



Publicación: La Reforma en Materia de Familia

Autor: Jorge A. Mazzinghi

III

A) FILIACION

1) Una norma aclaratoria

a) Efectos de la filiación

Luego de dos artículos –539 y 540- que reproducen literalmente el 240 y 241 del Código vigente, el Proyecto incluye un texto, el art. 541, según el cual “La filiación produce efectos desde la concepción”, principio que armoniza con la naturaleza de las cosas pues mal podría haber una filiación biológica sobreviniente a la concepción.-

Por cierto que la filiación adoptiva, que el 539 equipara en sus efectos a la natural, queda exceptuada de esa afirmación, ya que, según el art. 657 “la sentencia de adopción –que es constitutiva el vínculo- tiene efecto retroactivo al día de promoción de la demanda, y, si ha habido guarda judicialmente otorgada, al comienzo de la guarda”, pero tal retroactividad no podría llegar nunca a la fecha de la concepción.-

b) Efectos de la determinación de la filiación

Continúa el art. 541 distinguiendo la filiación de su “determinación legal” y estableciendo que esta “es retroactiva siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos (los efectos de la determinación) y la ley no distinga...”.-

Se trata de una norma cuya redacción dista de ser diáfana, pero que debe ser entendida en el sentido de que, el deber alimentario, por ejemplo, no se retrotrae a la época de la concepción, ni de la determinación legal de la filiación, pues su índole no se compadece con una aplicación retroactiva.-

c) Actos otorgados antes de la determinación

El artículo termina con una disposición según la cual “los actos otorgados por el representante legal del hijo incapaz, antes de la determinación de la filiación, son válidos”.-

El alcance de la norma es determinar que los actos otorgados antes de que sea determinada la filiación paterna, -y eventualmente materna-, no pueden ser cuestionados, en cuanto a su validez, por el progenitor que posteriormente reconozca al hijo, o sea declarado tal por sentencia judicial.-

Esto mismo lo decía, quizás con mayor claridad, Busso al aclarar que la “la patria potestad del hijo no

surge sino desde el momento del reconocimiento del hijo menor. Los actos realizados por su tutor con anterioridad al reconocimiento, no son atacables de nulidad”.⁽¹⁾.-

Lo mismo ocurrirá con los actos otorgados por la madre antes de que se haya establecido la filiación paterna.- Hasta ahora, esta conclusión, que es en sí misma válida, no tiene consagración legal. Es un acierto que el Proyecto establezca con certeza el criterio que corresponde aplicar

2) **Determinación de la maternidad y la paternidad**

En esta materia no hay sino una novedad destacable, y es la consideración de esa nueva modalidad de obtener la vida humana, que es la fecundación in vitro. El articulado incluye dos normas relativas a este problema, que voy a considerar.-

a) Sobre la maternidad

El artículo 543 repite casi textualmente los primeros párrafos del actual art. 242, que dispone la determinación de la maternidad por la acreditación del nacimiento, norma introducida al Código vigente por la ley 23.264, cuyo acierto he destacado en su momento.⁽²⁾.-

El Proyecto agrega una disposición, que juzgo intrascendente, por obvia, conforme a la cual si la maternidad no hubiese sido determinada a través de la comprobación del nacimiento, será necesario el reconocimiento o la sentencia judicial dictada en un juicio de filiación.-

Pero el artículo culmina con un precepto enteramente nuevo, que merece comentario especial, y es el que dice: “La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aún cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita”.-

La inclusión de esta novedad suscita varias reflexiones que se refieren a distintos aspectos de la cuestión.-

1) Frente a la disociación de la maternidad

La determinación de la filiación es, sin duda, un tema que, en relación a la madre, no ofreció nunca dificultad: tradicionalmente, la mujer que daba a luz un hijo era su madre. “Mater semper certa est”, afirmaban al respecto los romanos.-

La utilización de la fecundación artificial extracorpórea introduce un primer factor de disociación de la maternidad, ya que da cabida a que una mujer geste un embrión formado por el óvulo aportado por otra, que a tal fin se implanta en el útero de la primera. Tal posibilidad abre un tremendo interrogante: ¿Se debe considerar madre a la proveedora del gameto o a la mujer que gestó el embrión y culminó el proceso con el parto del niño así concebido?

Este discutible logro científico, que la técnica moderna ha vulgarizado poniéndolo al alcance de cualquiera,

¹ Busso, Eduardo. Código Civil Anotado, Ed. Ediar. Bs. As. 1945, nota 159 al viejo art. 332 del C. Civil).-

² Mazzinghi, Jorge Adolfo. Derecho de Familia, Tomo IV, nro. 646.-

coloca al jurista ante un dilema de importancia, como es decidir si la maternidad deriva del aporte genético o del proceso de gestación y parto.-

2) *Es conveniente incluir la norma en el proyecto?*

La fecundación artificial es un proceso complejo, que suscita una serie de cuestiones morales y jurídicas, civiles y penales, que en la Argentina, como en muchos otros países, no han sido resueltos por el legislador.⁽³⁾-

Cabe preguntarse, pues, si la referencia a un aspecto aislado, de los muchos que implica el proceso en cuestión, es oportuna.-

No corresponde reprochar a los autores del Proyecto haber omitido la regulación de las distintas facetas implicadas en la fecundación artificial, pues las cuestiones que ella suscita, si bien son, en buena parte, civiles, incluyen otras de índole criminal y otras relativas a las pautas propias de un ejercicio profesional, que pueden ser ajenas al Código Civil. La ley alemana, por ejemplo, está insertada en un marco penal, como lo señala Andorno⁽⁴⁾.-

