

Associazione di Studi su Diritto e Società  
Sezione di Sociología del Diritto dell'Associazione Italiana di Sociología  
Annual Meeting Research Committee on Sociology of Law (RCSL), ISA  
"Law and Justice in the Risk Society"

Italia, Milán- Como, 9-12 de Julio de 2008  
Universidad de Milán, Universidad de Milano-Bicocca, Universidad de Como-Insubria y Centro  
Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale,

**Título del trabajo:** Los criterios de selección en el instituto de la adopción. Perspectiva socio-jurídico-política.

**Datos de la autora:** Laura N. Lora  
Profesora. Facultad de Derecho, U.B.A.  
Dirección laboral: Av. Figueroa Alcorta 2263 1º Piso, (C1425CKB) - Buenos Aires -Argentina.  
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja. Facultad de Derecho. U.B.A. Tel: ( 54-11 )-4809-5629  
E-mail:lauraloraadopcion@yahoo.com.ar

### **Agradecimientos:**

A los organizadores del Anual Meeting del Research Committee on Sociology of Law (RCSL), ISA, por aceptar la presentación de este trabajo en este encuentro.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Ambrosio L. Gioja. A sus autoridades directivas y a las personas que nos asisten en las tareas administrativas.

A la Facultad de Derecho, mi segundo hogar.

A la Universidad de Buenos Aires, a la Secretaría de Ciencia y Técnica y a todos aquellos que con sus aportes permiten la investigación científica.

A todos aquellos/as que aceptaron generosamente ser entrevistados/as.

A mi familia y vínculos afectivos: por la valoración de mis tareas y actividades.

Finalmente a Tulio Ortiz, mi Director de Tesis Doctoral, con quien hice mi primer Seminario: "Los textos Políticos de la década del '60" y uno de mis primeros trabajos de investigación.

## Abreviaturas

CIDN	Convención sobre los derechos del niño
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNCiv	Cámara Nacional Civil
CNCiv y Com.	Cámara Nacional Civil y Comercial
CCiv	Código Civil
CN	Constitución Nacional
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DH	Derechos Humanos
ISN	Interés superior del niño
JA	Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina
LL	Revista Jurídica La Ley
ED	Revista Jurídica El Derecho
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
SC	Suprema Corte

## Aspectos metodológicos

El planteamiento del problema

Este trabajo se constituye con el proyecto de investigación titulado: "*La Calidad de Vida en el Instituto de la adopción. Perspectiva socio-jurídica*", mediante el cual obtuve la Beca Ubacyt de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires.

Antes aún del referido proyecto, las preguntas iniciales fueron realizadas cuando cursaba mi carrera de grado (Abogacía), habiendo sido formuladas de la siguiente manera: ¿Por qué hay tantos chicos en la calle? ¿Por qué no están en instituciones? Creía que la estadía de los niños en los institutos solucionaba algunos "problemas".

Posteriormente y considerando, entre otras fuentes bibliográficas, una investigación sobre el control socio-jurídico de la infancia en el contexto latinoamericano, las reflexiones de filósofos y economistas acerca de la calidad de vida, los "modelos de la situación irregular" y "la protección integral de la infancia", analizados en el ámbito del derecho penal de menores y los principios y reglas de la Bioética, mas el marco jurídico de la adopción se propuso una exploración de contenido de base cualitativa del instituto de la adopción planteando el siguiente problema de investigación y plan de tesis:

Si hablamos de "beneficio para el menor" o "interés superior del menor" conviene preguntarse: ¿Qué aspectos de la condición humana de una persona o grupo familiar se

consideran fundamentales?; ¿Cuáles son los argumentos, el razonamiento, que utilizan los jueces para saber cual forma de vida es mejor que otra para la persona o grupo?; ¿Aumentan los jueces con sus decisiones la calidad de vida de los futuros "beneficiarios", contribuyen al menos a ello?.

Ahora bien: hablar de justicia implica incluir en el análisis el tema del acceso a la justicia y en consecuencia los obstáculos sociales, culturales, económicos, educativos, geográficos que se presentan en este sentido. También implica hablar de pobreza como determinante de condiciones de vida indignas e insalubres; de discriminación como variable de la pobreza y las herramientas indispensables para resolver los conflictos que se presentan ante esta realidad socio –jurídica- política.

Cuando se analiza el instituto de la adopción se descubren muchas "faltas", "necesidades-derechos insatisfechos": falta de alimentación, falta de vivienda digna, falta de información, falta de educación, falta de trabajo, falta de amor, falta de agua potable, falta de atención médica, falta de vida social, falta de ser tratado igual, falta de participación en las decisiones, falta de esterilidad, falta de acceso a la justicia, falta de garantía de derechos. También se evidencia lo que no se puede hacer: no poder dar de "comer"; no poder criar a los hijos; no poder sostenerlos; no poder llevarlos al colegio; no poder hacerse cargo; Finalmente se evidencia lo que no se puede ser y ser al mismo tiempo: no ser capaz/ ser incapaz; no ser responsable/ ser irresponsable; no ser rico / ser pobre; no ser normal/ ser anormal; En síntesis lo que esta faltando es la calidad de vida.

Se conjeturó entonces que si los criterios para interpretar estas cuestiones se basan en la lógica de las necesidades, sin estar claramente definidos los contenidos, se producen efectos como la creación de estereotipos en los cuales los rasgos de la marginación aparecen confundidos, con lo que lejos de favorecer a la integración social de vastos sectores sociales, se acentúan los rasgos de la segregación y exclusión social de los mismos. Por otra parte, basar la justicia en la lógica de las necesidades tiende a esfumar la necesidad de las garantías jurídicas.

### **Los objetivos generales y específicos. Las hipótesis de trabajo.**

A partir de aquí el objetivo general propuesto se enunció de la siguiente manera:

El proyecto abordará la categoría *calidad de vida*, bioéticamente referida a las condiciones de la prestación del servicio de justicia en relación al instituto de la adopción. Incluirá las

variables socio-jurídicas para ampliar el tema objeto de estudio y darle un contenido actualizado a partir del análisis de jurisprudencia, doctrina y legislación nacional e internacional. También se abordarán las categorías *condiciones personales, familiares y sociales* del niño, para determinar de que manera éstas lo convierten en “un menor en situación irregular”, dando lugar a intervenciones coactivas sobre los mismos.

De esta manera uno de los objetivos específicos de este trabajo consistió en establecer e identificar las condiciones de la prestación del servicio de justicia que reproducen “el modelo de la situación irregular”, en el instituto de la adopción, y por lo tanto la vulneración de derechos y garantías constitucionales, principalmente el derecho a la no discriminación. El concepto de “acceso a la justicia”, de “igualdad” y del “ISN” adquieren central importancia, al igual que la nociones “condiciones más beneficiosas para los niños”, o “lo mejor para el niño”, por lo que sus contenidos merecen ser clarificados.

De acuerdo a los objetivos e hipótesis planteados en el trabajo de investigación y plan de tesis, la metodología utilizada para su realización fue exploratoria de tipo cualitativo.

El objetivo general y específico propuesto ha sido ya mencionado.

En cuanto a las hipótesis, éstas han sido formuladas de la siguiente forma:

1.- Las sentencias judiciales sobre la institución de la adopción desconocen el concepto *calidad de vida*.

2.- La igualdad de oportunidades implica la igualdad de acceso de todos a los servicios de justicia para obtener la adopción de un menor.

