



Alianza entre derecho a la identidad y derecho a la vida familiar como base constitucional/convencional para repensar la adopción en clave contemporánea

(Alliance between the right to identity and the right to family life as a constitutional/conventional basis to rethink adoption in a contemporary key)

OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES VOLUME 15, ISSUE 1 (2025), 11-36: EL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR Y EL IMPACTO DE LA AUTONOMÍA Y EL AFECTO EN LA ADOPCIÓN

DOI LINK: [HTTPS://DOI.ORG/10.35295/OSLS.IISL.1940](https://doi.org/10.35295/OSLS.IISL.1940)

RECEIVED 12 DECEMBER 2023, ACCEPTED 29 MAY 2024, FIRST-ONLINE PUBLISHED 26 JUNE 2024, VERSION OF RECORD PUBLISHED 3 FEBRUARY 2025

MARISA HERRERA*

Resumen

En el presente ensayo nos proponemos repensar la centralidad del derecho a la identidad como derecho humano base o columna vertebral del sistema jurídico adoptivo en el derecho argentino. Sucede que el derecho a la identidad, si bien siempre en un contexto relacional como el que encierra la filiación, se concentra en la satisfacción y protección de las personas en tanto tales, encontraría ciertas limitaciones al profundizar sobre todas las interacciones –más allá del binarismo relacional– que involucran ciertas problemáticas contemporáneas de la adopción. A los fines de esta tarea interpelativa nos animamos a subir al ring y así disputar esta centralidad a la luz del desarrollo del derecho a la vida familiar tomándose como punto de partida los arts. 17 de la CADH y 8 de la CEDH con la consecuente interpretación dinámica que llevan adelante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave

Derecho a la vida familiar; derecho a la identidad; adopción; sistema regional de derechos humanos

El presente ensayo se enmarca en el proyecto de investigación titulado: “Las guardas de hecho y su prohibición. Un estudio sociojurídico desde el derecho contemporáneo” desarrollado dentro de la Programación Científica UBACYT 2020-2022 que se ha extendido por un año más (nos referimos al proyecto 2002019010023232BA).

* Doctora en Derecho (UBA). Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesora Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de Avellaneda. Mail: marisaherrera12@gmail.com

Abstract

In this essay we propose to rethink the centrality of the right to identity as the base human right or backbone of the adoptive legal system in Argentine law. It happens that the right to identity, although always in a relational context such as that contained in filiation, focuses on the satisfaction and protection of people as such, would encounter certain limitations when delving into all interactions – beyond the binarism. relational – that involve certain contemporary problems of adoption. For the purposes of this interpellative task, we are encouraged to get into the ring and thus dispute this centrality in light of the development of the right to family life, taking arts as a starting point. 17 of the ACHR and 8 of the ECHR with the consequent dynamic interpretation carried out by the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights.

Key words

Right to family life; right to identity; adoption; regional human rights system

Table of contents

1. Nudo crítico	14
2. Panorama de los conflictos adoptivos contemporáneos.....	16
3. El derecho a la vida familiar en el sistema regional de derechos humanos interamericano y europeo	20
3.1. Aportes desde el sistema interamericano.....	20
3.2. Vientos desde el sistema europeo.....	27
4. El derecho a la vida familiar como derecho humano amplificador	33
Referencias	34
Jurisprudencia	35
Opiniones Consultivas y otros.....	36

1. Nudo crítico

Las guardas de hecho encierran grandes dilemas en el campo de la filiación adoptiva. Estas comprometen el contacto directo de la familia de origen –por lo general, las madres como principales y únicas figuras representantes de este núcleo social primario en situación de vulnerabilidad– con quienes desean alcanzar la maternidad/paternidad a través de la adopción porque –también en general, tratándose de parejas heterosexuales– las otras fuentes filiales como son la filiación biológica o por naturaleza derivada del acto sexual o las técnicas de reproducción humana asistida por la intervención de la medicina, no arrojaron resultados positivos. ¿Cuánta autonomía, libertad o consentimiento informado observan estas mujeres en situación de vulnerabilidad para decidir los futuros padres/madres adoptivos/as de su hijo o hija? ¿Suelen ser presionadas para tomar tal decisión? ¿Por qué una contraprestación económica que mejora la calidad de vida de la madre y de su grupo familiar constituye un no argumento en clave de derechos humanos? ¿Qué papel juega el derecho de protección a la familia que recepta el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (CADH), o el derecho a la vida familiar según el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) en este tipo de conflictos en el que la desigualdad socioeconómica está muy presente, en la misma lógica que sucede en el campo de la adopción internacional? ¿De qué países provienen o pertenecen los niños y las niñas que son adoptados y a qué núcleos familiares ingresan a través de la adopción?

Estos interrogantes como otros tantos que siguen moviendo y conmoviendo a la figura de la adopción desde una perspectiva contemporánea parten de un núcleo duro en clave constitucional/convencional como lo son los derechos humanos involucrados.

Concentrada en el desarrollo teórico-práctico de lo que acontece en el derecho argentino, allí la discusión de tinte supralegal ha girado en torno al derecho a la identidad como derecho humano bisagra, principal o columna vertebral desde el cual habrían partido los grandes debates que ostenta la filiación adoptiva. Precisamente, este fue el tema de tesis doctoral de quien suscribe que dio lugar a la obra *El derecho a la identidad en la adopción* allá por el año 2006. Han pasado casi 20 años de ese desarrollo teórico con claro anclaje práctico tal como surge de manera precisa de la mayoría de las modificaciones que observa el régimen jurídico de la adopción a raíz de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación acontecido el primer día de agosto del 2015. Sucede que varias de las propuestas esgrimidas en aquella obra se hicieron presente en esta reforma legislativa cuya base responde a la satisfacción del derecho a la identidad y lo que éste revolucionó en clave interna todo el derecho argentino como derecho humano central en el marco de las políticas de Memoria, Verdad y Justicia y la consecuente búsqueda de reparación pacífica de la tristísima y negra historia vivida por la Argentina durante la última dictadura cívico-militar.¹

Como se dijo, han pasado casi dos décadas. ¿No es momento para revisar dichas bases constitucionales-convencionales? Este es el objetivo del presente ensayo.

¹ Al momento de la revisión de este escrito, en la Argentina ha triunfado un gobierno negacionista, siendo incierto el futuro en lo que respecta a las grandes conquistas legislativas y, principalmente, de sentido, que se han desarrollado en torno a idea de reparación profunda que encierra esta revisión histórica que ha arrasado la vida de 30 mil detenidos y desaparecidos.

¿El derecho a la identidad continuaría siendo el derecho humano-base desde el cual es dable dar respuesta a todas las conflictivas sociojurídicas que compromete la adopción desde un enfoque contemporáneo? Sucede que el derecho a la identidad, si bien siempre en un contexto relacional como el que encierra la filiación, se concentra en la satisfacción y protección de personas en tanto tales y, por lo tanto, encontraría ciertas limitaciones al profundizar sobre todas las interacciones –más allá del binarismo relacional– que involucran varias problemáticas de la adopción hoy. En otras palabras, nos animamos en esta oportunidad a poner en crisis –en su acepción positiva, como sinónimo de cambio y consecuente transformación– y así interpelar a la adopción subiendo al ring para disputar esa centralidad al derecho a la vida familiar desde una conceptualización amplia como la que recepta la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (o Corte IDH) a pesar de la regulación no tan precisa que observa el texto del art. 17 de la CADH en comparación con el art. 8 del CEDH y el desarrollo en torno a este artículo que emana de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. ¿Acaso el derecho a la identidad no se vería amplificado por el derecho a la vida familiar, compartiendo ambos el podio de derechos humanos comprometidos en materia adoptiva? Para poder responder estos interrogantes, sería hábil contestar de manera previa otra inquietud: si es posible asimilar el derecho a la vida familiar al derecho a la protección a la familia. ¿El contenido que observa el art. 17 de la CADH de conformidad con la interpretación dinámica a cargo de la Corte IDH es hábil para acompañar ese viraje en términos de centralidad del derecho a la identidad al derecho a la protección a la familia? ¿Se trataría de un cambio de columna vertebral constitucional-convencional o una complementariedad y, por ende, la necesidad de aceptar compartir tal núcleo base? ¿O, en definitiva, se debe reafirmar la centralidad del derecho a la identidad como derecho humano, bastión de la adopción?