Sin embargo, desde el umbral del problema, el Proyecto opta, -frente a la disociación antes señalada-, por atribuir la maternidad a la madre gestante, y no a la madre genética, criterio que por mi parte he propiciado⁽⁵⁾, para resolver, a través de eventuales fallos, situaciones que se plantearan mientras no haya disciplina legal atinente a la fecundación in vitro.-

Creo, no obstante, que, aunque la opción puede ser acertada, su explicitación legal implica un tratamiento parcial del tema de fondo, -la fecundación extracorpórea- y aporta una conclusión que corre el riesgo de chocar en la futura regulación del problema, y que acaso pueda influir en su solución, al dar carta de ciudadanía al alquiler de úteros, eufemísticamente aludido como “maternidad subrogada”.-

Las leyes que regulan el tema de la fecundación in vitro suelen tomar posición ante el problema planteado: Algunas consideran que es admisible el arriendo de úteros y otras disponen lo contrario⁽⁶⁾.-

Lo que no parece prudente es tomar una postura frente a la consecuencia -determinar quién es la madre- y guardar silencio frente a la licitud o ilicitud de la causa capaz de suscitar la duda que se pretende resolver.-

Hubiese sido preferible reservar la toma de decisiones para el momento de abordar un tratamiento integral del

³ El Senado aprobó el Proyecto de ley, que mereció diversos comentarios, y que, al no ser tratado por Diputados, perdió estado parlamentario.- Quintana, Eduardo. “Consideraciones respecto a proyectos sobre fecundación asistida”. E.D. 147-847; Mazzinghi, Jorge Adolfo. “Reproducción asistida: Sensatez con media sanción”, E.D. 173-1105; Rodríguez Varela, Alberto. “La fecundación artificial en el Congreso” E.D. 174-929.-

⁴ Andorno, Roberto. “El derecho frente a la procreación artificial”. Ed. Abaco, Bs.As. 1997, pag. 104.-

⁵ Mazzinghi, Jorge Adolfo. ob. cit., nro. 717 a)

⁶ Así lo hacen las leyes de Austria y en forma menos terminante la alemana.-

tema, en lugar de incluir normas que un legislador mal orientado (y proliferan) pueda utilizar como peldaño para dar cabida a la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento legal.-

Por otra parte, cabe preguntarse si la proveedora del gameto ha de ser considerada una extraña respecto del hijo así concebido; si tal relación, por ejemplo, no ha de originar un impedimento matrimonial entre el hijo concebido y la mujer donante, o entre aquel y los otros hijos de esta.-

b) Sobre la paternidad

Los principios que regulan la determinación de la paternidad coinciden básicamente con los que establece la ley vigente: recae en algunos de sus errores, como el de excluir la presunción de paternidad del marido en caso de separación de hecho ⁽⁷⁾, y repara otros como el de exigir la conformidad materna para que el Ministerio Público pueda reclamar la filiación extramatrimonial de un menor, respecto de su padre, que hoy establece el art. 255 y que ha desaparecido del 558 del Proyecto.-

En materia de acciones de impugnación de estado, el Proyecto recorre la senda trazada por la ley 23.264, que se empeñó en hacer de la verdad histórica, -la así llamada “realidad biológica”-, valor supremo, y con ese fin otorga al hijo la posibilidad de impugnar en todo tiempo su propia filiación matrimonial.-

1) Una norma incongruente

El artículo 563 y el 565 mantienen esa línea, pero, sorprende que en la primera de dichas normas se haya incrustado una disposición que no es fácil armonizar con la orientación señalada.-

Dice, en efecto, el segundo párrafo del artículo citado que “No es admisible la impugnación de la paternidad si el marido consintió la fecundación artificial de la cónyuge, o la implantación de un óvulo fecundado con gametos provenientes de un tercero, sea tal consentimiento lícito o ilícito”.-

Es esta la segunda incursión que el Proyecto realiza en el campo de la fecundación artificial, -en este caso intra o extracorpórea, pero de carácter heterólogo-, realizada con esperma provisto por un tercero.-

La tendencia marcada por la ley 23.264, indicaría que debiera prevalecer la así llamada “realidad biológica”, o sea que la paternidad debería ser atribuida al proveedor de los gametos utilizados en la fecundación.-

Téngase en cuenta que en el caso de la madre, la disociación se produce entre fases diferentes del proceso de procreación: Una mujer provee los óvulos que se fecundan y otra se encarga de gestar el embrión y parir al hijo. Una y otra tienen incidencia genética, biológica y probablemente psíquica, en la nueva vida que resulta de la fecundación.-

El marido de la mujer sometida a la fecundación heteróloga no tiene relación alguna con el hijo habido por la mujer, ya que no ha participado directa ni indirectamente en su concepción, único momento en que se

⁷ Mazzinghi, Jorge Adolfo. ob. cit. nro. 654.

adquiere la condición de padre.-

Lo único que ha puesto el personaje en cuestión es su consentimiento para que la mujer fuera fecundada; quizás también el dinero necesario para compensar al dador del semen utilizado. Y esta actuación, meramente pasiva en el caso del consentimiento, y eventualmente activa, en el plano contractual, es erigida por el Proyecto en base de la paternidad matrimonial que, además, no puede ser impugnada.-

