

Título: Una sentencia acorde con el interés superior del niño pero un proceso muy alejado de él

Autor: Groisman, Eliana G.

Publicado en: RDF 2013-II, 01/04/2013, 190

Cita: TR LALEY AR/DOC/5010/2013

Sumario: I. El caso. II. Los fundamentos. Un proceso claramente alejado del mejor interés del niño. III. Conclusiones

(\*)

En el imaginario existe la idea de que hay un montón de chicos pobredisponibles para ser adoptados. La deconstrucción de este discurso cuesta mucho, porque quienes lo promueven tienen recursos y tienen medios de comunicación. Dra. Laura Musa, asesora general tutelar de la Ciudad de Buenos Aires y Directora de la Fundación Sur Argentina, Télam, 20/5/2012

#### I. El caso

El 24/10/2006 nace S., hijo de G. F. y padre desconocido. El hospital donde nace el niño solicita la intervención de la justicia de familia, teniendo en cuenta el estado de salud de la madre y del niño. Se acredita en la causa que la madre padece de epilepsia y vive en condiciones socioambientales de alto riesgo, en un marco de indigencia y exclusión social. La vivienda que habita no cuenta con sanitarios. Su madre también presenta epilepsia; la progenitora del niño padece debilidad mental, dificultad en el control de los impulsos, sintomatología hipocondríaca y deterioro cognitivo, se encuentra limitada para el ejercicio del rol materno. El niño padece miocardia hipertrófica, metabopatía en estudio y anemia.

A menos de dos meses se declara el estado de adoptabilidad del niño y el 29/12/2006 se entrega al matrimonio Z. y S. la guarda de S. En febrero de 2007 se presenta el tío materno del niño S. y su esposa, que solicitan la guarda judicial de S. El juez de primera instancia no hace lugar a la guarda solicitada.

Apelada la decisión, la Cámara Civil de Apelaciones anula la decisión que declara el estado de adoptabilidad del menor y que rechaza la guarda judicial solicitada por los tíos por no encontrarse debidamente notificada a la progenitora la resolución que declaró el estado de adoptabilidad. Ordena la remisión de la causa al juez subrogante para que sustancie la causa. El 26/9/2008 se celebra una nueva audiencia ante el juez a la que comparecen la progenitora y los tíos del niño S. La madre biológica expresa su negativa respecto de dar a su hijo en adopción. Se produce nueva prueba ofrecida por las partes.

La asesora de menores dictamina en el sentido de denegar el pedido de guarda formulado por el matrimonio de los tíos paternos. Se dicta sentencia de primera instancia que no hace lugar al reintegro de S. a su progenitora ni a la guarda del niño peticionada por sus tíos. Declara que la situación de S. se encuentra en la hipótesis del art. 325, inc. c), CCiv., que habilita el otorgamiento de la adopción plena. Dicha decisión es apelada por la progenitora y por los tíos de S.

La segunda Cámara de Apelaciones dicta sentencia en la que acoge parcialmente el recurso interpuesto, modificando la adopción plena en simple. Concluye diciendo que la modificación de la situación del niño, luego de casi cinco años con su actual familia adoptante, de las traumáticas circunstancias bajo las que nació, del dictamen de las personas que asesoran, el informe del equipo interdisciplinario de adopción, el diálogo con la asesora de menores, no sería conveniente su desvinculación de dicha familia. Con respecto al tipo de adopción, señala que se debe acudir a la adopción simple.

En contra de esta sentencia, la progenitora G. F. y los tíos maternos interponen recurso de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Mendoza. Señalan los apelantes que la sentencia es violatoria del principio del interés superior del niño, de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley, del derecho de defensa y del debido proceso. Manifiestan que el niño no ha sido declarado en estado de adoptabilidad por haber sido declarada nula la resolución, lo que implica que la progenitora mantiene los derechos derivados de la patria potestad, de la que nunca fue privada, y pese a ello se otorga la adopción simple al matrimonio Z. y S., lo que implica una anomalía. Concluyen diciendo que la adopción dispuesta viola la Convención sobre los Derechos del Niño y lo dispuesto en la ley 26.061, que consagra el derecho del menor de crecer y permanecer en la familia de origen.