Estos son algunos de los interrogantes que se intentarán desentrañar y/o problematizar para reavivar y así actualizar el plafón constitucional-convencional sobre el cual navega la figura de la adopción y que se traduce en una puja por tres posturas que se sintetizan del siguiente modo gráfico tripartito:

GRÁFICO 1

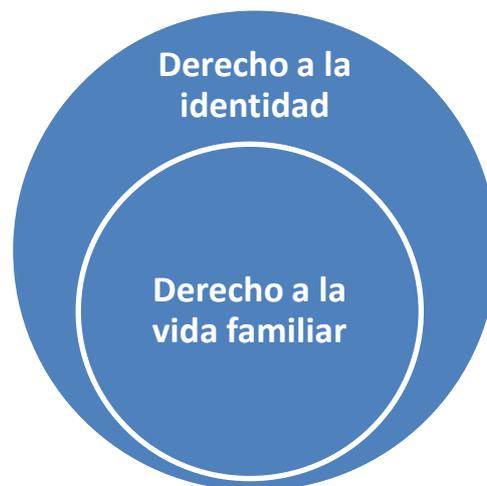


Gráfico 1. Modelo 1 que se observa en el derecho argentino.

GRÁFICO 2



Gráfico 2. Modelo 2 que se observa en el derecho europeo en atención a la jurisprudencia del TEDH.

GRÁFICO 3

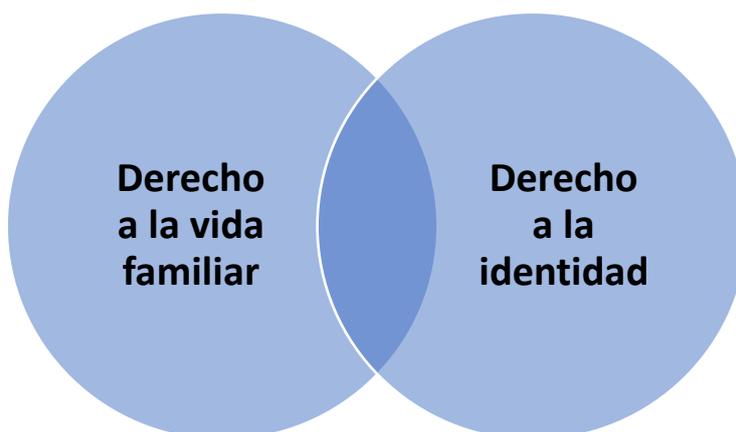


Gráfico 3. Modelo 3, el que aquí se propone.

2. Panorama de los conflictos adoptivos contemporáneos

Para poder analizar si la dimensión que encierra el derecho a la identidad con su doble faceta estática y en especial la dinámica –categorías que aún siguen vigente en el campo doctrinario teórico– es un derecho humano que aún tiene centralidad en la adopción, es necesario como punto de partida conocer el estado del arte sobre los conflictos sociojurídicos más actuales. Sucede que hace casi dos décadas –desde aquella investigación sobre el derecho a la identidad en la adopción– las conflictivas en materia adoptiva eran más tradicionales, de allí que apelar solo al derecho a la identidad podía ser suficiente. Como se verá a continuación, el margen de las conflictivas posibles se ha ampliado de manera exponencial.

Veamos, de la mano de la aludida guarda de hecho, se puede advertir la fortaleza que ostenta la noción de socioafectividad directamente emparentada con la identidad dinámica. Al respecto y como síntesis del importante papel que juega esta noción en el derecho adoptivo y, en general, en las relaciones de familia y todas aquellas situaciones

jurídicas directamente comprometidas por lazos de afecto, cabe traer a colación las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Mendoza, Argentina en septiembre del 2022 cuya comisión nº 7 sobre “Familia” se dedicó a debatir y profundizar sobre “socioafectividad e interés superior de niños, niñas y adolescentes”. Allí se arribaron a pocas conclusiones por unanimidad entre ellas la referida a la conceptualización de la socioafectividad al concluirse que “[c]abe entender por socioafectividad una especie de ‘afecto’ calificado por la reciprocidad y la cercanía” (Comisión 7, Familia, 2022). Sucede que pocos términos jurídicos son tan claros y precisos desde su terminología como el de socioafectividad al exponer en su propia locución los dos elementos presentes para su configuración: lo social y lo afectivo. Tal es la centralidad de este término que algunos códigos de familia bien actuales como el Código de las Familias cubano (Ley 156/2022, 2022) que fue votado por el pueblo de manera afirmativa por más del 70%, lo eleva a rango de principio. De este modo, el art. 3 de esta novata normativa expone que:

1. Las relaciones que se desarrollan en el ámbito familiar se basan en la dignidad y el humanismo como valores supremos y se rigen por los principios siguientes: a) Igualdad y no discriminación; b) pluralidad; c) responsabilidad individual y compartida; d) solidaridad; e) *socioafectividad*; f) búsqueda de la felicidad; g) equidad; h) favorabilidad; i) respeto; j) interés superior de niñas, niños y adolescentes; k) respeto a las voluntades, deseos y preferencias de las personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad; l) equilibrio entre orden público familiar y autonomía; y m) realidad familiar. 2. A tales principios se puede recurrir, como pautas interpretativas, para el esclarecimiento del sentido de las normas y para su integración.²

Por lo tanto, la socioafectividad responde en términos de derecho humano a la identidad en su faz dinámica o cultural, por lo tanto, el carácter de bastión seguiría bien presente.

Ahora bien, las conflictivas sociojurídicas que abrazan a la adopción en clave actual son otras tantas muy disímiles como ser todas aquellas que la entrecruzan con el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y, en particular, cómo juega o incide este otro principio fundamental de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en el campo de la adopción. ¿Es necesario exigir el consentimiento para la adopción de aquellos pretendidos adoptados que cuenten con edad y grado de madurez suficiente? ¿Qué sucede si se oponen a la adopción? ¿El proceso debe concluir? ¿Cuándo se trata de la vinculación afectiva de un adolescente con una persona o pareja, sería posible que la adopción sea peticionada por la propia protagonista con su pertinente patrocinio letrado? ¿Y si el adolescente o la adolescente tiene un lazo afectivo profundo con dos personas que no son pareja, es posible que nociones como referentes afectivos se impongan por ante las concepciones clásicas que aún perduran en las estructuras legislativas de que la inserción familiar adoptiva parte de la idea de pareja en los pretendidos adoptantes?

Por otra parte, nos enfrentamos a la puesta en crisis del binarismo filial que impacta en todas las fuentes filiales, por ende, la adopción no habría quedado al margen de ello³. Es por ello que en el derecho argentino se han esgrimido planteos adoptivos que encierran

² El destacado nos pertenece.

³ Para ampliar este debate bien actual se recomienda compulsar Herrera y Fernández 2018, Ballarín 2020, Pietra 2020, Dutto 2022, entre otros.

el reconocimiento de una triple filiación. No se trata de los supuestos clásicos de adopciones integrativas, ya que aquí el o la adoptante adquiere un rol psico-social y jurídico de mayor relevancia que el progenitor biológico no conviviente. Por el contrario, los casos de triple filiación que se han planteado en el derecho argentino y que comprometen la filiación adoptiva tienen como consecuencia el reconocimiento de vínculos filiales en igualdad de condiciones o efectos jurídicos; en otras palabras, a todos les cabe el cúmulo de derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental como consecuencia del reconocimiento del vínculo filial. En este contexto, merece ser resaltado un caso particular resuelto por el Juzgado de Familia N° 10, Bariloche de fecha 15/09/2023. Se trata de un femicidio cuyo autor de este hecho aberrante se suicida, por lo tanto, la hija pequeña de esta pareja se queda a cargo de su tío materno y su cónyuge quienes detentan la guarda y al tiempo solicitan la adopción plena. ¿Cuál es la particularidad del caso? Los pretendidos adoptantes solicitan que en la nueva partida de nacimiento que se emite como consecuencia de la adopción siga figurando la madre biológica, quien no es que ha abandonado a su hija, sino que no pudo criarla al ser víctima de la violencia de género más extrema como lo es el femicidio. Por lo tanto, que en dicha partida de nacimiento no solo figuren los padres adoptivos –tío materno y su esposa– sino también que quede consignada el nombre de la madre observándose de este modo una situación de “triple filiación” más de carácter simbólica que fáctica, en atención al fallecimiento de la madre biológica y, por lo tanto, la imposibilidad de llevar adelante una parentalidad triple. Además, se solicita la modificación del segundo nombre de la niña por el nombre de pila de la madre como otro modo de reconocer y no silenciar la historia y el vínculo biológico, jurídico y afectivo entre ellas. Ambas peticiones fueron atendidas.