Vale decir que, según la lógica del Proyecto, la paternidad se puede adquirir por haber engendrado al hijo habido por la mujer (art. 544), por adoptar a un menor según el régimen legal previsto para ello (arts. 658 y 659), y también por consentir la fecundación de la mujer por un tercero o por haber celebrado un contrato con el tercero compensando sus servicios de semental (art. 563).-

Esto es más grave de lo que he señalado respecto de la maternidad subrogada. En esta hay una disociación del proceso generativo. En el caso de la paternidad hay una construcción legal sin apoyo biológico de ninguna especie.-

El criterio es el que admiten las leyes que dan cabida a la fecundación heteróloga, pero es esta posibilidad la que el legislador debe considerar, y debe rechazar con energía.-

2) Posibilidad de impugnación

Por último, se debe establecer si la imposibilidad de impugnar la “paternidad contractual”, que resulta del art. 563 se limita al marido comitente, o si también se extiende al hijo.-

La ubicación del precepto cuestionado en un texto que trata fundamentalmente de la impugnación por el marido, podría hacer pensar en lo primero; pero la redacción de la norma permite suponer que tampoco el hijo – de quien nada se afirma ni se niega- estaría en condiciones de cuestionar la paternidad del marido de su madre, que encomendó a un tercero la responsabilidad de engendrarlo.-

Para justificar la discriminación, entre una y otra posibilidad, y conceder la acción al hijo, podría argumentarse que el marido comitente está inhibido de cuestionar su paternidad por haber consentido o encomendado la participación de un tercero en el proceso gestativo de su mujer. Por lo tanto reconocerle acción para impugnar sería conceder que volviera contra sus propios actos, principio que se ha deslizado desde el plano de la moral hasta el plano del derecho, donde tiene antigua vigencia.-

Pero, no es admisible que en homenaje a ese principio, el Proyecto consagre un auténtico falseamiento del estado civil, erigiendo en vínculo inatacable una relación paterno filial que no existe.-

El hijo, al no haber tenido parte alguna en la concertación de la propia concepción heteróloga, estaría en condiciones de volver sobre los actos del marido de su madre, y habilitado para desplazarlo de su condición de padre? No resulta claro si el Proyecto le veda ese camino, cuya rispidez no hace falta señalar.-

Ha de tenerse en cuenta que la impugnación filial, no será, seguramente, una condición previa para establecer su verdadera filiación paterna, ya que el probable anonimato del semental, -prescripto por la ley o impuesto por

los hechos-, haría imposible alcanzar ese resultado. En todo caso, tal anonimato no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico que guarda silencio sobre la fecundación artificial.-

La índole de la cuestión es por demás espinosa, y sus implicancias morales negativas, se erigen en un argumento más, que abona la necesidad de disciplinar legalmente estas modalidades procreativas, prohibiendo aquellas que conmueven los cimientos mismos de la familia, como la maternidad subrogada o la fecundación heteróloga.-

3) Paternidad sin fundamento

Prescindiendo de esta consideración, que estimo fundamental, cabe suponer que la opción del Proyecto por el marido de la madre, para erigirlo en titular de una paternidad que no tiene apoyo genético, ha de basarse en la asunción de la función parental a que dicha persona se supone que ha de estar dispuesta, y cuyo cumplimiento redundará, posiblemente, en el establecimiento de lazos afectivos con el supuesto hijo.-

Pero el argumento no alcanza para erigir en paternidad inatacable un vínculo inexistente.-

Aplicándolo a otras situaciones, se llegaría al extremo de admitir que los lazos afectivos sustituyeran al vínculo de sangre, supuesto excepcional que el derecho no admite, y sólo aparece en la adopción, que se constituye para amparar a un menor en situación de abandono.-

El problema del “marido comitente” o que consiente en la fecundación de su mujer por otro, podría resolverse, en definitiva, sobre una base análoga: Confiriéndole la paternidad adoptiva del hijo al marido de la mujer que ha concebido con el aporte de semen de un tercero, pero no erigiendo en vínculo paterno filial, prácticamente inatacable, a una relación establecida sobre bases enteramente convencionales.-

Si tal criterio fuera aceptado, sería necesario que el menor, fruto de la concepción analizada, -que tiene derecho a conocer su identidad- fuera informado sobre las modalidades con que aquella se produjo, de manera análoga a la que se establece en el art. 637 del Proyecto: “El adoptado tiene derecho de conocer su filiación biológica...” y “Los adoptantes deben ... comprometerse a hacerle conocer esa filiación en el momento oportuno”, norma que se corresponde con el art. 321 inc. h del Código vigente.-

Esta solución parece mas razonable que la invención de un vínculo paterno filial que resulta del empleo de formas aberrantes de ingeniería genética. Por el momento cabe decir que es lamentable que el Proyecto admita estas variantes, escudándose en una indefinición sobre el carácter lícito o ilícito de la conducta analizada.-

3) Algunas novedades secundarias

a) Falta de reconocimiento – Sus consecuencias

El art. 551, luego de establecer que el reconocimiento es irrevocable, no requiere aceptación y no puede someterse a modalidades, culmina con una disposición que recoge en alguna medida, la orientación de los fallos: “Los daños causados al hijo por no haberlo reconocido son indemnizables, conforme al artículo 1686”.-

Este último artículo enuncia los casos en que la responsabilidad sólo existe “si se obra con dolo o culpa grave”, y en el primero de sus incisos prevé: “Si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia”.-