De ellas se derivarán las siguientes hipótesis secundarias:

a.- La prestación del servicio de justicia en relación al instituto de la adopción es discriminatoria.

b.- La denegación de la adopción causa exclusión y marginación social.

Con la finalidad de relevar y registrar información para recolectar datos se concretaron entrevistas semi-estructuradas con informantes claves: jueces, asesores, psicólogos, adoptantes. Para ello previamente se construyeron cuestionarios con “preguntas abiertas”. Un criterio

directriz en la redacción de las preguntas ha sido el planteamiento del problema junto al marco teórico de la doctrina de la situación irregular y la perspectiva bioética.<sup>1</sup>

Preguntas realizadas a los jueces, por ejemplo: "¿Respetar la decisión de la familia de origen que ha elegido a los adoptantes?", o "¿Cuáles son los motivos que alegan las familias de origen, madre, padre, otros, cuando otorgan los niños con fines de adopción?" tiene como marco teórico de referencia los principios bioéticos.<sup>2</sup>

En cambio, los criterios tutelares o proteccionistas utilizados por los jueces y por lo tanto su acercamiento o alejamiento de la doctrina/modelo de la situación irregular, o por el contrario de la doctrina/modelo de la protección integral de la infancia, se detectan en las respuestas

---

<sup>1</sup> En términos teóricos, se ha sostenido que las leyes que regulan la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la CIDN pertenecen a lo que se ha dado en denominar la "doctrina de la situación irregular".

La "doctrina" de la situación irregular, confunde (activa e intencionalmente) la protección de una categoría de sujetos débiles con la legitimación de formas irrestrictas de intervención coactiva sobre los mismos. La protección de un supuesto "menor delincuente –abandonado", constituye la materia prima sobre la cual se apoya una endeble pero persistente construcción que sirvió y todavía hoy sirve de base al (no) derecho de 'menores' latinoamericano. Un no derecho que responde perfectamente a una no-infancia."

García Méndez y Elías Carranza, "El derecho de 'menores' como derecho Mayor", en Del Revés al Derecho, La Condición Jurídica de la Infancia en América Latina, Bases para una reforma legislativa, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992, págs. 11/12.

El sistema de la protección integral de la infancia surge de la CIDN, de instrumentos específicos regionales y universales de protección de DH y de otros instrumentos internacionales que sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional.

<sup>2</sup> Los principios bioéticos son los "principios de beneficencia, autonomía y justicia".

Con palabras de Gafo J., podemos sintetizarlos de la siguiente forma:

"Son tres principios que son percibidos como válidos y vigentes en el conjunto de la vida social.... En el ámbito médico el principio de beneficencia, obliga al profesional de la salud a poner el máximo empeño en atender al paciente y en hacer cuanto pueda para mejorar la salud, de la forma que aquel considere más adecuada....Por otro lado el principio de autonomía se basa en la convicción de que el ser humano debe ser libre de todo control exterior y ser respetado en sus decisiones vitales básicas. De este principio se deriva la regla del consentimiento informado, ello significa que el paciente debe ser correctamente informado de su situación y de las posibles alternativas de tratamiento que se le podrían aplicar. Es decir que deben respetarse las decisiones de los pacientes competentes después de una adecuada información.

"...Tradicionalmente, la justicia se ha identificado con la equidad, con dar a cada uno lo que le corresponde. Esta justicia o equidad no significa que se deba tratar a todos los pacientes de la misma forma exactamente, pero sí que cada uno tenga acceso a los servicios médicos adecuados, dignos y básicos..." Gafo J., Diez palabras claves en Bioética, Ed. EVD, España, 1994, págs.18/20.

dadas por ellos a las preguntas “¿Cuál es la finalidad del Instituto de la Adopción?”, “¿Qué entiende por ISN?” .

Además se recolectaron datos de fuentes secundarias (legislación sentencias, doctrina). De la legislación surge que la determinante actual, explícita, de la institución de la adopción, es la conveniencia del menor o el interés superior del niño, así lo determina la CIDN y por debajo de este “techo normativo”, la ley 24.779.

El art. 21 de la CIDN prescribe a los Estados garantizar, entre otros cuidados mencionados, la adopción cuidando de que el interés superior del niños sea lo primordial, y que la autorización de la misma por las autoridades competentes esté determinada y sea admisible en vista de la situación jurídica del menor en relación con sus padres, parientes y representantes legales.

Por otra parte el PIDESC prohíbe todo acto de discriminación entre otras razones por posición económica o condición social, igual prohibición está establecida en la ley 23.592.

Asimismo el Pacto mencionado reconoce entre otros derechos el de un nivel de vida adecuado junto a una alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Del código civil surgen las normas que prescriben como requisitos para otorgar la guarda de un menor, tomar conocimiento de las condiciones personales de los adoptantes o de la familia biológica, teniendo en consideración las necesidades o intereses del menor, también con esta finalidad el juez podrá valorar los medios, cualidades morales y personales de los adoptantes. Esta normativa bajo eufemismos como conveniencia del menor conduce a la aplicación de criterios proteccionistas a través de los denominados expedientes de protección de personas.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> De las dos primeras entrevistas realizadas a jueces de familia del fuero civil y luego de formularles la pregunta, ¿En relación al derecho a la identidad del niño, que registro de datos tiene con respecto a la familia de origen? Se obtuvieron las siguientes respuestas:

1.- Tenemos todos los antecedentes porque en general estos casos se inician como protección de personas.

Según un asesor: *“En la protección de personas, se violan todas las garantías constitucionales, aún la de los padres violentos, de los padres con quienes los chicos quizás no puedan convivir, también se le violan las garantías, porque nunca tienen abogados, se adoptan medidas cautelares que nunca pueden apelar, mal notificadas una serie de irregularidades bárbaras.”*

Como he mencionado, las inquietudes iniciales han sido formuladas a través de preguntas:

¿Por qué hay tantos chicos en la calle? ¿Por qué no están encerrados en instituciones? Estas preguntas, que surgieron por reacción ante el miedo generado por un hecho de la vida cotidiana, pero también por ignorancia, fueron las que posibilitaron descubrir que el sistema actual empleado por el Estado para "lidiar con la minoridad" encuentra antecedentes a finales del siglo XIX en Estados Unidos, en un movimiento de reformadores sociales denominado como "los salvadores del niño". A ellos se les atribuye la creación de nuevas instituciones y métodos de control-social para la infancia, creando también conceptos como el de "menor peligroso". Los salvadores del niño se consideraban así mismos altruistas y humanitarios, dedicados a salvar a quienes tenían un lugar menos afortunado en el orden social.

Uno de los parámetros que determinó que sector social debía ser protegido fue el de los niños que quedaran fuera del sistema escolar. Es así como este movimiento los recoge y protege a través de las instituciones creadas para ellos, el tribunal de menores<sup>4</sup> y los reformatorios.

El discurso de este movimiento dejó su impronta hasta mediados del siglo XX y es así que lo encontramos en nuestro sistema de justicia para menores.