¿Es la adopción la única figura que brinda inserción permanente –más preciso que definitiva– en una familia diferente a la de origen o ampliada? ¿Qué sucede si una adolescente se encuentra conviviendo con una familia, pero aún no está segura de la adopción? ¿Y a la inversa? Una pareja que está a cargo de un adolescente que es compañero de la escuela e íntimo amigo de su hijo cuyos progenitores fallecieron a raíz de un accidente de tránsito y aún no se han decidido por la adopción.

O los interrogantes que surgen de la plataforma fáctica jurídica expuesta en una de las ponencias presentadas (Rodríguez Musso y Zucchini 2022) en las mencionadas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Se trata del pedido de tutela “de unos tíos maternos en relación al niño L. de 12 años de edad al momento de interponer la demanda en abril de 2021. A su vez, los tíos solicitaron la privación de responsabilidad parental de la progenitora por haber abandonado al niño. Prácticamente desde su nacimiento, los tíos se hicieron cargo de sus cuidados y su centro de vida se encontraba junto a ellos. Aquel solo tenía el vínculo filial materno. En febrero de 2021 la progenitora había delegado el ejercicio de la responsabilidad parental del niño en sus tíos ante el Juzgado de Paz, en los términos del art. 643 del CCyC. Sin perjuicio de lo cual, el adolescente iba y venía a la casa de su madre, había un vínculo. Oído éste manifestó que se enojaba mucho cuando sus amigos hablaban mal de su mamá. Que su tía lo crió desde que nació. Que hace poco, estuvo viviendo con su mamá por el lapso por un mes y medio, para cuidarla cuando tuvo un accidente, pero no fue bien cuidado por su madre, se dio cuenta que su madre no puede cuidarlo debidamente a él. Que habían acordado con su madre y su tía unos días de visita al domicilio de su madre, pero prefiere vivir con sus tíos”. Esto que

acontece en el marco de un pedido de tutela también podría presentarse en el campo de la adopción, en el que la situación fáctica no amerita cortar todo vínculo con la familia de origen –en este caso, con la madre–, lo cual obliga a repensar figuras de carácter permanentes en otra lógica de apertura, o “no salomónica”, y la consecuente posibilidad de mantener vínculos jurídicos con determinadas personas de la familia de origen sin que ello obstaculice la inserción en otro grupo familiar.

Otro cúmulo de debates abiertos genera lo que podríamos denominar: el derecho a la vida familiar, es decir, casos de mujeres que por diferentes razones en el marco de sistemas jurídicos que permiten el acceso al aborto, no procedieron a interrumpir el embarazo y el niño o la niña nace y estas deciden que no se anoticie a la familia ampliada y, por ende, no se genera ningún lazo afectivo con quien dio a luz y, a la par, por decisión de la mujer, tampoco se forjan vínculos con la familia ampliada.⁴

Párrafo aparte merecen las adopciones de personas mayores de edad que, en definitiva, encierra la satisfacción del derecho a la vida familiar como derecho humano que tuerce la balanza para ese lado, a pesar de ser la adopción una figura edificada para proteger el derecho a la vida familiar de personas menores de edad. Esta cuestión ha habilitado la “Opinión Asesora” del TEDH a pedido de la Corte Suprema de Finlandia sobre “el estado procesal y los derechos del progenitor biológico en los procedimientos de adopción de un adulto” (Solicitud nº P16-2022-001) en el que se enseña tras realizarse un estudio comparativo que abarcó 38 Estados contratantes de la Unión Europea, que “además de Finlandia, la adopción de un adulto está prevista en 21 de estos Estados: Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Noruega, Rumania, San Marino, España, Suecia, Suiza, Türkiye y Ucrania”; agregándose que “Las formas de adopción de adultos previstas varían entre estos Estados. En algunos de ellos sólo se contempla la adopción simple, es decir, la relación del adoptado con su familia biológica no es severa. Más bien, el efecto es solo crear una relación legal entre el adoptante y el adoptado. Otros Estados prevén la adopción plena o plena, cuyo efecto, como en Finlandia, es cortar el vínculo entre el adoptado y la familia biológica. Algunos Estados prevén ambos tipos de adopción” y que “En todos los Estados encuestados que contemplan la adopción de adultos, la ley establece varias condiciones para que se conceda la adopción. Estos incluyen asuntos tales como: determinar que es en interés legítimo del futuro adoptado, o que la adopción es adecuada; la existencia de hecho relación padre-hijo que puede tener que ser de una duración mínima (de uno a seis años); la existencia de un vínculo de parentesco biológico entre el futuro adoptante y el adoptado; la ausencia de padres biológicos, o la falta de cuidado parental del futuro adoptado cuando era niño; la necesidad de asistencia permanente del futuro adoptado. En dos Estados se prevé que se tengan en cuenta los intereses de los padres biológicos. En la República Checa, la adopción no puede autorizarse si es contraria a sus intereses legítimos, que puede ser el caso cuando la relación entre el futuro adoptado y los padres biológicos es vital (por ejemplo, el padre depende de su hijo debido a problemas de salud). En lo que respecta al punto de debate: la participación o no de los progenitores en los procesos de adopción de mayores de edad, se muestra la gran disparidad de respuestas ante este planteo, de

⁴ Esta cuestión -se enmarque o no en situaciones de violencia sexual- es analizada en Herrera *et al.* 2022.

allí que se considere pertinente respetar aquellas leyes como la finlandesa que no les otorga ninguna participación a los progenitores”.

Como se puede apreciar, el cúmulo de conflictos sociojurídicos en clave contemporánea que protagoniza la adopción es muy variopinto. ¿En todos estos está presente como columna vertebral el derecho a la identidad, el derecho a la vida familiar o ambas en igualdad de presencia y fortaleza?

3. El derecho a la vida familiar en el sistema regional de derechos humanos interamericano y europeo

3.1. Aportes desde el sistema interamericano

Si bien la Convención Americana de Derechos Humanos carece de una alusión precisa al derecho a la vida familiar –con mayor precisión, íntima y familiar– como lo hace el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sí ha realizado un gran desarrollo doctrinario –tanto en la esfera contenciosa como consultiva– en torno a la “Protección a la familia” regulada en el art. 17, en especial, el primer apartado que dispone: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (art. 17.1). Lo hace desde un claro posicionamiento dinámico, amplio y plural al defender la idea, en el resonado caso como es *Atala Riffo y otras contra Chile* (Corte IDH, 24/02/2012), que en la Convención Americana de Derechos Humanos “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se define y protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (párrafo 142), agregándose que en el caso el Tribunal “constató que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una ‘familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social’, y no en una ‘familia Excepcional’, reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la ‘familia tradicional’)” (párrafo 145).⁵ Línea que se sigue y se refuerza en otros precedentes como *Fornerón e hija contra Argentina* (Corte IDH, 27/04/2012); *Ramírez Escobar y otros contra Guatemala* (Corte IDH, 2018) y, de manera más actual, el caso *María y otros contra Argentina* (Corte IDH, 2023) en el que la máxima instancia regional interamericana se refiere no solo al derecho a la protección de la familia sino también, de manera precisa a la vida familiar en el apartado “B. 1.2. Derecho a la vida familiar” que comienza exponiendo que “[r]especto a la vida familiar, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre progenitores, hijos e hijas constituye un elemento fundamental de la vida de familia. Asimismo, ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de esta. Adicionalmente, la Corte

⁵ Del resumen oficial que recepta la Corte IDH del primer caso que llega a esta instancia y compromete el resguardo del derecho a la igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual (conf. *Atala Riffo y niñas c. Chile*).

Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano” (párrafo 87), enmarcado en el art. 17 de la CADH.

Sobre la base de este desarrollo jurisprudencial, se puede advertir de manera clara y elocuente la interacción entre dos derechos humanos tal como se sintetiza en el siguiente gráfico.

