

LOS ABUELOS Y LA ADOPCION EN EL DERECHO ARGENTINO

MARÍA ISOLINA DABOVE (*)
Y ADRIANA N. KRASNOW (**)

Introducción

El tema que nos ocupa exige precisar, en primer lugar, el significado de algunas palabras claves que funcionan como supuestos en nuestra problemática. Nos referimos a la dupla **abuelo/a - nieto/a**. El término **abuelo/a** connota, al menos, dos acepciones en su uso corriente. “Relación de parentesco”, cuando se la asocia al de “**nieto/a**”, como sabemos. Mas también denota la idea de “ancianidad”, ya que en general se es abuelo cuando la persona está alcanzando su vejez. En este sentido, resulta frecuente advertir la aplicación del apelativo *abuelo/a* a individuos de edad avanzada creyendo que, desde este tratamiento, se logra establecer con ellos un lazo cálido y protector. Al respecto observábamos en trabajos anteriores, las crecientes desventajas que aporta esta modalidad a los vínculos entre ancianos y personas más jóvenes; aún cuando aquélla se utilice con la mejor intención y fundamentos altruistas.

(*) Investigadora del CIUNR. Profesora asociada de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad - Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Rosario. E.mail: mdabove@fderec.unr.edu.ar

(**) Investigadora del CONICET. Profesora adjunta de Derecho de Familia. Miembro del Instituto de Investigaciones en Derecho Civil - Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Rosario. E.mail: adrikrasnow@arnet.com.ar

En efecto, en esos estudios veíamos cómo, detrás del rostro bondadoso de conceptos con alto contenido afectivo tal como el que nos ocupa -"abuelo/a"-, se esconde muchas veces el de la violencia simbólica que suele ejercerse contra la persona y su vejez.¹ Se trata, según notamos, de una situación sutil, de un acto manipulador ejecutado con "guante blanco". Pero, a poco que indagemos, sale a la luz aquella ambivalencia, mostrando la hostilidad encubierta y la relación asimétrica de poder que genera². Es más, en nuestra cultura, resultan prácticamente nulas las posibilidades de registrar casos en los cuales sea el propio anciano quien llame "nieto/a" a cualquier joven con el que se relacione. Puede ser habitual que, en algunas circunstancias, la persona de edad recurra a la voz "hijo/a" para referirse a su interlocutor, pero no lo hará bajo el término de "nieto/a". Este hecho, creemos, fortalece nuestras afirmaciones; al tiempo que nos advierte acerca del carácter específico y recortado de la palabra "nieto/a". A fin, pues, de evitar complicidades lingüísticas que abonan costumbres confusas, le daremos a nuestros supuestos -abuelo/a-nieto/a- la significación que les otorga la temática del parentesco, únicamente.

Por otra parte, también es de destacar que en este trabajo, nuestra atención va dirigida a desentrañar la posibilidad de aplicar la figura de la adopción respecto de sujetos que guardan entre sí la condición de abuelo/a y nieto/a. Mas, para ello, necesitamos ahora señalar de qué estamos hablando cuando hacemos referencia a esta institución en particular. La **adopción**, como sabemos, no ha sido definida por la ley 24.779, vigente en esta materia. Su conceptualización ha sido fruto de largos esfuerzos doctrinarios que arrancan desde los inicios de esta figura jurídica. No obstante, siguiendo la

¹ DABOVE, M.I., "Los derechos de los ancianos", Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.; págs. 103 y ss.: "Violencia y ancianidad", en "La Ley - Doctrina Judicial", Año XV, Nº 34, Buenos Aires, 25 de agosto de 1999, págs. 1165 y ss..

² DABOVE, M.I.; "Violencia y ancianidad ..." cit., págs. 1167 y ss. Y también: RYAN, Ellen B.; MACLEAN, Maryanne and ORANGE, J.B.; "Inappropriate accommodation in communication to elders; inferences about nonverbal correlates", en "The International Journal of Aging and Human Development: a Journal of Psychosocial Gerontology", vol. 39, Nº 4, 1994; RYAN, E. B.; HUMMERT, Mary Lee and BOICH, Linda H., "Communication predicaments of aging. Patronizing behavior toward older adults", en "Journal of Language and Social Psychology", vol. 14, Nº 1-2, March, 1995; FOX, Susan and GILES, Howard, "Accommodating intergenerational contact: a critique and theoretical model", en "Journal of Aging Studies", vol. 7, Nº 4, 1993, págs. 423 y ss.

sistematización realizada por el profesor D'ANTONIO, podemos enumerar cuatro definiciones que dan cuenta de las distintas finalidades que, generalmente, se le atribuye a la misma³. Para una mejor exposición, hemos decidido agrupar estos conceptos en función de la concepción tridimensional del Derecho⁴ que sirve de marco metodológico a nuestro estudio.

Así, pues, es posible encontrar significados formales -o normológicos-, valorativos y sociológicos acerca de nuestra institución.

- Desde una perspectiva formal o normológica, la adopción ha sido considerada un **acto jurídico solemne** (o contrato), en virtud del cual la ley permite que la voluntad de los particulares creen “artificialmente” relaciones análogas a las de la filiación legítima, entre dos personas extrañas entre sí (Ramón BONET⁵ – Heinrich LEHMANN⁶ – Ubaldino CALVENTO SOLARI⁷).

³ D'ANTONIO, Daniel Hugo, “Régimen legal del la adopción. Ley 24.779”, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 1997, págs. 19 y ss.

⁴ Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico puede verse, básicamente: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6° ed., 4° reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, M. A., “Derecho y Política”, Buenos Aires, Depalma, 1976, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política” -tomos I a III-, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-82; “Perspectivas jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, “Estudios jusfilosóficos”, Rosario, Fundación, para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de la norma. Metodología jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; en particular.

⁵ BONNET RAMON, Francisco, “Compendio de Derecho Civil”, T.IV, Derecho de Familia, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, p. 6542.

⁶ LEHMANN, Heinrich, “Derecho de Familia”, Revista de Derecho Privado, Vol. IV, Madrid, 1953, p.352.

⁷ CALVENTO SOLARI, Ubaldino, Legislación atinente a la niñez en las Américas”, Depalma, Buenos Aires. 1955, p. 657.

