

LOS PRINCIPIOS ÉTICO-JURÍDICOS DEL VÍNCULO PATERNO-FILIAL Y FAMILIAR POR ADOPCIÓN

DRA. CATALINA ELSA ARIAS DE RONCHIETTO¹

Sumario

Introducción.

1. *De lege ferenda*. La supresión y sustitución de la adopción simple
2. Los principios ético-jurídicos configurativos de la filiación y el parentesco por adopción plena.
3. *De lege ferenda*. Denominación en el Código Civil Argentino.
4. El derecho del menor de edad en desamparo familiar originario a la filiación por adopción.
Instancia conclusiva.

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. *Summa cum Laude*. Premio Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UM, 1996. Directora y fundadora del Instituto de Derecho Civil “Profesor Dr. Guillermo A. Borda”. Investigadora del Departamento de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, DICYT,UM. Profesora titular ordinaria de Derecho Civil V. Familia. Profesora asociada ordinaria de Bioética y miembro del Comité de Bioética de la Facultad de Ciencias de la Salud, FCS,UM; directora de Tesis de Doctorado y miembro de tribunales de maestrías y de tesis de doctorado en Derecho y Bioética. Miembro del Instituto de Derecho y Ciencias Sociales, región Cuyo, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; autora del libro *La adopción* (Abeledo-Perrot, 1997, 1ª reimp. 2008). Coautora en obras colectivas, entre ellas, *La persona humana* (La Ley, 2001), *El derecho frente a la procreación artificial* (Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997), “La curatela especial (...) La curatela especial del concebido crioconservado”, en *Código Civil Comentado de Perú* (Gaceta Jurídica, 2003) y de numerosos artículos y notas a fallo.

Introducción

Una vez más, en esta importante cuestión del derecho de familia, la filiación, elegimos fundamentar la supresión y sustitución de la adopción simple, porque consideramos que ése es el paso legislativo que falta concretar para consolidar el régimen de filiación por adopción y lograr la clarificación del propio régimen de filiación y de tutela nacional; cuestión respecto de la cual nuestra convicción fructificó en agosto de 1997, con la publicación de nuestra obra *La Adopción*² y sobre cuya temática hemos continuado dialogando y exponiendo,³ siempre con profunda convicción.⁴

² ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: *La Adopción*, prólogo de Guillermo A. BORDA, Buenos Aires, Abeledo- Perrot, 1997, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, junio de 2008.

³ Agradezco, como especial estímulo, la recepción de la tesis como tal por ZANNONI, Eduardo A., en su prestigiosa obra *Derecho Civil, Derecho de Familia*, 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, t. 2, pág. 619, nota 100, a partir de la 3ª edición. Mucho agradezco, también, la consideración y remisión a lo propuesto de los distinguidos juristas: UGARTE, Luis A., en BUERES, Alberto HIGHTON, Elena I: *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, t. 1B, pág. 323; BELLUSCIO, Augusto C.: “La adopción plena y la realidad biológica”, pág. 42, en AA.VV.: *La nueva ley de adopción*, número especial, en *Jurisprudencia Argentina*, y a Nora LLOVERAS, su coordinadora, 1997; MAZZINGHI, Jorge A.: “Filiación por Afinidad”, *Derecho de Familia. Filiación*, t. 4, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, parágrafo 731, págs. 224-226. Asimismo, en la reciente 4ª edición del *Tratado de Derecho de Familia, Filiación*, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2006, en el parágrafo 741, págs. 153-154, respectivamente; PERRINO, Jorge Oscar: *Derecho de Familia*, cit., prólogo de José M. CASTÁN VÁZQUEZ, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, pág. 1583.