GRÁFICO 4



Por otra parte, es necesario advertir que la conceptualización amplia y flexible sobre qué familia es la que protege la CADH estaría consolidada no sólo desde el punto de vista de la doctrina contenciosa, sino también en el plano consultivo, aunque a través de menos pronunciamientos desde el punto de vista cuantitativo, pero de gran importancia desde lo cualitativo tal como se pasa a demostrar partiéndose de lo que sería el núcleo duro del *corpus iuris* que se sintetiza en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 5

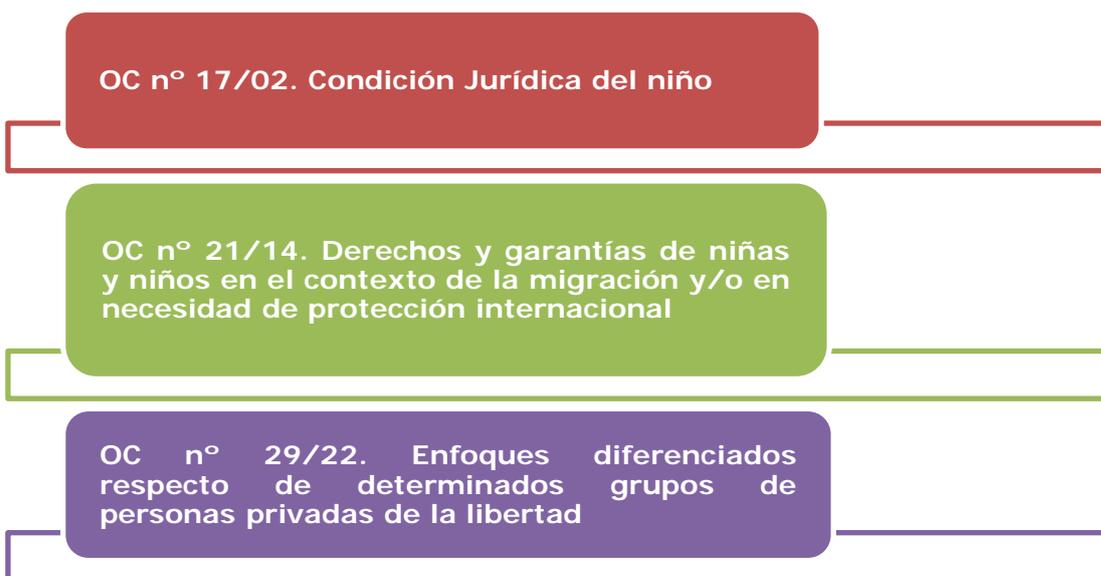


Gráfico 5. Opiniones Consultivas de la Corte IDH relevantes en el campo de los derechos de NNA.

Veamos, la Opinión Consultiva n° 17 (Corte IDH, 2002) puso de resalto en la última parte del párr. 87 que “para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”, agregándose en consonancia con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño – columna vertebral del sistema internacional de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes– que “los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural” (párr. 88). Por lo tanto, fácil se puede observar el papel fundamental que adquiere el Estado no sólo en su obligación de respetar los lazos familiares sino también de fortalecerlos, lo cual afianza la compleja interacción que se sintetiza en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 6

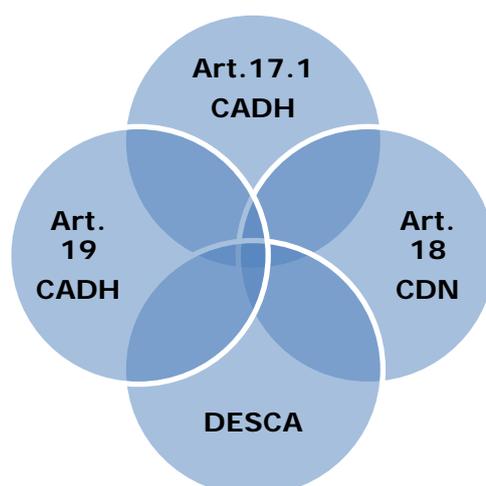


Gráfico 6. Interacción entre varios instrumentos de derechos humanos en materia de NNA.

Por su parte, la Opinión Consultiva n° 21 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional” (Corte IDH, 2014) se ocupa de los desplazamientos migratorios de derechos de niños, niñas y adolescentes y también explicita su preocupación por las relaciones de familia y su consecuente protección. En este instrumento dedica un apartado especial (el XV) al “Derecho a la vida familiar de las niñas y los niños en el marco de procedimientos de expulsión o deportación de sus progenitores por motivos migratorios” esgrimiéndose varias afirmaciones que aquí cabe recordar para demostrar cómo el sistema interamericano, a pesar de no tener expresamente en la CADH la locución “derecho a la vida familiar”, la ha introducido dentro del amplio concepto de “Protección a la familia” del art. 17. Así, se ha expresado que:

La Corte ya ha señalado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute

mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. (Párrafo 264, última parte)

La Corte también ha precisado que el artículo 11.2 de la Convención Americana, el cual reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia –también denominada ‘vida familiar’ en lo sucesivo– forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia. (Párrafo 265, primera parte)

Estrechamente vinculada a la noción amplia de familia, también impacta de manera directa en el de progenitores, de allí que aquí se expone:

[F]amilia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los ‘lazos familiares’ pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término ‘progenitores’ de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana (...). (Párrafo 272)

No solo el contexto migratorio es hábil para profundizar y complejizar a la vez el derecho a la “Protección a la familia”, sino también el de encierro y, en particular, las situaciones de mujeres presas y su (no) vinculación con sus hijas e hijos. Esto es abordado desde la obligada perspectiva de género en la tercera Opinión Consultiva mencionada, la n° 29 sobre “Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad” (Corte IDH, OC-29/22, 2022) en la que se le dedica un apartado propio (el VI) a profundizar sobre “Enfoques diferenciados aplicables a niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales”. Dentro de este apartado, se analiza lo relativo a “El derecho a la vida familiar de las niñas y niños respecto a sus progenitores, cuidadores principales y/o referentes adultos privados de libertad” en el que se esgrimen varios argumentos hábiles para seguir profundizando sobre el derecho a la vida familiar –y así seguir utilizando un concepto que, tal como se pretende demostrar en este trabajo, es más adecuado para poder abarcar y así dimensionar las aristas cada vez más complejas que encierra la figura de la adopción– como ser:

El artículo 17 de la Convención Americana reconoce que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y que debe ser protegida. La familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. La Corte ya ha señalado que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de las niñas y niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de

familia. La Corte también ha precisado que el artículo 11.2 de la Convención Americana, el cual reconoce el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o abusivas en la vida de familia –también denominada ‘vida familiar’– forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia. La Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de las niñas y los niños de sus familias constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del derecho en cuestión. (Párrafo 182)

Teniendo en cuenta que los niños y niñas tienen derecho a crecer en un entorno familiar y social propicio para su desarrollo, la Corte considera necesario precisar que cualquier decisión que se adopte, relacionada con el ingreso, permanencia y/o externalización del centro carcelario de un niño(a), que tenga un progenitor, cuidador principal o referente adulto en prisión, así como lo relativo a la separación de dicho progenitor o cuidador, siempre debe hacerse tras una evaluación individual, rigurosa y con la debida consideración a la protección de los derechos y al interés superior de los niños afectados. (Párrafo 185)

A criterio de esta Corte, la decisión sobre si los hijos e hijas que tienen progenitores, cuidadores principales o referentes adultos privados de libertad deben ingresar o permanecer en los centros penitenciarios, y bajo qué circunstancias, debe ser adoptada con base en el interés superior del niño como elemento central y primordial a cualquier otra consideración. En este sentido, ya sea los tribunales de justicia, o la administración penitenciaria en su caso, deberán guiarse por el interés superior del niño al momento de tomar cualquier medida o aplicar cualquier procedimiento que pudiera afectarle. La Corte subraya que la apreciación y determinación del interés superior del niño por parte de las autoridades estatales no podrá basarse en estereotipos de género nocivos y prejuicios sobre el rol de las mujeres frente a la maternidad y su capacidad para ejercerlo. (Párrafo 194)

Teniendo en cuenta que el cuidado institucionalizado puede no ser siempre una alternativa adecuada para los niños, la Corte considera que al evaluar si el niño o niña debe vivir en prisión junto con su madre o cuidador principal, se debe sopesar todas las circunstancias y alternativas posibles, como vivir con otros miembros de la familia o iniciativas basadas en la comunidad. Tales alternativas deben ser rigurosamente evaluadas de forma individual y de acuerdo con las Directrices sobre las modalidades de cuidado alternativas de los niños, bajo el interés superior del niño y teniendo en cuenta su opinión de acuerdo con su edad, desarrollo y madurez. (Párrafo 195)

Como se puede advertir, la Corte IDH vincula la noción de “vida familiar” a la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas y como tales, ilícitas, en el marco de la “Protección de la Honra y de la Dignidad” que regula el art. 11 y que se dedica de manera precisa a la vida privada y al de la familia en el 11.2. Ahora bien, a la luz de la doctrina contenciosa como consultiva, se puede observar la fuerte vinculación entre la protección a la vida familiar en cuanto intimidad y su interacción con el art. 17.1. En este sentido, se puede divisar este panorama:

GRÁFICO 7



Gráfico 7. Interacción de derechos en la CADH.