- En sentido similar, la adopción ha sido observada como una **institución de protección al menor**, de derecho privado, fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la sentencia del juez (Guillermo BORDA⁸ – Francisco FERRER⁹ – Luis MENDIZABAL OSES¹⁰)

- A la luz de un **enfoque valorativo**, en cambio, la adopción es vista como una **institución de protección familiar y social** especialmente establecida en interés superior del menor, para dotarlo de una familia que asegure su bienestar y desarrollo integral (*Código de Familia de El Salvador* de 1993, art. 165)

- En tanto que, desde una **mirada sociológica**, la adopción puede entenderse también, como un **medio de prevención del abandono**, al otorgar al menor filiación jurídica y un ámbito familiar, imprescindibles para su formación integral (Daniel H. D'ANTONIO)¹¹

Ahora bien, integrando los rasgos específicos destacados por cada una de estas definiciones, proponemos considerar tridimensionalmente a la adopción como una **institución compleja**, en la cual, **a pedido de un sujeto - el adoptante-, se establece un vínculo -o reparto- de filiación jurídica con otro sujeto - el adoptado-, reconocido por una norma individual**, la sentencia judicial; **a fin de otorgar al niño/a adoptado un marco familiar en el cual pueda crecer y personalizarse y a los adoptantes, la titularidad y ejercicio de la patria potestad sobre el mismo -criterios de justicia requeridos-**.

Respecto de nuestro tema de interés, la integración jurídica de la voluntad filiatoria del abuelo/a hacia su nieto/a presenta claras limitaciones normativas. En efecto, de acuerdo a la ley 24.779, los abuelos/as y los nietos/as forman parte del catálogo de **incapacitados de derecho** para generar

⁸ BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil argentino", Derecho de Familia, T.II, 3er. ed., Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 126.

⁹ FERRER, Francisco A. M., "Adopción", en Enciclopedia de Derecho de Familia, T.I, Universidad, Buenos Aires, p. 86.

¹⁰ MENDIZABAL OSES, Luis, "Derecho de Menores", 1ªed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 99.

¹¹ D'ANTONIO, D. H.; op. cit., págs. 19 y ss.

esta relación (art. 315, CC)¹². En suma, el abuelo/a no puede adoptar como hijo/a a quien ya es su nieto y el nieto/a no puede ser adoptado por quien es su abuelo/a, por aplicación de las reglas generales del parentesco.

En el presente trabajo realizaremos un análisis jurídico de esta prohibición, a la luz de la teoría trialista antes anunciada. Así como también, recurriremos a los despliegues normativos, sociológicos y valorativos constitutivos del Derecho de la Infancia y el Derecho de la Ancianidad. Ramas jurídicas éstas, que “parecen contraponerse” en nuestro caso, en vista de varias razones. Por la necesidad de proteger de manera fuerte el interés del niño que se “considera superior” al de cualquier otro, desde el Derecho de la Infancia, de un lado. Mas, de otro, porque con esta prohibición el Derecho de la Ancianidad observa un campo de derechos subjetivos radicalmente cercenados para los mayores: el de ejercer la patria potestad sobre sus nietos¹³.

¹² Art. 315 CC: Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda. No podrán adoptar: a) los ascendientes a sus descendientes; b) un hermano a sus hermanos o medios hermanos.

¹³ Respecto a la teoría trialista del Derecho que nos sirve de referencia en este estudio puede verse, entre otros: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6° ed., 4° reimp., Bs. As., Depalma, 1987, pág. 391; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y Política”, Buenos Aires, Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política” -tomos I a III-, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-82; “Perspectivas jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; “Estudios jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, tomos I a III-II, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991-94; “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (Justicia y Progreso)”, en “El Derecho”, 6-4-87, págs. 1 y ss.; y 7-4-87, págs. 5 y ss.; “Perspectivas teleológicas del Derecho”, en “Investigación y Docencia”, N° 16, 1990, págs. 41 y ss.; “Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación y Docencia”, N° 20, Rosario, FIJ, 1992, págs. 39 y ss.; “Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad”, en “Investigación y Docencia”, N 25, FIJ, 1995”, págs. 7 y ss.; “Acerca de la normalidad, anormalidad y el Derecho”, en “Investigación y Docencia” N° 19, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992, págs. 4 y ss; “Comprensión integrada de la Jurística Dikelógica”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 13, págs. 10 y ss.; “Notas para una comprensión dikelógica de la discriminación”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 1, 1996, págs. 35 y ss

A lo largo de estas líneas observaremos, sin embargo, que esta oposición es, en verdad, ficticia ya que: 1) Ni el niño/a se encuentra en situación de “desamparo y extraneidad” que la ley de adopción reclama como requisito para que este instituto funcione. 2) Ni al anciano se le priva de derechos en relación con su nieto, puesto que mantiene su condición jurídica de abuelo, con la posibilidad preferente de convertirse en su tutor, en virtud de las normas del código civil referidas a la Tutela. Reconociendo, entonces, la inexistencia de situaciones de riesgo para la condición de sujeto de derecho del abuelo/a hacia su nieto/a y viceversa, nos inclinamos a sostener una posición favorable a la prohibición legal. Las páginas que siguen intentarán dar cuenta de la afirmación, mediante un abordaje tridimensional del tema. Desde este marco, consideraremos algunos aspectos normativos, sociológicos y valorativos que están presentes en esta cuestión.

II - Marco normativo de esta problemática:

A. Reconocimiento de las fuentes formales vigentes en esta materia

Como hemos anunciado en el inicio de esta exposición, la problemática de la adopción ha sido regulada en el año 1997 por una fuente formal específica, la **Ley 24.779**, incorporada al cuerpo del Código Civil¹⁴. Al respecto, el **artículo 315**, CC dispone: *podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda. No podrán adoptar: b) los ascendientes a sus descendientes; c) un hermano a sus hermanos o medios hermanos.* Por su parte, el **artículo 321**, en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: *En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas:...inc. i) El Juez o Tribunal en todos los casos deberán valorar el interés superior del menor.* En tanto que, por último, el **artículo 337** deja en claro que: *Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este código: 1. Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación de los preceptos referentes a: ...e) la adopción de descendientes...*

¹⁴ El texto ha sido incluido en el Título 4 de la Sección segunda, Libro primero del Código Civil (art. 1)

En el Derecho argentino, varios son los precedentes de prohibición que podemos reconocer en la materia, aún cuando plantean distintas posiciones sobre el tema entre ellos. Así, por ejemplo, la **Ley 13.252** en su artículo 5, inc.d prohibió la adopción de un hermano por otro. Pero, nada señala para el supuesto de la adopción de los nietos por parte de sus abuelos. La **Ley 19.134**, en cambio, opta por el sistema contrario, ya que en su artículo 5, inc.b se prohibía la adopción del nieto por el abuelo y se suprimía la prohibición respecto del hermano. Mas, por último, también es oportuno recordar que, el **Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado** con el Código de Comercio guarda silencio sobre la procedencia o no de la adopción de los abuelos a sus nietos.

B. Su inserción en el sistema

En nuestra **Constitución Nacional**, la condición jurídica de la infancia y los ancianos ha sido contemplada, principalmente, por la reforma de 1994. Con todo, las soluciones jurídicas adoptadas, según veremos, no resultan suficientes para garantizar en la realidad, los derechos subjetivos de estos grupos humanos, pues aquellas resultan demasiado genéricas en sus postulados. Como prueba de esta afirmación podemos mencionar al artículo 75 y sus inc. 22 y 23. En sus textos se señala que:

Artículo 75, Inc.22: Corresponde al Congreso... Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...La Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...

