

BIBLIOGRAFÍA

EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA ADOPCIÓN

por Marisa Herrera. (1ª edición, dos tomos de 521 y 553 páginas. Con un prólogo de la Dra. Nora Lloveras. Editorial Universidad, 2008).

*Tus hijos no son tus hijos. Son
hijos de la vida.*
(Del poeta Kalil Gibran)

Un tema: una autora. El tema no puede ser más opinable y estimulante: la identidad y la adopción. ¿Puede haber verdadera identidad fuera de la mal llamada filiación natural o biológica? La identidad en la filiación ¿afecta sólo al hijo o también a muchos otros seres componentes de la familia de sangre y de la adoptiva? ¿Puede existir o no un verdadero respeto a los derechos humanos de todos, en la construcción de una filiación adoptiva? Y si la respuesta es afirmativa ¿quiénes la construyen? Y sobre todo ¿cuáles son hoy los requisitos ineludibles para que esa construcción respete los derechos humanos y confiera una identidad aceptable?

Se necesita coraje para afrontar estas cuestiones. Y prudencia. Pero hoy en día la prudencia exige sobre todo coraje. Y la autora lo tiene, a pesar de su juventud o gracias a ella. Y a la seguridad que le da un trabajo intenso: de investigación en todas las fuentes - tanto nacionales como extranjeras -, de razonamiento inteligente, crítico y exhaustivo, y de exposición a la vez clara y erudita. Puedo dar seguridad, porque es mi nuera, de que estas virtudes de la autora que aparecen en el libro, coinciden con las que adornan su persona, junto a otras.

La paternidad y la maternidad son siempre y sin excepciones una atribución social. En ocasiones está relacionada con un hecho llamado biológico y en otros con otro hecho que es la manifestación de la intencionalidad de asumir responsabilidades de crianza. En ambos casos estos hechos deben ser pública y oficialmente aceptados por los representantes de la comunidad para constituirse en originantes de filiación. Entonces existe una “falacia del biologismo como dogma” (p. 85). La atribución social filiatoria como respuesta a un hecho biológico confiere (junto a otros factores) una identidad que la autora llama “estática”. Y la atribución social filiatoria como respuesta a la voluntad de hacerse cargo de otra vida construye (junto a otros factores) una identidad igualmente importante, que la autora llama “dinámica” (p. 81 y stes.).

Interesantísima mirada. Y agrego: las dos facetas de la identidad (estática y dinámica, sangre y adopción) confluyen *siempre* para conformar la identidad. Por que todo hijo, aún el que se cría en una familia mal llamada natural o biológica, precisa que sus padres lo adopten, como decía Octavio Fernández Moujan, uno de los pioneros en esta materia. Y todo hijo adoptado precisa tener clara su identidad estática, el proceso biológico del que (al menos supuestamente) nació.

El libro empieza bien, entonces. Pero sabemos que “siempre es bueno lo que bien termina”. Veamos, pues, como sigue. Porque es aquí donde aparece el conflicto. Por un lado, la filiación basada en la voluntad adoptiva es una atribución social altamente positiva y ejemplificante, ya que pone mejor de resalto que la relación paterno/materno-filial no es apropiatoria. El hijo no es de nadie (en todo caso, la filiación es el encargarse de proteger el crecimiento de un hijo que la vida o la especie humana dio a luz, a través de un procedimiento social que en muchas ocasiones – no todas - tiene que ver con procesos inter e intra corpóreos): eso se ve sin ocultamientos en la adopción, donde la filiación y la crianza son siempre colaborativas (colaboro con la humanidad al criar una persona nacida en una familia que pudo engendrarlo pero no criarlo; colaboro con ese hijo al encargarme de su proceso de crecimiento). Estas características, en cambio, están presentes pero menos claras en la filiación basada en atribuciones sociales originadas en hechos llamados biológicos.

Pero por el otro lado sabemos, y la autora no nos ahorra amarguras al hablar de esta verdad sin falsa retórica, con datos concretos y claridad, que la filiación adoptiva nace en el suelo de la pobreza y de la injusticia. Y entonces ¿puede una identidad dinámica estar originada en un arrebató social? ¿Puede una identidad estática quedar muerta por una extorsión masiva? ¿Puede suceder todo esto y no afectar a la identidad concreta del hijo, pero también a la de los miembros de las familias de origen y de adopción?

