

La filiación adoptiva plena como tipo privilegiado.

Silvia Marrama¹

Publicado en Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. Edit. Erreius. Dir. Jorge Berbere Delgado. Número 3 Año 2021. Abril 2021.

ERREPAR:

○ Instagram: https://www.instagram.com/errepar_editorial/

○ Facebook: <https://www.facebook.com/Errepar/>

○ Twitter: <https://twitter.com/errepar>

○ Blog: <https://blog.errepar.com/>

○ Youtube: <https://www.youtube.com/c/ErreparOK>

○ LinkedIn: <https://www.linkedin.com/company/errepar>

ERREIUS:

○ Instagram: https://www.instagram.com/erreius_editorial/

○ Facebook: <https://www.facebook.com/Erreius/>

○ Twitter: <https://twitter.com/erreius>

○ Sitio: www.erreius.com

○ Youtube: <https://www.youtube.com/c/ErreiusOK>

Índice.

1. Introducción.
2. La adopción plena como tipo preferente.
 - 2.1. La filiación adoptiva plena en el Código Civil y Comercial.
 - 2.2. La filiación adoptiva plena en la jurisprudencia.
 - 2.2.1. "G.A.S. y R.G.S. S/Adopción simple".
 - 2.2.2. "E., A. G. y M. A. J.. Solicitud Adopción Plena".
 - 2.2.2.1. Derecho del niño a ser escuchado.
 - 2.2.2.2. Vinculaciones forzadas con la familia de origen.
 - 2.2.2.3. Quiebre de la unidad familiar.
 - 2.2.2.4. Ficción de interés familiar conformado por conjunto de hermanos de origen.
 - 2.2.2.5. *Capitis deminutio* de la institución de la adopción.
 - 2.2.2.6. Seguridad jurídica.
 - 2.2.2.7. Derecho a la identidad.
 - 2.2.2.5. *Capitis deminutio* de la institución de la adopción.
 - 2.2.2.6. Seguridad jurídica.
 - 2.2.2.7. Derecho a la identidad.
 - 2.3. Posición de la doctrina.
3. Conclusiones.

1. Introducción

Se aprecia en Argentina una tendencia minoritaria en la praxis tribunalicia y forense, reflejada en algunos fallos, que da preponderancia -en abstracto y *a priori*- a las filiaciones adoptivas simples respecto de las plenas. Más allá de que una fría evaluación estadística no da cuentas de las realidades y vínculos de cada niño, niña o adolescente en situación de adopción con su familia de origen, en líneas generales se puede afirmar que esta tendencia no se encuentra fundada en una correcta hermenéutica del Código Civil y Comercial argentino, ni en las

1

La autora es Abogada-Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada conforme "Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93". Profesora en la Maestría de Derecho Tributario y en la Especialización en Derecho de Familia en la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" (PUCA). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Directora de Tesis de Grado y Doctorado y miembro de tribunales de grado y postgrado. Autora de un libro y coautora en diversas obras colectivas. Autora de numerosos artículos y notas a fallo. ORCID ID <http://orcid.org/0000-0002-2473-6448> marramasilvia@gmail.com

recomendaciones de la mayoría de la doctrina especializada.

Entiendo que luego de la reforma del Código Civil y Comercial, la adopción plena es el tipo privilegiado por el legislador, con excepción de las adopciones de integración -contempladas como un tipo propio en el CCyC- y de las adopciones de mayores de edad², que la doctrina asemeja a las de integración.

2. La adopción plena como tipo preferente.

2.1. La filiación adoptiva plena en el Código Civil y Comercial

El art. 619 del Código Civil y Comercial reconoce tres tipos de adopción: la plena, la simple y la de integración. Mientras que el primer tipo confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen -subsistiendo el impedimento matrimonial-, el tipo simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante. Por último la adopción de integración del hijo del cónyuge o conviviente -tipo al que no me referiré en este trabajo- mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante (arts. 620 y 630 del CCyC).

Cabe recordar que la filiación adoptiva sólo puede otorgarse por sentencia judicial (cfr. art. 594 *in fine* CCyC). Al momento de dictar sentencia, el art. 625 CCyC ordena al juez competente que otorgue preferencia a la filiación por adopción plena cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida; y lo faculta a otorgarla también en los siguientes supuestos: a) cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad; b) cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental; c) cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción. A la luz de este art. 625 debe leerse el art. 621 CCyC que habilita al juez a otorgar uno u otro tipo de filiación adoptiva -plena o simple- “*según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño*”. Es decir que, a mi juicio, una correcta hermenéutica conlleva a afirmar que el Código Civil y Comercial propende a que, como principio general, las adopciones que se otorguen en Argentina sean del tipo plenas (cfr. art. 625). En apoyo de lo que afirmo, el art. 622 faculta al juez, a pedido fundado de parte, a otorgar la conversión de una adopción simple en plena, y no a la inversa.