Inc. 23: ...legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos... , en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad...

Por otra parte, la **Convención sobre los Derechos del Niño**, con rango de norma constitucional según vimos, establece: **Artículo 3:** ...1- *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...*

Artículo 21: *Los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción, cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial para el otorgamiento de la adopción.*

Ahora bien, con respecto a la condición jurídica de los ancianos, resulta interesante observar la falta de recepción constitucional de los textos internacionales vigentes al respecto, aún cuando éstos adquieran la forma de simples cartas de intención -también llamadas *fuentes de espectáculo o propaganda*¹⁵- Tal es el caso, verbigracia, del **Plan Internacional de Acción de Viena sobre el envejecimiento**, firmado en 1982 -incluso, por nuestro país-, de los **Principios de la ONU en favor de las personas de edad de 1991** respecto de la Independencia, Participación, Cuidados, Autorrealización y Dignidad (3/Res. 46/91 de la Asamblea General). Los **Objetivos mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001** (Res. A/47/339 de la Asamblea General de 1992); la **Proclamación sobre el envejecimiento** producida el mismo año (Res. 5/47/5 de la Asamblea General). Como tampoco se ha considerado, el **Informe sobre los derechos de las personas de edad en relación con el Pacto Internacional de derecho Económicos, Sociales y Culturales**, elaborado por Naciones Unidas (Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1), en 1995. La **Declaración de Cartagena de Indias** sobre Políticas integrales para las personas mayores en el Área Iberoamericana de 1992 y el **segundo Plan Internacional de Acción de Madrid**, del año 2002. No obstante la cantidad de fuentes reseñadas, cabe subrayar asimismo, que en ninguno de estos textos se hace referencia a las alternativas que estamos estudiando en materia de adopción¹⁶. Tan sólo rescatan la necesidad de velar por la dignidad y el interés del anciano en forma genérica.

¹⁵ CIURO CALDANI, M. A.; "Las fuentes de las normas", en "Zeus", Rosario, t. 32, págs. D - 103 y ss.

¹⁶ DABOVE, M.I.; "Los derechos..." cit., págs. 340 y ss.

En el Derecho Comparado, por su parte, el panorama sobre nuestro tema no se presenta uniforme. La legislación de otros países ofrece tanto soluciones normativas semejantes a la actualmente vigente en Argentina, como algunas otras diferentes. Así por ejemplo, en la **Ley Italiana 184 de 1983** se admite la adopción –sin ruptura de los vínculos de origen- de un menor huérfano de ambos padres, por las personas unidas a él mediante vínculo de parentesco hasta el sexto grado; o bien, a aquellas personas unidas a sus padres por una relación personal significativa, anterior a la muerte o la privación de la Patria Potestad (art.44, inc.a). La **Ley Española de 1987** incluye, junto a otras prohibiciones, la adopción: a) de un descendiente, b) de un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad (Art. 175.3). En tanto que, consecuentemente, el artículo 176.1 permite la adopción, sin que sea necesario la propuesta previa de la entidad pública: “a) del huérfano y pariente del adoptante –en tercer grado- por consanguinidad o afinidad”. En efecto, promueve esta opción en orden a garantizar el vínculo de origen del menor. Por su parte, la **Ley francesa** permite ampliamente la adopción fundada en el parentesco. Mas, el **Estatuto del Niño y el Adolescente** que regula esta cuestión en **Brasil** (16 de julio de 1990), exige no ser ascendiente o hermano del candidato a la adopción, entre los requisitos para constituirse como adoptante¹⁷.

C. Finalidad de la prohibición. El concepto legal de “desamparo”

Ahora bien, volviendo a nuestra normativa objeto de estudio, observábamos que la Ley 24779 considera innecesaria la creación de un vínculo legal (adopción) entre el abuelo y el nieto, cuando ya existe entre ellos un lazo biológico reconocido jurídicamente. Este punto de conexión que se origina en el parentesco estrecho tiene en nuestro ordenamiento, como sabemos, la fortaleza suficiente como para hacer garantizar la atención del niño en todos los aspectos de su persona, mediante la institución de la tutela. Razón por la cual, el reconocimiento jurídico de la mera relación entre abuelo/a y nieto/a aleja por sí mismo el riesgo de encontrarnos frente a circunstancias de “desamparo” de menores, las cuales darían lugar a la

¹⁷ DO AMARAL E SILVA. Antonio Fernando: “Apreciación del Estatuto del Niño y del Adolescente”. Promover. Santa Catarina. 1991, p.5.

adopción. Detengámonos unos instantes en este punto, puesto que dicha situación no es otra cosa que la finalidad propia de nuestro instituto.

Por **desamparo**, la ley entiende aquel *estado de total orfandad en el que puede encontrarse un niño, ya sea en el aspecto material, formal y afectivo*. La adopción, entonces, sólo puede ser utilizada cada vez que un niño padezca condiciones de vida en las que reine el más completo abandono. En la práctica, este concepto se acredita cuando el niño no tiene padres, ni abuelos, hermanos, tíos o primos, etc., que hayan adquirido el compromiso material y formal de velar por su crecimiento y su interés. El sujeto adoptivo debe ser, en suma, un “extraño”, una persona absolutamente desvinculada de su futuro padre adoptivo en cuanto a posibles relaciones de parentesco. Podríamos decir, incluso, que debe ser una especie de “extranjero”, para que la figura de la adopción pueda aplicarse en cumplimiento de sus propósitos tuitivos. En sentido contrario puede perfectamente interpretarse, en cambio, que la ley 24.779 presupone la capacidad de derecho y de hecho del anciano para proteger a su nieto, por su sola condición de abuelo.

D. La Doctrina nacional

Las posturas desarrolladas por los juristas argentinos, especialistas en la materia, puede muy bien ser agrupada en dos sectores: la de aquellos que se muestran a favor de la prohibición legal de la adopción de nietos/as por sus abuelos/as y, por otro lado, la de quienes no ocultan su rechazo. Veamos, brevemente, un detalle de los argumentos esgrimidos por cada una de estas líneas de reflexión.

1) Postura contraria a la adopción de los nietos por sus abuelos (Doctrina mayoritaria)

Dentro de esta corriente se destacan los aportes de Zannoni, Mazzinghi, Bossert, D’Antonio, Lloveras¹⁸. Sus fundamentos principales son los

¹⁸ MAZZINGHI, J.A.; “Derecho de Familia”, T.III, Buenos Aires, 1981, N°575; ZANNONI, Eduardo; “Derecho de Familia”, T.II, Astrea, Buenos Aires, MENDEZ COSTA, María Josefa, “Derecho de Familia”, T.III, Rubinzal Culzoni Editores; LLOVERAS, Nora, “La adopción”, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 351.

siguientes: a) la existencia de un parentesco sanguíneo habilitante para el ejercicio de la tutela, que hace innecesaria la creación de otro vínculo, en este caso, ficticio (vínculo adoptivo); b) el posible perjuicio hereditario de otros nietos del adoptante.