La Suprema Corte de Mendoza rechaza el recurso de inconstitucionalidad con los siguientes argumentos:

a) El estado de salud físico y psíquico de la madre y los informes que dictaminan que ella no se encuentra en condiciones de ejercer el rol materno.

b) Las condiciones socioeconómicas en que se encuentran la progenitora.

c) Cuestionan la idoneidad de los tíos maternos.

- d) Que los recurrentes se domicilian en Neuquén y que no conocen al niño.
- e) La estabilidad del niño S. en la familia adoptiva.
- f) El informe de la asesora de menores.
- g) El mejor interés de S.

## II. Los fundamentos. Un proceso claramente alejado del mejor interés del niño

### 1. Primera instancia. Decreto de adoptabilidad basado en el estado de pobreza de la madre

Del relato del caso expuesto se deduce el proceso desde su comienzo denota irregularidades, injusticias, violación del derecho al principio de igualdad ante la ley y el debido proceso. El juez de primera instancia decreta el estado de adoptabilidad y le entrega el niño en guarda preadoptiva al matrimonio Z. y S. a los 64 días de nacido. Es decir, al juez le fue suficiente conocer que la progenitora padecía epilepsia —enfermedad que no es incompatible con el desempeño del rol materno— y que vivía en condiciones socioambientales de alto riesgo, en un marco de indigencia y exclusión social, para decretar el estado de adoptabilidad del niño S.

Vale la pena aclarar que para ese momento aún ningún informe daba cuenta de que, a pesar de la epilepsia de la madre, ello le impedía ejercer el rol materno. Por lo que debemos inferir que el niño simplemente fue decretado en estado de adoptabilidad por haber nacido de una madre indigente.

El párr. 76, opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la condición jurídica del niño dice: "La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención...", y el párr. 77 concluye: "El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinadas en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso la separación debe ser excepcional y en todo caso temporal".

En países como el nuestro, donde la pobreza se ha transformado en un fenómeno estructural en importantes capas de nuestra sociedad, no hay que olvidar que la falta de recursos económicos viene acompañada de carencias educacionales, que también hacen a la posibilidad o no de asumir el rol de padre o madre de manera idónea y, por consiguiente, a la necesidad de un acompañamiento de parte del Estado para efectivizar este derecho <sup>(1)</sup>.

El juez de primera instancia, lejos de haber ordenado una "disposición del menor" que, con el argumento de proteger, ordene "un cambio de guarda" a un macro-instituto o en "un pequeño hogar", la intervención judicial tendría que haberse limitado a exigir a otros funcionarios gubernamentales y miembros de la comunidad el cumplimiento de incumbencias legítimas a su cargo, desentendiéndose así —de inmediato— del problema de naturaleza asistencial-social llegado a su consideración, por no ser de su competencia <sup>(2)</sup>.

Como expresa Mariela Vicel: "...Excede los límites de este trabajo plasmar lo advertido en la práctica judicial respecto de los actos de los organismos estatales que, esgrimiendo 'el riesgo en que se encuentra el niño/a', sistemáticamente interfieren en la vida familiar mediante acciones que en nada aportan a la superación del conflicto motivo de intervención, soslayando la opinión de los progenitores u otros adultos relevantes afectivamente para el sujeto de derechos. Y lo más grave: requiriendo medidas judiciales sustitutivas de otras de corte administrativo, generalmente vinculadas a derechos económicos sociales y culturales, que de implementarse como corresponde implicaría nada menos que el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado" <sup>(3)</sup>.

Sobre este punto, la Ley de Protección Integral es clara y no da lugar a interpretaciones. En el párr. final, del art. 11, se afirma que "sólo en los casos en que ello sea imposible [aludiéndose a la permanencia en la familia de origen] y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley".

### 2. Nulo trabajo por parte del tribunal y del asesor de menores por intentar bucear dentro de la familia ampliada

Ninguna acción tendiente a verificar si el niño podía quedar a cargo de la familia extensa fue realizada por el Ministerio Pupilar ni por el juzgado a cargo. A un mes después de que el niño S. fuera entregado en guarda a los pretendidos adoptantes se presentó el tío materno con su esposa reclamando no sólo la guarda del niño sino, a su vez, ofreciendo hacerse cargo de la progenitora a fin de resguardar el vínculo materno-filial.

Lejos de valorar y de tener como prioridad el derecho familiar, la permanencia en la familia de origen y el vínculo de sangre, el juez hace que el niño se pierda en el expediente y en el tiempo, con un resultado inevitable.