Dos observaciones:

- 1) La alusión a la “culpa grave” sorprende.-

El art. 1603 se limita a definir la culpa, mientras que el 1604 inc. 4º, establece que “la falta extrema de diligencia configura culpa grave, que es asimilada al dolo”.-

Este inciso parece volver al viejo concepto de graduación de la culpa –grave, leve, levísima- que es enteramente ajeno a la regulación de la responsabilidad entre nosotros y que no se compadece con el virtual arrinconamiento de la culpa que el Proyecto adopta al establecer el imperio de la responsabilidad objetiva, pese a la norma del 1262: “A falta de norma legal o de estipulación de partes, el factor de atribución (de la responsabilidad) es la culpa”.-

En todo caso, la exigencia de que el progenitor que no reconoce al hijo haya actuado con culpa grave o dolo, restringe su responsabilidad, y ésta no parece ser una orientación moralizadora sino mas bien opuesta a la positiva tendencia que marcan los fallos (⁸).-

- 2) Por otra parte es llamativa la alusión a que el “daño no está justificado”. De esta materia se ocupa el art. 1589, cuyo inciso d) reza que el daño está justificado “En el ámbito de las relaciones de familia, si la admisión de una acción reparatoria puede poner en peligro los intereses generales, respecto de la persistencia y la estabilidad de la institución familiar, de la solidaridad entre sus miembros, y, en su caso, de la piedad filial”.-

No es fácil articular esta serie de normas y extraer de ellas la conclusión que permita definir con exactitud la responsabilidad del progenitor renuente en reconocer a su hijo.-

¿En qué consistirá su culpa grave?”

¿Bastará, para que incurra en ella, -como “falta extrema de diligencia”-, el haber desoído una intimación formal, a efectuar el reconocimiento? O será necesario que incurra en una conducta perversa?

Y finalmente, el concepto de “daño justificado”, traído a cuento por una sucesiva remisión de preceptos legales, termina de complicar el panorama, al extremo de que es mucho mas fácil decirle hoy al hijo víctima del no reconocimiento, cuáles son sus expectativas de reparación, que lo que será si entra en vigencia el Proyecto, y se implanta este complejo mecanismo.-

b) Acción de la madre para impugnar la paternidad del marido

El artículo 567 del Proyecto introduce una novedad poco feliz al reconocer a la madre legitimación activa

⁸ S.C.Bs.As. 28.IV.1998, E.D. 181-226; C.N.Civil, Sala L, 13.XII.1994, L.L. 1995-E-12; Sala F, 30.III.1990, E.D. 139-101; C.Apel. C.y C. San Isidro, 13.X.1988, E.D. 132-473.-

para impugnar la paternidad del marido respecto de un hijo habido por ella.-

Es verdad que el artículo limita esta posibilidad al caso en que, disuelto el matrimonio en el cual fue engendrado el hijo, la mujer hubiese contraído nuevas nupcias con el verdadero padre.-

Pero tampoco esa limitación hace admisible que la madre, que incurrió en adulterio, sea admitida a discutir la paternidad del hijo habido por ella violando su deber de fidelidad.-

Y ello no sólo por el argumento consabido de que al proceder de esta suerte, alegaría su propia torpeza, sino fundamentalmente porque avasallaría el derecho del hijo, a cuyo arbitrio debe quedar, ya que se le reconoce acción para impugnar, la decisión de promover o no una demanda que, de manera tan directa interesa a su propia intimidad.-

A mi juicio, en ningún caso la mujer debe estar investida de esta acción que tiene la particularidad de asestarle al hijo la indecencia de la conducta materna.-

B) PATRIA POTESTAD

Pocas son las novedades que en esta materia aporta el Proyecto, ya que en lo fundamental –ejercicio conjunto, necesidad de asentimiento de ambos progenitores para ciertos actos, incluso de mera administración– sigue los lineamientos trazados por la ley 23.264.-

No hay variantes materiales en lo que se refiere a los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, pero las hay en cuanto a su extensión.-

1) Acortamiento

La patria potestad está abreviada en el tiempo: El art. 20 del Proyecto dispone que “son menores las personas que no tienen la edad de dieciocho años. Su incapacidad cesa el día en que cumplen esa edad”.-

Como se ha dicho tantas veces, es imprudente este adelantamiento de la mayoría de edad que, dígase lo que se quiera, no responde a que se haya acelerado el proceso de maduración de los adolescentes.-

Basta leer los diarios para advertir que los jóvenes menores de veinte años están lejos de exhibir un grado de evolución que los haga acreedores a ser reconocidos, a los dieciocho años, como personas plenamente capaces.-

No es quizás oportuno remitirse a la crónica policial, pródiga en el registro de hechos delictivos cometidos por jóvenes muy jóvenes, porque se podría decir que referirse a ella es considerar el problema desde la patología.-

Pero son igualmente elocuentes las comprobaciones realizadas sobre el escaso nivel cultural de estudiantes secundarios y universitarios, que no suelen descollar por su afán de aprender ni por la responsabilidad con que afrontan sus estudios.-

Recuerdo la opinión emitida por Borda, en estas mismas páginas, cuando, criticando la iniciativa del

Proyecto decía: "... sorprende esta tendencia, siendo que la ciencia psicoanalítica ha comprobado que en la sociedad moderna tiende a prolongarse la adolescencia debido a las complejidades de la vida actual (Peter Blos – Psicoanálisis de la adolescencia, Cap. I) ⁽⁹⁾.-