Para BOSSERT: *...la superposición de lazos fraternales y filiales con todo lo que cada uno de ellos implica en cuanto a contenido emocional, sentido de respeto y obediencia, e incluso ubicación ante el grupo social de los sujetos de dichos vínculos familiares, no resultaría beneficiosa para la formación del menor. Creemos que lo afectaría la tan irregular situación de tener que considerar reunidos en una misma persona a su padre y a su hermano*¹⁹.

ZANONI sostiene, además, que *“no se requiere valerse del instituto de la adopción para crear un emplazamiento familiar distinto y en cierto modo incompatible a su calidad para sustituir al padre o a la madre en el ejercicio de los deberes y derechos de la patria potestad*²⁰

Al tiempo que, para MAZZINGHI, la prohibición del artículo 315, inc. b, CC se corresponde con la finalidad esencial de la adopción, consistente en dotar de familia a quien, por carecer de ella, se halla desprotegido o abandonado. Un menor que tiene abuelos, no lo está. No carece de un ámbito familiar propio. Este autor entiende también que, la relación entrañable que liga a nietos y abuelos no depende, ni se enriquece, con el agregado de otro vínculo jurídico, como es el que resulta de la adopción; siendo suficiente la institución de la tutela para ejercer la asistencia, resguardo y representación legal que necesita el niño²¹

¹⁹ BOSSERT, Gustavo; “Adopción y legitimación adoptiva”, Astrea, Buenos Aires, p. 58.

²⁰ ZANNONI, Eduardo A.; “Derecho Civil. Derecho de Familia”, T.II, Astrea, Buenos Aires, p.575.

²¹ MAZZINGHI, J. A.; “Derecho de Familia”, T.III, Buneos Aires. 1981, N°575.

2) *Postura favorable a la adopción de los nietos por sus abuelos*
(*Doctrina minoritaria*)

En esta línea de argumentación se ubican, entre otros, Belluscio, Borda y Ferrer²². Para ellos, la prohibición legal hace a un lado innumerables casos de abuelos que, llevados por las circunstancias de la vida, crían a sus nietos como si fueran sus hijos. La adopción, en estos supuestos, viene a convertirse en un medio idóneo para la regularización jurídica de una situación de convivencia y afectividad afianzada en los hechos, que reporta amplios beneficios al niño. Asimismo, en respuesta al fundamento b) de la corriente antes mencionada, señalan que aquella, es la misma consecuencia que se deriva de la adopción de un extraño.

BELLUSCIO por su parte, en un comentario sobre la anterior ley de adopción, 19.134, nos dice que *...se ha introducido la prohibición de adoptar por el abuelo a su nieto, disposición de la cual no conozco precedente alguno pero, que tiene por evidente finalidad desechar la interpretación judicial favorable que había llegado a prevalecer en la jurisprudencia de la Capital Federal*²³. En efecto, un fallo de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil no entró a juzgar sobre la admisibilidad, pues aún aceptándola hipotéticamente, en el caso obstaba a la existencia de descendientes. Pero otra sentencia, de la Sala E, la rechazó. Ello ocurrió, no por imposibilidad jurídica, sino por ser inconveniente en razón de las circunstancias del caso. En él, el nieto integraba el grupo familiar de la abuela, junto con su madre y los hermanos de ésta. Y, además, la abuela podía ejercer la tenencia en caso de no poder cumplir acabadamente la madre, los deberes impuestos por su condición de tal²⁴.

²² FERRER, Francisco A.; "Derogación tácita de la prohibición de adoptar a los nietos", nota a fallo C.C.Com., Santa Fe, Sala 3°, 21-12-1995, en JA, 27/3/1996. El autor adhiere a la adopción plena de un menor a sus abuelos maternos en trágicas circunstancias, su yerno fue condenado a prisión perpetua por el homicidio de su mujer; el hijo de ambos convive con los abuelos desde que tenía cinco meses de vida. Con fundamento en el interés superior del niño y su reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño conceden la adopción, considerando derogada la prohibición contenida en el art. 5, inc. b de la Ley 19.134; BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil. Familia, T.II, Perrot, 8° ed., Buenos Aires, 1989, n.776.

²³ BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", T.II, Depalma, 5° ed., Buenos Aires, 1987, p. 201

²⁴ Fallo de la Cám. Nac. Civil, sala E, 26/12/1966.

Finalmente la Sala D, en contra del criterio del ministerio pupilar, aceptó la adopción por los abuelos del hijo extramatrimonial de su hija legítima. Fuera de señalar la inexistencia de incapacidad de derecho, el tribunal puso de manifiesto en el caso la vida irregular de la madre y el reconocimiento del menor como hijo por quien convivía con ella -quien, presumiblemente, no era el padre real-. Así como consideró la circunstancia de haber recibido siempre trato de hijo de sus abuelos, aunque también advirtió que el caso presentaba especiales particularidades²⁵.

II. Perspectiva ius-sociológica del Régimen Legal: razones materiales del sistema.

Desde el punto de vista sociológico, la ley 24.779 pone de manifiesto claramente la necesidad de distinguir dos tipos de vínculos filiales. El parentesco sanguíneo, que vamos a llamar “natural” y, el vínculo adoptivo, “fabricado” por un acto de decisión judicial. Veamos entonces, cuáles han sido las razones materiales esgrimidas por la jurisprudencia respecto de la prohibición legal, observando la relevancia que le otorgan a uno u otro de los tipos de vínculos antes apuntados. Al respecto podemos ya adelantar, que la jurisprudencia partidaria de la prohibición legal, privilegia el lugar del vínculo de sangre como criterio de reparto de funciones de protección hacia los niños/as. En tanto que, los fallos que rechazan tal prohibición, rescatan la importancia de los lazos de parentesco voluntariamente construidos.

A. El vínculo “biológico”

A lo largo de la historia de la humanidad, el vínculo de sangre ha ocupado un lugar preponderante en tanto hecho generador de un criterio de reparto de funciones intersubjetivas. Dicho criterio, como veremos, ha ejercido un papel muy significativo en nuestra cultura pues ha ido más allá de la mera organización familiar, al punto de penetrar en las raíces mismas de la organización social en su conjunto. En suma, los lazos biológicos han determinado la estructura y el funcionamiento de cada relación particular,

²⁵ Fallo de la Cám. Nac. Civil. sala D. 30/04/1969.

tanto como la de la comunidad toda, imponiendo criterios concretos de *reparto de funciones sociales*.