La doctrina refiere que los procedimientos tutelares/asistenciales, a través de los cuáles un niño en situación de riesgo, abandono moral o material puede quedar a disposición de un juez, si éste así lo consideraba necesario, hasta los veintiún años es posible debido a la existencia de la ley de Patronato de menores 10.903, el Régimen Penal de la Minoridad ( leyes 22.278 y 22.803) y el Código Procesal Penal de la Nación ( ley 23.984). Una de las características principales de éstas leyes es la consideración de las personas menores de edad como objetos de tutela, como incapaces, desconociéndoles en consecuencia todos los derechos que los sistemas jurídicos modernos reconocen a los adultos. El modelo de la situación irregular, en el que son encuadradas éstas leyes, se basa en una particular concepción de la desviación, de la cual se deriva un sistema de justicia que posibilita la intervención coactiva frente a infractores o " a potenciales infractores" de la ley penal a partir de las ideas de tratamiento, la

---

<sup>4</sup> El tribunal de menores se basó en la idea de sustraer a los niños y adolescentes delincuentes y abandonados del ámbito del derecho penal. Dado que la informalidad e inflexibilidad de la ley penal impide la tarea de represión protección. ( Primer Congreso Internacional de tribunales de menores) el reformatorio intentó demostrar que podía enseñar sobre moral y religión Platt. A

resocialización y finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos. Esta variante de la prevención especial ha organizado un sistema basado en medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares. La justificación es que dichas medidas están dirigidas a la protección de la persona menor de edad para lograr su formación integral.<sup>5</sup>

Algunas de las críticas a este sistema son: que las consecuencias reales de esa forma de tratar a la infancia y a la juventud amplían la violencia y la marginalidad que se pretende evitar.

Otra crítica es que estas leyes vulneran el principio de legalidad y la garantía del debido proceso y la defensa en juicio. Además tratan igual a los niños que cometen delitos cuanto a aquellos que encuentran vulnerados sus derechos.

Otra crítica es que el juez deja de cumplir funciones jurisdiccionales para cumplir funciones relacionadas con las políticas sociales, fundamentando decisiones en cuestiones morales y religiosas.

Surgió así una nueva inquietud respecto de la eficacia de la ley de adopción para asegurar los derechos de los niños. Realicé entonces un estudio sobre la adecuación de la legislación de adopción a la CIDN. Advertí de este modo que muchas de las normas que regulan el instituto de la adopción responden a las características de las leyes que se enmarcan en el modelo de la situación irregular.

La utilización en el art. 311 de la categoría menores no emancipados y la posibilidad de prescindir del consentimiento de las partes involucradas en la entrega en guarda de un niño, según lo dispuesto en el art. 317 inc. a) párrafo segundo, proporcionan los primeros datos para la crítica.

Además dentro de los requisitos para otorgar la guarda de un menor el art. 317.-inc b) dispone tomar conocimiento del adoptando; el inc. c) tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin inc. d) .- iguales condiciones a las dispuestas en el inc. anterior se podrán observar respecto de la familia biológica.

---

<sup>5</sup> Según Arnaud la desviación es una noción sociológica. Se refiere al comportamiento consistente en rehusar respetar las normas impuestas.

En el art. 321 y para el juicio de adopción dispone en el inc. c) El juez o tribunal, de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, oirá personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme el derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor.

Inc. c) que el juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida, cualidades morales y personales del o de los adoptantes.

Inc. i) El juez o tribunal en todos los caso deberá valorar el Interés superior del menor.

Estas disposiciones y las expresiones que de aquí surgen me generaron la inquietud de conocer las valoraciones, opiniones y creencias que tienen los actores caracterizados respecto de ellas.

## **Algunos resultados**

De las respuestas de los adoptantes dadas cuando se les preguntó sobre sus creencias respecto de los criterios de selección judiciales surge.

### **Entrevistado 1:**

El juzgado pide una terna a un equipo para resolver sobre la entrega en guarda por ejemplo. de un recién nacido, ponele, medio rubiecito, nariz respingada, no sé si eso lo comenta el juzgado con el equipo o no, **le dicen las características del bebe** y el equipo manda tres carpetas, fue lo que pasó con F con el mayor, y la jueza elige de esas tres carpetas que matrimonio está mas acorde para ese bebe.

En la segunda adopción: yo creo que a la jueza lo que la decidió fue esto: yo tengo un bebe igual al de la foto.

En la tercera adopción: yo creo que primero me la dio porque dijo me voy a sacar esta pesada de encima si no le doy un bebe ya me va a torturar hasta que le de la beba segundo creo que fue porque es muy parecida a J, L es muy del estilo de J, no sé cual es el criterio que usa una jueza no lo se.

### **Segunda entrevista**

En los tres casos que nos dieron niños esto varía. Cuando me lo dieron a F fue un criterio, el juez nos lo dijo: éramos muy jóvenes, yo tenía 24 años, el juez nos dijo que nos veía un matrimonio con polenta, con fuerza, joven, que veníamos como sanos, no habíamos venido de diez años de tratamiento ni de un desgaste así fuerte . A mi personalmente me pasa que cuando doy las charlas veo matrimonios que llegan después de, pobres, muchos años de tratamiento como desgastados como con la última esperanza, como mas cansados los ves, yo creo que ese fue el criterio, creo nó, nos lo dijo el juez . Era un temor mio el ser tan joven, ¿quién me va a elegir teniendo 22 o 23? y justamente fue lo que a ese juez le gustó que fuéramos jóvenes y con polenta.

Ya con R, en Santiago del Estero a la jueza le gusta formar familias, entrega muchos segundos, le parece importante que el chico tenga hermanos que están en su misma situación, por ahí nos eligió por eso, y en el caso de A, A fue muy prematuro y bueno le pareció seguramente, creo que me lo dijeron, que nos eligió porque era un chiquito que necesitaba mucha estimulación, por su prematurez tuvo un montón de complicaciones, y bueno tener dos hermanitos uno de cinco y otro de tres no es lo mismo que llegar a una casa donde sos el único bebito ...

### **Tercera entrevista**

C.- se sacaban un expediente de encima.

E.- Lo que pasa que en nuestros casos, el problema es que nuestras adopciones eran todos casos que no tenían a quien dárselos , se sacaban un muerto, y es eso porque en realidad no es que tuvieron que decidir.

### **Cuarta entrevista**

"yo creo que nosotros dábamos el perfil de un matrimonio joven con ganas de tener chicos con posibilidades económicas porque teníamos nuestro departamento, nuestra casa, laburo los dos, teníamos cinco años de casados, pero veían que teníamos muchas ganas...

### **Quinta entrevista**

C...dábamos el perfil de dos tipos sanos, trabajadores con un nivel medio, con casa propia, todo lo que evalúan ahora y además con muchísima vocación porque la verdad que creo es la única forma que hemos sobrevivido a toda esta experiencia."

Entrevistas a jueces sus criterios de selección respecto de las familias.

A partir de la información que se posee de los niños en los juzgados se trata de ver que padres necesitan. Se piden entonces legajos de aspirantes a la adopción a distintos equipos.

Existen equipos de adopción que tienen grupos de aspirantes a la adopción de "chicos recién nacidos", "chicos mas grandes" o "chicos con discapacidades", entre otros.

En cuanto a las características personales de **los matrimonios de adoptantes** los criterios de selección varían. Se evalúa: la necesidad de dar amor; la fortaleza del vínculo; las condiciones personales y psíquicas a través de lo manifestado por los matrimonios en las entrevistas; Otro evalúa que tipo de padres necesita el bebé de acuerdo a las características de este último. Desde el punto de vista económico se manifestó: si van a poder mandarlos al colegio, etc., otro manifestó tratar de ver un poco lo que ellos dicen querer, ya que: "si no quieren hijos de insanas yo no les puedo dar a ese chico".