¿Cuál es el fundamento de esta decisión? cabe preguntarse. No me parece que sea una consecuencia insoslayable de la Convención sobre los derechos del Niño, que define como tal al menor de dieciocho años, porque el fin de la niñez no supone necesariamente la plena capacidad.-

Por cierto que esta reducción temporal de la patria potestad incide directamente sobre la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de los hijos. Ya no recaerá sobre aquellos, cuando los autores de tales hechos hayan cumplido dieciocho años, con lo que se impedirá que sean reparadas, en muchos casos, las consecuencias de los hechos ilícitos cometidos por mayores de dieciocho años, que, serán capaces pero no por ello necesariamente solventes.-

2) **Extensión**

Paralelamente a esta aceleración de la plena capacidad que abrevia el período de la patria potestad, hay una prórroga del deber alimentario de los padres cuyos alcances merecen alguna reflexión.-

En primer lugar la obligación alimentaria entre ascendientes y descendientes, que consagra el art. 615 inc. a) del Proyecto está relacionada con el 622 que exige la prueba del solicitante de que "le faltan los medios para alimentarse y que no le es posible adquirirlos con su trabajo...". Este criterio es el que rige en el Código actual y es esencialmente sensato.-

El 583 del Proyecto erige en regla esta excepción en cuanto dispone que "La obligación de los padres de proveer de recursos a los hijos subsiste hasta que éstos alcancen la edad de veinticinco años, en tanto la prosecución de sus estudios o preparación profesional les impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente".-

Borda interpreta que esta disposición atenúa el error de adelantar la mayoría de edad ⁽¹⁰⁾.-

Por mi parte no encuentro congruencia entre la plena capacidad que se atribuye a los mayores de dieciocho años y el deber alimentario que consagra el art. 583 durante los siete años siguientes a la mayoría de edad.- Si se adjudica al individuo de dieciocho años aptitud para desenvolverse en la vida con total independencia de sus padres, no se comprende porqué se establece a su favor un derecho alimentario que lo lleva a seguir dependiendo de lo que puedan darle sus progenitores.-

No dudo que la situación prevista en el texto analizado se da con harta frecuencia en los hechos, sobre todo en ciertos estratos sociales, donde suele ocurrir que un joven empeñado en el estudio de carreras que absorben su tiempo, no pueda atender a su propia subsistencia, aún después de cumplir los veintiún años, que

⁹ Borda, Guillermo A. "Observaciones al Proyecto de nuevo Código Civil" E.D. 182-1673).-

¹⁰ Trabajo citado en nota 9.-

actualmente marcan el límite de la minoridad. Y en tales casos, los padres siguen atendiendo a sus necesidades.- Pero una costumbre difundida, aunque sea buena, no tiene porqué ser erigida en obligación legal. “M’hijo el Dotor”, puede ser un ejemplo para muchos, pero no tiene porqué ser una conducta obligatoria. Parfraseando al viejo Paulo, cabe reflexionar que si no todo lo lícito es honesto, tampoco toda conducta virtuosa debe ser impuesta por la ley. Y establecer este deber alimentario sin matices, que pesará incluso sobre progenitores que ganan con fatiga su propio sustento, no me parece una solución prudente ni equilibrada.-

En suma, en el conjunto de normas analizado no parece asomar un espíritu que se ha deslizado hacia la exaltación de la juventud como si fuera en sí misma una virtud, y que, a veces, conlleva el deseo de granjearse la buena disposición de los jóvenes.-

No atribuyo esa intención a los autores del Proyecto, pero me temo que nadie está inmune al contagio de tendencias que se implantan en la sociedad, a fuerza de reiteraciones, como si fueran una verdad inconcusa. Y me parece que algo de eso ocurre en este caso.-

C) ADOPCION

Hace bien poco que una nueva regulación de la adopción vino a suplantar a la ley 19.134 e incorporó al Código Civil los artículos relativos a la institución.-

La demolición total de un edificio no puede menos que abarcar también las salas reformadas recientemente, y así caería, pues, el nuevo estatuto de la adopción, ya que el Proyecto propone innovaciones no desdeñables.-

1) Adoptante

En este aspecto reitera el error en el que, sucesivamente, incurrieron la ley 13.252, la 19.134 y la vigente 24.799: en vez de instituir al matrimonio como sujeto normal de la adopción, consagra la unipersonal, desoyendo al respecto las críticas recibidas. He insistido tanto en el tema que sólo me queda recordar lo dicho ⁽¹⁾.-

2) Guarda judicial

Una de las novedades que introduce el Proyecto es la modificación del criterio sostenido por la ley vigente, conforme al cual la única manera de constituir la guarda preadoptiva es su otorgamiento judicial.-

El art. 648 establece que “Antes de solicitarse la adopción plena, debe haber sido otorgada la guarda del menor por el tribunal del domicilio de éste, salvo cuando se trata de adoptar al hijo del cónyuge. El juicio de

¹¹ Mazzinghi, Jorge Adolfo. “La nueva ley de adopción”, E.D. 39-1121; Derecho de Familia, Tomo IV, nro. 725; Belluscio, Augusto C. “El doble régimen de adopción”, L.L. 144-800; Medina, Graciela, “La adopción”, pag. 60; D’Antonio, Hugo Daniel. “Régimen de la adopción” ley 24799, pag. 111; Arias de Ronchietto, Catalina. “La Adopción”, pag. 123, nota 112.-

adopción sólo puede iniciarse después de un año de guarda” “La guarda judicial no es necesaria si se acredita sumariamente una guarda de hecho, por igual período, con audiencia del Ministerio Público y de los equipos técnicos que correspondan”.-