En la **Jurisprudencia Nacional**, según advertíamos con anterioridad, encontramos una clara tendencia mayoritaria a hacer prevalecer el **criterio favorable a la preservación del vínculo natural** respecto de cada relación intersubjetiva específica; legitimándose así, el alcance de la normativa vigente para nuestro tema. Desde esta perspectiva se advierte, decíamos, que la prohibición legal es oportuna al entender que el interés superior del niño encuentra amparo en otras figuras contempladas por la ley. En este orden de ideas, la corriente analizada estima suficiente la institución de la tutela, pues protege el vínculo biológico de abuelo/a-nieto/a, sin necesidad de crear un lazo ficticio (adopción) que choca con un emplazamiento filial ya existente. Al respecto, merecen transcribirse algunos otros fragmentos de fallos sobre el tema:

La **Cámara Nacional Civil y Comercial de Morón**, basándose en que el parentesco por afinidad no se extingue por la muerte de uno de los cónyuges y, conforme a la prohibición legal, resolvió: *“la abuela por afinidad, o sea, la cónyuge del abuelo de sangre, tiene un impedimento para obtener la adopción del menor, porque no necesita de esta figura, desde que tiene, ministerio legis, la tutela de la nieta”*²⁶.

En sentido similar, la **Cámara Civil y Comercial, Sala 3ra. de Concordia**; no hizo lugar a la demanda de adopción simple del menor interpuesta por el tío, dado que: *...de las pruebas producidas en autos, en especial del informe ambiental, no surgía el desamparo material o moral del menor, ni los extremos para su procedencia*. Reconociendo, entonces, que el rechazo de la acción no se había fundado en el parentesco, la Cámara recordó, que *si bien los argumentos en contra de la adopción entre parientes pierden fuerza cuando el parentesco se aleja y, que la doctrina en la actualidad no ve inconveniente alguno para admitir la adopción del sobrino por el tío, como también la adopción de parientes más lejanos, en razón de que en estos supuestos no se produce el grave trastocamiento de los vínculos familiares que provocan los casos expresamente prohibidos como, por*

²⁶ C. C. Com. Morón, Sala I, 9/6/92, en ED, 152-654.

ejemplo, el de adoptar un abuelo a su nieto. No obstante ello, confirmó el fallo apelado por el tío, expresando que las normas que regulan la adopción resultan muy claras en el sentido de que debe contemplarse prioritariamente el interés y conveniencia del menor.

Por lo demás, en el mismo fallo se señaló que, dicha pauta de evaluación *no va dirigida a la consideración de los beneficios de orden económico, social o moral que resulte al menor en una u otra situación, sino que debe aplicarse atendiendo a los principios que inspiran la institución y las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte. Estas circunstancias hacen que se le concedan al juez facultades suficientes para apreciar, en el momento de dictar sentencia, cuál es la decisión que corresponde*²⁷.

Así, pues, si bien esta sentencia no se refiere directamente a la adopción de los nietos/as por sus abuelos/as, subraya la vigencia de razones basadas en la falta de carencia de un entorno familiar para el niño. Como así también considera, las derivadas de la función del parentesco biológico existente para abrir las puertas al sistema de protección ya instituido por la tutela.

Otro punto interesante para el análisis ius-sociológico del tema lo constituye el hecho de entender que, con la recepción de la adopción se ponen al descubierto dos tipos de organización social, que sostienen el Derecho vigente. Nos referimos al carácter de **sociedad exogámica o endogámica** que toda comunidad expresa, al mostrarse partidaria o bien de la prohibición; o bien, del permiso del establecimiento de vínculos fabricados, respectivamente²⁸

En el primer caso, las reglas de convivencia en vigor apuntan a promover la incorporación de “extranjeros” al grupo. Inducen a la absorción social de recursos humanos nuevos, como vehículo de crecimiento y estabilidad. De manera que, en este contexto, podemos inferir que la comunidad resultante (orden de repartos) actuará en forma “abierta”, demostrando gran capacidad

²⁷ C.C.Com., Sala 3º, Concordia, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N°8, p.427.

²⁸ GOLDSCHMIDT, W.; op. cit. págs. 157 y ss.

de adaptación frente a lo distinto. La prohibición contenida en nuestra ley de adopción se inscribe, sin lugar a dudas, en el **modelo exogámico**. Al tiempo que, en nuestra historia decimonónica observamos que, este esquema social se ha visto reforzado por las políticas migratorias, favorables a la incorporación de elementos extranjeros a la cultura reinante. En este sentido recordemos también, a título de ejemplo, la exigencia de residir cinco años en el país como requisito para ser adoptante (art. 315 CC). No se pide, en suma, contar con la nacionalidad argentina para ejercer este derecho.

Las **sociedades endogámicas**, en cambio, suelen desarrollarse bajo pautas de coexistencia que preservan los vínculos originarios de sangre. No admiten con gran facilidad la recepción de elementos extraños a su cultura. Se constituyen, en general, como comunidades cerradas y conservadoras, quizás porque en sí mismas se consideren “autosuficientes”. La ausencia de prohibición legal de adopción entre abuelos/as y nietos/as fomenta, en verdad, vínculos sociales enmarcados en este paradigma.

Otra observación que podemos realizar desde la perspectiva sociológico consiste en reconocer el mayor grado de **planificación** que lleva en sí, la institución de la adopción. De alguna manera puede decirse que, con la vigencia de esta figura se pasa del “estado de naturaleza” -u orden espontáneo basado en vínculos biológicos-, a un “orden proyectado voluntariamente” hacia una finalidad específica: brindar mejores oportunidades a niños que no cuentan con soporte alguno para su crecimiento y realización. Pero, al propio tiempo, las **costumbres** -ejemplaridad- pueden presionar a favor del reconocimiento jurídico de una situación adoptiva de facto. Sobre ello, volveremos en el punto que sigue²⁹.

B. El vínculo “fabricado”

La adopción, decíamos, constituye también una vía generadora de relaciones filiales “fabricadas”, con larga trayectoria temporal³⁰. Recordemos, si no, lo que ocurría en el pueblo romano clásico respecto de las relaciones de parentesco. El Derecho de este tiempo nos muestra

²⁹ GOLDSCHMIDT, W.; op. cit., págs. 40 y ss.

³⁰ D'ANTONIO, D. H.; Régimen... cit., págs. 18 y ss.

cabalmente, la importancia que esta sociedad otorgaba a las situaciones materiales de parentesco, al punto de permitir la consagración del status de hijo, respecto de aquel a quien efectivamente se le daba tal tratamiento (sin mediar conexión biológica alguna)³¹. En la actualidad, la adopción viene a mejorar esta estructura antigua, posibilitando la construcción de un vínculo sustentado únicamente en el juego de las necesidades y los afectos de las partes intervinientes.