La filiación adoptiva plena satisface de mejor y más pleno modo el derecho de los niños a vivir en una familia, y da un marco estable que favorece su normal crecimiento y desarrollo, mediante su inserción definitiva e irrevocable (cfr. art. 624 CCyC). La adopción plena permite la total integración familiar y social de los niños, y los posiciona en igualdad de condiciones que los demás hijos (cfr. art. 535 del CCyC). Es, en apretada síntesis, el tipo adoptivo que mejor responde al interés superior del niño.

2.2. La filiación adoptiva plena en la jurisprudencia

Sin perjuicio de lo establecido por el Código Civil y Comercial, una parte minoritaria de la praxis tribunalicia y forense, que se plasma en sendos fallos, aún no se encuentra en consonancia con los nuevos paradigmas y la reforma al sistema de adopción introducidos, y continúa sosteniendo, tal como se afirmaba antes de la reforma, que la norma no confiere preferencia a la adopción plena sobre la simple, o, en otras palabras, no erige a la primera en regla y a la otra en excepción³, y que la adopción plena se reserva sólo para los supuestos en que existe una real e

2

Respecto de la adopción de mayores de edad, Cfr. MEDINA, G. La Adopción. Buenos Aires: Edit. Rubinzal-Culzoni, 1988, T. I, pág. 44. JÁUREGUI, R.G.. La adopción de mayores en el Código Civil y Comercial. Publicado el 11/04/2018 en elDial.com – DC24E2.

irreversible desvinculación entre el niño y sus progenitores⁴.

2.2.1. “G.A.S. y R.G.S. S/Adopción simple”

En este contexto, cabe destacar el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú - Sala I , *in re* “G.A.S. y R.G.S. S/Adopción simple”, mediante el cual, salvando de oficio las deficiencias de trámite (el tipo adoptivo simple fue cuestionado mediante un recurso de apelación articulado en forma subsidiaria por el Ministerio Público Fiscal, al que adhieren los adoptantes gracias a la sustanciación ordenada de oficio por el tribunal, con opinión favorable de la Defensoría Pública) y pese a que en la demanda los guardadores habían solicitado la adopción simple -en aras de respetar lo resuelto en forma prematura por el juez al declarar la situación de adoptabilidad de los niños-; ordena otorgar a los adoptantes la adopción plena, y emplaza a los niños en calidad de hijos de aquéllos con ese alcance, manteniendo subsistente el vínculo jurídico con su progenitora, conforme las disposiciones del art. 621 CCyC.

Para así decidir, la Vocal Pauletti entendió que la adopción plena en el caso proporciona mejores beneficios, “un vínculo más amplio y de mayor impacto con el grupo familiar que los ahijó e incluyó” (cfr. Voto de Pauletti, punto 6⁵).

2.2.2. "E., A. G. y M. A. J.. Solicitud Adopción Plena"

Otro fallo que se destaca en la temática es el recaído en la causa C. 116.644 "E., A. G. y M. A. J.. Solicitud Adopción Plena"⁶. En el caso, la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes confirmó el fallo de primera instancia que había otorgado al matrimonio guardador la adopción simple de la joven M., aun a pesar de la voluntad en contrario de la adoptada, manifestada en reiteradas oportunidades durante el proceso, y de la voluntad de los adoptantes, que interpusieron una demanda de adopción plena. Ambos fallos se fundaron en la existencia de vínculos entre la adoptada y sus hermanos de la familia de origen, y en la preservación de la identidad de la joven, aspectos que -a juicio de los tribunales intervinientes- la adopción plena no tutela adecuadamente. Abonaron los argumentos con la afirmación de que la adopción plena posee carácter excepcional.

2.2.2.1. Derecho del niño a ser escuchado. El magistral voto de Pettigiani despeja los yerros mencionados en el párrafo anterior. Para ello, en primer lugar, destaca la importancia del derecho de los niños, niñas y adolescentes -en adelante, derecho de los niños- a ser escuchados⁷ en su condición de sujeto de derechos, derecho que goza de la calidad de *ius cogens* y forma parte del orden público internacional argentino. Afirma Pettigiani que el acto de oír al menor en el marco de los procesos judiciales que lo afectan no depende de su edad y grado de madurez, ni de su estado mental en sentido lato, sino de su mismísima consideración como persona. En el caso⁸, si bien la

3 Cfr. Dictamen del Defensora ante la C.N.Civil Sala C CF C292710. “B., A. L. s/adopción”. 12/10/00. El Derecho - Diario, Tomo 194, 310. Cita Digital: ED-DCCLXXIX-840. Fecha de consulta: 15/02/2021.

4 Cfr. C.N.Civil Sala C CF C292710. “B., A. L. s/adopción”. 12/10/00. El Derecho - Diario, Tomo 194, 310. Cita Digital: ED-DCCLXXIX-840. Fecha de consulta: 15/02/2021.

