

FILIACIÓN ADOPTIVA Y EL DERECHO A SER HIJO

1



Eda Aguilar Samanamud¹

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Importancia de la adopción. Breve recuento de la adopción. 4. Filiación adoptiva y el derecho a ser hijo. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El término adopción todavía genera, en muchas personas, una acumulación de prejuicios y mitos respecto de lo que implica esta medida de protección. Acciones de cumplimiento obligatorio dentro del proceso de adopción, basadas en la importancia de preparar tanto al niño o niña por adoptar, como a los solicitantes de una adopción, garantizando a los primeros su derecho a vivir en

1 Eda Aguilar Samanamud, abogada por la Universidad San Marín de Porres. Egresada de la Maestría de Gerencia de Programas y Proyectos Sociales de la Universidad Peruana Cayetano Heredia y del Diploma de Estudios de Género de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Becaria de la Cooperación Sueca para el Desarrollo -ASDI en el Curso “Los Derechos de los Niños Primero. Suecia-Colombia”. Ex-Directora General de Adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Consultora en gestión pública y desarrollo de programas y proyectos sociales dirigidas especialmente a niños, niñas, adolescentes, mujeres y familia. Integrante de la Red Latinoamericana de Cooperación en materia de Adopción RELAC-ADOP y colaboradora de la Red Lationamericana de Acogimiento Familiar-RELAF. Directora de la Asociación Acogiendo.

una familia que le brinde protección y cariño e identificando en los segundos la motivación e idoneidad para asumir adecuadamente esta responsabilidad, son algunas tareas que aún deben seguir desarrollándose y fortaleciéndose, a la luz de considerar al menor de edad por adoptar como sujeto de derecho, teniendo en cuenta su mejor bienestar.

Al considerar a la adopción, a partir de las necesidades o deseos de las personas adultas, en primer orden, y no a partir del derecho del menor de edad en estado de desprotección familiar, sujeto de derecho, se debilita aún más la posibilidad de comprender la finalidad de la adopción, como mecanismo que permita garantizarle su derecho a ser hijo, ser parte de una familia y vivir con ella.

Por esta razón, es preocupante la permanencia desmedida de menores de edad en los Centros de Atención Residencial, por ser un factor no sólo perjudicial para el logro de su desarrollo pleno y armonioso, sino porque en muchos casos al no identificar a alguna persona en su entorno familiar que pueda hacerse cargo de él, mientras continúa la búsqueda de algún miembro de su árbol genealógico que pueda y quiera brindarle los cuidados básicos al menor de edad, su derecho a vivir en familia y la calidad de hijo termina siendo un ilusorio deseo. Y es que pareciera que sólo si se tratara de un “huérfano” o “NN” el tiempo de vida en un albergue pudiera ser menos prolongado, determinándose por tanto la medida de protección adecuada para su derecho a una convivencia familiar; sin embargo, se debe tener mucho cuidado al analizar y revisar la situación de cada niño en estas condiciones, pues como refiere Leinaweaver (2009, p. 42) “la idea del “huérfano” – wakcha, un término andino clave- arrastra una larga historia y una definición social de soledad. Los orfelinatos en Ayacucho demuestran que los “huérfanos”, como en muchos lugares del mundo actualmente, rara vez tienen padres difuntos; más bien son producto de la pobreza, la burocracia y la decadencia de ciertas relaciones sociales”. Por ello se debe comprender mejor la situación de los menores de edad en estado de desprotección familiar e institucionalizados, pues se podrían generar problemas mayores en la vida y desarrollo de aquellos, debido a los desaciertos en las decisiones que se tomen en estos procesos.