Como ya se adelantó, el citado caso *María y otros contra Argentina* (Corte IDH, 2023) ha sido un gran avance en la temática en estudio. Sucede que allí la Corte IDH profundiza de manera expresa y clara sobre el derecho a la vida familiar al cual le dedica un apartado propio, profundizándose y ampliándose la interpretación del art. 17 de la CADH sobre la protección de la familia. Básicamente, este caso compromete a una adolescente pobre que ya durante su embarazo el sistema de salud como el judicial la obligan a dar a su hijo en adopción en contra de su voluntad. Se trata del primer caso que llega a la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos que compromete a una madre adolescente en el que nuevamente los estereotipos de género están presentes. En otras palabras, la particularidad en este caso es que tanto la madre como el hijo son personas menores de edad por lo cual, nuevamente se coloca sobre el centro de la escena el art. 17 y la “Protección a la familia” entrecruzada por el art. 19, los cuales aplican tanto para la joven madre como para su hijo. Aquí la Corte IDH en este apartado dedicado al derecho a la vida familiar –además de lo ya mencionado– agrega dos consideraciones que merecen ser destacadas:

Las niñas, niños y adolescentes deben permanecer en su núcleo familiar de origen, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlos de su familia. Sobre la posibilidad de separación, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que ‘[a]ntes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres’. De la misma manera, la Comisión ha afirmado que ‘cuando los progenitores sean jóvenes adolescentes menores de 18 años y hayan manifestado su voluntad de renunciar temporal o definitivamente a sus responsabilidades parentales, concurre el deber especial de protección a favor de los progenitores puesto que ellos mismos merecen esta protección que les dispensa el artículo 19 de la CADH y VII de la DADH por ser personas menores de 18 años’. Por consiguiente, el Estado debe tomar medidas no solo en favor del niño o niña, sino también en favor de sus progenitores que también son objeto de protección especial. (Párrafo 89)

(...) el Estado, frente a la protección del vínculo familiar, tiene dos tipos de obligaciones, por una parte, debe velar porque no se produzcan injerencias arbitrarias o abusivas en la vida familiar (artículo 11 de la Convención) así como tomar medidas para garantizar la protección de esa vida familiar (artículo 17 del mismo instrumento). En esta línea, el Tribunal considera que para análisis del caso concreto es necesario analizar conjuntamente los artículos 11.2 y 17 de la Convención, siguiendo los parámetros generales del artículo 19 ya que tanto la madre como el hijo eran personas menores de edad al momento de los hechos. (Párrafo 90)

Por lo tanto, la interacción normativa constitucional-convencional regional sintetizada en el último gráfico es corroborada a la luz de las enseñanzas y aportes que deja la máxima instancia regional en materia de derechos humanos en este fallo más reciente.

A mayor abundamiento, es dable traer a colación el Informe elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos juntamente con Unicef sobre *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización* (CIDH y Unicef 2013) en el que se expone con absoluta claridad la interacción entre el derecho del niño a la familia y la protección especial ya referida como punto de partida del análisis sobre el cual se parte para profundizar sobre los avances que va observando la Corte IDH en torno a la “Protección a la familia” del art. 17 y su intrínseca vinculación con el art. 11.2 sobre vida íntima y familiar.

La Comisión Interamericana en este documento sobre cuidado alternativo concluye que

las medidas especiales de protección que impliquen la separación del niño de su familia son medidas de carácter excepcional, una vez agotadas todas las posibilidades de apoyo a la familia, y siempre que constituyan de modo objetivo y razonado la mejor opción para el interés superior del niño y la protección de sus derechos. El objetivo que persigue este tipo de medidas es garantizar la protección y la seguridad del niño a través de su acogimiento alternativo, de modo temporal, mientras se realizan las acciones adecuadas para superar las circunstancias que dieron lugar a la separación, y promover la reintegración del niño a su familia, siempre que no fuera contrario a su interés superior, o bien encontrar otra solución permanente para el niño.

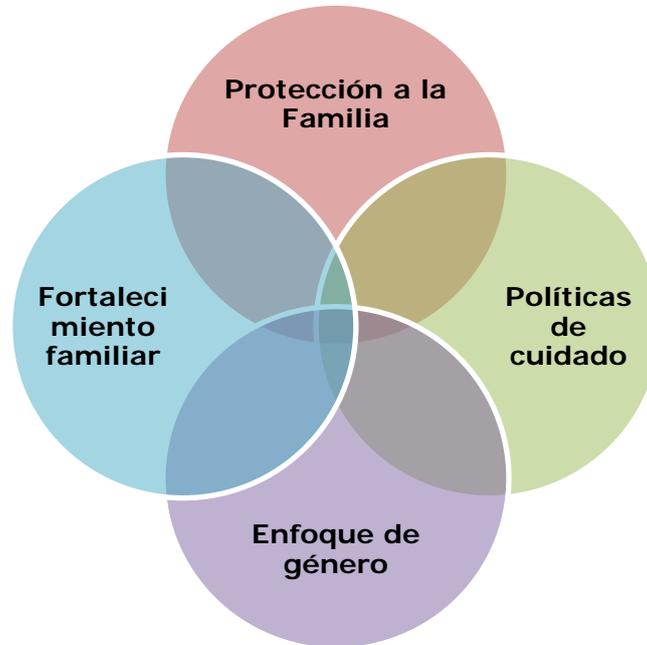
Por lo tanto, queda claro el rol de las políticas públicas de fortalecimiento familiar a los fines de lograr que todo niño y niña pueda permanecer en su lugar de pertenencia, entendiéndose que la adopción constituye una “solución permanente” (pág. 14) de ultima ratio.

Asimismo, es dable señalar desde una perspectiva bien actual, que el derecho a la preservación de los vínculos familiares como derecho que integra la “Protección a la familia” como así también el de “derecho a la vida familiar” en el sentido amplio que aquí se propone y que la Comisión Interamericana ya estaría delineando según la postura adoptada en el mencionado caso *María y su hijo Mariano*, se habría visto amplificado gracias al avance, desarrollo y profundización de una noción que cada vez adopta mayor presencia en la agencia pública en materia de relaciones de familia como lo son “los cuidados”. Al respecto, se recuerda que la Argentina ha solicitado a la Corte IDH –y ésta ya ha admitido– la emisión de una Opinión Consultiva en torno al cuidado como un derecho humano a cuidar, a recibir cuidados y al autocuidado en concordancia con el principio de igualdad y no discriminación; la vinculación entre los cuidados y el derecho a la vida; y los cuidados y su relación con los derechos económicos, sociales y culturales. ¿Acaso la mayoría de las historias de adopción no se encuentran atravesadas

por mujeres-madres a cargo de una familia monomarental signadas por profundas carencias y responsables únicas del cuidado de hijos e hijas?

Por lo tanto, aquí se puede divisar otra interacción interesante que habilita repensar la adopción desde la “Protección a la familia” o derecho a la vida familiar en el sentido más amplio como el que aquí se defiende que se pueda sintetizar en este otro gráfico:

GRÁFICO 8



Precisamente, en el resonado caso regional *Fornerón y otra contra Argentina* (Corte IDH, 27/04/2021), la Corte IDH afirma que “las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes puede constituir una violación al derecho a la identidad” (párrafo 113).

En suma, si bien el ámbito interamericano cuenta con escasos precedentes en materia de adopción, estos han tenido un gran desarrollo teórico-jurídico que ha permitido elaborar una doctrina robusta a tal punto de acercar los cimientos básicos y fundamentales para la regulación de la adopción en el ámbito nacional, entendiéndose a esta como una figura de carácter subsidiaria y todo lo que ello encierra en lo relativo a la valoración de la familia de origen y ampliada. Así, hasta la actualidad ha resuelto cuatro casos: uno en el marco de una medida provisional como es el asunto *L.M. contra Paraguay* (Corte IDH, 2011) y los otros tres en lo relativo al fondo de la cuestión en los ya citados casos *Fornerón*, *Ramírez Escobar* y *María y otros*, el primero y el último de estos tres contra la Argentina.