La celeridad impulsada para entregar en guarda preadoptiva a un matrimonio extraño a sólo 64 días del

nacimiento, luego desapareció, llevando el caso a dilaciones inusuales, cuando la progenitora y la familia extensa quisieron hacer valer sus derechos.

"...La marcada excepcionalidad de la adopción exige una mayor presencia estatal en la erradicación de los flagelos sociales que causan marginación y exclusión (para garantizar efectivamente la desjudicialización de la pobreza y el fortalecimiento familiar). Por ende se alumbra palmariamente la insuficiencia y debilitamiento de la autonomía de la voluntad y correlativamente del principio dispositivo en los procesos de guarda y de adopción, con un mayor protagonismo del juez ex officio. Se debe garantizar plenamente la participación de la familia ampliada con expresa legitimación sustancial constitucional. Tales principios jurídicos gobiernan y son los que por estos días definen el nuevo orden público en la materia..."<sup>(4)</sup>.

La reforma del Código Civil propone en materia de adopción lo siguiente:

Art. 595: "Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada..."

Luego, el art. 607: "Supuestos. La declaración judicial del estado de adoptabilidad se dicta si: ...b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que su hijo sea adoptado y el organismo administrativo competente agotó las medidas tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, durante un plazo máximo de 90 días contados a partir de la manifestación. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los 45 días de producido el nacimiento; c) se comprueba que las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de 180 días".

Es decir, de encontrarse vigente la nueva ley, el juez de primera instancia debió haber agotado todas las posibilidades dentro de la familia ampliada del niño durante 180 días y luego, entonces, decretar el estado de adoptabilidad. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el juez, a menos de 60 días, decretó la adoptabilidad del niño, sin haber intentado buscar familiares que puedan hacerse cargo. Y a los sesenta y cuatro días de nacido el niño ya estaba en brazos de un matrimonio de aspirantes a la adopción. Sin perjuicio de que más allá de que la reforma hoy no se encuentra vigente, la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 sí se lo exigían.

Como señala Victoria Famá al referirse a la ley 26.061: "Esta nueva iniciativa legislativa también recepta otro de los rasgos definidores de la doctrina de la protección integral: el protagonismo de la familia (tanto de origen como la ampliada o extensa) para la efectiva defensa y protección de los derechos de niños y adolescentes. ...Y este tema se encuentra íntimamente emparentado con el primer eje propuesto: el Estado como garante de derechos. Es decir, es sobre el Estado donde recae la obligación de adoptar todas las medidas que estén a su alcance de diversa índole (administrativas, legislativas y/o judiciales), con el fin de brindar a los padres u otras personas referentes de niños y adolescentes las herramientas necesarias para que éstos puedan cumplir con el deber de cuidado que les es propio"<sup>(5)</sup>.

### 3. Segunda Cámara Civil de Apelaciones

La Cámara anula la decisión que declara el estado de adoptabilidad del niño S. y que rechaza la guarda judicial solicitada por los tíos por no encontrarse debidamente notificada a la progenitora la resolución que declaró el estado de adoptabilidad. Se ordena la remisión de la causa al juez subrogante para que sustancie la causa.

### 4. Juez subrogante

Recibida la causa ante el juez subrogante, se llama audiencia el 26/9/2008. Es decir, casi dos años después de que el niño se encontraba en guarda del matrimonio Z. y S. En vez de ordenar el juez el inmediato retorno del niño a su familia de origen y, entonces, sustanciar la causa, abrir a prueba, realizar las audiencias pertinentes y recibir los informes. El juez mantiene la guarda a pesar de que el decreto de adoptabilidad había sido declarado nulo y, por lo tanto, la progenitora seguía ejerciendo todos los derechos derivados de la patria potestad.

Mientras en forma irregular el matrimonio Z. y S. continúa criando al menor, se rinde nueva prueba ofrecida por las partes. De ella resulta la pericia psiquiátrica efectuada a los tíos, en que el profesional actuante señala que "impresionan comprometidos en relación a la atención de las necesidades afectivas y materiales de la madre y su hijo demostrando interés por preservar el vínculo materno filial... Se advierte escaso registro respecto de la existencia de limitaciones psíquicas por parte de la misma. Esto podría constituir una limitación en cuanto al nivel de alarma respecto de posibles situaciones de riesgo tanto para la progenitora como para su hijo".