Por ello, cada vez que se decida respecto de la necesidad de garantizar o restituir algún derecho de un menor de edad, deberá partir esta evaluación desde el menor de edad, en su calidad de sujeto de derecho, es decir persona y a partir de

él, determinar su mejor bienestar e interés; consideraciones establecidas de un lado el artículo 1 de la Constitución Política y en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

2. IMPORTANCIA DE LA ADOPCIÓN

Hace aproximadamente cinco años, se comentó en un debate sobre la elaboración de propuestas normativas en materia de adopción de menores de edad en situación de desprotección familiar, la necesidad de revisar y evaluar el enfoque de la adopción, partiendo por reconocer que el niño, niña o adolescente que se encontraba en dicha situación, siendo sujeto de derecho, es decir “persona”, constituye el punto de partida del proceso de adopción. La adopción por tanto debía ser comprendida como una medida de protección social y legal cuyo propósito sea garantizar el derecho del niño a vivir en familia. En sintonía con lo señalado en el marco ético de la adopción (Servicio Social Internacional, 2001, pp. 6-7) “este proceso se inicia porque la situación del niño lo justifica, y no porque haya personas que manifiesten el deseo de adoptarlo o que estén en busca de un niño”.

Reconocer que el menor de edad es un sujeto de derecho, es dejar de considerarlo como objeto de protección o lo que es peor aún objeto de disposición, con la implicancia negativa que tales circunstancias involucraban en el marco de la doctrina de la situación irregular: el no tener, el no saber y el no ser; de ahí la necesidad de resaltar lo dicho por (Fernandez Sessarego, 1985, p. 56) en cuanto a la necesidad de considerar a las personas como sujetos de derecho, y los menores de edad lo son también. Los “derechos de la persona” tienen la característica fundamental de que el objeto de protección jurídica se encuentra situado en el ámbito de la persona misma, del sujeto de derecho.

El que el objeto de aquellos derechos se halle en el mundo personal, dentro del contorno mismo del ser humano, no significa, por cierto, que pueda haber una confusión entre el sujeto y el interés materia de tutela jurídica. El sujeto de derecho, en este caso, es el ser de la persona, lo que el hombre es en cuanto hombre. El objeto o interés sujeto a protección jurídica está constituido por aquello que sirve a la persona para existir, para ser ella misma, para realizarse conforme al llamado de su vocación dentro del contexto social al cual pertenece.

Adoptar es “recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.”² y constituye una medida de protección de carácter permanente, social, pública y de excepción.³ Por ello, resulta la filiación adoptiva del menor de edad adoptado, la garantía primordial a cumplir desde el origen de esta medida de protección.

Es a través de la adopción que se genera un vínculo filiatorio irrevocable, tan igual o inclusive más fuerte que el vínculo de sangre, reconociéndole a la persona adoptada su “derecho a ser hijo” y garantizándole consecuentemente una vida en familia. Sin embargo, la consideración de este “derecho”, fue en su momento observada y en consecuencia retirada del proyecto de ley sobre esta materia, a decir de algunas personas por tratarse de un derecho “inexistente”; sin embargo, a la luz de la normatividad vigente aún, creemos que ello no sólo fue un error de concepto y de percepción, sino sobre todo de análisis jurídico.

Resulta relevante, tratar el tema de la adopción por la importancia que tienen los aspectos jurídicos y formales para su aprobación: (i) La exigencia en el cumplimiento de un derecho por el lado del menor de edad y un acto voluntario por el lado del adoptante, (ii) Que sea un acto jurídico solemne que se cumpla a través de la intervención de un funcionario público y (iii) Que genere efectos análogos a los que se produce en una relación consanguínea paterno-filial; pero asimismo, es tal vez más importante comprender que la adopción es, en palabras de Marga Muñiz Aguilar, “un hecho reparador y restaurador de otro suceso realmente traumático que es el abandono”; de esta manera podremos asegurar el derecho básico y fundamental que necesita todo menor de edad, para su desarrollo y bienestar en la vida, de crecer y vivir en familia y el derecho de ser hijo dentro de ella.

2 Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. España. 2001. Vigésima segunda edición. Tomo 1, página 33.