⁴ Otras publicaciones de la autora sobre el tema: i) “Supresión y sustitución de la adopción simple”, en AA.VV.: *La nueva ley de adopción n° 24.779*, número especial coordinado por Nora LLOVERAS, Buenos Aires, *Jurisprudencia Argentina*, 1997; ii) “Principios jurídicos básicos en derecho de familia. Identidad y familia”, en *Apuntes jurídicos*, Consejo latinoamericano de estudiosos del derecho internacional y comparado, COLADIC, año 2, n° 3, Mendoza, 1999; iii) “Reforma al régimen nacional de filiación y tutela”, *Apuntes Jurídicos*, año 5, n° 4, Consejo latinoamericano de estudiosos del derecho internacional y comparado, COLADIC, Mendoza, 2003; iv) “Naturaleza del vínculo adoptivo. Su dignidad”, Buenos Aires, en *El Derecho*, 93-953; v) Nota a fallo C.S.J.N., “La filiación por adopción plena y el derecho a la identidad. Principios jurídicos configurativos del vínculo adoptivo”, en *La Ley*, Buenos Aires, 22 de marzo de 2006; “El vínculo paterno-filial y familiar por adopción, hoy”, en *El Derecho*, n° 11.824, año XLV, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 22 de agosto de 2007.

Consideramos que la consolidación social y jurídica del vínculo adoptivo exige apartar al instituto de las distintas funciones –ajenas a su fin propio– que aún hoy se le adjudican. Tales son las dos funciones que la última reforma, ley 24.779, conservó a la adopción simple: a) una crianza y cuidado personal de apoyo y buena voluntad, valiosos, indudablemente, pero distintos de la entidad del vínculo paterno-filial y familiar; y b) la adopción integrativa del hijo del cónyuge.

1. *De lege ferenda*. La supresión y sustitución de la adopción simple⁵

Destacamos que la filiación y parentesco por adopción no son figuras jurídicas ubicuas por híbridas, instrumentables como paliativo para toda situación familiar deficitaria de los menores de edad no emancipados. La filiación por adopción “de amparo típica”⁶ es una institución del derecho de familia que emplaza al niño en grave desamparo en un vínculo paterno-filial y familiar análogo al de origen biogenético; de aplicación extraordinaria, subsidiaria y específica. Exige, por ello, exclusividad e irrevocabilidad, lo cual obliga a prever la sujeción expresa de la potestad parental adoptiva a causales específicas de extinción, privación, suspensión, indignidad y desheredación a prever expresamente, además de la aplicación de las previstas respecto de la potestad parental de origen biogenético.

El esquema que sigue resume los puntos centrales de nuestra propuesta *de lege ferenda*:

⁵ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: *La Adopción*, ob. cit., “El vínculo paterno-filial y familiar por adopción, hoy”, en *El Derecho*, citado. En este reciente artículo se basa la ponencia enviada a la Comisión de Derecho de Familia de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Lomas de Zamora, 2007; así como la conferencia en el I Encuentro Académico Cuyano, organizado por el Instituto de Derecho y Ciencias Sociales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, San Juan, 31 de mayo y 1 de junio de 2007. Agradezco su comentario en esa oportunidad al Dr. Marcos CÓRDOBA y al prof. Dr. Luis MOISSET DE ESPANÉS, su difusión por la red de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

⁶ BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil. Familia*, Buenos Aires, Perrot, t. II, 9° edición, 1993. Define: “La forma que puede llamarse típica se da cuando una persona adopta a un menor que le es extraño y se encuentra en estado de abandono”, n° 811, pág. 126.

A. *De lege ferenda*. **El reconocimiento de la adopción plena, como exclusiva figura de filiación y parentesco por adopción**, por ser la única en la que se realiza su naturaleza ético-jurídica, su fin: constituir un vínculo jurídico paterno-filial y familiar, con el reconocimiento legal pleno de sus correspondientes efectos jurídicos,⁷ conforme se desarrollará a continuación al analizar sus principios ético-jurídicos configurativos.