De la pericia psíquica realizada a la progenitora concluye que padece oligofrenia en grado de debilidad mental definida. Dificultad para abstraer, comprender y valorar la realidad, dificultad para aprender y adaptarse

a situaciones nuevas; no es apta para valerse completamente por sí misma y requiere supervisión de un tercero.

Se realiza una encuesta ambiental en el hogar de los tíos en su vivienda de Neuquén y se informa que no surgen cuestiones que impidan que se hagan cargo del niño, aparece como un grupo familiar integrado y contenedor material y afectivo de sus miembros.

No me detendré en el informe realizado en la pareja adoptante, que fuera favorable, porque no hacen al presente comentario.

Para el momento de las pericias ya habían transcurrido más de tres años que el niño se encontraba al cuidado de los aspirantes a adopción. La asesora de menores se pronuncia en el sentido de denegar el pedido de guarda formulado por los tíos. Se dicta sentencia de primera instancia que no hace lugar al reintegro de S. a su progenitora ni a la guarda del niño peticionada por sus tíos. Asimismo, se declara que la situación jurídica de S. se encuentra comprendida dentro de las hipótesis del art. 325, inc. c), CCiv., que habilita el otorgamiento de la adopción plena.

Ninguno de los funcionarios intervinientes procede de manera tal de intentar que S. permanezca en la familia de origen. Ya sea con su progenitora o con sus tíos. La pasividad y la inacción fueron las protagonistas durante el proceso.

El derecho a la vida familiar tiene hoy pleno reconocimiento en el ámbito internacional, regional y nacional; se aprecia no sólo como una obligación pasiva, de no intromisión o respeto por parte del Estado, sino como una obligación positiva, es decir, un deber de favorecer, incentivar y fortalecer los vínculos familiares. En este sentido, el reconocimiento de la familia como elemento básico de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, consagrado por los arts. 16.3º, Declaración Universal; VI, Declaración Americana; 23.1º, PIDCyP, y 17.1º, CADH (6).

Queda claro que los jueces de las diferentes instancias, como la asesora de menores, nada hicieron en pos del derecho humano de S. de convivir con su familia de origen; tenían la obligación de hacerlo y sin embargo no sólo se mantuvieron pasivos sino que también rechazaron la propuesta de los tíos maternos a pesar de que los informes eran positivos respecto de ellos.

##### 5. Segunda Cámara Civil de Apelaciones

Al volver a la Cámara tras la apelación de la progenitora y de los tíos, ésta acoge parcialmente el recurso de apelación interpuesto modificando la adopción plena, dispuesta en primera instancia, en una adopción simple.

Sus argumentos se sintetizan en que "no es atendible el agravio que le causa la actual situación de S. —permanencia de cinco años con su familia adoptiva y desvinculado de su familia de sangre—...". Continúa diciendo que "cualquier juez habría canalizado la situación del niño por los carriles que utilizó la Magistrada aludida. El niño no podía contar con su madre y no se había presentado ninguna persona en condiciones de acoger el bebé de su familia de sangre o de cualquier otro vínculo".

Para el momento en que el juez de primera instancia entregó en guarda a S. a la pareja de adoptantes, a sólo 64 días de su nacimiento, ninguna pericia informaba que la progenitora no podía ejercer el rol materno. En todo caso, que tenía limitaciones.

Y tan sólo un mes después se presentaron los tíos maternos requiriendo la guarda y el reintegro del niño juntamente con la madre. Por lo tanto, sí se presentaron personas en condiciones de acoger al bebé, en forma temporaria.

Por lo demás, cabe resaltar que ninguna investigación o citación previa fue realizada por el tribunal o por la asesora de menores a fin de que S. no se desvincule de su familia de sangre.

Luego, la Cámara continúa expresando que la pericia psicológica a los tíos no implica una diferencia cualitativa que deje en absoluta preeminencia su posición de guardadores. ¿Acaso se encuentran en igual plano los pretensos adoptantes que la familia de sangre? La preeminencia a priori está dada por el art. 9º, CDN, y por la ley 26.061, que prefieren y reclaman que el niño permanezca en la familia de origen. No se trata de comparar los tíos con el matrimonio adoptante, simplemente de respetar el derecho humano de S.