3.2. Vientos desde el sistema europeo

El Tribunal Europeo de Derechos humanos –a diferencia de la Corte IDH– presenta una gran cantidad de fallos dedicados a interpretar el art. 8 y en particular, a conflictos en materia adoptiva, planteos que se suelen enmarcar en la conculcación o no del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que regula el derecho a la vida familiar.

Ahora bien, es dable adelantar que a la luz de uno de los argumentos “estrella” de este tribunal regional como lo es el margen de apreciación de los Estados, esta sería una limitación clave para impedir desarrollos jurídicos jugados o hábiles para alcanzar una interpretación dinámica progresista de los derechos humanos involucrados, en especial, el derecho a la vida familiar expresamente receptado en el art. 8 del CEDH. Por lo tanto, la escasez jurisprudencial que observaría la jurisprudencia de la Corte IDH, sería ampliamente compensada con la profundidad y complejidad de sus argumentos. En otras palabras, lo cualitativo suple por demás o de manera sobrada el déficit cuantitativo.

A los fines de tener un panorama actualizado de lo que ha sostenido el TEDH directamente vinculado al tema en estudio, es dable destacar una Guía elaborada por el propio tribunal dedicado, precisamente, a sintetizar la doctrina más relevante en lo que respecta al art. 8 del CEDH (TEDH 2018). En esta oportunidad se esgrimen varias afirmaciones de interés como ser:

Cuando se ha establecido la existencia de un vínculo familiar con un niño, el Estado debe actuar de tal manera que permita que este vínculo se desarrolle y se debe proporcionar una protección jurídica que haga posible desde el nacimiento del niño, o tan pronto como sea posible a partir de entonces, su integración en la familia (*Kroon y otros c. Países Bajos*, § 32). (Párrafo 221)

A pesar de la ausencia de vínculos biológicos y de un vínculo parental jurídicamente reconocido por el Estado demandante, el Tribunal consideró que había vida familiar entre los padres de acogida que habían cuidado temporalmente de un niño y este último por los fuertes vínculos personales existentes entre ellos, por el papel desempeñado por los adultos frente al niño y por el tiempo que pasaron juntos (*Moretti y Benedetti c. Italia*, § 48; *Kopf y Liberta c. Austria*, § 37). Además, en el caso *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo* – que se refería a la imposibilidad de obtener el reconocimiento legal en Luxemburgo de una decisión judicial peruana que declaró la adopción plena de la segunda demandante por la primera – el Tribunal reconoció la existencia de una vida familiar en ausencia de reconocimiento legal de la adopción. El Tribunal tuvo en cuenta que los lazos familiares de facto existían desde hacía más de diez años entre las demandantes y que la primera demandante se comportaba en todos los aspectos como la madre de la menor. En estos casos, las autoridades reconocieron o toleraron que los demandantes acogieran al niño. (Párrafo 222)

El artículo 8 no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. El derecho a que se respete la ‘vida familiar’ no protege el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia, o al menos de la posible relación que se podría haber desarrollado, por ejemplo, entre un niño nacido fuera del matrimonio y su padre natural, o de la relación nacida de un matrimonio auténtico, incluso si la vida familiar aún no se había establecido completamente, o de la relación entre un padre y su hijo legítimo, incluso si demuestra años más tarde que no había un vínculo biológico (*Paradiso y Campanelli c. Italia* [GS], § 141). La intención de una demandante de desarrollar una ‘vida familiar’, previamente inexistente, con su sobrino al convertirse en su tutor legal no forma parte de la ‘vida familiar’ protegida por el artículo 8 (*Lazoriva c. Ucrania*, § 65). (Párrafo 223)

Ahora bien, a pesar de estas consideraciones generales, se observan algunas sentencias específicas que valen ser sintetizadas a los fines de ampliar dicho panorama y así advertir la dimensión bien amplia que comprende el derecho a la vida familiar y, en especial, las problemáticas que encierra la adopción a la luz del desarrollo

jurisprudencial de la máxima instancia judicial en materia de derechos humanos en Europa.

En primer lugar, se trae a colación el caso *Zaiet contra Rumania* (TEDH, 2015). Aquí está comprometida la nulidad de la adopción de una mujer planteada por su hermana adoptiva, 31 años después de haber sido aprobada y 18 años después de la muerte de la madre adoptiva. La demandante alegó en particular, que la anulación de su adopción había sido una intrusión arbitraria y desproporcionada en su vida familiar, alegando que había vivido con su madre adoptiva desde los nueve años y que su relación se había basado en el afecto, la responsabilidad y el apoyo mutuo. También denunció que, tras la nulidad de su adopción, perdió la titularidad de las cinco hectáreas de bosque que heredó de su madre adoptiva. Aquí el Tribunal expuso, entre otras tantas consideraciones, que:

La principal consecuencia de la nulidad fue la ruptura del vínculo familiar de la demandante con su madre ya fallecida y la pérdida de sus derechos sucesorios en beneficio de su hermana. Teniendo en cuenta que el recurso de nulidad fue interpuesto por la hermana de la demandante para quedarse con la totalidad de la tierra heredada de su madre adoptiva, el Tribunal también expresa dudas de que las decisiones impugnadas persiguieran un fin legítimo.

Esta afirmación es interesante porque cuando se analiza la legitimación para demandar cuestiones atinentes a la filiación, se sostiene que los intereses patrimoniales son razones que habilitan tal legitimación. Ahora bien, ello no sería óbice para sostener que debe analizarse con mayor rigurosidad cuando se trata de desvirtuar relaciones filiales por motivos económicos o, en otras palabras, que se tenga una interpretación más estricta al respecto. ¿Sería posible admitir una adopción de persona mayor de edad fundada en razones estrictamente económicas, como así también y a la inversa, admitir la extinción de un vínculo filial fundado en tal argumento? De este modo, se podría advertir que el derecho a la vida familiar encierra o prioriza lo afectivo/personal por sobre lo patrimonial o económico.

El segundo caso es *Bogonosovy contra Rusia* (TEDH, 2019) que compromete a un abuelo que pretendía mantener lazos con su nieta después de que esta fuera adoptada por otra familia. Aquí el TEDH sostuvo que el hecho de que el tribunal nacional no examinara la cuestión de los vínculos posteriores a la adopción del solicitante con su nieta había conducido a una violación de su derecho al respeto a su vida familiar garantizado por el artículo 8 de la Convención. En particular, consideró que los tribunales nacionales deberían haber evaluado la solicitud del abuelo de mantener una relación posterior a la adopción con su nieta, pero en cambio interpretaron y aplicaron la ley de una manera que le negó tal examen. Por lo tanto, había sido excluido completa y automáticamente de la vida de su nieta. Al respecto, cabe destacar que el Código de Familia de la Federación Rusa expresa que:

54. Los hijos adoptados pierden los derechos patrimoniales y no patrimoniales personales y quedan relevados de sus obligaciones frente a sus padres (sus parientes) (...) 55. Si uno de los padres de un niño adoptado muere, a petición de uno de los padres del padre fallecido (el abuelo o la abuela del niño), sus derechos y obligaciones personales no pecuniarios y pecuniarios con respecto al niño pueden mantenerse si esto se requiere en interés del niño. El derecho de los parientes del progenitor fallecido a tener contacto con el hijo adoptado debe ejercerse de conformidad con (...) 56. La

sentencia de adopción debe indicar si el niño adoptado debe mantener relaciones con uno de los padres o parientes del padre fallecido.

Por lo tanto, la normativa nacional admite el contacto entre abuelo y nieta a pesar o habiéndose decretado la adopción. Por otra parte, el TEDH destaca el desarrollo jurisprudencial en el país demandado en el que se puntualiza que el Pleno del Tribunal Supremo de Rusia expuso que se debe tener en cuenta lo que piensan “los padres del niño, otras partes interesadas, a saber, los parientes del niño, la institución donde reside el niño o el niño mismo, si tiene entre diez y 14 años de edad” y, por ende, omitir tales apreciaciones contraría esta doctrina generada por la máxima instancia judicial del Estado demandado. En este contexto, se reitera que

puede existir ‘vida familiar’ en el sentido del artículo 8 de la Convención entre abuelos y nietos cuando entre ellos existen lazos familiares suficientemente estrechos. Si bien la cohabitación no es un requisito previo, ya que las relaciones cercanas creadas por contactos frecuentes también son suficientes, las relaciones entre un niño y sus abuelos con quienes él o ella ha vivido durante un tiempo normalmente se considerarán dentro de esa categoría (ver *Kruškić v. Croacia*) (...).