B. La consiguiente supresión y sustitución de la adopción simple. Ello requiere la implementación legal integral:

B.1. *De lege ferenda*. **La Tutela por Afinidad. Su categorización e implementación legal integral.** En reemplazo de la adopción integrativa del hijo del cónyuge,⁸ recordando que el parentesco por afinidad surge del matrimonio. La reglamentación específica integral (derechos, deberes personales y patrimoniales, derechos sucesorios, obligaciones e impedimentos) procura garantizar igualdad en el trato legal de los hijos de anterior unión respecto de los hijos del siguiente matrimonio de sus padres, medio hermanos entre sí, respectivamente.⁹

B.2. *De lege ferenda*. **Guardas o Tutelas Judiciales. La previsión legal de modelos de diversas guardas o nuevas tutelas judiciales específicas**, para orientación del Tribunal, en los diversos supuestos de menor, aunque insuficiente amparo familiar de ori-

⁷ PERRINO, Jorge Oscar: “Clases de Adopción”, en *Derecho de Familia*, ob. cit., págs. 1581-1607; ZANNONI, Eduardo A.: “Ley 24.779”, en BELLUSCIO, Augusto C. (director) - ZANNONI, Eduardo A. (coordinador): *Código Civil Comentado*, Buenos Aires, Astrea, t. 6, 1998.

⁸ Otros destacados autores, como Cecilia GROSMAN e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, propugnan una nueva forma de familia, a la que denominan “ensamblada” pero, con criterio predominantemente sociológico, admiten en su origen tanto al segundo matrimonio como a las uniones de hecho, lo cual hace incompatibles jurídicamente nuestras propuestas; cfr. *Familias ensambladas, nuevas uniones después del divorcio*, Buenos Aires, ed. Universidad, 2000.

⁹ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: “Filiación por afinidad”, capítulo XIII, en *La Adopción*, ob. citada. Menciono, con agradecimiento, que una observación de Jorge A. MAZZINGHI, respecto de la situación personal de muchos hijos frente al divorcio de sus padres, me llevó a denominar al instituto no ya como “Filiación”, sino como “Tutela por Afinidad”.

gen del niño, casos en los que no se justifica conceder su adopción plena, sino que en su central resguardo corresponde colaborar con ella de distintos modos y con diversos fines, los cuales serán dos principalmente: i) discernir judicialmente la tutela del menor de edad, por un pariente o por un extraño, idóneos; ii) u otorgar por vía judicial una guarda judicial hasta que sea prudente reanudar su convivencia con su familia de origen o, de no ser así, implementar una guarda preadoptiva, conforme los artículos 317, 318 y 319 del Código Civil. El derecho de familia italiano, con el *affidamento*, y el derecho de familia español, reforma de 1987, con el acogimiento familiar, prevén guardas en este sentido.

B.3. De lege ferenda. La Tutela Adoptiva. Para los supuestos de impedimento de adopción por parentesco, con cuyo fundamento y regulación en la ley 24.779 concordamos plenamente,¹⁰ proponemos la incorporación, al derecho de familia, de una nueva categoría de tutela: la Tutela Adoptiva, para dar respuesta cierta a la protección del menor de edad, en defensa de cuyo derecho a la identidad personal no corresponde falsear (¿desde la sentencia?) el orden generacional del parentesco. La concesión de excepciones a principios con fundamento tan sólido corroe las instituciones y siempre es arbitraria.

Por ello, y desde la comprensión de que según sean las circunstancias, los abuelos, los hermanos y medio hermanos mayores o también otros parientes biogenéticos, adoptivos plenos o por afinidad, porque en nuestra propuesta el impedimento adoptivo abarcaría hasta el sexto grado de parentesco, hijos de primos hermanos, los tíos, los primos mayores que deseen proveer al menor de un amparo más enérgico y generoso y respondan a los demás requisitos de idoneidad, postulamos esta nueva categoría de tutela que, en resguardo del menor de edad y