Peor, aún, refiere la Cámara: "Aun cuando se considere que tanto los guardadores actuales como los tíos de S. satisfacen las expectativas futuras del niño, corresponde hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego del sujeto más vulnerable y necesitado de protección". No explica la Cámara, ni fundamenta, cuáles son los intereses en juego.

Como explica la Dra. Kemelmajer de Carlucci en la nota citada, la separación del niño de su familia no constituye una injerencia ilícita cuando un tribunal atento y respetuoso explica por qué la solución equilibra

todos los derechos en pugna y de qué modo esa adopción no penaliza ni sanciona a padres vulnerables, sino que es el instrumento adecuado para que el niño desarrolle su personalidad en esa familia.

Finalmente, la única respuesta que fundamenta mantener al niño S. con los pretendidos adoptantes es porque la modificación de la situación del niño, luego de casi cinco años con su familia actual adoptante, "...no sería conveniente su desvinculación con dicha familia". Es decir, el niño se convierte en víctima del sistema, de los tiempos perversos de los tribunales y la injerencia ilícita de los funcionarios.

Se sostuvo desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. ...Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver nugatoria y perjudicial para los intereses del niño L. M., cualquier decisión en contrario"<sup>(7)</sup>.

#### 6. Sentencia de la Suprema Corte de Mendoza

Comienza sus considerandos señalando que, de los antecedentes de la causa, la madre del menor:

- a) padece graves problemas de salud, físicos y psíquicos;
- b) la situación socioeconómica calificada de alto riesgo.

Con relación al punto de los problemas de salud y psíquicos de la madre, la ley 26.657 establece que "los inhabilitados tienen plena capacidad para ejercer todos los derechos inherentes a su vida familiar, aun cuando los mismos tuvieren consecuencias de tipo patrimoniales... que estos efectos surgen directamente de la ley y no constituyen actos de disposición. Pueden entonces, contraer matrimonio, reconocer hijos, impugnar su paternidad, adoptar, divorciarse o separarse personalmente, etcétera"<sup>(8)</sup>.

En el caso de referencia, la progenitora jamás fue declarada incapaz, por lo que con mayor razón seguía detentando todos los derechos derivados de la patria potestad.

Por lo demás, la sentencia menciona que el delicado estado de salud, tanto físico como psíquico de la madre, no es un dato menor, irrelevante en la resolución de la causa. Todos los estudios y las pericias realizadas coinciden en que ella no se encuentra en condiciones de ejercer el rol materno.

Al respecto, señala la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en la nota referida que la ley específica de salud mental parte del presupuesto de la posibilidad de que la madre observe mejorías sustanciales.

Con relación a la situación socioeconómica, calificada de alto riesgo, me remito a lo ya indicado supra: ese argumento jamás puede constituir fundamento para separar a un niño de su familia, tratándose claramente de una injerencia ilícita del Estado.

La Corte luego refiere que si bien se presentan los tíos maternos, lo hacen con posterioridad al tiempo pertinente, por cuanto S. ya había sido entregado a los pretendidos adoptantes. ¿Cuál era el tiempo pertinente? Los tíos se presentaron un mes después de que S. había sido entregado en guarda. Y a sólo tres meses del nacimiento del bebé.

¿Acaso sí era el tiempo pertinente entregar al niño a los guardadores adoptantes a los 64 días de su nacimiento cuando no se había llevado acción tendiente alguna a conocer la posible inhabilidad de la madre para ejercer el rol materno ni investigación alguna o citación de la familia extensa?

La Corte justifica el accionar del juez de primera instancia por el alta solicitada por el hospital; sin embargo, podría el juez haber optado por un lugar de tránsito, hasta tanto agotar todas las medidas pertinentes que ameritan decretar la tan delicada resolución del estado de adoptabilidad.

Y cuando finalmente la Corte realiza la pregunta esencial del caso —que es: ¿cuál es el mejor interés para S.?— es cuando el análisis se vuelve equivocado, ya que la pregunta encierra la respuesta sin un desarrollo previo.