La Jurisprudencia contraria a la prohibición legal muestra, en cambio, sus simpatías por una concepción de nuestro instituto mucho más abarcativa que la línea judicial ya vista. Motivo por el cual, aquella se manifiesta partidaria del permiso de adopción del nieto/a por parte de su abuelo/a. Esta corriente, en efecto, apoya su argumentación en tres estándares jurídicos: *el interés superior del niño, el principio de equidad y el criterio amplio como pauta interpretativa de la Ley de Adopción.* Y sostienen, asimismo, que la procedencia de la adopción de los nietos se ajusta al contenido del artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe, Sala 3ª del 21 de diciembre de 1995, verbigracia, se decidió respaldar la sentencia de primera instancia. En ella, se otorgaba la adopción plena de su nieta a los abuelos maternos, teniendo en cuenta criterios de **ejemplaridad o consuetudinarios. Los abuelos vivían con la niña desde los cinco meses de edad, debido a que su madre fue asesinada por su padre y éste, fue condenado**

³¹ Al respecto puede verse, entre otros: ARIAS RAMOS; "Derecho Romano", 10ª ed., 3ª reimp., Madrid, Edersa, 1991; PETIT, Eugene; "Tratado Elemental de Derecho Romano", 9ª ed., trad. José Fernández González, Buenos Aires, Albatros, 1978; BONFANTE, Pietro; "Corso di diritto "romano, Milano Giuffrè, 1963, vol. 1º.; GARCIA GARRIDO; "El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil", I. "La tradición romanística", Madrid, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1982; VOLTERRA, Eduardo; "Scritti giuridici: famiglia e successioni", Nápoli, Jovene Editore, 1991, vol. 3; WESTRUP, C. W.; "Introduction to earle roman law: comparative sociological studies. The patriarchal joint family", Copenhagen: Levin & Munksgaard; London: Oxford University Press, 1934 - 1944, vol. 3; FRANCIOSI, Genaro; "Famiglia e persone in Rome antica", 2ª ed., Torino, G. Giappichelli, 1992; "Clan gentilizio e strutture monogamiche: contributo all storia della famiglia romana", 4ª ed., Napoli, Jovene Editore. 1989; .ARIES, Philippe y DUBY, Georges; "Historia de la vida privada" tomos I y II. 1ª ed., 1ª reimp., trad. Francisco Pérez Gutiérrez y Beatriz García. Buenos Aires, Taurus, 1991.

a prisión perpetua. Contra la sentencia de primera instancia, la Asesora de Menores interpone recurso de nulidad y de apelación, siéndole concedido sólo este último y declarándose desierto el segundo. La recurrente centra sus agravios en dos aspectos: 1- el concepto adecuado de lo que cabe considerar como bien superior del menor; 2- las finalidades de la ley de adopción y la prohibición legal del hoy derogado artículo 5, inc.b de la ley 19.134. Argumenta así, que en este caso, los institutos civiles previstos permitirían brindar a los abuelos el marco jurídico digno para el crecimiento, educación, seguridad, vida afectiva del menor.

A estas razones, sin embargo, el Tribunal responde con otras. Por ejemplo, que la norma prohibitiva de la adopción de nietos por sus abuelo debe considerarse derogada por la normativa de la Convención sobre los Derechos del Niño. También señala el Tribunal que *la relación vincular y comunicacional del menor con sus abuelos es realista. Existe un reconocimiento de la verdad perpetua: son abuelos por su ubicación en la ascendencia, pero son sus padres por la calidad de su función y el vínculo... Los padres abuelos y el menor han logrado un sistema que funciona armónicamente. Modificarlo puede significar afectar negativamente las individualidades. Y esto incluiría un perjuicio claro para quien debe ser beneficiario de la condición de sujeto de derecho en este proceso...*

Por último, merece destacarse nuevamente lo ya apuntado más arriba: que la adopción, en general, constituye una vía institucionalizada de creación de lazos filiales. Con la instauración de esta figura, se permite sin duda **la planificación familiar**, que se concreta con la participación estatal. En la ley de adopción, por otra parte, se especifica de manera detallada quienes pueden erigirse en **repartidores del vínculo**, mas también se determina con qué criterios debe llevarse a cabo el inicio y transcurso de esta relación.

A. El concepto material de “desamparo”.

Su relación con la prohibición legal

La adopción, como hemos visto ya, se origina y se organiza en base a una idea-fuerza, claramente concebida: *la lucha contra el desamparo del*

niño/a y, en esos términos, funciona. Es, por ello, una **institución**, siguiendo a Maurice HAURIUO³². Ahora bien, al ser este un concepto programático y abierto, urge definirlo recurriendo a la observación de la realidad en cada supuesto en particular. No obstante, en esta tarea pueden tomarse en consideración algunos elementos que funcionan como puntos de partida de su resolución. Así, por ejemplo, la constatación de la carencia de progenitores, abuelos o tíos; en suma, de parientes legalmente obligados a la prestación de alimentos, es un indicio significativo de vulnerabilidad y estado de abandono. En cambio, no podemos afirmar lo mismo en relación a situaciones en las cuales se comprueba la existencia de un abuelo/a u otro vínculo de parentesco. Aquí, el análisis del caso debe ser más riguroso, a fin de evitar el solapamiento de lazos que se bastan a sí mismos para cubrir la obligación de protección y cuidado del niño en cuestión. En este sentido, creemos que la prohibición del derecho de adoptar de los abuelos/as hacia sus nietos/as sólo adquiere eficacia a la luz del relevamiento real de estas circunstancias. Asimismo nos gustaría señalar que, mediante la admisión de esta prohibición, se abren las puertas a la revaloración social del papel de “abuelo/a”; toda vez que la ley lleva implícita la confianza en la fuerza y legitimidad de aquel título de parentesco.

III . Perspectiva valorativa

B. Clases de valores implicados: Justicia, utilidad y verdad

En la dimensión axiológica de esta prohibición se ponen en funcionamiento algunos valores, que no siempre interactúan de manera armoniosa entre sí. Desde este enfoque puede observarse, por ejemplo, que en los fundamentos de esta prohibición encontramos un primer despliegue valorativo en el que se conectan las exigencias de **justicia** con las de la **utilidad**. La adopción, como vimos, es una institución que se construye con un claro fin de utilidad: luchar contra el desamparo infantil. La adopción

³² HAURIUO, M.; “La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)”, pról. y trad. A. E. Sampay. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968; ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J.; “El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación)”, Madrid. Dykinson. 1996.

resulta, de este modo, un instrumento eficaz, al par que justo, puesto que otorga al niño/a un marco familiar en el cual padres e hijos adoptivos pueden desarrollar todas las potencialidades a su alcance con sentido humanista y personalizante³³. Mas, al propio tiempo, también se advierten tensiones importantes entre ambos valores, cuando se advierte que la prohibición intenta preservar al niño/a de un segundo desamparo al que se expondría de permitirse la adopción por parte de los abuelos.