El fundamento de esta selección: el "beneficio del niño" o el "interés del niño" ya que: ."cada niño es distinto, cada necesidad de un chico es distinta, hay que ver en cada caso que es lo mejor";

Al no definirse claramente los contenidos de éstas expresiones, se producen efectos como la creación de estereotipos: menores en situación irregular; menores abandonados, menores en riesgo moral y material, condiciones morales y materiales, hijos de insanas, H.I.V. negativizados, etc.. En ellos, los rasgos de la marginación aparecen confundidos, con lo que lejos de favorecer el interés superior, el bienestar del niño, la contención en el grupo familiar y por lo tanto su integración social se acentúan la segregación y la exclusión social.

“Lo mejor para el niño” es una expresión paradigmática que puede cumplir una función aleatoria como cuando se la integra al texto de la Convención de los Derechos del Niño, pero aislada, arriesga un grado de libertad desmesurada para quienes tienen que tomar decisiones acerca de situaciones concretas en las que se ve involucrado un niño.

Por otro lado, lo mejor para el niño hace equilibrio en el borde mismo de la transgresión de la norma que prohíbe discriminar. En este sentido Eva Giberti dice: **los profesionales con experiencia es poco probable que hablen de “ lo mejor para el niño”, han aprendido que no es posible afirmar que sus propios parámetros sean los más convenientes para ese “niño”..**

Sin embargo en el ámbito judicial es una expresión que como vemos es utilizada al momento de tomar decisiones en relación con los niños.

Para finalizar con el análisis de los datos de las entrevistas quiero resaltar que ante la pregunta de si aplican los instrumentos internacionales en sus sentencias de adopción, dos de cinco entrevistados a quienes se le realizó esta pregunta, respondieron que: a veces la CIDN., el resto dijo que no los utiliza.

El discurso jurídico de los operadores vinculados al otorgamiento de niños en guarda para su posterior adopción, resulta así explícitamente negador de los derechos y garantías básicos y esenciales previstos en los cuerpos constitucionales para todos los habitantes del país. Nada se dice del derecho de los niños a no ser discriminados por motivos relacionados a la salud de él y de su familia de origen.

#### **Entrevistas a jueces . Conocimiento del adoptando que será otorgado en guarda con fines de adopción.**

Ante la pregunta ¿Cuál es el origen de los niños que son otorgados en guarda con fines de adopción? Es decir: de dónde provienen? lugar de nacimiento; hospitales, instituciones, otros., obtuve respuestas como:

Hay niños a los que se les ha decretado "el estado de abandono" o la "situación de abandono" a través de los expedientes de protección de personas, porque tienen "padres que los maltratan"; "madres insanas" internadas en instituciones psiquiátricas o "padres con H.I.V".; la mayoría son "abandonados"

por sus padres ya en los hospitales." Si están en "situación de riesgo", porque tienen padres que los maltratan los mandamos a amas externas o a pequeños hogares y allí se ve que pasa con ellos.<sup>6</sup>

Sigue pendiente la consideración de los niños como sujetos y no como objetos. Además la consideración del ISN en todas las situaciones en que ellos estén involucrados genera interrogantes respecto de su contenido.

Ante la pregunta que entiende por condiciones más beneficiosas para el niño o interés superior del niño respondieron los tres entrevistados que es una evaluación que hay que hacer en cada caso en concreto. Sólo uno desarrolló más su respuesta.

Transcripción de respuestas

1.- Esto es difícilísimo de contestar porque en cada caso en concreto hay que evaluar cuál es el mejor interés, ya que *si es un chico recién nacido es una cosa* Seguramente los legajos que me mandan son legajos de gente que ya ha sido evaluada por los profesionales y que entienden que le van a dar lo mejor de sí a ese chico, mucho afecto, mucha contención, que es un hijo deseado con lazos familiares estables, por lo menos hasta el momento que se hace la evaluación *y si son chicos ya más grandecitos...*, por ej. tenemos tres hermanitos que dimos en adopción, en realidad cuatro. Dimos en adopción dos por un lado uno por otro, porque al más grande no lo podíamos incluir con ninguna pareja que quisiera a todos juntos, entonces que hicimos como se conocían los tres y se visitaban en las instituciones se los dimos a familias que aceptaban que ellos continuaran con el vínculo, continuaran viéndose visitándose que tuvieran siguieran teniendo una relación fluida a la chiquita recién nacida no porque no la conocían ninguno de los otros ya no se requería este requisito que era fundamental porque el chico mayor tenía seis años y los otros tenían dos y tres o tres y cuatro ya tenían historias juntos entonces las familias a que se los dimos fueron de todas las entrevistadas las que aceptaron seguir con este vínculo a pesar de que son adopciones plenas.

2.- Yo creo que eso es una evaluación que hay que hacer en cada caso en concreto que es lo mejor para el chico creo que no existen reglas fijas, cada niño es distinto cada necesidad de un chico es distinta y bueno habrá que ver en cada caso que es mejor.

---

<sup>6</sup> Estos procedimientos, como por ej. la declaración del estado de abandono moral o material no solo operan como estigmas que despojan al niño de su identidad, sino que además su resolución a través de los expedientes de protección de personas como medidas cautelares adolece de importantes falencias ya que en la práctica no reúnen los requisitos formales establecidos en la normativa procesal vigente .

3.- Es un término muy abstracto . El interés del niño se ve en el caso en concreto porque el niño es un individuo con su personalidad, con su formación con sus necesidades, depende del niño cuales van a ser esas necesidades.

¿Cuales son las condiciones personales, aptitudes de los adoptantes que considera relevantes en relación al niño?

1.-Primero ver y analizar cuales son las necesidades del niño. A los padres se los busca teniendo en cuenta cuáles son las características y las necesidades del niño. No se busca un chico para los padres, sino que se buscan padres para los chicos, entonces **hay que ver qué necesidades tiene ese chico y que características tienen esos postulantes para cubrir esas necesidades.**

2.- **que el matrimonio** quiera adoptar un bebé independientemente de que... muchos dicen que físicamente el bebé se tiene que parecer a ellos y no es así porque si yo quiero adoptar a un bebé quiero un bebé para darle amor, no para que se parezca, es decir no desde el punto de vista egoísta de tengo una pareja y necesito hijos sino mas que nada tengo mucho amor para brindar entonces se lo doy a un bebé.

### **Algunas precisiones conceptuales: calidad de vida y discriminación**

Para reflexionar sobre la calidad de vida de las personas no nos alcanza con conocer sobre los recursos económicos con los que cuenta una persona. Necesitamos saber sobre la distribución de esos recursos y de lo que hacen en la vida de la gente. Si queremos saber sobre el progreso de la persona y de sus conciudadanos o, de las personas necesitamos saber no sólo del dinero sino:

- Que tan capaces son de conducir sus vidas
- Cuales son sus expectativas de vida
- Saber sobre su salud y los servicios médicos
- Conocer sobre su educación (no solo de su disponibilidad sino de su calidad)

- Saber sobre el trabajo, sobre su dignidad, sobre las libertades que las personas tienen para conducir sus vidas (autonomía)
- Saber sobre sus relaciones sociales y personales
- sobre cómo están estructuradas las relaciones familiares y las formas en que estas estructuras promueven o dificultan otros aspectos de la actividad humana.
- Saber la forma en que la sociedad de que se trata permite a las personas imaginar, maravillarse, sentir emociones, como el amor y la gratitud, que presuponen que la vida es mas que un conjunto de relaciones

comerciales y que el ser humano a diferencia de las máquinas de vapor, es un misterio insondable, que no puede expresarse completamente en una forma tabular.