¹⁰ BORDA, Guillermo A.; con gratitud, menciono que el nombre de esta nueva forma de tutela, *de lege ferenda*, surgió en una conversación con el ilustre jurista, propuesto por él, pág. 21; cfr. en ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: *La Adopción*, op. cit., prólogo de Guillermo A. BORDA, pág. 14; capítulo X, “El impedimento de adopción por parentesco”, págs. 167-177; págs. 298-99; MAZZINGHI, Jorge A.: “Adopción *contra legem*”, nota a fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Santa Fe, Sala III, 21/12/95, *El Derecho*. 06/06/97. En discrepancia: FERRER, Francisco: “Derogación tácita de la prohibición de adoptar a los nietos”, J.A., 1996-I-36.

de los vínculos familiares, lo integraría a la familia del tutor adoptante en completa equiparación jurídica con los hijos de éste.¹¹

2. Los principios ético-jurídicos configurativos de la filiación y el parentesco por adopción plena

La soledad existencial del menor de edad huérfano, sin filiación acreditada, en grave abandono o inicuo maltrato familiar; del niño o adolescente librado, en suma, a su infortunio, durante el tiempo en el que en su vida personal, su necesidad de amor y de cuidados, de pertenencia espiritual a un mundo de vínculos psico-afectivos profundos, la que es indicio cierto de nuestra humana condición de criaturas, en su caso está desierto. Por ello, es particularmente clarificadora la reforma de la ley 23.264, al ubicar la adopción (siguiendo al derecho español y éste, al Digesto) entre las causas de extinción de la potestad parental, conforme, siempre y estrictamente, a la exigencia básica de respetar el carácter excepcional, subsidiario y específico de la adopción plena, respecto del vínculo paterno-filial y familiar de origen biogenético.

Los principios ético-jurídicos esenciales, *conditio sine qua non*, que deben ser reconocidos y reglamentados en la ley, aplicados en la sentencia¹² y difundidos para el conocimiento social, que expresan y resguardan en inescindible interrelación la naturaleza ético-jurídica del vínculo filiatorio y familiar adoptivo, son:

a) El principio adoptional central: la protección del mejor bien del menor de edad no emancipado. Se destaca que su primer contenido concreto es el resguardo expreso del derecho a la vida del niño desde su concepción¹³ hasta su mayoría de edad y abar-

¹¹ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: ob cit., cfr. capítulo XI “La Tutela y la Curatela Adoptivas”, págs. 179-193.

¹² HERRERA, Marisa y SPAVENTA, Verónica: “El caleidoscopio judicial en cuestiones de adopción”, en “Adopción y otras formas de convivencia familiar”, *Derecho de Familia Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 27, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2004; KRASNOW, Adriana: *Filiación*, Buenos Aires, La Ley, págs. 106-108.

¹³ AA.VV.: Séptimo Simposio “Temas y Controversias de Derecho Civil: El derecho a la inviolabilidad de cada vida humana, Instituto de Derecho Civil Profesor Dr. Guillermo A. Borda, FCJS, Universidad de Mendoza, en *La Ley*, Región Cuyo,

ca su derecho a la integridad personal, al cuidado de su salud, a la crianza y educación, al desarrollo pleno de su personalidad; derechos que exigen contar con el irremplazable ámbito de la vida en intimidad familiar.

b) Aplicación del principio de matrimonialidad a la filiación por adopción. El marido y la mujer, el matrimonio, deberá ser previsto como único adoptante en titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, salvo circunstancias de excepción en el caso concreto, expresadas en la sentencia que conceda la filiación por adopción a una persona sola. La necesidad de padre y madre para una vida saludable y feliz así lo exige, con fundamento en la dignidad del hijo y de la propia familia, reconocido elemento natural y fundamental de la sociedad.