3 Derecho reconocido en el artículo 8° del Código de los Niños y Adolescentes y en el artículo 21° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

3. BREVE RECUENTO HISTÓRICO DE LA ADOPCIÓN

La adopción como institución jurídica, ha recorrido diferentes caminos a lo largo de la historia. Así por ejemplo, como lo ha expresado Castan Tobeñas (1985, p. 279) y ss durante las primeras civilizaciones, la adopción ha estado dirigida a mantener la sucesión hereditaria para quienes no contaban con descendencia e incluso fue utilizada para mantener linajes aristocráticos. Estas circunstancias han ido variando incluso en el Derecho moderno, como lo advierte Cornejo (1987, p. 57-58) estableciéndose por ejemplo que a través de la adopción “se dé a alguien la calidad de hijo, pero no que se otorgue a alguien la calidad de nieto, bisnieto, etc., como ocurrió en el Derecho antiguo. Según Ortolan, Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, entre los romanos se podía adoptar a alguien, no sólo como hijo, sino como nieto, nieta, bisnieto, bisnieta, sin que previamente se debiera tener o adoptar a un hijo, como se hubiera podido creer por el principio de que la adopción imita a la naturaleza. La situación difería si se adoptaba a alguien como hijo o como nieto. En el primer caso, el adoptado era hermano de los hijos que pudiera tener el adoptante y tío de sus descendientes, con quienes no podía casarse. El adoptado como nieto es sobrino de los hijos del adoptante y primo de los descendientes de aquéllos, con quienes sí era posible el matrimonio”.

En el Perú, la adopción fue conocida, en el derecho colonial, y acogida legalmente en el primer código civil republicano de 1852, considerándola en su artículo 289° como “el acto de tomar por hijo al que no lo es por el adoptante”. Durante el proceso de revisión para la modificación de este código, hubo posiciones opuestas a mantener esta figura jurídica que no llegaron a concretarse. Señala Cornejo (1987, pp. 61-62) “empero, ya en el seno de la Comisión Reformadora de ese Código, se planteó, especialmente por el señor Solf y Muro la posibilidad de eliminarla; más la decisión fue, más bien, de mantenerla, por mucho que no existiera en otras codificaciones importantes de la época”.

Es por ello que el Código Civil de 1936 conservó la institución de la adopción, a través de dos modalidades: la adopción plena y la menos plena. A pesar de que en varios países de la región como Argentina, Chile, Ecuador, México y Paraguay

aún no se encontraba regulada la adopción, esta posición fue fundamentada bajo el carácter universal que había adquirido a esa fecha la adopción y debido a los avances que, en esta materia, se habían recogido en varios códigos modernos de aquella época, como fue el caso de Brasil, Suiza y Alemania.

En el año 1962, se aprobó el Código de menores, norma sustantiva especial, que reguló la institución de la adopción, estableciendo consideraciones que luego fueron desarrolladas con más especificidad con el Decreto Ley N° 22209 de junio de 1978, en el que se incorporan algunas modificaciones al código de menores, como por ejemplo la procedencia de adoptar a niños menores de 14 años de edad que se encontraran en situación de “abandono moral o material”, así como la autorización a los jueces de menores para que dispensaran de algunos de los requisitos por parte de los solicitantes como la edad mínima de 50 años para adoptar, la falta de descendientes con derecho a heredar y el consentimiento.

Tres años más tarde, en 1965 se conformó una Comisión de Reforma del Código Civil de 1936, cuyo esfuerzo después de casi veinte años, culminó con la aprobación del código civil en 1984, reconociéndose en esta norma sustantiva que “por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”⁴ e incorporando el carácter irrevocable de la adopción y sin que medie modalidad alguna para su aprobación.⁵

Fue en diciembre del año 1992, que la adopción, fue regulada por primera vez como “una medida de protección al menor”, señalándose de manera explícita que este procedimiento debía estar bajo la vigilancia del Estado y manteniendo el carácter irrevocable de esta medida. Así, el adoptado adquiriría la calidad de hijo del adoptante y dejaba de pertenecer a su familia consanguínea.⁶ Esta definición, ha sido también recogida en el Código de los Niños y Adolescentes del año 2000, vigente a la fecha.

4 Conforme al artículo 377° del Código Civil de 1984.

5 De acuerdo con los artículos 380° y 381° del Código Civil de 1984.

6 Definición establecida en la Ley N° 25934 del 7 de diciembre de 1992 y posteriormente en la Ley N° 26102, que aprobó en ese mismo mes y año, el Código de los Niños y Adolescentes, cuya vigencia fue en junio de 1993.