### **Constituye una discriminación**

La actitud de quien da un tratamiento desigual a una persona o grupo de personas motivado fundamentalmente por sus características personales o naturales, sin referencia alguna a sus conductas o méritos presentes o pasados....”

a) la discriminación en su sentido mas estricto y en el ámbito ético- jurídico, hace referencia a las distinciones y diferencias en el trato, prestaciones o posibilidades en el ejercicio de los derechos que se basan solo en la cualidades personales o naturales de las personas , en las que su conducta actual o pasada no tiene influencia determinante; este tipo de discriminación resulta siempre injusta y a ella han de referirse los textos legales o convencionales que proscriben la discriminación entre personas y grupos.<sup>7</sup>

### **Justificación de la labor y del enfoque sociológico jurídico político.**

A partir de aquí mencionaré algunas nociones utilizadas como guías y aplicadas en este trabajo:

La primera refiere que “Puede describirse la labor del sociólogo del derecho indicando que su tarea consiste, primaria y básicamente, en la comprensión científica de la realidad jurídica: mostrarla tal cual es y no como aparente ser, o como se supone que es, o como se quiere creer que es o tal como se afirma que debe ser (sin perjuicio del conocimiento de esas suposiciones, idealizaciones o creencias).<sup>8</sup>

La segunda indica que “ El planteamiento clásico de la sociología del derecho corresponde antes que nada a un enfoque teórico – normativo. La cuestión que impulsó la aparición y el posterior desarrollo de la sociología jurídica consistió en el reconocimiento de que a las leyes estatales y a las decisiones judiciales no debe corresponder forzosamente una realidad social. La

<sup>7</sup> Massini Correas, Carlos I. Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de discriminación. E.D. t. 189, 2000, págs. 689 a 695.

<sup>8</sup> Mackinson Gladys, La Magistratura Argentina a través de la investigación empírica, en Entre la utopía posible y el desarraigo, Ed. ESD, Buenos Aires, pág. 81.

verificación de esta desavenencia fue y es articulada en confrontaciones tales como, validez jurídica, validez y eficacia social, validez por una parte y cumplimiento, aplicación y uso por otra; preceptos jurídicos y el derecho vivo; derecho y hechos del derecho. Este enfoque se nutre de la oposición entre lo normativo y lo fáctico.”<sup>9</sup>

La tercera permite una comprensión global del contexto en el que se inserta el instituto de la adopción y la perspectiva socio-jurídica desde la que se intenta abordarlo, ésta se encuentra en “la posmodernidad” o crítica del “proceso histórico de modernización.

Se advierte en la doctrina de la ilustración y en su lema una lucha por lograr una emancipación en la que prevalezcan aspectos humanizadores, sin embargo sus resultados serán como sostuvo Weber un sistema deshumanizado o una jaula de hierro de racionalidad burocrática de la cual nadie puede escapar. En la actualidad sigue esta lucha por el reconocimiento de los derechos que hacen a la dignidad de la persona humana. Derechos que se encuentran vulnerados en la población y especialmente en la población infantil con consecuencias como la discriminación, vulneración de la garantía de la defensa en juicio, del derecho a ser oído. Los reclamos por la igualdad y la libertad siguen vigentes. Los proyectos tanto políticos como sociales no logran encontrar soluciones que permitan el acceso igualitario de todos a los servicios de la justicia.

Respecto de los aspectos políticos de este proceso Gianfraco Pasquino<sup>10</sup> sostiene que los dos problemas fundamentales que surgen del estudio de la modernización son, por una parte la tentativa del hombre de controlar la naturaleza y de sujetarla a sus necesidades y por otra el esfuerzo perenne para ampliar el ámbito de elecciones políticas y sociales para el mayor número de personas.

La modernización no es simplemente el proceso de difusión de las instituciones, valores y técnicas europeas sino que es un proceso abierto y continuo de interacción entre las numerosas instituciones, las numerosas culturas y las numerosas técnicas.

El aspecto más importante de dicho proceso es para Pasquino el emerger de formas políticas, económicas y sociales distintas y diferenciadas. Una definición de modernidad política

---

<sup>9</sup> Rottleuthner Hubert. Sociología de las ocupaciones jurídicas en libro con compilación de trabajos. Trabajo traducido por Valeria Bergalli con la revisión de Roberto Bergalli, pág. 124.S/r.

<sup>10</sup> Gianfranco Pasquino, Modernización en Bobbio, Mateucci y Pasquino. Diccionario de Política. T.2, Suplemento. Siglo XXI, Madrid, 1998.

debe permitir focalizar las características de modernidad respecto de los ciudadanos y respecto del sistema político.

Pasquino sostiene que la definición más completa de modernización política debe tratar tres características principales: la igualdad, la capacidad y la diferenciación.

El examen o verificación de modernización política debe analizar tres niveles: en el nivel de la población de la comunidad política habrá modernización si se verifica el pasaje de una condición generalizada de súbditos a un número cada vez mayor de ciudadanos unidos por vínculos de colaboración, acompañado por la expansión del derecho al voto y de la participación política, por una mayor sensibilidad y adhesión al principio de igualdad y por una más amplia aceptación del valor de la ley erga omnes.

La modernización política respecto de las prestaciones gubernamentales y del sistema en su conjunto se verifica ante el aumento de la capacidad de las autoridades para dirigir los negocios públicos, controlar las tensiones sociales y afrontar las demandas de los miembros del sistema.

Por último habrá que examinar la organización de la esfera política.

Atendiendo a estas consideraciones veremos a partir de aquí como las posturas sobre la modernidad y la doctrina de Pasquino son susceptibles de ser verificadas en el instituto de la adopción.

La modernización política tanto respecto de los ciudadanos como en relación a la capacidad de las autoridades para dirigir los negocios públicos se verifica del siguiente modo: El Poder Judicial tiene algunas dificultades para resolver situaciones que se le presentan.

Según un asesor de menores entrevistado:<sup>11</sup>

*"...los chicos deberían estar viviendo como en Suiza. Todos nosotros cobramos buenos sueldos, mejores, peores, la cantidad de recursos que hay en esto es enorme. Hay un montón de programas sociales de distintas áreas, de educación, organizaciones no gubernamentales y las de la Secretaría de Desarrollo social, que yo no las conozco... tuve que interponer un amparo por acceso a la información para que el gobierno de la ciudad me diga cuántos hogares hay. Entonces*

---

<sup>11</sup> Este entrevistado en el año 2004 de modo similar a Francesco Tonucci, o a Dolto Françoise, autores europeos, pone en evidencia la contradicción manifiesta entre una legión de personas y un universo de recursos destinados a los niños. Tonucci, Francesco, La ciudad de los niños. Un modo nuevo de pensar la ciudad, Ed. Losada, Buenos Aires, 1996, págs. 42/43. Dolto Françoise, La causa de los niños.