c) El principio adopcional de judicialidad. Este principio garantiza el resguardo de exigencia constitucional del debido proceso, tanto en el proceso de concesión de la guarda preadoptiva, como en el juicio de la filiación y parentesco; la participación del Ministerio de Menores y del Ministerio Fiscal. También este principio resguarda el derecho al acceso al expediente del hijo adoptivo, si fuese necesario y así solicitado, abarcando el correlativo derecho de los progenitores, de los padres adoptantes y, centralmente, del hijo por adopción a la fundamentación de la sentencia concediendo la adopción, relatando la historia vital originaria, acompañada de las pruebas correspondientes. Así, también, la constancia del compromiso específico de los padres adoptantes, como tales, de informar al hijo sobre su origen adoptivo. Lo harán en forma gradual, de acuerdo con la madurez y personalidad del hijo; se trata de un deber intransferible que no atenta contra la integridad del vínculo adoptivo, como se afirma a veces superficialmente, sino que resulta unitivo porque integra la verdad vital que legitima su propio sentido y hace a su dignidad.

Voces Jurídicas, año 11, n° 5, junio de 2006; MAZZINGHI, Jorge A.: “La interrupción del embarazo: el aborto”, en AA.VV.: *La persona humana*, director Guillermo A. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 2001, págs. 63-79; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: “El debate sobre la despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible”, en *El Derecho*, Buenos Aires, n° 12.024, junio de 2008.

d) El principio adoptcional de excepcionalidad. La filiación y parentesco por adopción son siempre una respuesta jurídica excepcional a circunstancias del menor de edad no emancipado igualmente excepcionales; es estrictamente subsidiaria del vínculo filial y familiar biogenético originario. También, del vínculo jurídico adoptivo pleno, en el caso de fin o de privación de la patria potestad adoptiva.

e) El principio adoptcional de exclusividad. La salud de todo vínculo paterno-filial exige un padre y una madre para cada hijo, nunca un sobrevuelo confusito de figuras pretendidamente parentales. Requiere dos importantes medidas legislativas y una coherente información y difusión pública para su comprensión social: a) es fundamental erradicar, prohibiéndolos, los acuerdos entre la progenitora y los futuros adoptantes, pactados a veces durante la propia gestación, con o sin la participación de intermediarios de mejor o peor pero siempre errada voluntad, con o sin dinero por medio; en sí misma, la conducta es un agravio al niño y a la dignidad de todos los adultos implicados, aun en el caso de que el origen del acuerdo sea el haber guiado a la progenitora para evitar un aborto. En ese caso, corresponde informarle sobre la posibilidad de la entrega del hijo en adopción, acompañarla al juzgado y subrayarle que recién decidirá cuando el hijo nazca; y b) prohibir también, como advertencia legal y con el fin de desalentar su práctica (función docente de la ley), las endémicas guardas “de hecho” con fines adoptivos.

Es fundamental comprender que integra la esencial dignidad del vínculo filiatorio y familiar adoptivo el absoluto desconocimiento recíproco de los progenitores y de los padres adoptantes; todo lo cual también garantiza el libre consentimiento de los progenitores ante el juez. La ley también deberá prohibir la intermediación de terceros conocidos por ambos; a su vez, las instituciones que cooperan con la implementación de la adopción también deberán ser cuidadosas de la aplicación de este principio y responsables de su violación. El magistrado, el Ministerio de Menores y el Ministerio Fiscal son quienes, ejerciendo sus funciones constitucionales y legales, deslindarán, con absoluta objetividad, principios de judicialidad y de excepcionalidad, las situaciones adultas, en central protección del menor de edad, re-

conocido como siempre sujeto de derecho, como una persona humana en grave indefensión, no “algo” de lo que se dispone.