Muchas pueden ser las consideraciones que pensamos deban o no estar inmersas en un proceso de adopción, como por ejemplo si es válida o innecesaria la adopción semi-plena y por consiguiente la consideración de mantener jurídicamente el vínculo del adoptado con su familia biológica; o si es necesario aminorar o no las condiciones y requisitos de los solicitantes de una adopción, con el propósito de acelerar este trámite; o si resulta conveniente o no el derecho que pueda tener el adoptado para conocer sus orígenes. Todo ello nos debe inducir como bien lo refiere el doctor Cornejo Chávez: “a recordar que la adopción se dirige a cautelar, no tanto el interés, por legítimo que sea, del padre consanguíneo o del adoptante, sino del hijo: y que, por tanto, la tesis que empieza a abrirse entre nosotros debiera generalizarse” (Cornejo, 1987, p. 66).

4. FILIACIÓN ADOPTIVA Y EL DERECHO A SER HIJO

Dos términos importantes de revisar, previo a este análisis, son los referidos a padre/madre y progenitor. Sin dejar de examinar que, sobre el particular, el Diccionario de la Lengua Española en sus dos primeras acepciones define como padre al “Varón o macho que ha engendrado. Varón o macho, respecto de sus hijos” (RAE, 2001), consideramos como progenitor a quien engendró y padre/madre a quien asume la responsabilidad de crianza, el cuidado y protección de un menor de edad. Y es que, tanto en el campo de las ciencias sociales como en el ámbito jurídico, se ha establecido una clara diferencia en el significado de ambos términos.

Ser padre o madre, es la persona que desarrolla la capacidad de la parentalidad social y ser progenitor es a quien se le atribuye la capacidad de procrear y por tanto asumir la parentalidad biológica. En este sentido, resulta ilustrativa la definición utilizada por Barudy & Dantagman, 2010, p. 34) en cuanto señalan que “la parentalidad o marentalidad, es una forma semántica de referirse a las capacidades prácticas que tienen las madres y los padres para cuidar, proteger y educar a sus hijos, y asegurarles un desarrollo suficientemente sano.

Las competencias parentales forman parte de lo que hemos llamado la parentalidad social, para diferenciarla de la parentalidad biológica, es decir, de la capacidad de procrear o dar la vida a una cría. (...) Esto permite distinguir la existencia de madres y padres que pueden engendrar a sus hijos, pero no tuvieron

la posibilidad de adquirir las competencias necesarias para asegurar una crianza adecuada, produciendo contextos de carencias múltiples, abusos y malos tratos”. La parentalidad social será entonces, a decir de Díez-Picazo y Gullón, citados por Mizrahi (2006, p.6). “una categoría legal en la que el sujeto en cuestión representará el centro de imputación de un conjunto de derechos, funciones y deberes, pudiendo constituir o no al mismo tiempo el progenitor inmediato (...) padre y progenitor no son sinónimos. Padre contiene una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor”.

Cabe entonces afirmar que, a través de la adopción en su forma plena, se incorpora como hijo a la familia consanguínea del adoptante, el menor de edad que es adoptado, generándose para él, con todos los efectos, una relación paterna/materna filial, equiparándose esta figura a la filiación biológica.

La filiación, tal como la refiere Mizrahi (2006, p.5) es “el vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por la ley como “padre o madre”, en un extremo, e “hijo o hija” en el otro.” En un sentido amplio la filiación está basada no sólo en el origen biológico del vínculo entre dos personas, pues ésta no la única consideración que se toma en cuenta en el derecho de filiación, sino como bien lo refiere (Mizrahi, 2006) al citar a Hauser y Huet-Weiller, “la cuestión biológica, no es la única que interesa al derecho de filiación, sino que esta combina naturaleza y cultura; de manera que en el vínculo filiatorio subyace una institución social. Jugará entonces un papel preponderante el real interés del niño que hace a la llamada “filiación” querida y vivida por el sujeto y su entorno...”.