5 Cfr. CACyC de Gualeguaychú. Sala I. Expte. N° 5650-F - "G. A. S. y R. G. s/ adopción simple". 30/06/2017. Publicado el 30/08/2017. elDial.com – AAA0F2.

6 Cfr. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Expte. N° 116.644 - "E., A. G. y M. A. J. Solicitud Adopción Plena". Cita Digital: elDial.com – AAAA38. El Derecho - Diario, Tomo 278 . Cita Digital: ED-DCCCXXXVII-467. Fecha de consulta: 15/02/2021.

7 Al respecto, ver Marrama, Silvia. El derecho del niño víctima a ser escuchado, El Derecho 256-725. (11-02-2014). Cita Digital: ED-DCCLXXIV-320.

8 Los guardadores y el Asesor de Incapaces interpusieron recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley. El Asesor de Incapaces alegó que, en aras del superior interés de M., debió escuchársela en la segunda instancia y su opinión ser tenida en cuenta, máxime considerando que -al tiempo

joven M. fue oída cuando las actuaciones se encontraban en primera instancia, no fue debidamente escuchada, mientras que en segunda instancia ni siquiera fue oída.

2.2.2.2. Vinculaciones forzadas con la familia de origen. De las actuaciones y de la audiencia en la que el Vocal escuchó a la joven, colige Pettigiani que surge claro el paulatino distanciamiento sentimental entre M. y sus hermanos de la familia de origen, “hasta arribar a un actual vínculo fraternal meramente formal, a partir de un desdichado pasado común. Se aprecia a la luz de las constancias de esta causa⁹ que la relación natural entre los hermanos de sangre hoy se ha vuelto forzada. Y las vinculaciones forzadas son en muchos casos contraproducentes. Se constituyen en una obligación siendo que por su finalidad debieran tener un carácter espontáneo”. Recuerda Pettigiani que las vinculaciones forzadas pueden reproducir episodios no gratos en la vida de las personas convocadas a ellas, ya que las vivencias comunes “pueden suponer malos tratos, internados forzosos prolongados en el tiempo, y los participantes verse atraídos desde ámbitos muy diversos y geográficamente muy distantes, con muy distintos hábitos de vida, realidades, aspiraciones, tiempos, apartándolos de su interés prioritario que es el de consolidar el ámbito familiar en que se desempeñan, posiblemente desvinculado del de los otros convocados”. Sostiene sin eufemismos que la probable intención de la jueza que actuó en primera instancia “de mantener la vinculación entre hermanos a todo trance, pareciera asentarse en un fuerte dogmatismo que la realidad se encarga de frustrar en múltiples situaciones que resultan razonablemente previsibles, como así lo indican las relaciones y la naturaleza humanas”. Cita a Marcel Rufo, psicólogo infantil y psiquiatra en el Hospital Sainte-Marguerite de Marsella, una de las mayores autoridades mundiales en su especialidad, quien afirma que “hay casos en los que mantener la fratría puede ser discutible, por ejemplo cuando se producen maltratos o abusos sexuales. Al parecer, en esas situaciones tan dolorosas, instalar a los hermanos en una misma familia de acogida no siempre favorece la cicatrización de las heridas psíquicas. La presencia permanente de un hermano, testigo de las desgracias pasadas, tiende, efectivamente a reavivar constantemente los malos recuerdos” (Rufo, M. Hermanos y Hermanas. Una relación de amor y celos, Grijalbo, Ed. Sudamericana, Bs. As. 2005, pág. 174) (Voto de Pettigiani, III.2.c.).

2.2.2.3. Quiebre de la unidad familiar. Pero hay otro factor, a juicio de Pettigiani, sin duda de mucha mayor gravitación en el caso, que es la inserción de M. dentro de su familia, “que es el núcleo en el que hoy se desenvuelve, donde tiene hermanos con diversos orígenes filiatorios unificados bajo el mismo amor de sus padres”. A este factor lo califica como prioritario. “Desde hace diez años, sus sentimientos, su afecto, su afinidad y trato la unen verdaderamente con éstos, en un vínculo que -forjado por el devenir existencial- se ha tornado real, contenedor y sanador para la

del recurso- contaba ya con 16 años, edad que debe reputarse más que suficiente para formarse un juicio propio, por lo que la adopción debió haberse otorgado en carácter de plena, por responder a su superior interés. Posteriormente, como hecho sobreviniente, estando las actuaciones radicadas ya ante la Suprema Corte, la joven se presentó una vez adquirida su mayoría de edad, y ratificó las actuaciones anteriores y los recursos extraordinarios concedidos, prestando su consentimiento con la solicitud de adopción plena que habían formulado sus guardadores. Finalmente, una vez entrado en vigencia en nuevo Código Civil y Comercial, M. volvió a presentarse en autos ratificando nuevamente su voluntad de ser adoptada en forma total y plena por el matrimonio guardador, en los términos del art. 621 del nuevo texto legal, indicando que el contacto frecuente que mantiene con el resto de sus hermanos de la familia de origen es suficiente para todos. Cfr. Resultandos del Voto de Pettigiani. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Expte. N° 116.644 - "E., A. G. y M. A. J. Solicitud Adopción Plena". Cita Digital: elDial.com – AAAA38. El Derecho - Diario, Tomo 278 . Cita Digital: ED-DCCCXXXVII-467. Fecha de consulta: 15/02/2021.