Por similares razones, la ley deberá prohibir la denominada “adopción abierta”, práctica que pretende la impensable superposición de pretensas figuras parentales, el trato como tales entre los progenitores y los padres adoptantes. Debe quedar claro: si no existe un desamparo familiar comprobado y grave –aplicación correlativa del principio de judicialidad y excepcionalidad–, simplemente el magistrado complementará el cuidado del menor de edad con tutelas o guardas judiciales a supervisar, según las circunstancias, pero no deberá conceder la guarda de entidad preadoptiva.

f) El principio adopcional de veracidad. La revelación al hijo adoptivo de su origen¹⁴ es tarea específica, gradual y propia de los padres adoptivos. Como ya señalamos, la misma no daña al vínculo adoptivo, sino que lo integra, lo madura y fructifica en él, de modo natural y con paz enraizada en la vida convivida. Sólo es necesario, como lo es para la vida en general, alentar en el hijo grandeza de sentimientos, no dar lugar a falsas expectativas ni a inoportunos rencores; la verdad consiste en el infortunio que se evitó y se anima en la realidad cotidiana vivida por padres e hijos, abuelos y nietos, tíos, primos y sobrinos por vínculo adoptivo pleno.

g) El principio adopcional de extraneidad. Si existiesen parientes idóneos, principios de excepcionalidad, de judicialidad y de veracidad, ejercerán la tutela. El Código Civil Argentino prohíbe la adopción por los abuelos y los hermanos y medio hermanos. Es lo correcto, lo impone la realidad: el vínculo generacional de parentesco no debe ser violentado, el abuelo no es el padre del niño ni sus tíos biogénéticos son sus hermanos ni sus hermanos, sus padres. Si ellos

¹⁴ ZANNONI, Eduardo A.: “Adopción plena y derecho a la identidad personal. La ‘verdad biológica’: ¿Nuevo paradigma del derecho de familia?”, Buenos Aires, *La Ley*, 1998-C-1179; haciendo referencia a las tres dimensiones del derecho a la identidad expuestas por LORENZETTI, Ricardo, en “Constitucionalización del Derecho Civil y Derecho a la Identidad Personal en la Doctrina de la Corte Suprema”, *La Ley*, 1993-D-678.

son idóneos, ejercerán la tutela legal, abarcando también este impedimento –a nuestro criterio– los parentescos por afinidad y por adopción plena.

h) El principio adoptcional de irrevocabilidad. El vínculo filiatorio y familiar adoptivo como tal rige “en las buenas, en las malas y en las medianas” que vayan acaeciendo en la vida en común, tal como ocurre con su modelo, el vínculo paterno-filial y familiar biogenético. El vínculo adoptivo es irrevocable, su dignidad como vínculo filiatorio y familiar así lo impone. No obstante, correlativamente y precisamente por serlo, la ley deberá incluir causales específicas de extinción, privación y suspensión, indignidad y desheredación de la patria potestad adoptiva, además de la extensión expresa de la aplicación a la patria potestad adoptiva de las respectivas causales previstas respecto de la autoridad de los padres de origen biogenético.¹⁵

Instancia conclusiva

Si bien es muy significativa la incorporación al cuerpo del Código Civil del Título IV “De la adopción”, Sección II, Libro 1º, artículos 311-340, reforma 24.779 de 1997; la reforma debió haber titulado: “Del parentesco adoptivo” y en él, “La filiación adoptiva”. Tal vez, en este retaceo o inadvertencia del lenguaje empleado asoma, una vez más, la evidencia de que la naturaleza jurídica de la filiación y del parentesco por adopción aún debe ser afirmada en el ámbito jurídico nacional, como tal.¹⁶

¹⁵ BORDA, Guillermo A., en su prólogo en ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa: *La Adopción*, ob. cit., pag. 13.

¹⁶ Entre los autores nacionales, sólo Eduardo FANZOLATO ha titulado su obra *La filiación adoptiva*, Córdoba, Advocatus, 1998; también en 2006, *Filiación adoptiva* de Darío CUNEO y Clay de HERNÁNDEZ, prólogo de Eva GIBERTI, Buenos Aires, Juris. Por su parte, el prestigioso jurista chileno Hernán CORRAL TALCIANI tituló su obra *Adopción y Filiación Adoptiva*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Copyright of Prudentia Iuris is the property of Pontificia Universidad Catolica Argentina and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.