Asimismo, se asevera que:

La relación entre abuelos y nietos es diferente en naturaleza y grado de la relación entre padres e hijos y, por lo tanto, por su propia naturaleza, generalmente requiere un menor grado de protección. El derecho al respeto de la vida familiar de los abuelos en relación con sus nietos implica fundamentalmente el derecho a mantener una relación normal abuelo-nieto a través del contacto entre ellos, aunque dicho contacto se produzca normalmente con el acuerdo de la persona que tiene la patria potestad (ver *Mitovi c. ex República Yugoslava de Macedonia*) (...)

¿Esto significaría que, por ejemplo, la oposición de un progenitor a la adopción tiene mayor fortaleza que si lo esgrimiera un(a) abuelo/a que haya convivido con la persona que se pretende adoptar? Más allá de esta consideración que le baja intensidad al derecho de los abuelos en relación con el de los progenitores, lo cierto es que el Tribunal sostuvo que

la cuestión de si un vínculo familiar entre el segundo demandante (se refiere al abuelo) y su nieta debe mantenerse después de su adopción no fue examinada como tal por los tribunales nacionales en el curso del proceso de adopción de acuerdo a la persona que tiene la patria potestad (ver *Mitovi c. ex República Yugoslava de Macedonia*) (...)

agregándose que

[e]l Tribunal observa que el Gobierno reconoció que se había producido una injerencia en el derecho del segundo demandante al respeto de su vida familiar en el sentido del artículo 8 § 1 del Convenio en relación con la terminación de los lazos familiares con su nieta después de la adopción

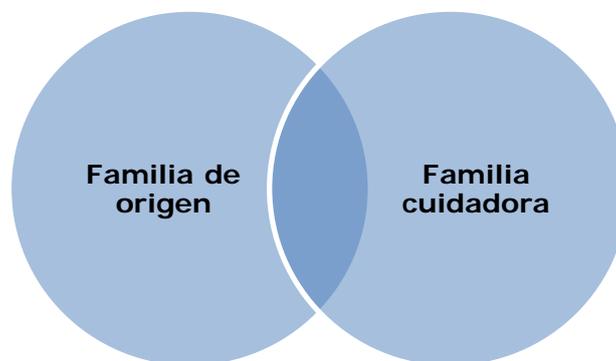
y en esta línea, el Tribunal entiende que se encontró violado el art. 8 en atención a

la forma en que el Tribunal de la Ciudad interpretó y aplicó las disposiciones pertinentes de la ley interna en los procedimientos de adopción reabiertos, el segundo demandante (el abuelo) fue total y automáticamente excluido de la vida de su nieta después de su adopción a pesar de que la cuestión del contacto posterior a la adopción fue ante el Tribunal de la Ciudad.

Como cierre de la síntesis de este caso, se destaca que en fecha 16/09/2022, la Federación de Rusia dejó de ser Parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Nuevamente refiriéndose a Rusia, en *V.D y otros contra Rusia* (TEDH, 2019) se analiza el caso de un niño que fue cuidado por una madre adoptiva durante nueve años y luego la justicia ordenó que regresara con sus padres biológicos. La madre adoptiva, como así los otros hijos de ésta, se quejaron de las decisiones adoptadas por los tribunales rusos de devolver el niño a sus padres y así poner fin a los derechos de tutela de la demandante y negarle todo contacto. Aquí se sostiene que no hubo violación del art. 8 referido al derecho al respeto a la vida privada y familiar debido a que la orden de los tribunales internos de separar al niño de su madre adoptiva y devolverlo a sus padres biológicos no viola el art. 8 de la Convención. En particular, constató que los tribunales nacionales habían sopesado todos los factores necesarios al decidir la restitución del niño a sus padres, como si la medida hubiera sido en su interés superior. Sin embargo, se agrega que los tribunales habían negado a la familia de acogida cualquier contacto posterior con la niña con quien había formado estrechos vínculos tanto con la demandante como con sus hijos. En este punto, el TEDH señaló que la decisión de los tribunales rusos se había basado únicamente en la aplicación de la legislación rusa sobre derechos de contacto, normativa que era inflexible al no tener en cuenta las diversas situaciones familiares. Por lo tanto, que los tribunales nacionales no habían llevado a cabo la evaluación requerida de las circunstancias individuales del caso. Esta decisión genera varios interrogantes en ese lugar “incómodo” que coloca la intersección que se sintetiza en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 10



¿Es posible satisfacer el principio rector del interés superior del niño cuando este estuvo siendo cuidado durante 9 años por un determinado grupo familiar? ¿Y lograr una restitución beneficiosa para el niño manteniéndose contacto con la familia cuidadora? ¿Acaso, la familia de origen no podría prestar resistencia a que el niño –que se referencia con la familia que lo cuidó durante tantos años– siga vinculándose con este núcleo familiar? ¿Cómo se trabaja y qué impacto tiene en el derecho a la vida familiar los denominados “conflictos de lealtades” en los que se encuentran estos niños que están en dicha intersección entre ambos grupos familiares? ¿Aquí está comprometido el derecho a la identidad o, en definitiva y como lo sabe el TEDH de conformidad con el art. 8 de la CEDH, el respeto por el derecho a la vida familiar? ¿En qué familia?

Como cierre de este apartado hábil para ampliar y así complejizar el panorama de debates que encierra la adopción y que en el marco del TEDH navegan dentro de las aguas que regula el art. 8 referido al derecho a la vida familiar, es dable traer el caso *T.A*

y otros contra República de Moldavia (TEDH 2021). Si bien aquí no se trató específicamente de un planteo de adopción, lo cierto es que situaciones similares podrían perfectamente involucrar una petición en tal sentido. Veamos, se trata del conflicto suscitado entre el progenitor de un niño y los abuelos de éste. Con mayor precisión, el caso involucra el pedido de un padre para que su hijo, que padece una severa discapacidad y fue cuidado por sus abuelos durante los primeros 5 años de vida del niño, sea cuidado por aquél. Aquí el TEDH entendió que se encontraba violado el art. 8 siendo que los tribunales nacionales no evaluaron a fondo el riesgo para la salud y el bienestar del niño, así como lo relativo a la relación con su padre, destacándose la ausencia de medidas transitorias y preparatorias para ayudar a construir una vinculación entre el niño y su padre y la falta de garantía de imparcialidad procesal. Aquí el Tribunal expuso de manera sintetizada lo que constituye una doctrina consolidada en materia de relación entre un niño y su familia de origen –en este caso, el padre– al decir:

La Corte reitera que el goce recíproco entre padre e hijo de la mutua compañía constituye un elemento fundamental de la ‘vida familiar’ en el sentido del artículo 8 del Convenio, incluso si la relación entre los padres se ha roto (ver, como una autoridad reciente, *Ilya Lyapin c. Rusia*, n.º 70879/11, § 44, 30 de junio de 2020). Actualmente existe un amplio consenso, incluso en el derecho internacional, en apoyo de la idea de que, en todas las decisiones relativas a los niños, su interés superior debe ser primordial (ver *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, § 135, ECHR 2010, y *X v. Latvia* [GC], n.º 27853/09, § 96, ECHR 2013). Generalmente, esos intereses dictan que se deben mantener los vínculos del niño con su familia, excepto en los casos en que la familia haya demostrado ser particularmente inepta y esto pueda perjudicar la salud y el desarrollo del niño (ver, por ejemplo, *NP v. the Republic of Moldova*, citado anteriormente, § 66, y *KB and Others v. 36216/13*, § 143, 14 de marzo de 2017). Cortar esos lazos significa separar a un niño de sus raíces, lo que solo puede hacerse en circunstancias excepcionales (ver *Görgülü c. Alemania*, no. 74969/01, § 48, 26 de febrero de 2004); se debe hacer todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si y cuando sea apropiado, para ‘reconstruir’ la familia (ver *Kacper Nowakowski c. Polonia*, no. 32407/13, § 75, 10 de enero de 2017) que solo puede hacerse en circunstancias excepcionales (ver *Görgülü c. Alemania*, no. 74969/01, § 48, 26 de febrero de 2004). (Párrafo 49)