9 V.gr. El Vocal Pettigiani hace referencia en el considerando III.2.c. al “informe de la perito psicóloga del tribunal de primera instancia, en el que la experta observó hacia octubre de 2006 que a pesar de haberse instado una entrevista abierta con el grupo de hermanos con el objeto de observar su interacción "los niños jugaron en forma independiente, sin hacer alianzas de juego entre ellos, ni agrupándose en forma espontánea, no pudiendo ninguno sostener alguna actividad, como así tampoco llevar a cabo un juego simbólico [...] La entrevista conjunta con el grupo de hermanos ha dado lugar a la exteriorización de un comportamiento agresivo entre ellos. Los niños se han manejado y jugado en forma muy dispersa, no pudiendo sostener un diálogo, una escena lúdica ni compartir algún objeto o juego disponible".

joven”. Tal es su familia, su núcleo vital, y aquellos sus hermanos. Entonces, se pregunta el magistrado “¿Por qué desvincularla de ellos para restablecer un lazo que la retrotrae a un pasado duro e ingrato; por qué fragmentar a su familia en múltiples destinos a los que la ha llevado la vida, que sin duda se dispersaran aún más en el tiempo sobreviniente por la carencia de un tronco común que los unifique? Quebrar esa unidad que hoy apreciamos inescindible implica generar -como antaño- una pluralidad de categorías y calificaciones de filiaciones dentro del mismo grupo familiar: natural, adoptiva plena y adoptiva simple. Aquellos dos hermanados jurídicamente, y la última configurada sobre un pasado que en muchos casos se quiere dejar atrás por quien es el principal sujeto de la relación que se ha ido formando: el niño. En este punto, tanto el superior interés de M. como su expresa voluntad ratificada una vez adquirida su mayoría de edad se halla hoy en la preservación jurídica de los genuinos lazos afectivos que ha logrado construir con su nueva familia” (Voto de Pettigiani, III.2.c.). En efecto, M. posee hermanos adoptivos y biológicos de sus padres adoptivos, dato decisivo a juicio del Vocal, sumado al pedido claro e insistente de la joven de que su integración a la familia adoptiva sea total y plena, ya que con los hermanos de su familia de origen mantiene contacto frecuente y manifiesta que ello le basta.

2.2.2.4. Ficción de interés familiar conformado por conjunto de hermanos de origen.

Párrafos aparte merecen las claras, realistas y lúcidas afirmaciones de Pettigiani respecto de la calidad de los vínculos en las familias adoptivas: “si se recurre a la noción de interés familiar, éste debe situarse en la familia que actualmente integra corpóreamente la joven, y no en la que fue desintegrada por la inconducta y la ausencia de los progenitores. En esta última no encontramos interés familiar que supere al que representa la familia adoptiva de M.”. En cuanto al interés de sus hermanos de origen, estará solo dado por el de las propias familias a las que se encuentran integrados. De lo contrario, “podría darse la paradoja de la existencia de un interés familiar relativo a una suerte de ficción que representaría el conjunto de los hermanos separados físicamente, y que no estaría representado en cambio por la familia concreta y próxima en la que se encuentran insertos. Siendo que, además, estaríamos infligiendo un duro golpe a las familias adoptivas, que no son de ninguna manera menos que la familia de sangre, por cuanto el lazo que confieren, basado en el afecto, es de la misma calidad que el de aquélla”. Todo ello fundado en que “en la realidad de la vida el verdadero factor que le da enjundia a la familia son los padres, y cuando ellos faltan, existe una verdadera atomización, no pudiendo encarnarse el interés familiar en el conjunto de los hijos sino cuando ellos permanecen agrupados en el seno familiar bajo la dirección de un sustituto de aquéllos, pero no cuando concurren a distintos lares y se agrupan autónomamente de dicho conjunto” (Voto de Pettigiani, III.2.d.).

2.2.2.5. *Capitis deminutio* de la institución de la adopción. A la par, denuncia una concepción cuasi dogmática e infundada que impregna las prácticas forenses y tribunalcias en el tema de la filiación adoptiva. “Pareciera existir en esta ponderación de la familia biológica como la única genuina y por ende la más valiosa, una clara *capitis deminutio* de la institución de la adopción, situándola como un estamento de inferior categoría, con un rol claramente supletorio y subordinado al de la familia natural, siendo que esta ubicación no surge de ninguna norma jurídica ni tan siquiera de una norma social”. Sostiene que tanto la familia basada en la filiación por naturaleza como la que se origina en una filiación adoptiva “cumplen exactamente la misma función dentro de la organización social, y tienen su basamento ético en el afecto, creando un lazo amoroso que tiene la misma intensidad que el originado en el hecho biológico. No me cabe ninguna duda, al amparo de los derechos humanos, de que la relación humana emergente de la situación de abandono de una persona es dignificada por el vínculo adoptivo de la misma forma que el vínculo biológico dignifica la situación de los hijos que son criados y educados en el seno de la familia resultante del mismo”.

