En este orden de ideas se entiende que el hecho de que el RUAGA, o los registros provinciales, constituya una herramienta diseñada en función del mejor interés de una niñez desamparada, que puede quedar de lado, en algún caso particular y excepcional, en virtud a las exigencias de grado superior consagradas en los artículos 3° y 4° de la C.I.D.N., no significa una vía libre que permita el apartamiento de sus pautas con ligereza, por el contrario se debe abordar la excepción con suma prudencia, dándole paso sólo en casos con características excepcionales, donde concurran motivos serios que lo justifiquen, de otro modo al amparo de la convalidación posterior, caería también en saco roto este mecanismo del esquema prevencional, perpetuándose más fácilmente aún, el circuito que la ley quiso desterrar, esto es, el

⁴⁰Del Dictamen en G., M.G. s/ recurso de Hecho, 16-09-2008, CSJN.

*de la entrega informal de niños; semillero de adopciones fallidas, tan perniciosas para la infancia.*⁴¹

8. Conclusión

La justicia debe estar dotada de organismos acorde las exigencias constitucionales, a saber justicia especializada, principios procesales adecuados con facultad de los jueces de declarar el estado de adoptabilidad⁴², Equipo interdisciplinario, Registro de adoptantes, por otra parte, también la intervención del Órgano Técnico –Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia, debe operar en coordinación con la justicia.

La eficacia de la adopción como sistema subsidiario de protección involucra a los tres poderes del Estado y a la sociedad, tiene que ver con una adecuada articulación a nivel provincial y nacional en materia procesal, para que los habitantes sepan con claridad cuál es el camino legal de la adopción, para que los derechos del niño sean protegidos debidamente.

Si el siglo XX esta caracterizado por la declaración de los derechos de los niños el siglo XXI, en materia de adopción, debe caracterizarse por la efectivización tales derechos y garantizarse el debido proceso legal-constitucional en protección de los mismos.

Bibliografía

- ARIAS DE RONCHIETO, CATALINA E., *La adopción*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1997.
- BARATTA, ALESSANDRO, *La niñez como arqueología del futuro*, 1ª. Ed., UNICEF, Buenos Aires, 2002, p. 9.

⁴¹ Del dictamen de la Procuradora de la CSJN en el caso referido en la nota ¡Error! Marcador no definido.

⁴² Aunque no lo expresa así faculta al juez a declarar el abandono y da pautas concretas por ejemplo prohibiendo al juez separar un niño de su madre por cuestiones de falta de recursos económicos como causa, y por otro lado el compromiso expreso en la misma ley de combatir el tráfico de niños al tiempo que crea el Registro Centralizado de Adoptantes. Es dable dejar sentado que la ley tiene imperfecciones semánticas y procesales producto de ser anterior a la ley nacional 24779.

- . Democracia y derechos del niño, 1ª. Ed., UNICEF. Buenos Aires, 2002, p. 19
- BARMAN, ZYGMUNT, En busca de la Política, Fondo de Cultura Económica, 1ª edición en español 3ª reimp., Buenos Aires 2001 (1999).
- BELOFF, MARY, Los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de las que surgen el modelo de la protección integral de los derechos del niño, 1ª. Ed., UNICEF. Buenos Aires, 2002, p. 31.
- BENCHUYA, MARI ESTER, La adopción en la Argentina, Mendoza, Facultad de Derecho U.N.C., Primeras Jornadas Regionales interdisciplinarias de Adopción, 6 y 7 de noviembre 2003.
- CANDAL, NORA Y OTROS, La Práctica en la Adopción, Aspectos Interdisciplinarios, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2000.
- CARIDE, ESTEBAN, “El abuso de la guardas de hecho, Revista LL, año LXVI, N° 71, 12/4/02.
- DE RENZI, CRISTIAN, Institucionalización de niños mayores, grupo de hermanos y niños con problemas de salud, disertación Mendoza, Facultad de Derecho U.N.C., Primeras Jornadas Regionales interdisciplinarias de Adopción, 6 y 7 de noviembre 2003.
- . “Entrega directa: una práctica social en adopción con aristas oscuras”.
- . “Legalidad, ilegalidad, legitimidad”, en Adoptar Hoy, Paidós, Buenos Aires, 3ª. reimpresión, 2001 (1994).
- ELSTER, JON, Justicia Local: De qué modo las instituciones distribuyen bienes escasos y cargas necesarias, Gedisa, Barcelona, 1998, 1ª. reimpresión, traducido por Elena Altermann.
- FANLO CORTÉS, ISABEL, Los derechos del niño y las teorías de los derechos: Introducción a un debate, 1ª. Ed., UNICEF, Buenos Aires, 2002, p. 67.
- FANZOLATO, EDUARDO IGNACIO, La Filiación Adoptiva, Advocatus, Córdoba 1998.
- FERNÁNDEZ DE IRIARTE, GRACIELA, Lo propio lo ajeno, disertación, Mendoza, Facultad de Derecho U.N.C., Primeras Jornadas Regionales interdisciplinarias de Adopción, 6 y 7 de noviembre 2003.