*decís: Tanta magnitud de recursos para que? Falta un tema: la operatividad, hay que bajar los recursos a la gente y hacer algo por los chicos y si no nos va a ganar el patronato. Nos estamos debatiendo en un discurso ideológico, patronato no, patronato sí. Ya sabemos hoy está la CIDN"*

El número de niños institucionalizados entre 0 y 3 años de edad, consecuencia de la incapacidad de las autoridades para resolver su penosa situación, en la provincia de Buenos Aires es, sin recurrir a datos cuantitativos, lo suficientemente alto como para no alarmarse o simplemente preguntarse ¿ por qué no tienen una familia que les brinde "cuidado"? Como puede ser que suceda lo que en palabras de una adoptante fue dicho de este modo:

*...en este momento dicen que hay hasta mas de cinco años de demora, parece que con la nueva ley la cosa se complica diez veces mas...*

*...la convocatoria era para ver si queríamos hacernos cargo de C, había quedado nuestra carpeta, C tenía labio leporino, paladar endido y cataratas en un ojo, había que hacerle tres operaciones, dos operaciones bastante urgentes, yo siempre digo acá antes nos sacaron corriendo aquella vez, ahora habrán dicho llamemos a estos giles.*

*C.- nos enteramos que antes que nosotros había habido cinco carpetas, fuimos la sexta.*

*E.- Yo ví la carpeta y está el informe del equipo San José que pidió postulantes de todos lados, de los que fueron cinco, los entrevistaron y todos dijeron no nos podemos hacer cargo, es importante esto porque es lo que yo te decía, después la gente dice no hay chicos para adoptar. C es divina no sabés lo que es, es tan simpática, es la que se acercó acá dos o tres veces.*

*...en concreto, la operamos del ojo y cataratas, el paladar se lo cerraron y ahora estamos con fonoaudióloga, ya tengo sentencia firme.*

*El juez la tuvo a su cargo desde los dos meses, si le hubiesen hecho la operación a tiempo hoy vería, porque perdió la visión de un ojo, no vé. Mi mujer me decía hagámosle un juicio pero en Argentina no podés hacer nada.*

*C.- No vio nunca mas de ese ojo, además habla tan mal como habla porque cuando los bebés nacen con ese problema en la boca se le pone inmediatamente un paladar de plástico que funciona como un paladar común, entonces ellos empiezan a hacer todo, a mamar a respirar todo como una persona normal, como se lo pusieron a los seis meses por supuesto lo rechazó porque a un chiquito de seis meses no le podés meter algo en la boca se lo sacaba, lo tiraba no insistieron no se lo pusieron, entonces ahora habla peor tiene que aprender a respirar a tragar, todo.*

Un trabajo realizado por alumnos de la Facultad de Derecho sobre adopción de hermanos,<sup>12</sup> señala que en cuanto al derecho a ser oídas las niñas entrevistadas, (entre 15-19 años de edad), que se encontraban en un hogar en condiciones de adoptabilidad, no plantearon queja alguna, sin embargo dicen que pedir audiencias con el juez era una pérdida de tiempo, ya que si bien se las escucha, los jueces nunca cumplen con lo prometido. Muestran disconformidad con el sistema de adopción puesto que son ellas las que mas sufren ante la falta de celeridad. Fueron sometidas a abusos legales del tipo desigualdad de tratos y cambios de jueces. Nadie les explica porque siguen institucionalizadas y ellas siguen creciendo. Concluyen que prefieren vivir en la institución con la contención que allí se les brinda que "vivir en familia: algo que experimentaron muy poco".

Claramente el acceso a la justicia como derecho de estas niñas no se encuentra efectivizado.

Retomemos a Pasquino. Según Pasquino, la crisis sistémica o crisis de los sistemas políticos occidentales fueron definidas y clasificadas en la literatura: Crisis de penetración, de integración, de identidad, de legitimidad, de participación y de distribución.

La crisis de penetración y de integración se refiere al proceso a través del cual nace un estado más o menos centralizado. Este estado trata de extender y reforzar su autoridad en diversos sectores de la sociedad. Produce desafíos de carácter estructural ya que la autoridad central tratará de constituir una burocracia estatal.

En el Instituto de la Adopción, esta crisis de penetración e integración se advierte al considerar la ley argentina de adopción (24.779), allí se establecieron requisitos "rígidos"<sup>13</sup>, los que para muchas personas terminan siendo el obstáculo por el cual no pueden acceder a la adopción. También recientemente se reglamentó el Registro único de Adoptantes.

Otro hecho que nos remite al intento de centralización ocurrió con el traspaso a la justicia del proceso de guarda y del proceso de adopción (anteriormente realizados ante autoridades

---

<sup>12</sup> Trabajo realizado durante el año 2007 en el curso de grado de la carrera de abogacía: Los criterios de selección en el instituto de la adopción", a cargo de la autora de este trabajo. Sobre la revisión del derecho del niño a ser oído, la posición de parte de la doctrina italiana se puede consultar en Moro Alfredo Carlo, Manual de derecho del menor, Ed. Il Mulino, Italia, 2006.

<sup>13</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aida, De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia Italiana y Argentina, en Revista J. A. 16/09/88, pág. 20.

administrativas, recordemos que se podía consentir la entrega de un niño según la ley 19.134 (1971-1997) ante un Escribano Público). Sin embargo los ejemplos mas adelante citados nos advierten de las muchas situaciones que permanecen sin solución aun habiéndose implementado estas reformas.

Las crisis de identidad y de legitimidad se refieren al proceso a través del cual los ciudadanos llegan a obedecer las leyes emanadas del Estado, a aceptarlas como justas y vinculantes y a sentirse parte de la comunidad política. Estas crisis afectan en una DIMENSIÓN VERTICAL, las relaciones de los ciudadanos con las autoridades y en una DIMENSIÓN HORIZONTAL las relaciones entre los varios grupos sociales, económicos, religiosos, étnicos y regionales. Son desafíos culturales.

Veamos estas dimensiones en la práctica de la adopción:

La DIMENSION VERTICAL se ve representada cuando los adoptantes obvian los procesos burocráticos establecidos legalmente, ya que estos no los conducen a lograr su objetivo, que es la adopción de un niño. ¿De que modo? Si bien la ley de adopción dispone que la guarda con fines de adopción, así como la adopción definitiva serán otorgadas judicialmente, los hechos nos permiten verificar que existen las "guardas de hecho", es decir niños que se encuentran bajo el cuidado de familias, matrimonios o personas sin que esta guarda les haya sido otorgada judicialmente.<sup>14</sup>

Podemos también señalar respecto de esta DIMENSIÓN VERTICAL, la situación de personas o matrimonios que se dirigen a alguna provincia o a distintas instituciones en busca de un niño con quien establecerán un vínculo que requerirá ser reconocido jurídicamente pasados unos años.

*Según un Juez entrevistado:*

*"...Ahora nos viene más el chico puesto, es decir la madre que ha entregado ya al chico a un matrimonio, entonces vienen después para la guarda y vienen para la adopción..."*

Otro claro ejemplo es el que refiere un adoptante:

---

<sup>14</sup> Acerca de esta expresión Medina Graciela, "La guarda de hecho y la Adopción", en Revista Jurisprudencia Argentina N° 6107, Setiembre 1998, en dicho artículo describe un sentido corriente, según el cual la expresión guarda de hecho identifica la situación por la cual una persona menor de edad está bajo el cuidado de otra u otras. Luego describe tres sentidos jurídicos que se pueden consultar en la pág. 11.