2.2.2.6. Seguridad jurídica. El broche de oro que cierra sus afirmaciones respecto de los vínculos por adopción es la afirmación de la impropiedad de la adjetivación “adoptiva” para referirse a la familia cuyos vínculos paterno-filiales se originan en la adopción: “De tal modo devendría en mi concepto impropio hablar de familia adoptiva, por cuanto la familia en nuestro derecho es solo una, en tanto resultante de una gestación por naturaleza o de un proceso de

adopción. El emergente es de igual calidad esencial. La adopción no es ni un consuelo para los que no tienen hijos, como antiguamente se la conceptuaba, por cuanto está pensada en función de éstos y no de quienes la pretenden; ni una mera ficción, ya que el vínculo que establece se basa en una afectividad plena, que en nada se diferencia de la que puede derivar de una relación biológica, teniendo un sólido anclaje en el amor, que es la esencia del concepto de familia y el elemento que nutre y vitaliza este básico agregado humano”.

Por último, Pettigiani aborda la cuestión de la certeza jurídica que debe acompañar y confirmar la situación fáctica familiar. Al respecto recomienda que “Para no ver perjudicados sus fines ni caer en un desprestigio institucional que la torne indeseable para quienes pretenden acceder a ella, y a la postre inexistente como opción válida para encauzar sus sentimientos afectivos y solidarios, (la institución de la adopción) debe procurar seguridad jurídica para quienes conforman la unión naciente. Esta seguridad debe ante todo orientarse en función de los hijos, quienes son los primeros interesados en que el vínculo se consolide definitivamente por cuanto ya han sido objeto y sufrido las traumáticas consecuencias del abandono, y deben por lo tanto ser protegidos de toda situación de duda” (Voto de Pettigiani, III.2.d.).

2.2.2.7. Derecho a la identidad. Luego Pettigiani destina sendos párrafos a aclarar y corregir el yerro de las sentencias recurridas que consideran que la adopción plena no permite tutelar en debida forma el derecho a la identidad del adoptado. Fundado en profusa y calificada doctrina nacional, explica que el concepto de identidad filiatoria entendido como una pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria, dado que ésta se gesta no sólo con el dato puramente biológico determinado por la procreación sino por sobre todo a través de los vínculos creados por la adopción, que constituyen el dato con contenidos axiológicos, a promover por el derecho como tutela del interés superior del niño. Así, entiende la identidad personal como resultado de un devenir cuyo origen biológico es un punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, que no puede confundirse con la identidad misma de la persona, que es aquello que va a determinar que sea lo que es y no otra cosa. “La identidad, pues, se construye todos los días. Se relaciona con todos y cada uno de los episodios vividos por una persona a lo largo de su existencia”. La identidad se integra con el pasado, el presente “e incluso hasta con las expectativas futuras. De esta forma, constituye un error referir la identidad del menor exclusivamente a su origen y a su familia biológica” (Cfr. Voto de Pettigiani, III.3).

Al realizar un control de convencionalidad sobre el tipo adoptivo pleno, afirma Pettigiani que las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño no presentan ningún obstáculo “para que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una "verdad biológica" considerada apriorísticamente. O que por el contrario, favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que suplan carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica” (Cfr. Voto de Pettigiani, III.3).

Lo que debe privilegiarse-entiende el Vocal- es el acceso al conocimiento de la realidad biológica, no siendo el concepto de identidad filiatoria correlato necesario del dato puramente biológico determinado por la procreación. “Así, la realidad biológica no resulta un elemento de mayor jerarquía que la "realidad afectiva" que rodea al niño dado en guarda para adopción” (Cfr. Voto de Pettigiani, III.3).

En referencia al caso, sostiene Pettigiani que “no parece atinado referir lo que en la sentencia en crisis se entiende como identidad solo a los años oscuros que pasó (o mejor soportó una niña) en un hogar donde siempre campeó el abandono y la violencia, o a un instituto donde permaneció privada de afecto, teniendo solo como compañeros de penurias a sus hermanos. En suma, la identidad que tiene la joven no consiste únicamente en el hecho puntual de su origen, sino en todas las circunstancias que a partir de su concepción fueron nutriendo y conformando su personalidad, y en todo caso aquel derecho queda salvaguardado con el conocimiento que debe brindársele respecto del hecho histórico de su nacimiento, progenitores y hermanos”, es decir, debe resguardarse el derecho de M. a conocer su proveniencia. Su derecho a la identidad -de observancia

insoslayable- “se satisface debidamente en el caso con la precisa individualización de su madre y hermanos obrantes en autos -a quienes ya conoce- , la actuación del juez, el compromiso de los adoptantes y las directivas contenidas en la ley, que se ha ocupado particularmente del tema en los arts. 595 incs. "b" y "e", y 596 del Código Civil y Comercial”. (Cfr. Voto de Pettigiani, III.3).