Ya hemos reconocido en el inicio de este trabajo que, en general, son abuelos las personas de más edad; es decir, los ancianos. Situación que nos coloca o bien: frente a un grupo humano que cuenta con una esperanza de vida más acotada que la de los adultos; o bien ante el hecho establecer un vínculo filiatorio con una relevante brecha generacional entre ellos y sus nietos. Situación, esta última, que quizás puede llegar a entorpecer el ejercicio de la patria potestad y el buen entendimiento entre las partes.

Un segundo despliegue axiológico interesante para el análisis, lo constituye la relación generada entre la **Justicia** y la **Verdad**. La prohibición establecida por la Ley 24.779, a nuestro entender, ejemplifica muy bien el vínculo de coadyuvación que puede existir entre ambos valores. La necesidad de ajustar las soluciones jurídicas a la realidad de los vínculos consanguíneos, nos parece la mejor manera de preservar la esfera de libertad que el criterio de justicia reclama, para lograr una personalización humanista plena. En este marco, urge distinguir entre el vínculo fabricado de manera “auténtica” por la sentencia judicial constitutiva del vínculo de parentesco, de un lado. Y, el vínculo fabricado “falsificado”, que resultaría de la transpolación innecesaria del papel de abuelo por el de padre, como ya hemos señalado momentos atrás.

B. Sentidos de justicia que exigen ser realizados.

El interés superior del niño.

Cuando el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño fija como principio rector de toda su normativa el “interés superior del niño”,

³³ GOLDSCHMIDT, W.; op. cit., págs. 456 y ss.

no lo hace a título de simple recomendación. Este criterio se consagra como una verdadera norma jurídica vinculante, para todos los operadores jurídicos: legisladores, administradores de justicia, familias, sociedad. Así, pues, al interés superior del niño lo ubicamos dentro de los criterios axiológicos positivados por nuestro sistema; recibiendo, por ello, distintas definiciones conforme a las concepciones axiológicas prevalecientes en una época o cultura determinada.

Por estas razones, los jueces al sentenciar deben realizar un juicio de ponderación de los usos, costumbres y valores propios del entorno social donde actúan. Al tiempo que deben respetar la identidad y la pluralidad cultural (art.75, inc.19, CN). En estas circunstancias, claro está, la carga valorativa del juez interviniente es muy significativa, al punto de resultar imposible de dejar al margen a la hora de determinar que es lo “mejor” para el niño. En palabras de Cecilia GROSMAÑAN: *el juez o funcionario, al decidir cuál es el mejor interés del niño, al referenciar los hechos, los mediatiza a través de sus valoraciones particulares, de su historia y sus experiencias personales. Su juicio no es una representación de la realidad como algo objetivo y externo, sino que reconstruye esta realidad de acuerdo a su particular mirada*³⁴.

Esto nos permite entender de qué manera, a través del mismo estándar jurídico, se puede arribar a una sentencia concediendo o no la adopción en el caso que nos ocupa. Podemos presenciar esta situación, incluso, en otras cuestiones relacionadas con el niño, pues en cada caso concreto las realidades pueden ser diversas, llevando al juez a soluciones diversas. Sin embargo, sostenemos que frente a una cuestión que involucra al niño, se debe reconocer su calidad de sujeto de derecho, con el fin de evitar soluciones que jerarquicen los intereses de los adultos. Esto se logra concibiendo su interés dentro de una estructura sociofamiliar y no, aisladamente.

Lo expuesto, entonces, conduce a la afirmación de que el término “superior” no debe entenderse en el sentido de privilegio concedido a los

³⁴ GROSMAÑAN, Cecilia; “El interés superior del niño”, en Los derechos del niño en la familia, Universidad, Buenos Aires, 1998, p.23.

derechos del niño respecto del de los adultos. Compartimos, en ese sentido, la opinión de GROSMAN que transcribimos: ...*Fundamentalmente se ha querido poner de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder para reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales. Simboliza la idea de que ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado*³⁵

Si partimos de la afirmación que el estándar jurídico en estudio tiende a proteger y a reconocer las necesidades esenciales de cada niño, resulta acertado el impedimento de adopción por parentesco establecido en nuestra ley. En efecto, al niño no le asiste la urgencia de contar con una familia que ya tiene, dentro de la cual se encuentran ya determinados jurídicamente los vínculos parentales. La ley no ha querido, en respeto a su identidad, la creación de lazos ficticios que se contrapongan con los ya existentes.

Aún cuando, el fallo de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe al que hicimos referencia, concede la adopción a los abuelos con fundamento en el interés superior del niño, sostenemos que el mismo parte de una interpretación errónea del plexo valorativo inserto en el sistema jurídico. No es cierto, creemos, que lo dispuesto por el artículo 315, inc.b sea *contra legem*, al estar al margen del espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño. Que la Convención no haya establecido nada al respecto, no impide que pueda aplicarse analógicamente lo dispuesto en el artículo 8 de la misma, referido al compromiso de respetar los Estados Partes el derecho del niño a preservar sus relaciones familiares.

C. El problema del recorte de la solución justa.

La distinción entre el título de padre y la función de padre.

Por otra parte, queremos resaltar también que, con el establecimiento de esta prohibición se pone al descubierto la realización de un fraccionamiento de justicia con miras a concretar una solución humanista. Desde este recorte axiológico se advierte la necesidad de distinguir entre los grados de legitimidad que se desprenden del “título” de padre, de los derivados de la

³⁵ GROSMAN, C.; op. cit., en nota 33.

“función” de tal. En el primer caso, estamos frente a un tipo de **legitimidad que se adquiere por el origen del vínculo**, que se descubre por su ejercicio. La prohibición sólo recorta la posibilidad de que el abuelo adquiriera el título de padre, mas no impide el ejercicio de la función de protección o cuidado hacia el niño, bajo ningún concepto. Estas tareas, según vimos en los apartados precedentes, bien puede ser desarrollada al amparo de la figura de la tutela. Veamos, ahora, muy brevemente, las **características principales** de la misma.