*"...fuimos a un juzgado en Oberá teníamos reunión con la bendita y famosa jueza, la jueza se olvidó de nuestra reunión obviamente y nos atendió el Secretario, nos anotamos cual ganado vacuno y nos dan el número ciento ochenta y nueve, y le digo (al secretario) te puedo hacer una pregunta, sí sí, porque viste cero de interés.. Entonces le pregunto, para mas o menos tener una idea, ¿Cuántos chicos da el juzgado de Oberá por mes? Acá cuando damos y damos dos por año, vos me estás queriendo decir que yo voy a tener ochenta años o mas no voy a estar viva para ver a mi hijo. Es así lo que deberían hacer ustedes lo que tienen que hacer es ir a un villerío palabras textuales buscan a una madre que esté embarazada le preguntan si lo quiere dar en adopción arreglan vienen acá y es todo legal. Entonces yo le digo perdón yo vivo en la Argentina desde que nací para mí el arreglo en la Argentina es plata, no no no ustedes arreglan con ella lo que sea vienen y traen el caso acá es todo legal..."*

#### DIMENSION HORIZONTAL Relaciones entre los distintos grupos sociales

A través de lo dicho por los asesores, los jueces y los adoptantes, se ponen de manifiesto estas posiciones:

Asesor:

*"... De todas formas si uno toma la realidad ve que en la Ciudad de Buenos Aires hay poca oferta de chicos y uno ve que siempre las familias se trasladan al interior del país a buscar esos chicos, esto en principio da una señal, se adoptan chicos pobres o de hogares pobres o con madres pobres. Esto me parece grave. También me parece que en la mayoría de los casos, no podría decir cuántos, estas familias o estas madres pobres, carenciadas, desnutridas, con problemas educacionales, muchas veces, entregan a sus hijos porque no pueden tenerlos, creo que allí falla el tema de garantizar los derechos sociales.."*

*"... yo he visto muchas adopciones de Misiones, Santiago del Estero, Formosa, Chaco...."*

Psicólogo de Equipos de Adopción entrevistado

*"...Muchos de los casos que hemos conocido últimamente han sido sacados no dados. Estos fueron todos los últimos que hemos tenido..."*

Juez entrevistado

*"... Además con relación a los lugares de origen generalmente provienen de provincias que son de mayor grado de pobreza. Esto es así. Las provincias mas pobres resultan exportadoras de niños y las grandes ciudades mas desarrolladas resultan importadoras de niños. De la misma forma que en el concierto mundial, esto se da entre los países desarrollados y los países en vías*

*de desarrollo. Los países en vías de desarrollo, los países del tercer mundo, son exportadores de niños. Los países del primer mundo, del llamado primer mundo, fundamentalmente Europa central son importadoras de niños, porque la tasa de natalidad es negativa. Lo mismo que pasa internamente entre otras provincias pobres y las ciudades mas ricas pasa entre los países pobres, como el nuestro, con relación a los países del primer mundo..."*

*R. 2 "... Hay gente inscripta aquí en el registro de adoptantes, que me piden después un testimonio de inscripción, es una resolución que reseña que han cumplido todos los trámites y termina siendo inscripta, lo presentan en distintas provincias, mas que nada en las del norte y han traído chicos acá por las guardas otorgadas allá y las adopciones la hacen acá. Hay gente que se inscribió acá que nunca pudo acceder porque no había criaturas para entregarle. En el norte reciben criaturas, le entregan la guarda allá y, cuando cumple el período de guarda, el juicio de adopción lo pueden iniciar en su domicilio que es este, eso hemos tenido varios casos, entregas hechas en Tucumán , en Misiones, en Entre Ríos, matrimonios que se ve que se han vinculado y han conseguido chicos allá con intervención de la justicia de esos lugares..".*

Adoptantes entrevistados

*Adoptante 1 "...todo el mundo te dice "vayan a Misiones", porque en Misiones son todos rubios de ojos celestes. Bueno fuimos..."*

Adoptante 2:

*"... A todo esto nosotros teníamos no solamente la gente que te decía vayan a tales lugares, todos por izquierda..."*

También existe el tráfico de niños,<sup>15</sup>

En cuanto al tráfico de niños una entrevistada relató:

*"... La jueza de Posadas un espectáculo, un sol, divina, nos contaba que ese mismo día había sacado a un chiquito de un avión que lo habían comprado para llevárselo a Europa y ella lo detectó y lo sacó..."*

### **Reflexiones y tentativas provisionarias de respuestas.**

Retomando la doctrina de Pasquino acerca del examen de modernización política a nivel de la población surge la pregunta ¿Qué lugar ocupan los niños?, ¿Son parte de la comunidad política? Pareciera que son súbditos, no solo de la autoridad estatal, en cuanto dispone de ellos según criterios que aun no han sido clarificados, sino también de los adoptantes.

---

<sup>15</sup> Distintas ponencias presentadas en Congresos Internacionales y Nacionales de Derecho de Familia informan acerca de estos hechos.

Una interpretación posible a partir de las respuestas dadas por los informantes claves citados es que al niño, se lo priva, a través de las prácticas que fueron mencionadas, de los derechos que le son inherentes. Que el niño sea adoptado legalmente implica el respeto y garantía de todos sus derechos. De lo contrario el niño vale por lo que será, por lo que llegará a ser, no por lo que es; sólo tiene derecho al futuro. Es el futuro ciudadano, no un ciudadano.<sup>16</sup>

Nos encontramos entonces con dos extremos, el poder de las ganas y del querer, tratando mediante distintos criterios de selección de controlar la naturaleza.

Como mencioné al inicio de este trabajo, la segunda noción guía teórica utilizada y aplicada ha sido el enfoque clásico de la sociología jurídica. Comencé a plantear mis inquietudes y análisis sociológicos jurídicos dentro del marco de una nueva noción: "calidad de vida"(concepto que aparecía reiteradamente en la bibliografía sobre bioética mas no así en la de adopción).<sup>17</sup>

Fue allí donde surgió mi inquietud respecto de la posible aplicación del modelo de principios bioéticos, para el análisis de los casos de adopción, dado que se ponen en evidencia situaciones sociales, económicas críticas que impactan directamente en el estado de salud de las personas que pasan por esta experiencia.

El principio de autonomía y su regla derivada el consentimiento informado serían utilizados como un marco referencial. Así concluí que la legislación de adopción al no permitir, y en consecuencia los jueces tampoco, a la madre o familia de origen la selección de los adoptantes, vulneran el principio de autonomía. En situaciones de pobreza el consentimiento prestado se hace dudoso. No están informadas de sus derechos, por empezar muchas veces no tienen representantes legales, están sin trabajo, mal alimentadas, tienen problemas psiquiátricos, falta de contención familiar o de una pareja, y tantos otros

---

<sup>16</sup> En la década del '90 el concepto "ciudadanía" se ha convertido en una palabra que resuena todo lo largo del espectro político. "...el concepto de ciudadanía parece integrar las exigencias de justicia y de pertenencia comunitaria... El concepto de ciudadanía está íntimamente ligado, por un lado, a la idea de derechos individuales y, por el otro, a la noción de vínculo con una comunidad particular. ... No es sorprendente pues, que haya cada vez mas invocaciones a una "teoría de la ciudadanía" que se ocupe de la identidad y de la conducta de los ciudadanos individuales, incluyendo sus responsabilidades, roles y lealtades. Kymlicka Will y Wayne Norman, El retorno del ciudadano, en Ciudadanía el Debate Contemporáneo, en Ágora, Cuadernos de Estudios Políticos, Invierno de 1997, N° 7, págs. 5 a 42.

<sup>17</sup>También fue utilizada La noción de calidad de vida que surge del libro Calidad de Vida. Sen Amartya y Nussbaum (compiladores de los trabajos que sobre este término realizaron economistas y filósofos)se recomienda su consulta.