La pregunta completa que plantea el Tribunal Superior es ¿cuál es el mejor interés para S.?, ¿permanecer con su familia adoptiva, que se ha constituido en su "centro de vida" casi desde su nacimiento, en estos seis años de vida, y a quienes reconoce como mamá y papá o regresar con su madre, que lo reclama, y con sus tíos maternos, que pretenden la guarda judicial, que desean legítimamente hacerse cargo de él, de sus cuidados, para lo cual debería mudar su lugar de residencia a la provincia de Neuquén, donde éstos se domicilian?

Vuelve a evaluar en el caso concreto tanto el estado físico y psíquico de la progenitora, como su condición

socioeconómica mencionada. Con relación a los tíos, cuestiona su aptitud o idoneidad a pesar de que los informes glosados y la encuesta ambiental dicen lo contrario. Pero justifican dejarlo de lado por la supuesta actitud abandonada que habrían tenido respecto de la hermana y la cuñada, respectivamente. Finalmente, señala que los recurrentes se domicilian en Neuquén y que ni siquiera conocen al niño. Mención injuriosa, por cierto, al ser justamente los funcionarios los responsables de esta situación.

Señalan, por supuesto, la estabilidad de S. en la familia adoptiva, que nadie obviamente cuestiona, pero que fue creada de manera ficcional por el Estado.

Por todo lo expuesto, resuelven que el mejor interés de S. es que permanezca con su familia adoptiva; sin embargo, para conservar su vínculo biológico confirman la adopción simple.

### III. Conclusiones

Como adelanto en el título de la nota, el fallo de la Suprema Corte de Mendoza dictamina según el mejor interés del niño. Pero no puede dejarse de lado el hecho de que cuando llega a su recinto el caso ya habían transcurrido seis años desde que S. se encontraba acogido en la familia de los adoptantes.

Quién puede imaginarse arrancar a un niño de 6 años de las personas que le han dado todos los cuidados de padres y con quienes indudablemente se ha encariñado, con quienes convive desde la edad de 2 meses. Es su actual hábitat, su familia, su entorno íntimo y, sin duda, su centro de vida.

Pero al momento de llegar la cuestión a la Corte no había otra alternativa. Las alternativas estuvieron a lo largo de los seis años, a sólo tres meses del nacimiento de S. Sin embargo, el Estado, desoyendo la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la ley 26.061, empujó el proceso en dirección equivocada, de manera tal que la Corte no tuvo más remedio que convalidar un ilícito. La injerencia ilícita de todos los funcionarios intervinientes desde el principio del proceso. El Estado, que debió ser el garante de S. a fin de que pueda permanecer con su familia de origen, fue justamente quien lo separó de ella prematuramente.

Existe un verdadero derecho a vivir o permanecer con la familia de origen; toda institución que se aleje de este principio es de interpretación restrictiva. Así, la adopción de niños deviene en una figura subsidiaria. La subsidiariedad de la adopción significa, en palabras de Fanzolato, "que ella sólo debe actualizarse como posibilidad jurídica, cuando la familia biológica —nuclear o ampliada— no está determinada, o hallándose determinada, se encuentre impedida de contener en su seno al menor en las condiciones mínimas que exigen su desarrollo físico y formación integral; o cuando el grupo lo rechaza; o cuando sus padres biológicos abdican de sus funciones y responsabilidades, a través de actos u omisiones que evidencian el estado de desamparo en el que ha caído el menor"<sup>(9)</sup>.

Creo, definitivamente, que en el caso en especie, la adopción no fue subsidiaria, sino el instituto principal.

(A) Abogada, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Derecho de Familia. Docente de la Facultad de Derecho, UBA.

(1) Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa, "Familia de origen versus Familia adoptiva. De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción", LL 2011-F-225.

(2) Bokser, Mirta, Legalidades ilegítimas. Derechos humanos y prácticas sociales, Colihue, Buenos Aires, 2003, p. 79.

(3) Vicel, Mariela, "Derecho a la convivencia familiar. ¿Para quién?", RDF 2009-I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 147.

(4) Jáuregui, Rodolfo G., "Perfiles actuales de la adopción", DFyP, septiembre 2009.

(5) Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, "Crónica de una ley anunciada y ansiada", ADLA 2005-E-5809.

(6) Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa, "Familia de origen...", cit.

(7) Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa, "Familia de origen...", cit.

(8) Famá, María Victoria - Herrera, Marisa - Pagano, Luz M., Salud mental en el derecho de familia, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 638.

(9) Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, "Crónica de una ley...", cit., p. 5809.