La norma transcripta revela que el otorgamiento judicial de la guarda es una exigencia limitada a la adopción plena, pero que tampoco es un requisito insoslayable, ya que la acreditación de la guarda de hecho, suple la intervención jurisdiccional, que la ley vigente establece imperativamente para todos los casos.-

El art. 651, relativo a los extremos de la adopción simple confirma el criterio: “Para que se otorgue la adopción simple, el solicitante debe acreditar haber tenido al menor bajo su guarda, con trato paterno-filial, durante un año”.-

Por mi parte estimo un acierto haber abandonado la exigencia rigurosa del otorgamiento judicial de la guarda pues he opinado que sería “preferible que la ley indicara, como camino básico, el otorgamiento judicial de la guarda, pero que hubiera mantenido abierta la posibilidad de recurrir a otros sistemas, cuando las circunstancias lo justificaran, reservando al juez la facultad de pronunciarse en concreto sobre el caso”.⁽¹²⁾

El Proyecto toma este camino.-

Observo sin embargo, que desde el punto de vista metodológico hubiese sido mejor que la forma de otorgar la guarda estuviese regulada en una sola norma, en vez de establecer criterios diferentes para la adopción plena y la simple; máxime cuando no es seguro que en el momento de entregar el menor a sus guardadores, sea fácil determinar bajo qué modalidad habrá de ser adoptado.-

No es necesario excluir la guarda judicial respecto de la adopción simple. Es mejor establecer un sistema común a ambas formas: en principio, otorgamiento judicial, y aceptabilidad de la guarda de hecho, con o sin acto notarial, cuando así convenga al interés del menor.-

3) Residencia en el país

La ley 24.799 introdujo, en el art. 315 del Código Civil un precepto destinado a conjurar la posibilidad de la venta de menores, o, en términos menos crudos, la adopción por parte de extranjeros que, obtenido su objeto, desarraigan al niño de su ambiente y lo trasladan al exterior.-

Para evitar este fenómeno se exige que el adoptante acredite “de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por el período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda”.-

Al comentar esta norma, señalé por una parte su dudosa eficacia para impedir el tráfico de menores, pues quienes intentan consumarlo, no se valdrían para ello del proceso de adopción, sino que recurrirían a otros expedientes. Por otro lado objeté el excesivo rigor del sistema, al no distinguir entre nacionales y extranjeros, y al no reparar en que el interés primordial del niño, que la Convención respectiva ampara podría quedar

¹² Mazzinghi, Jorge Adolfo. ob. cit. nro. 737. En forma semejante se expide Belluscio: Ley de adopción 24.799, addenda al Manual de Derecho de Familia, nro. 505.-

postergado en homenaje a un requisito formal, de dudosa eficacia.-

El Proyecto vuelve sobre este tema y reduce significativamente la actual exigencia legal.-

El art. 656, último párrafo, dice que “La adopción sólo puede ser concedida a extranjeros que no tengan residencia estable en el país si el Tribunal está convencido de que ella no encubre el tráfico o venta del menor, y de que responde a su interés superior”.-

Corresponde elogiar el intento de aligerar el pesado dispositivo vigente, pero no parece que ese propósito se logre por la vía elegida por el Proyecto.-

La primera exigencia para otorgar la adopción a un extranjero no domiciliado en el país, debería consistir en que no hubiese posibilidad de conferirla a personas radicadas en la Argentina, ya que como dice la Convención de La Haya de 1993 y el art. 21-b de la Convención sobre los derechos del Niño, el interés del menor resulta mejor protegido si es criado en su propio país y en su propio ambiente.-

Se trata de una exigencia mas objetiva que la convicción judicial de que no se está encubriendo un caso de tráfico de menores, circunstancia ésta que no es fácilmente perceptible para nadie y tampoco para un juez civil, menos habituado que sus colegas penales al recelo sobre la conducta ajena.-

4) Declaración en estado de abandono

El art. 647 del Proyecto organiza la declaración en estado de abandono.-

La norma se limita a consignar los requisitos para que tal declaración pueda producirse (desinterés de los padres durante un año, por no haber “mantenido las relaciones necesarias para la conservación de vínculos afectivos”), pero no establece con claridad sus consecuencias.-

Hay una primera objeción de carácter metodológico: No se advierte porqué la declaración de abandono está prevista en el capítulo que se refiere a los requisitos de la adopción plena, cuando, en verdad, si un menor se encontrara en la situación contemplada por el art. 647, sería procedente declararlo en estado de abandono y dar la guarda, ya sea con destino a constituir una adopción plena o una simple.-

En cuanto al efecto de la declaración en estado de abandono, el art. 646 la enuncia como uno de los supuestos en que se puede constituir la adopción plena. Pero cabe suponer que ello no excluye el otorgamiento de la simple, por aplicación del principio según el cual quien puede lo más, puede lo menos.-

Por su parte, el art. 653, que disciplina el procedimiento de la adopción admite que los padres de sangre sean parte en el juicio, salvo en caso de haber declaración de abandono.-

O sea que las consecuencias de tal declaración son dos: la posibilidad de constituir la adopción plena y la exclusión de los padres de sangre como partes en el juicio de adopción.-