El resultado del análisis de sentencias nacionales de adopción, entrevistas a jueces de familia, a adoptantes y a personas que participan en "el proceso civil de familia"<sup>18</sup> que se inicia con la entrega, voluntaria o no de la "familia de origen", de un niño en guarda -con fines de adopción- y finaliza con la sentencia que dictamina la adopción del mismo nos permite verificar que las madres que entregan en adopción, o familias de origen, forman parte del escenario social denominado "franjas de pobreza", son mujeres que carecen no solo de recursos económicos, aparecen también necesidades referidas a la salud, a la educación, a factores sociales: no tienen maridos, pareja estable, no se las acepta dentro de la familia.

La excepción establecida en el artículo 317 inc. a del Ccivil, con relación al consentimiento necesario o no para otorgar la guarda de un menor, es decir la discrecionalidad otorgada a los jueces en cuanto a la posibilidad o no respecto de citar a los progenitores de origen del niño, es violatoria del principio de la defensa en juicio de la persona y de sus derechos. Art. 18 de la CN.

De la aplicación del art. 317 requisitos para otorgar la guarda y del art. 321 del código civil para el juicio de adopción surge que los jueces consideran relevantes:

**Aspectos materiales** de los adoptantes y de la familia de origen: situación económica, laboral, si tienen vivienda, casa, departamento e informes ambientales

Surgen referencias a las **condiciones físicas, psicofísicas**, con expresiones como la de ser jóvenes, sanos, no estar desgastados psíquicamente, no tener muchos años de tratamiento, bien **alimentados**

**Aspectos afectivos, amor, contención,** y de **estabilidad de los vínculos**, de pareja, familiares o del niño y su **integración**, los **deseos**.

**Aspectos Sociales: matrimonios, parejas, mujeres solas.**

**Aspectos que hacen a la educación, si son universitarios, si van a poder mandar a los chicos a la escuela.**

**Todas las evaluaciones se hacen teniendo en consideración EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, es decir:**

**Necesidades y características de los chicos, del bebe, determinan el concepto.**

**cada chico es distinto, cada necesidad es distinta**

**ver que es lo mejor**

**Concepto de difícil precisión**

**Caso concreto.**

---

<sup>18</sup> Incluye el proceso cautelar denominado "protección de personas".

¿Que aspectos de la condición humana de una persona o grupo familiar se consideran fundamentales?

Respuesta las condiciones familiares personales económicas, y todas aquellas que la OMS considera que integran el concepto salud es decir las condiciones bio –psico sociales y espirituales, también condiciones ambientales.

¿Cuáles son los argumentos que utilizan los jueces para saber cual forma de vida es mejor que otra para la persona o grupo? La respuesta está en los criterios de selección y en el contenido de interés superior del niño.

¿aumentan los jueces con sus decisiones la calidad de vida de los futuros beneficiarios colaboran al menos a ello?

Si bien la palabra no se utiliza en las sentencias de adopción, de éstas surgen las categorías del concepto enunciado en el marco referencial al inicio.

En el ámbito de la adopción la legislación y su aplicación no ofrecen soluciones que permitan la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de justicia para la adopción de un niño.

Ha quedado demostrado que los derechos fundamentales de personas y grupos se encuentran vulnerados, con consecuencias como la exclusión, la discriminación, la institucionalización.

Puede resultar obvio y a la vez poco novedoso que la pobreza esté presente en este sector de la población que se analiza y que se denomina familia de origen, o niños en situación de ser adoptados. También puede resultar obvio y poco novedoso que en la CN estén incorporados los instrumentos internacionales de DH, o que la función de los jueces sea la de garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Mas aún puede resultar obvio y poco novedoso que todas estas situaciones sean "sentidas" o "vividas" o padecidas" como injustas.

Además puede resultar obvio que el principio de la no discriminación sea uno de los pilares del Estado de Derecho.

Todas estas obviedades son por cierto parte del mapa social de la Argentina, son las distintas formas de vida que la componen, son y hacen a nuestra idiosincrasia como sociedad.

Finalmente si el campo de la administración de justicia es donde se define la vigencia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas, donde se prueba si las libertades y garantías enunciadas en los diferentes instrumentos de derecho internacional tienen o no aplicación real al interior de las comunidades humanas”, entonces todo lo anteriormente desarrollado nos permite observar el estado actual de los derechos y garantías en el instituto de la adopción.

El Estado como garante de los derechos de sus ciudadanos y fundamentalmente de aquellos reconocidos en nuestra CN incrementados por los Instrumentos Internacionales de DH no deja de enfrentar los dos problemas fundamentales que surgen del estudio de la modernización: por una parte la tentativa del hombre de querer controlar la naturaleza y de sujetarla a sus necesidades y por la otra el esfuerzo perenne para ampliar el ámbito de elecciones políticas y sociales para el mayor número de personas.

#### **BIBLIOGRAFÍA CITADA. Fuentes primarias y secundarias.**

- Desgrabaciones de entrevistas realizadas a Jueces, Asesores, psicólogos y adoptantes.
- Capelletti Mauro Acceso a la justicia, Revista del Colegio De Abogados de La Plata, N° 41, Buenos Aires, 1981.
- Correa Sutil, Jorge, Formación de jueces para la democracia, en Revista de Ciencias Sociales, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, N° 34-35, Primer y Segundo Semestre de 1989-1990, Valparaíso, Chile.
- Dolto, Françoise, Cap. 4: El encierro, en La causa de los niños, Ed Paidós, Buenos Aires 1996.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, De los llamados requisitos “rígidos” de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia Italiana y Argentina, JA 16/ 09/ 88.
- Kymlicka Will y Wayne Norman, El retorno del ciudadano, en Ciudadanía el Debate Contemporáneo, en Ágora, Cuadernos de Estudios Políticos, N° 7, Invierno de 1997.
- Mackinson Gladys, La Magistratura Argentina a través de la investigación empírica, en Entre la utopía posible y el desarraigo, Ed. ESD, Buenos Aires.
- Medina Graciela, “La guarda de hecho y la Adopción”, en Revista Jurisprudencia Argentina N° 6107, Setiembre 1998.

- Lyotard, J.F.. La condición posmoderna. Informe sobre el saber. Editorial Planeta Agostini, España, 1989.
- Massini Correas, Carlos I. Algunas precisiones semánticas sobre la noción jurídica de discriminación. E.D. t. 189, 2000.
- Medina Graciela, "La guarda de hecho y la Adopción", en Revista Jurisprudencia Argentina N° 6107, Setiembre 1998.
- Mendez Juan E.. Acceso a la justicia y Equidad, Estudio en siete países de Latinoamérica, Banco Interamericano de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2000.
- Moro Alfredo Carlo, Manual de derecho del menor, Ed. Il Mulino, Italia, 2006.
- Nussbaum, Martha y Sen, Amartya, (compiladores), La Calidad de Vida. Ed. FCE., México, 1996.
- Pasquino, Gianfranco. Modernización en Bobbio, Mateucci y Pasquino. Diccionario de Política. T.2, Suplemento. Siglo XXI, Madrid, 1998.
- Picó Josep, Modernidad y Postmodernidad. Alianza Editorial, Madrid, España 1994.
- Rottleuthner Hubert. Sociología de las ocupaciones jurídicas. S/r
- Tonucci, Francesco, La ciudad de los niños. Un modo nuevo de pensar la ciudad, Ed. Losada, Buenos Aires, 1996.