- FERRER, GERMÁN, *La guarda preadoptiva: lineamientos generales de la ley 24779, el supuesto derecho de los padres biológicos a elegir los pretendidos adoptantes de sus hijos, la guarda de hecho, incidencia*, Mendoza, Facultad de Derecho U.N.C., Primeras Jornadas Regionales interdisciplinarias de Adopción, 6 y 7 de noviembre 2003.
- FONTEMACHI, MARÍA AMANDA Y OTROS, *La Práctica en la Adopción, Aspectos Interdisciplinarios*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2000.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, *Derecho y Crisis: El caso argentino*, 1ª. Ed, UNICEF, Buenos aires 2002, p. 85
- GIBERTI, EVA, *Tiempos de Mujer*, Editorial Sudamericana, 2ª. Edición, Buenos Aires, 1998. *La adopción*, Sudamericana, Buenos Aires, 1998.
- . *Adoptar Hoy*, Compiladora, Paidós, Buenos Aires, 3ra. Reimpresión, 2001 (1994)
- HERMOSILLA VALENCIA, MARTA, *Selección de postulantes a padres adoptivos*, 2003 Mendoza, Facultad de Derecho U.N.C., Primeras Jornadas Regionales interdisciplinarias de Adopción.
- HERRERA, MARISA, *El Derecho a la Identidad en la adopción*, T I y II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008.
- . “El protagonista, El decreto que vuelve a colocar en el escenario a la adopción”, Lexis Nexis, <http://www.lexisnexis.com.ar> 21/06/05.
- . *Prevención y adopción: un vínculo poco expor (t) ado*, disertación, Mendoza, Facultad de Derecho U.N.C., Primeras Jornadas Regionales interdisciplinarias de Adopción, 6 y 7 de noviembre 2003.
- JUÁREZ, SANDRA. *Visión de la adopción en la argentina*, Mendoza, Facultad de Derecho U.N.C., Primeras Jornadas Regionales interdisciplinarias de Adopción, 6 y 7 de noviembre 2003.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño*, Breve paralelo de la justicia italiana y argentina, JA, 1998-III-972.

- LOMBARDI, FERNANDO CARLOS. *La adopción desde otra perspectiva*, Némesis Buenos Aires, 2001.
- LLOVERAS, NORA, *Nuevo régimen de adopción Ley 24.779*, Depalma, Córdoba 1998
- MEDINA, GRACIELA, *La adopción TI y TII*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA Y D'ANTONIO, DANIEL H., *Derecho de Familia, TIII*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.
- . *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- NAJURIETA, MARÍA SUSANA, *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, tesis doctoral, 2004.
- PERROT, CELINA ANA Y DÍAZ CANTON, FERNANDO, *Algunas reflexiones acerca del tráfico de menores y la adopción internacional*, LL, 1993-D-920
- WAIMASTER, ADRIANA M. *Declaración de estado de adoptabilidad*, LL 1981-D-919,.

Normas nacionales, internacionales y provinciales:

Constitución Nacional 1994; CIDN Ley N° 23.849; Directrices de RIAD, Reglas de Beijing; Ley N° 24.779; Ley N° 25.854 y sus Decretos reglamentarios N° 383/05, Decreto Nacional N° 1022/05, N° 1398/09; Ley N° 26061; Ley provincial Chaco N° 4369/97, resolución N° 392/01 del STJ del Chaco; Ley provincia Misiones N° 4523/2009. Fuente: leyes <http://www.infoleg.gov.ar>.