Nada dice el proyecto sobre la incidencia que la declaración de abandono tiene en la subsistencia de la patria potestad.-

El art. 600 prevé que “el padre o la madre quedan privados de la patria potestad: ... b) por el abandono que

haga de alguno de los hijos, para el que los haya abandonado, aún cuando quede bajo guarda o sea recogido por el otro progenitor o por un tercero”.-

¿Es esta la misma hipótesis de abandono que incluye el art. 647? La respuesta no es fácil. Parecería que la declaración en estado de abandono se circunscribe a los casos en que el menor haya sido recogido “por un particular o por un establecimiento público o privado de protección de menores...”. Pero la diferencia es insustancial, con lo que el abandono perfilado en el 647 debería asimilarse a la causa de privación de la patria potestad que enuncia el art. 600 inciso b.-

De todos modos hubiese sido preferible que, al regular el tema, el Proyecto dijera expresamente que la declaración en estado de abandono determina la pérdida de la patria potestad, con lo cual se alcanzan los efectos previstos en el 646 inc. c), que habilita a constituir la adopción plena, y 653, que excluye a los padres privados de la patria potestad de ser tenidos como parte en el juicio de adopción.-

5) Confusión de regímenes

Se ha introducido modificaciones importantes al régimen que disciplina la adopción plena, que aparece despojada de algunos de sus caracteres esenciales.-

El Proyecto se orienta, en sentido general, hacia un cierto dismantelamiento de la adopción plena, que irrumpió vigorosamente en el texto legal de 1971, y ha sido mantenida en la ley 24.799, aunque moderando algunos de los matices innecesariamente enfáticos introducidos por aquel texto.-

No se trata de establecer verdades dogmáticas sobre la manera en que ha de estar regulada determinada institución, pero es necesario mantener una actitud prudente frente a las variaciones de régimen, que fácilmente pueden redundar en conflictos.-

Han transcurrido casi treinta años desde que en la Argentina se constituyen vínculos de adopción plena, con los alcances que la ley viene acordándoles.-

Y no parece aconsejable que el estatuto que la rige sea objeto de cotizaciones en alza o en baja, que se traduzcan en modificaciones sobre sus alcances.-

Esto, me temo, puede ocurrir con la propuesta contenida en el Proyecto, que atenúa los efectos de la adopción plena, al dejar subsistentes algunos efectos del parentesco de sangre, y al atenuar, en alguna medida los alcances de la irrevocabilidad.-

a) Extinción de los efectos

El art. 323 del Código Civil dispone que “el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos...”

El criterio es mantenido por el art. 658 del Proyecto, pero con una variante, relativa a la adopción del hijo del cónyuge, situación que el Código vigente resuelve disponiendo que “siempre será de carácter simple” (art. 321). Mientras que el nuevo texto dice que “La adopción (plena) del hijo del cónyuge deja subsistir la filiación

de origen respecto de éste y de su familia, emplazando al adoptado en el estado de hijo matrimonial de ambos”.-

La idea que inspira esta norma no es tanto la de mantener los vínculos con la familia de sangre, lo que se logra con la adopción simple, cuanto la de permitir que el menor adoptado por el cónyuge de su progenitor, al serlo en forma plena, adquiera parentesco con el resto de la familia del adoptante, cosa que no ocurre con el sistema vigente, dado que la adopción simple restringe sus efectos al vínculo paterno filial entre adoptante y adoptado.-

El fin perseguido puede parecer atrayente, pero se logra a través de un distorsionamiento del perfil propio de la adopción plena, uno de cuyos efectos esenciales es el de eliminar los efectos del parentesco de sangre.-

b) Reconocimiento y reclamación de filiación

Otro aspecto en el cual el Proyecto se separa de la ley vigente es el relativo al reconocimiento del adoptado por sus padres de sangre, y a la reclamación de estado que contra ellos puede intentar el menor sujeto a adopción plena.-

El art. 658 admite una y otra posibilidad, con el fin de que el menor adquiera, respecto de los padres de sangre, derechos alimentarios y sucesorios, además de quedar sujeto a los impedimentos matrimoniales.-

Esta novedosa regulación entra en conflicto con el principio general sentado por el mismo artículo, relativo a la extinción del parentesco con la familia de sangre.-

Tengo la convicción de que la adopción plena es una construcción jurídica cuyo sentido consiste en crear una filiación nueva, que se constituye en procura de protección para el menor sujeto a ella.-

Por eso su aplicación se limita, como lo hace el art. 646, a quienes no tienen filiación conocida, o sus padres han muerto, o han perdido la patria potestad, o han incurrido en abandono judicialmente declarado o han consentido en que el hijo fuera adoptado.-

Son todas situaciones extremas, en presencia de las cuales no tiene demasiado sentido mantener subsistentes los vínculos con la familia de sangre. He criticado las fórmula empleadas por la ley 19.134, que pretendía extinguir el “vínculo de sangre” pero he aceptado que la norma legal se refiera a la extinción de derechos y deberes propios del parentesco, según lo hace la ley vigente.-

El afán por proteger el interés del menor puede redundar en la conclusión de que es mejor que tenga dos familias, a las cuales reclamar alimentos y herencias, que una sola. Pero me temo que esta conclusión lleve a desdibujar el vínculo adoptivo y a crear una situación que acaso pueda significar ventajas patrimoniales, pero a costa de un debilitamiento en el emplazamiento del menor adoptado.-

c) Revocación

El Proyecto modifica el criterio de la ley vigente ya que, conforme al art. 323 del Código Civil, la adopción plena es irrevocable.-