El **art. 377, CC** define la tutela como ...el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil. Se trata de un institución subsidiaria de la patria potestad, que entra a funcionar ante la ausencia de la misma. Los cometidos principales de la tutela con respecto al niño son: a) el cuidado de su persona; b) la administración de sus bienes y c) su representación (10). Esta institución se caracteriza, además, por: a) su carácter tuitivo y subsidiario (art. 377, CC); b) el **modelo** del tutor es el de un buen padre de familia (art.398, 412, 413 y 415, CC); c) es un cargo personalísimo y constituye una carga pública (art. 379, CC); d) la idoneidad es un requisito esencial para el otorgamiento judicial de tutor (art. 378, CC); e) es unipersonal (art. 386, CC); f) la tutela es una función representativa (arts. 377, 380, 404,406,408, CC); g) la tutela está bajo permanente contralor del Estado (arts. 381, 399, 404, 408, CC); g) la tutela es de desempeño gratuito.-

El Código Civil, además, ha diferenciado tres tipos de tutela: 1) **La tutela testamentaria**, facultad exclusiva de los padres biológicos o adoptivos. Se configura por el nombramiento de tutor a los hijos que estén bajo su autoridad por el padre o madre supérstite. No es vinculante para el juez, quien deberá evaluar si responde al interés superior del niño. 2) **La tutela legal**. Al respecto, el art. 310 dispone que: *Perdida la autoridad por uno de los progenitores, o suspendido uno de ellos en su ejercicio, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, los menores quedarán bajo el Patronato del Estado nacional o provincial.* En tanto que, el art. 390 establece que: *La tutela legal corresponde únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medios hermanos del menor sin distinción de*

sexos. 3) El último tipo lo constituye la **tutela dativa**. La misma está prevista en el art. 392, CC: *Los jueces darán tutela al menor que no la tenga asignada por sus padres (tutela testamentaria) y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legal o cuando, existiendo, no sean capaces o idóneos, o hayan hecho dimisión de tutela, o hubiesen sido removidos de ella.*

D. Fundamentos humanistas de la prohibición. La unicidad, la igualdad y la comunidad. El marco de la tolerancia.

Nuestra postura recibe sustento en los postulados propios de todo régimen que pretenda ser humanista a saber: la necesidad de respetar al ser humano como fin en sí y la exigencia de reconocerlo como igual a sus semejantes. Como sabemos, este marco valorativo se concreta mediante el cumplimiento de las exigencias de **unicidad, igualdad y comunidad**, bajo un escenario de **tolerancia**³⁶. De estos reclamos, el que nos parece más conflictivo es el respeto cierto por la unicidad. Toda vez que este se expresa mediante el reconocimiento de dos derechos: el de identidad del niño/a y el del abuelo. Entendemos que este último, en particular, se vería lesionado; de postularse la eliminación del impedimento legal. Ante la ausencia de los padres biológicos, los abuelos pasan a cumplir funciones parentales propias de la institución de la tutela, siendo innecesario y contraproducente la creación de un vínculo adoptivo para legitimar tales atribuciones.

El interés superior del niño encuentra protección cuando, conforme a la ley, se mantienen inalterables los vínculos biológicos que hacen a la identidad. Además, creemos que el derecho de identidad del abuelo también se pone en juego en este entramado jurídico. Debemos comprender que, con la prohibición, la norma pretende reforzar el vínculo sanguíneo que ya existe y, en sí mismo, es relevante como vehículo de realización personal e intergeneracional.

³⁶ GOLSDCHMIDT, W.; op. cit; págs. 466 y ss.

Reflexiones finales

Catalina E. ARIAS DE RONCHIETTO, propone la creación de una nueva figura legal, intermedia entre la adopción y la tutela, a la que llama *tutela adoptiva*. Tomaremos, en esta instancia, su posición, a modo de reflexión constructiva final. A juicio de nuestra autora, la tutela adoptiva es un instituto capaz de amparar, de manera más satisfactoria, la vida de aquellos niños relativamente desamparados. Es decir, resultaría de aplicación en todos aquellos supuestos de niños/as que no cuenten con sus padres, o bien en razón de sus fallecimientos; o bien, en virtud de haber sido privados de la patria potestad. La tutela adoptiva se diferencia de la adopción porque en ella no se sustituye una relación familiar por otra. Simplemente, con aquella se traslada al tutor adoptante la potestad parental, respecto de la persona y bienes de un niño que padece alguna de las situaciones antes apuntadas. Al tiempo que, a su vez, este niño es nieto, bisnieto, hermano o medio hermano del tutor; entre quienes media el impedimento de adopción por parentesco. Asimismo, nuestra civilista entiende que esta figura se distingue de la tutela dativa y la tutela legal por crear un vínculo personal y familiar más estrecho. Entre las diferencias con la adopción, destaca las siguientes:

- La tutela adoptiva no produce el rompimiento de los vínculos de sangre con la familia de origen.

- El niño no se encuentra en una situación de abandono a pesar de su orfandad o a la privación de la autoridad de sus padres.

Por otra parte, al sostener que la tutela adoptiva es más comprensiva del interés del niño, Arias de Ronchietto señala que la misma presenta caracteres compartidos con la tutela en general y otros, que le son propios. Entre ellos, reconoce:

- Que es una figura del derecho de familia, tutelar del niño/a.

- Se concede por sentencia judicial al familiar del niño menor de edad no emancipado que la ha solicitado.

- La tutela adoptiva faculta a la tutela legal y a la tutela testamentaria una dimensión jurídica, integradora del niño a la familia del tutor de las que ambas carecían. El derecho alimentario, de visitas y adecuada comunicación y el derecho sucesorio, tienen una total equiparación con los respectivos deberes y derechos de los hijos del tutor entre sí, respecto a él y a toda la familia.

- La tutela adoptiva no extingue el vínculo de origen del menor de edad. La adopción sólo será posible de no ser factible la constitución de la tutela adoptiva.

- La tutela adoptiva es de desempeño gratuito.

- Se dará prioridad a un matrimonio para ser titulares de una tutela adoptiva.

- Requiere el consentimiento del niño mayor de catorce años y escuchar al niño mayor de diez años.

- La tutela adoptiva estará sujeta al contralor del Estado en el momento de su discernimiento. Sólo se puede acceder a una tutela adoptiva por la vía judicial. El tutor adoptivo solo podrá ser nombrado: a) judicialmente y a solicitud del futuro tutor adoptante; b) durante la minoría de edad del pupilo; c) deberá tener treinta años como mínimo; d) deberá respetarse una diferencia de edad adecuada, al menos de dieciocho años entre el tutor y adoptante y su pupilo adoptivo; e) se prefiere a un matrimonio como tutores antes que un tutor unipersonal. La relación de tutela adoptiva es irrevocable³⁷. En función de todo lo expuesto, creemos nuevamente necesario afirmar la relevancia de la prohibición legal de adopción entre abuelos/as y nietos/as, a la luz de todos los argumentos sociológicos, normativos y valorativos reseñados. Desde el campo de la **Bioética**, quizás, podríamos observar aún, que, con este mecanismo se refuerza sin duda el respeto por los **principios de beneficencia, autonomía y justicia** que, para el caso, la misma reclama.

³⁷ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; "La adopción", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 179.