Afronta la autora esta profunda cuestión viéndola y estudiándola con un instrumento muy sensible: los derechos humanos. Y es así como luego del vasto “Marco introductorio” (cap. I) en el cual todos los temas quedan planteados, se abre un capítulo sobre “Derechos sociales, identidad y adopción” (cap. II). Y en él se analiza a través de la ley, la doctrina y la jurisprudencia nacionales y extranjeras, el derecho de todo hijo a ser criado por su familia de origen y sobre todo la falacia de la familia de origen como responsable única del cumplimiento de este derecho, ya que el Estado tiene

una clara obligación de prevención y asistencia. Es la satisfacción de este deber estatal la que legitima la entrega en adopción, la que limpia el proceso de traspaso de la crianza de una familia a otra.

La autora se detiene largamente en la consideración de todas las piezas de esta mudanza. Es así como se refiere a que no es la mal llamada “madre biológica” el único sujeto-protagonista del traspaso, sino la entera familia de origen la que debe participar en el mismo (p. 270). No para presionarla a que retenga el hijo (la autora es muy clara a este respecto, ya que no tiene dudas sobre que el crecimiento sano de éste puede darse siempre en el lugar donde haya generosidad en la protección, y que en esto la familia de origen no lleva ventaja al niño con respecto a la adoptiva – conf. pág. 280), sino para que la decisión de desprenderse de él sea dentro de lo posible un acto humano, maduro, contenido y acompañado. Es toda la familia de origen (y agrego, en términos de la ley 26.061, el *centro de vida* en que el niño ha estado hasta entonces, sea o no el grupo que hasta hace poco llamábamos familia) la que debe ser sujeto de los derechos sociales que legitiman la entrega en adopción y por tanto crean las condiciones para la construcción de una identidad sana.

Es este acto de desprendimiento el que la autora discute largamente en el capítulo III, llamado “El consentimiento informado en la adopción”. Este consentimiento no es un acto, es un proceso y como tal debe ser coordinado, protegido y encaminado (p. 359). La autora aplica la doctrina del consentimiento informado a la entrega en adopción y lo hace con cuidado, sobre todo teniendo muy presente que ese consentimiento puede ser superficialmente informado pero no real, porque las situaciones concretas de pobreza pueden impedir el acto de libertad. ¿Y qué pasa cuando ese consentimiento es dado fuera de los despachos oficiales, y origina la llamada “guarda de hecho”? ¿Qué cuando se otorga en estado puerperal? ¿Qué cuando la madre y/o el padre son menores de edad, o incapaces? ¿Cuál es el lugar de la familia de origen? El derecho comparado y el nuestro, largamente estudiados y críticamente expuestos, no bastan a la autora. Ella siente la necesidad de elaborar propuestas, y como tales las deja a consideración de los estudiosos.

Confieso que cuando pasé a leer el segundo tomo de esta obra lo comencé sin demasiadas esperanzas. El primero me había apasionado tanto que difícilmente el segundo me convencería, pensaba. Además el título del capítulo IV con que se inicia: “Identidad y tipos de adopción” me traía la idea

de volver a leer lo que tanto se ha dicho sobre adopción simple y plena. Pero no fue así. Se trata de un capítulo absolutamente central. Visto desde la construcción de la identidad, la autora analiza aquí a fondo preguntas que otros se han hecho ya (¿es constitucional la adopción plena?, por ejemplo), pero además y sobre todo aporta sus propias ideas, fundamentadas aunque abiertas y opinables. Y esto se transforma en la parte más interesante del capítulo y quizás una de las más notables de la obra: ¿cómo imaginar y proyectar una adopción plena más abierta a cambios ocurridos con posterioridad a su concesión (relación personal entre el hijo adoptivo y su familia de sangre; alimentos entre ellos; derechos sucesorios, etc.)?; ¿podría ser revocable la adopción plena sin menoscabo de su fortaleza vinculatoria?; ¿podría abrirse la posibilidad de cambiar una adopción de simple a plena?; ¿podría hablarse de una “filiación aditiva” en lugar de una filiación “excluyente”? (págs. 47, 51, 60 y 67). Todo ello sin perjuicio de revalorizar legalmente a la adopción simple (pág. 69), quizás la más perfecta desde el punto de vista de la filiación como acompañamiento protectoral oblativo (pág. 69). O de la introducción de una adopción abierta, al estilo de los Estados Unidos, que merece críticas y también análisis y dudas (pág. 84). O de introducir reformas que permitan la relación entre hermanos de sangre adoptados por diferentes familias (pág. 91). Amén de dos miradas revisionistas realmente interesantes: una, la que se echa al artículo 313, segundo párrafo, del Código Civil, en la medida en que dispone que todas las adopciones hechas por una familia deben ser del mismo tipo: esta norma muestra su flaqueza vista desde el derecho a la identidad del adoptado (pág. 96). La otra, una crítica al artículo 327 de ese mismo ordenamiento, que prohíbe el reconocimiento posterior a la adopción (pág. 101).