El art. 660 admite la revocación “por sentencia judicial, a instancia del adoptado capaz, por las causales que autorizan la privación de la patria potestad”.-

1) *El principio en juego. Derivaciones*

Se trata de una innovación que conmueve las bases sobre las cuales se asienta hasta ahora la adopción plena, constituida con el alcance propio de un vínculo de sangre, que es de suyo irrevocable. A ese espíritu respondió la enfática y terminante proclamación de la irrevocabilidad que aparece en la ley 19134 y en la 24799.-

El proyecto rectifica ese camino, aplicando un criterio que suscita algunas dudas.-

Cabe recordar la opinión de D’Antonio, quien señala una tendencia contraria a la irrevocabilidad ⁽¹³⁾. A ella se suma la de Arias de Ronchietto, a cuyo juicio “la reforma –se refiere a la ley 24.799- debió haber incluido la admisión expresa de una nueva adopción sobre el menor, si éste queda en desamparo por la muerte de sus padres adoptantes, la nulidad de la adopción, o por ser los padres adoptantes privados de la potestad parental adoptiva” ⁽¹⁴⁾.-

A mi criterio la irrevocabilidad de la adopción no impide que los adoptantes sean privados de la patria potestad, en los mismos casos en que pueden serlo los padres de sangre.-

Y ante esa posibilidad, cabe preguntarse qué papel jugaría el vínculo adoptivo, una vez desprovisto de contenido jurídico en sus aspectos mas significativos.-

No obstante, la revocación origina otros problemas no resueltos: Se restablece la filiación de sangre originaria? Si el adoptado, cuyo vínculo se revoca, es menor en situación de abandono, podrá ser dado en adopción por segunda vez? Si por el contrario, es mayor de edad y por lo tanto no puede ser adoptado, ¿quedará privado de toda filiación?

No es fácil dar respuesta a estos interrogantes, que no están contemplados en el Proyecto.-

2) *El sistema organizado*

La norma del 660 es confusa en cuanto, por una parte, restringe la posibilidad de interponer una demanda por revocación de la adopción, al hijo adoptivo capaz, vale decir que sólo podrá promoverla cuando alcance la mayoría de edad.-

Por otra parte, enuncia como causas de la revocación los hechos que autorizan a privar a los padres – adoptantes o naturales- de la patria potestad.-

De esta suerte el problema originado por deficiencias de los adoptantes que no cumplen sus deberes parentales, no puede ser encarado durante el período que mas interesa, que es el de la minoridad, y sólo superada ésta se abre la posibilidad de “rescindir” el vínculo adoptivo, precisamente cuando sus efectos

¹³ ob. cit. pags. 151/152.-

¹⁴ La Adopción, pag. 94.-

jurídicos quedan sensiblemente restringidos.-

La solución no es feliz.-

d) Conclusión

Las características que se adjudican a la adopción plena, y que he mencionado (subsistencia de la filiación de sangre cuando se adopta al hijo del cónyuge, reconocimiento e investigación del vínculo parental y revocabilidad) hacen pensar que la tendencia del Proyecto insinúa un cuestionamiento de esta forma de adopción, cuyas metas originarias fueron sin duda ambiciosas y que hoy parecen recorrer un proceso regresivo. A su hora cuestioné la incorporación de esta modalidad, desconocida en la ley 13252, y critiqué la idea de cancelar la filiación de origen y de constituir un vínculo irrevocable⁽¹⁵⁾. Pero, como he dicho antes, la adopción plena funciona desde 1971, hay numerosas vínculos constituidos sobre la base que la ley establece, y no parece prudente modificar, cada tantos años, el régimen que disciplina esta materia, introduciéndole variantes que requieran clasificar a los adoptados, según el modelo legal vigente a la época en que se constituyó el vínculo adoptivo.-

En todo caso, el Proyecto parece acompañar el proceso que va invirtiendo el papel de la regla y la excepción: La adopción plena, que fue regla a partir de la ley 19134, parece llamada a ocupar el lugar de excepción que aquel texto legal, y, en menor grado, el vigente, asignan a la adopción simple.-

D) CONCLUSION

El examen de las normas que el Proyecto dedica a la regulación de la familia, no suscita un gran entusiasmo.-

Errores y aciertos se mezclan en una proporción que no es fácil ni útil establecer, pero al cabo de la lectura experimento una cierta frustración, al comprobar que la reconocida capacidad de los redactores, no ha redundado en un aprovechamiento cabal de la ocasión que siempre significa una reforma.-

Acaso sea difícil alcanzar cierta unidad de criterio, y, a falta de ella, el resultado suele ser que el texto proyectado se parezca demasiado a los vigentes, y a los que trae la legislación extranjera, no siempre susceptible de ser incorporada a medios sociales y culturales distintos al de su proveniencia.-

Los problemas esenciales de una institución tan íntimamente unida a la condición humana, como es la familia, se aclaran a la luz del derecho natural, no siempre valorado adecuadamente al redactar las normas, y que en este caso no ha sido recogido en la medida deseable.-

En suma: Cabía esperar que la reforma fuera mucho mejor, y lo hubiera sido si hubiese tenido la decisión

¹⁵ La nueva ley de adopción. E.D. 39-1121.-



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

de apartarse de muchos errores de la década del 80; pero tal apreciación no me lleva a desconocer algunos logros que no hay motivo para ignorar.-