Respecto del derecho a la identidad de los niños que se encuentran en situación de adopción, existe jurisprudencia que asemeja la situación de guarda preadoptiva a un verdadero estado de hijo entendido como el disfrute de esa determinada situación de familia, pese a no tener título para ello, al punto de sostener que, no otorgarle a los niños el título que corresponde a esa realidad “conculcaría de manera tangente su derecho de identidad e interés superior”, ya que “esa posesión de estado se relaciona directamente con el “derecho a la identidad” (art. 7, 8, 12.2, 17 inc. d, 20.3, 29 y 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño)”, que abarca el nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbre, cultura propia y demás elementos componentes de la persona. El componente “posesión de estado” “relaciona la identidad de las personas a todas aquellas circunstancias en las que aproximan a su entorno, su cultura, su educación y a aquellos quienes fueron sus referentes parentales a los largo de su historia vital”. La persona que ha sido “criada, educada, resguardada, cuidada en sus enfermedades por un matrimonio a los que ha entendido como sus padres, ha construido junto a ellos su identidad como hijo, identidad que no le puede ser arrebatada por normas que le impidan ejercer su derecho a ser “hijo”” (cfr. Cons. IV¹⁰).

2.3. Posición de la doctrina

La doctrina mayoritaria argentina entiende la adopción plena como tipo preferente e incluso único. Entre los juristas que lo sostienen, se destaca la posición de ARIAS DE RONCHIETTO, quien desde 1997 propone la supresión de la adopción simple dado que “la adopción simple no constituye adopción... la adopción simple es una realidad distinta, de menor entidad, que debe resolverse dentro de las guardas judiciales a familias sustitutas, sin pretender que constituya adopción porque, como ya he señalado, no puede constituir una variante de aquello que no es”¹¹. Sostiene que la consolidación social y jurídica del vínculo adoptivo exige apartar al instituto de la adopción de las funciones –ajenas a su fin propio– que aún hoy se le adjudican, tales como la crianza y cuidado personal de apoyo y buena voluntad, valiosos, indudablemente, pero distintos de la entidad del vínculo paterno-filial y familiar; y la adopción integrativa del hijo del cónyuge¹², contemplada a partir de la sanción del Código Civil y Comercial como un tipo diferente de la adopción simple, en los arts. 619 y siguientes.

Su tesis ha suscitado la adhesión de numerosos juristas de prestigio, entre ellos ZANNONI, Eduardo A., en su prestigiosa obra Derecho Civil, Derecho de Familia, 4ª edición, Buenos Aires, Astrea, t. 2, pág. 619, nota 100, a partir de la 3ª edición; UGARTE, Luis A., en BUERES, Alberto HIGHTON, Elena I: Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, t. 1B, pág. 323; BELLUSCIO, Augusto C.: “La adopción plena y la realidad biológica”, pág. 42, en AA.VV.: La nueva ley de adopción, número especial, en Jurisprudencia Argentina, y a Nora LLOVERAS, su coordinadora, 1997; MAZZINGHI, Jorge A.: “Filiación por Afinidad”, Derecho de Familia. Filiación, t. 4, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, parágrafo 731, págs. 224-226. Asimismo, en la reciente 4ª edición del Tratado de Derecho de Familia, Filiación, t. 4, Buenos Aires, La Ley, 2006, en el parágrafo 741, págs. 153-154, respectivamente; PERRINO, Jorge Oscar: Derecho de Familia, cit., prólogo de José

10 Cfr. JUZGADO DE CONTROL, NIÑEZ, JUVENTUD Y PENAL JUVENIL DE RÍO TERCERO. “C. R. V. - M. R. s/ Adopción”. 12-10-2017. Cita Digital: ED-DCCCXXXV-868. Fecha de consulta: 15/02/2021.

11 Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, C. E.. *La Adopción*. Pról. de BORDA, G. A.. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1997, 1ª reimpression, Buenos Aires, Abeledo Perrot, junio de 2008. Pág. 248 y cc..

12 Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, C. E.. “Los principios ético-jurídicos del vínculo paterno-filial y familiar por adopción”. *Prudentia Iuris* N° 64-65, 2008. Pag. 151-160.

M. CASTÁN VÁZQUEZ, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pág. 1583¹³.

POSSE SAGUIER enseña que la sustitución de vínculos que resulta de la adopción plena propende a favorecer la más armoniosa y completa integración del niño en una familia¹⁴. Agrega SAMBRIZZI que el tipo pleno crea un vínculo jurídico más intenso que el de la adopción simple, y que “tanto la normativa antes vigente como el actual Código Civil y Comercial parecen preferir la adopción plena”¹⁵.