La Constitución Política de 1993, reconoce la igualdad de la filiación para todos los hijos e hijas, con independencia de su origen, al considerar que “...Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.”⁷ De ahí la importancia de reconocer el derecho de las personas a una relación paterno filial, desprendiéndose de ello la importancia de reconocer el derecho de “ser hijo”, no sólo de nacer y vivir, sino sobre todo de ser criado con cuidado, protección y cariño.

7 Constitución Política del Perú de 1993; artículo 6º, último párrafo.

En la adopción corresponde destacar el valor específico e indiscutible que conlleva la voluntad en la constitución de la filiación, no sólo desde una relación paterno filial -desde los adoptantes como un acto además de responsabilidad-, sino en especial desde la posición y decisión del adoptado, quien no sólo expresa su voluntad y deseo de ser adoptado sino también de adoptar a los adoptantes como sus padres, que finalmente se ve reflejado en la posesión del estado de familia, basada en una filiación adoptiva.

En el orden de ideas expuestas, a través de la filiación adoptiva se configura el derecho del adoptado a ser hijo, a integrarse a una familia en la cual “el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante”⁸ estableciéndose “de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.”⁹ Es mediante la adopción que se le logra garantizar el derecho básico y fundamental al menor de edad, que habiendo sido declarado en estado de desprotección familiar y consecuentemente en condición de adoptabilidad, para ser cuidado, querido y protegido al interior de una familia, no como a un menor de edad que se encuentra prohijado o acogido, sino restituyéndole la condición de hijo que siempre debió mantener, pero que por situaciones o circunstancias ajenas a él, no pudo mantener; y es por ello que al extinguirse la patria potestad respecto de estos menores de edad, requieren gozar del derecho a ser hijo y pertenecer a un grupo familiar del que carecen.

Uno de los desafíos que se presenta hoy en día en el tema de filiación en general, es su carácter de autonomía propia que avanza a un ritmo más célere del que se observa en el derecho en general y en el derecho de familia en particular, dado al desprendimiento que ha ido teniendo de su base biológica. Según hace referencia Mizrahi (2006, p. 24) respecto de lo citado por Puig Brutau, la filiación ha tomado una gran distancia en el recorrido del derecho; así “como lo explicaba Royo Martínez, el derecho es independiente de la biología cuando de la filiación se trata, pues aquél trasciende a ésta al incorporar, además, elementos afectivos, volitivos, sociales, culturales y formales”.

8 Artículo 377° del Código Civil peruano.

9 Artículo 115° del Código de los Niños y Adolescentes peruano.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta que todo menor de edad, declarado en condición de adoptabilidad, ha vivido situaciones traumáticas de violencia y separación por parte de sus progenitores o de otros adultos, sufrirá como consecuencia de ello problemas de vínculo y apego. De ahí la obligación de brindarle lo que todo niño o niña, en estas circunstancias, necesita para recuperarse del trauma vivido; esto es recuperar la capacidad de vincularse y garantizarle así el derecho a ser hijo; el mismo que le corresponde a toda persona, por ser sujeto de derecho más allá de su condición filiatoria. Este derecho sólo se podrá ejercer, dentro de un espacio de confianza y de apego seguro, como el que debe brindar una familia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARUDY, J., & DANTAGNAN, M. (2010). *Los desafíos invisibles de ser madre o padre. Manual de evaluación de las competencias y la resiliencia parental*. Barcelona: Gedisa.
- CASTAN TOBEÑAS, J. (1985). *Derecho Civil Español, Común y Floral. Derecho de Familia* (9na. ed., Vol. 2). Madrid, Reus.
- CORNEJO CHAVEZ, H. (1987). *Derecho Familiar Peruano* (6ta ed., Vol. 2). Lima: Librería Studium Ediciones.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). Vigésima segunda edición.
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1985). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (Vol. IV). Lima: Librería Studium.
- LEINAWEAVER, J. B. (2009). *Los niños ayacuchanos. Una antropología de la adopción y la construcción familiar en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- MIZRAHI, M. L. (2006). *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Buenos Aires: Astrea.
- SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL. (2001). *Derechos del niño y adopción nacional e internacional. Marco ético. Orientaciones para la práctica. Materiales de trabajo 73*. Madrid: Dirección General de Acción Social, del Menor y de la Familia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.