El siguiente capítulo (el V), llamado “El derecho a conocer los orígenes de la adopción” se abre con una extensa e interesante visión filosófico-jurídica sobre el hecho de que la filiación adoptiva, al otorgar a todos sus protagonistas una identidad dinámica, no puede ni debe pretender ser igual a la filiación basada en un hecho mal llamado biológico. Esta pretendida igualdad es lo que ha llevado al “como si”, que entre sus nefastas consecuencias trae el guardar el secreto sobre el origen de sangre.

La autora entiende y a mí me parece una muy buena idea, que la aptitud para dar a conocer al hijo adoptivo su origen (o lo que se sabe de él, tema sobre el cual la autora también se explaya recomendando que los padres adoptivos sean informados acabadamente sobre esto) sea parte esencial de la

“aptitud para adoptar” por parte de los candidatos a hacerlo. La autora habla y habla bien de “prevención” en este campo, de “obligación de informar al hijo” y de “reparación” en caso de silencio o falsedad (págs. 199 a 222). En este sentido las palabras de cierre del capítulo, sobre el “derecho a la verdad”, son profundas y definitorias, aplicables en mi criterio no sólo a la adopción sino a cualquier otra relación humana intensa, dentro y fuera de la familia (pág. 265).

Claro que este derecho a la verdad choca en ocasiones con el derecho a la intimidad de la familia de sangre, que no desea que se sepa que se desprendió de un hijo. ¿Cuál de los dos derechos prevalece? La autora dedica una extensa parte del capítulo a este tema, trayendo doctrina y jurisprudencia europea y norte y latinoamericana, y analizándolo asimismo desde el derecho argentino (págs. 139 y 180 y stes.).

También es estudiado extensamente el derecho del adoptado a acceder a las fuentes que le den información sobre sus orígenes. ¿Desde qué edad puede hacerlo?, ¿por qué vías? y otras preguntas y controversias son descriptas y analizadas aquí con mano segura (pág. 222 y stes.).

Bien situado está también en este capítulo el estudio del derecho del adoptado, antes de la adopción, a ser escuchado y a consentirla, y la consiguiente obligación de los operadores en este sentido (pág. 246). Este derecho, tan significativo, cobra mayor importancia cuando se lo ve a la luz del principio de la capacidad progresiva de los niños y los adolescentes, que la autora desarrolla (pág. 153). Y va de la mano con el que se estudia en el capítulo siguiente (VI), llamado “El nombre del adoptado”.

Lejos de ser un tema periférico, la autora demuestra su centralidad, ligando en primer lugar nombre e identidad (pág. 301) y ahondando luego en lo que Ciuro Caldani llama “la participación de la persona en la construcción del propio nombre como derecho humano” (pág. 312). Esta idea, que se deriva lógicamente de la construcción antropológica que funda en forma explícita e implícita la entera obra, es proyectada luego al análisis del nombre de pila (pág. 337) y del apellido del adoptado, tanto en la adopción simple (pág. 387) como en la plena (pág. 397) y en la de integración (pág. 388), abriendo también la posibilidad de fundadas reformas a la ley del nombre (pág. 371).

El libro es, como se lo ha propuesto la autora (continuadora fiel en este sentido de la línea que abrió Cecilia Grosman en el derecho de familia), un diálogo conciente y permanente entre derecho y realidad. Ninguno de los

temas expuestos olvida la situación concreta en que la adopción se realiza: la pobreza, la diferencia de clases y de cultura, y el lugar que ocupan en el espectro social los jueces, abogados, psicólogos y asistentes sociales que operan en cada caso, etc. Permanentemente la realidad aflora, pero hay momentos en que la obra se centra derechamente en un análisis crítico de lo social, como cuando, ya en el capítulo inicial (pág. 99), se escarba sobre la ideología subyacente a la adopción y se encara el tema de la pobreza y el género, o cuando se explicita “una mirada revisionista sobre la intervención de la Justicia en familias pobres” (p. 325), o cuando se muestra, en el capítulo final de la obra (VII), “una investigación exploratoria sobre el derecho a vivir en familia de niños y jóvenes institucionalizados”.

Los que lean este libro recibirán a la vez ideas estimulantes para mover los andamiajes jurídico-familiares, vastos conocimientos del derecho internacional y local, incluyendo legislación, doctrina, jurisprudencia y prácticas sobre cada tema, recursos para el ejercicio de la profesión del abogado y de otros profesionales que también operan en el campo de la adopción (psicólogos, trabajadores sociales, educadores, etc.) y propuestas interesantes para reformar leyes, ideas y conductas. Quedarán a la espera, seguramente, de un tomo III donde se hable de la familia adoptiva y de sus aportes a la co-construcción de estos procesos de identidad.

Eduardo José Cárdenas