Por su parte, MEDINA sostiene que la adopción simple acarrea una inserción parcial en la familia del adoptante con la consecuente restricción en el vínculo que se crea con el núcleo familiar del adoptante. A la par, para el hijo adoptivo conlleva el inconveniente de tener una doble familia. Por estas razones la prestigiosa jurista sostiene que la filiación adoptiva simple “debe ser otorgada con carácter excepcional”¹⁶.

Sin perjuicio de lo expuesto, existen algunas voces disidentes que afirman que el tipo adoptivo pleno debe suprimirse porque vulnera el derecho a la identidad de los adoptados. Para aclarar el yerro me remito *brevitatis causae* a lo expuesto en el punto “2.2.2.7. Derecho a la identidad”.

Esta posición doctrinaria minoritaria sostiene que la subsistencia de la figura de la adopción plena en el CCyC, resulta una paradoja ya que “Se trata de una forma jurídica que contraría un derecho humano fundamental: el derecho a la identidad y mediante esta ficción jurídica se estaría sustituyendo la filiación de origen por la filiación con el adoptante pues se extingue el parentesco original”¹⁷.

El fundamento de tal afirmación encontraría sustento en los delitos de sustracción y supresión de la identidad perpetrados en la década del 70: “Al respecto, es oportuno recordar que el gobierno de facto de 1971, fue el que instauró esta categoría de adopciones, que de alguna manera habría legitimado expropiaciones, que luego la historia y la justicia se encargarían de develar”¹⁸.

Entiendo que más allá de las dramáticas circunstancias vividas por los niños argentinos víctimas de tales delitos, y por sus familias, es endeble sostener que el tipo adoptivo pleno permite legitimar tales crímenes. Baste aquí recordar brevemente que casi la totalidad de los países del mundo sólo contempla el tipo adoptivo pleno, con excepción de la adopción de integración, en la inteligencia de que es el tipo que mejor tutela el interés superior del niño privado del cuidado de su familia de origen. Entre ellos se cuentan países latinoamericanos tales como Colombia, que también padecieron sustracción y supresión de la identidad de personas, sin perjuicio de lo cual sólo contemplan en la actualidad el tipo adoptivo pleno (cfr. art. 61 del Código de la Infancia y Adolescencia, ley N° 1098/2006). La sombra de los terribles sucesos de la década del 70 en Argentina no debería opacar ni teñir de sospecha a la institución de la adopción de tipo plena, ni a quienes deciden formar una familia fundada en este vínculo filiatorio.

BASSET se refiere a ello con el término “antiadoptivismo”, que define como “un cliché que probablemente tenga dos vertientes. La primera vertiente surge de las experiencias dramáticas vividas hace cuarenta años en muchos países latinoamericanos a raíz de la apropiación de hijos de

13 Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, C. E.. “Los principios ético-jurídicos del vínculo paterno-filial y familiar por adopción”. Prudentia Iuris N° 64-65, 2008. Pag. 151-160.

14 Cfr. POSSE SAGUIER, F. en LLAMBÍAS, J.J.; POSSE SAGUIER, F.. Código Civil Anotado. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 2002. T. I-B, págs. 293 y ss. Cit por SAMBRIZZI, E. Derecho de Familia. Adopción. Thompson Reuters La Ley: Buenos Aires, 2017. Pág. 273.

15 Cfr. SAMBRIZZI, E. Derecho de Familia. Adopción. Thompson Reuters La Ley: Buenos Aires, 2017. Pág. 275.

16 Cfr. MEDINA, G. La Adopción. Buenos Aires: Edit. Rubinzal-Culzoni, 1988, T. II, pág. 84.

17 Cfr. PANCINO, B.; SILVA, C.; OJEDA, M.V.. Breve reseña sobre el instituto de adopción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado el 03/12/2014 en elDial.com – DC1E18.

18 Cfr. PANCINO, B.; SILVA, C.; OJEDA, M.V.. Breve reseña sobre el instituto de adopción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado el 03/12/2014 en elDial.com – DC1E18.

desaparecidos”, al que me referí en el párrafo anterior. La segunda vertiente, a juicio de BASSET, “es un cierto estigma derivado del contractualismo adoptivo o de la entrega directa”. Ambas conductas son reprobables, tal como lo ha determinado la Corte Interamericana en “Gelman c. Uruguay” y en “Fornerón c. Argentina”. Sin embargo, continúa explicando la jurista, “ninguna de esas dos alternativas tiene que ver con la adopción así como la conoce el sistema nacional, hoy. La adopción es un proceso judicial, altamente monitoreado administrativa y judicialmente”, por el cual el Estado satisface y garantiza el derecho del niño de crecer y desarrollarse en una familia. Y denuncia que “el antiadopcionismo es esa actitud casi instintiva en la que algunos funcionarios u operadores de la niñez casi prefieren al niño en situación de desamparo o institucionalizado que adoptado. Hay que darle otra oportunidad a la madre, y aún otra, y otra... De otra parte, el antiadopcionismo se caracteriza por una desconfianza marcada hacia los pretendidos adoptantes”¹⁹.