Ahora bien, estas afirmaciones no son óbice para el deber de evaluar y también proteger la relación entre abuelos y nietos que, si bien es de menor intensidad que la de padres e hijos, lo cierto es que también merece protección en el marco del respeto por el derecho a la vida familiar. En este contexto, se expuso que:

Un aspecto importante del caso, invocado por el tribunal de primera instancia, pero dejado de lado por los tribunales superiores, era si era posible proteger tanto los intereses del niño como los de la reunión familiar. En particular, los tribunales superiores no exploraron la posibilidad de dejar temporalmente a N. con sus abuelos, asegurando al mismo tiempo el acceso frecuente y sin obstáculos de su padre, a fin de construir gradualmente la relación entre ambos, sin exponer al niño a ningún riesgo inmediato. El resultado de las decisiones de los tribunales internos en su forma actual es que N. podría ser trasladado a la casa de su padre en cualquier momento, lo que ya ha intentado hacer. La ausencia de medidas transitorias y preparatorias destinadas a ayudar a N. y a su padre a construir su relación parece ser contraria al interés superior del niño. (Párrafo 62)

Esta observación equilibrada es interesante porque permite admitir la existencia de dos “vidas familiares” que deben ser satisfechas y que ello es posible si se llevara adelante determinada intervención judicial en ese sentido de reconocer y proteger ambas en respeto por la identidad del niño. Como se puede observar, el derecho a la vida familiar y el análisis de la cuestión en el marco del art. 8 del Convenio Europeo ha sido hábil para pensar en medidas –una vez más– “no salomónicas”. Es que se reconocen dos núcleos familiares y, por lo tanto, ambos deben ser tenidos en cuenta en atención al principio rector del interés superior del niño.

4. El derecho a la vida familiar como derecho humano amplificador

A la luz del panorama descripto, se puede observar el interés genuino por repensar el derecho humano a la identidad como derecho fundante o columna vertebral constitucional-convencional en el campo de la adopción –no solo de la filiación que sería un aspecto, el más jurídico que encierra esta figura, pero no el único– y animarse a pensar si ese lugar no debería ser ocupado conjuntamente y en igualdad de condiciones o fortaleza con el derecho a la vida familiar en los términos amplios que aquí se han vertidos al comprometer o acaparar todas las aristas –complejas de por cierto– que encierra la institución en análisis tal como queda sintetizado en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 11



No se trata de quitarle importancia y la fuerza que ostenta el derecho a la identidad en la adopción, menos aún sacarle el peso de su historia en la Argentina – máxime, en el contexto negacionista que se avizora– el cual ha sido hábil para poder concentrar la principal atención durante tantísimos años al estudiar de manera profundizada la respuesta jurídica más adecuada para la inserción permanente de una persona –por lo general, menor de edad– en otro grupo familiar. Todo lo contrario, aquí se pretende reivindicar tal importante rol y, a la par, dimensionar cómo el derecho a la vida familiar

vendría a amplificarlo y robustecerlo compartiendo ambos dicha centralidad y así lograr comprender con mayor calado las diferentes dimensiones de la adopción en atención a la variedad de conflictos que presenta en la actualidad (Otero y Videtta 2021 y Salituri Amezcua 2023).

Retomando los tres gráficos con los que se cierra el primer apartado de este ensayo, se podría arribar, como conclusión provisoria, que según el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que se observa en el derecho argentino, el gráfico que lo representaría sería el consignado en primer lugar; en cambio según lo expuesto tanto por la Corte IDH a la luz de la “Protección a la familia” (art. 17, CADH) como del TEDH desde el “Derecho a la vida familiar (art. 8, CEDH)”, el gráfico que los representaría sería el consignado en segundo término y la mirada que aquí se abre a debate estaría sintetizada por el tercer gráfico. Esto último implicaría un cambio o giro interpretativo significativo en el derecho argentino al colocar en el centro de la escena la necesidad de sopesar la razonabilidad de toda decisión en atención al peso que tiene en cada caso el derecho a la vida familiar, ampliándose y complementándose a la vez el peso que tiene la identidad, por lo general, en su faz dinámica.

En definitiva, el objetivo de la presente propuesta reside en renovar los aires constitucionales-convencionales que soplan en el campo de la adopción mediante el esfuerzo teórico –con ribetes prácticos– de dejar de concentrar todos los esfuerzos en el derecho a la identidad –como acontece en el derecho argentino– y entender que el derecho a la vida familiar –como ha acontecido desde siempre en el marco del TEDH por imperio del art. 8 del Convenio que lo regula expresamente– y de manera más actual a la luz de lo expuesto por la Corte IDH de manera más reciente en el caso *María y otros contra Argentina* (Corte IDH, 2023), ostenta un lugar igual de relevante. Se trata de agudizar el método de interpretación complementario, integral y sistémico para dar respuestas más precisas a realidades sociales cada vez más heterogéneas, en especial, tratándose de una problemática tan compleja como es la adopción en tanto figura sociojurídica atravesada y desarrollada en sociedades aún signadas por altas dosis de vulnerabilidad y desigualdad.

Referencias

- Ballarín, S., 2020. De adopciones, pluriparentalidades y otras formas de construir familia. *Revista Código Civil y Comercial*, nº 4.
- Comisión 7, Familia, 2022. *Conclusiones* [en línea]. 28. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Mendoza: Universidad de Mendoza y Universidad Nacional de Cuyo. Disponible en: <https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/noticia/128-temas-y-autoridades-de-comision-de-las-xxviii-jnddc>
- Dutto, R., 2022. *Socioafectividad y derechos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.
- Herrera, M., y Fernández, S.E., 2018. Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, nº 83, marzo, pp. 145–167.
- Herrera, M., De la Torre, N., y Beguiristain, C., 2022. Declaración en situación de adoptabilidad - Decisión autónoma de no materner e interés superior del niño:

¿Tensión o articulación? *Rubinzal Online*, 2022(11-noviembre), Cita: RC D 701/2022.

Otero, F., y Videtta, C.A., 2021. *Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones y propuestas concretas de abordajes*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Noveduc.

Pietra, M.L., 2020. Adopción y pluriparentalidad: ¿produce la socioafectividad efectos jurídicos? *Revista Código Civil y Comercial*, 2020 (mayo), 37, Cita: AR/DOC/1005/2020.

Rodríguez Musso, S., y Zucchini, A., 2022. *Responsabilidad parental y tutela. ¿Es factible la coexistencia de ambos institutos en base a la socioafectividad y el interés superior de los NNA?* [en línea]. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1ZW7BbP5wPeaxT3byBkzDz_tqqtod_Hv/view

Salituri Amezcua, M., 2023. *La filiación adoptiva. Una mirada desde el derecho argentino*. M. Herrera y L. Pérez Gallardo (directores) y C. Beguiristain, N. de la Torre y F. Notrica, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pp. 269-298.

Jurisprudencia

Asunto L.M. Corte IDH (2011). Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lm_se_01.pdf

Atala Riffo y niñas c. Chile. Corte IDH (2012). Disponible en:

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Fornerón e Hija c. Argentina. Corte IDH (2012). Disponible en:

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Ramírez Escobar y otros c. Guatemala. Corte IDH (2018). Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf

María y otros c. Argentina. Corte IDH (2023). Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_494_esp.pdf

C., E. R. y N. P., M. G. s/ adopción plena. Juzgado de Familia, Nº 10, Bariloche. Argentina (2023). inédito.

Zaiet v. Romania. TEDH (2015). Disponible en:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2244958/05%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-153017%22%5D%7D>

Bogonosovy v. Russia. TEDH (2019). Disponible en:

https://argumentasjon.files.wordpress.com/2019/03/case_of_bogonosovy_v_russia.pdf

V.D. and others v. Russia. TEDH (2019). Disponible en:

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-192208%22%5D%7D>

T.A. and others v. The Republic of Moldova. TEDH (2021). Recuperado de

<https://laweuro.com/?p=17403>

Opiniones Consultivas y otros

CIDH y Unicef, 2013. *El derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización*. Informe. 17 de octubre. Disponible en:

<https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 (2002). Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/14, (2014). Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

Corte IDH, Opinión consultiva OC-29/22 (2022). Disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf

TEDH, (2018). Disponible en:

https://gegevensbeschermingsrecht.nl/onewebmedia/Guide_Art_8_ENG.pdf