En el sentido señalado, cabe lamentar, v.gr., que la reciente sanción de la ley N° 10.807 de la Provincia de Entre Ríos, cuya loable finalidad es “garantizar el derecho a la identidad de origen” (cfr. art. 1), asemeje la situación de las “personas adoptadas y a toda persona que presumiera que su identidad ha sido suprimida o alterada por hechos concomitantes o posteriores a su nacimiento” (cfr. art. 2), “hijos e hijas de desaparecidos y de personas nacidas durante el cautiverio de sus madres” (cfr. art. 6 inc. g)²⁰. Ninguna similitud guardan hoy la situación de los hijos “apropiados” de personas desaparecidas con las personas con filiación adoptiva. El instituto de la adopción se materializa hoy en un proceso judicial sumamente supervisado y fiscalizado tanto en sede administrativa como judicial. Al respecto corresponde recordar y destacar que, a diferencia de lo que sucede en otras provincias, el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la provincia de Entre Ríos requiere a quienes soliciten su inscripción, se obliguen en forma expresa a hacer conocer al adoptado “su realidad de su familia de origen”²¹, en consonancia con las disposiciones del Código Civil y Comercial (cfr. arts. 596). Por su parte, la ley provincial N° 10668²² en su art. 118 establece que la sentencia de adopción sea dictada “otorgando la adopción, bajo la modalidad que corresponda, de acuerdo con las previsiones del código de fondo, y de conformidad con el interés superior del niño”. La doctrina entrerriana sostiene que “una cuestión medular a la que deberá hacer referencia la sentencia es al derecho del NNA a conocer sus orígenes”, y que “la familia adoptante, a fin de cumplir con la manda judicial de dar a conocer al NNA su historia de origen, debe comprometerse expresamente a hacerlo dejando constancia de esa declaración en el expediente”²³.

3. Conclusiones

La filiación adoptiva de tipo pleno restituye de modo más cabal el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia, mediante la inserción irrevocable en su nuevo hogar (cfr. art. 624 CCyC). Es el tipo adoptivo que mejor responde al interés superior del niño.

La tendencia minoritaria en la praxis tribunalicia y forense, reflejada en algunas sentencias, de considerar -en abstracto y *a priori*- a las filiaciones adoptivas simples como tipo preponderante respecto de las plenas, no encuentra fundamento en las disposiciones del Código Civil y Comercial,

19 Cfr. BASSET, U.. Antiadoptionismo: cuando el niño concreto se desdibuja en el lenguaje del sistema de protección de derechos. DFyP 2017 (octubre), 57.

20 Cfr. Ley N° 10807, sancionada el 20/04/2020, promulgada el 12/01/2021 y publicada en B.O. N° 27.057 del 28/01/2021, págs. 2-3. Disponible en <http://www.entrerios.gov.ar/boletin/calendario/Boletin/2021/Enero/28-01-21.pdf> Fecha de consulta: 13/02/2021.

21 Cfr. REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES A GUARDA CON FINES ADOPTIVOS DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS. “Requisitos de inscripción” [en línea]. Disponible en Web: <http://mpd.jusentrieros.gov.ar/download/Requisitos-para-inscripcion.pdf> [Consulta: 06/02/2021].

22 Cfr. Ley N° 10668, sancionada el 12/03/2019, promulgada el 01/04/2019 y publicada en B.O. N° 26.628 del 08/04/2019, págs. 1 ss.. Disponible en <http://www.entrerios.gov.ar/boletin/calendario/Boletin/2019/Abril/08-04-19.pdf> Fecha de consulta: 13/02/2021.

23 Cfr. Ley procesal de familia de la provincia de Entre Ríos: ley 10.668 comentada y anotada. Dir. PAULETTI, A.C... 1ª. de. Revisada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2020. Capítulo II. Proceso de adopción. Análisis exegético de los artículos 94 a 122 por CALÍ, L. y SALOMÓN, C.E.. Pág. 161, 163.

ni en la posición de la mayoría de la doctrina especializada en el tema. El argumento erróneo que se utiliza para sostener esta posición radica en una deficiente inteligencia respecto del concepto de derecho a la identidad y la lamentable asimilación de la filiación adoptiva plena a los delitos de sustracción y supresión de la identidad de niños perpetrados en la década del 70.

Este trabajo pretende ser un aporte para aclarar los yerros y despejar las sombras que se ciñen sobre el instituto de la filiación adoptiva plena, en aras de su promoción, que es en definitiva y primordialmente la promoción del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a vivir, crecer y desarrollarse en una familia.