Artículo: Infracciones y sanciones relativas a la adopción
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 182
AÑO LV
JULIO – DICIEMBRE
1987

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Infracciones y sanciones relativas a la adopción
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

INFRACCIONES Y SANCIONES RELATIVAS A LA ADOPCION *

ALFREDO ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY
Profesor Derecho Penal
Universidad de Chile

INTRODUCCION

En una institución jurídica y social tan importante y compleja como la adopción, el Derecho Penal no juega sino un papel relativamente modesto. La tarea de crear una conciencia cívica y humana respecto de la adopción, de modificar los puntos de vista atrasados o negativos a su respecto, mostrar sus méritos y conveniencias no puede cumplirse a través de disposiciones penales. Es una tarea en que el Estado mismo, por medio de la educación y la propaganda, las instituciones y personas especializadas en el tratamiento y auxilio de menores y de fortalecimiento de la familia, las Iglesias y confesiones religiosas, tienen el papel más importante. Las reformas legislativas son relativamente fáciles, pero las reformas más importantes son las de las costumbres, ya que son las más duraderas y crean una realidad social sin necesidad del premio o la amenaza de la ley. Por eso mismo, tal vez, esas reformas son las más difíciles, pues sólo pueden fundarse en una modificación del modo de pensar y de sentir. La legislación puede ayudar mediante estímulos y auxilios, pero es impotente por sí misma para hacer a los ciudadanos pensar de manera distinta. Con mayor razón dígase esto respecto de la ley penal, cuyo papel es limitado: es la *ultima ratio* para disuadir a quienes se aproximen a la adopción con espíritu tórcido o negativo, para desvirtuarla en su esencia y convertirla en fuente de lucro ilícito o incluso de satisfacción de pasiones personales a costa de los menores.

La adopción es un terreno en el cual se mueven sentimientos muy intensos, aunque pudiera no parecer así a primera vista. Por un lado, los sentimientos positivos, como el deseo de la mujer de tener un hijo, el deseo del hombre de tener descendencia, la generosidad de dar hogar y familia a quien no la tiene; por otro lado, los sentimientos negativos y censurables, como el afán de lucrar o de burlar aquellos otros sentimientos nobles. Respecto de quienes se mueven por sentimientos elevados y generosos, la amenaza penal será poco eficaz para disuadir a quienes lo experimentan de transgredir la ley; en cambio, puede tener mayor eficacia respecto de quienes obran sólo por cálculo lucrativo. Guardando las proporciones, se produce una situación semejante a la que impera en materia de tráfico de drogas o de alcoholismo: las disposiciones penales difícilmente enmendarán al enviciado, que es un enfermo, pero podrán tener mayor efecto sobre los terceros, no afectados personalmente, que explotan la debilidad o el vicio ajenos con ánimo de lucro.

Por fin, en el terreno de las observaciones generales es preciso tener en cuenta que la adopción es una institución positiva, socialmente buena, de la que somos partidarios, y respecto de la cual quisiéramos buscar una reglamentación jurídica que la estimulara, la perfeccionara y la defendiera, al revés de lo

*Ponencia expuesta en el Primer Seminario Chileno sobre Adopción organizado por la Asociación Nacional de Magistrados de Menores. (Concepción, 5 al 8 de diciembre de 1987).
En este Seminario hubo otras ponencias que era de interés de la Revista publicar, lo que no se hace por haber perdido actualidad con la dictación de la Ley 18.703.

Artículo: Infracciones y sanciones relativas a la adopción
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que ocurre en otros campos, donde desearíamos un sistema legal que impidiera o suprimiera prácticas indeseables o socialmente nocivas.

Teniendo todo esto en cuenta, el campo de lo penal puede extenderse en tres direcciones:

A. Lo relativo a la *adopción misma*.

B. Lo relativo al *tráfico, nacional o internacional de niños* (lo que crea una situación de hecho semejante a la adopción, pero que jurídicamente no está ligada a ella de un modo necesario), y

C. Lo relativo a la *influencia o significado de la adopción (especialmente la llamada plena) sobre disposiciones del derecho penal común.*

2. *INFRACCIONES RELATIVAS A LA ADOPCION MISMA*

Por lo que toca a la adopción en si misma, el bien jurídico protegido es fundamentalmente el bienestar material, psicológico, espiritual del adoptado, sin perjuicio de que también se proteja el orden de las familias y la recta administración pública.

Dentro de este bien jurídico protegido, las infracciones podrían clasificarse conforme al sujeto activo:

a) Infracciones cometidas por los que quieren ser adoptantes;

b) Infracciones cometidas por los funcionarios públicos que intervienen en la adopción, y

c) Infracciones cometidas por terceros que de algún modo toman parte en ella.

Entendemos que una vez perfeccionada la adopción, las infracciones penales relativas al tratamiento que el menor recibe de sus padres adoptivos, y en general, las que se refieren a las relaciones entre ellos, no difieren esencialmente de las que existen en la actualidad con respecto a padres e hijos (maltrato de los hijos, abandono de los mismos, incumplimiento de deberes de asistencia familiar, etc.). Por eso no nos referiremos particularmente a este aspecto, aunque advertiremos que a nuestro juicio la ley (no sólo entre nosotros) es bastante deficiente en este aspecto y no tutela con suficiente energía los derechos que emanan de las relaciones de familia y los deberes que brotan de las mismas.

En fin, no es superfluo advertir que la creación de figuras delictivas específicas depende esencialmente del articulado de la ley completa, y por esa razón no propondremos ahora textos tipificantes concretos, ya que ellos supondrían necesariamente referencias a las demás disposiciones sustantivas de la ley que se dictara. Señalaremos solamente los criterios con que a nuestro juicio deben estructurarse estas disposiciones.

A) Hechas estas advertencias preliminares, nos ocuparemos por separado de las posibles infracciones penales, comenzando por las infracciones en que los sujetos activos serían *los futuros adoptantes*.

Parece evidente que el propósito inmediato de estas personas es el de lograr que se les entregue un menor en adopción, y que sus conductas susceptibles de ser incriminadas se deberán a su deseo de ocultar o falsear antecedentes exigidos por la ley para poder adoptar y que mostrarían que la adopción deseada es legalmente imposible o sería considerada desfavorablemente por el tribunal.

Para el logro de esta finalidad, los futuros adoptantes podrán recurrir a la presentación de antecedentes, certificados o documentos falsos, o al soborno de funcionarios que los tengan por correctos o acompañados no habiéndolo sido, o al falso testimonio de terceros para justificar ciertas circunstancias de hecho.

En líneas generales, estas conductas ya están incriminadas en leyes penales actuales a través de las figuras de falsificación de documentos públicos o privados y de certificados; de uso malicioso de documentos falsos y de presentación de documentos falsos en juicio; de soborno; de falso testimonio y perjurio.

Sería cuestión de simple criterio de conveniencia el decidir si se crean figuras específicas cuando estas conductas se verifican en relación con un procedimiento de adopción, caso en el cual desplazarían, por relación de especialidad, a las correspondientes figuras comunes; o bien si no se crean figuras espe-

Artículo: Infracciones y sanciones relativas a la adopción
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ciales, sino que se aplican simplemente las que ya existen en el derecho penal común. Si se optara por esto último, sería en todo caso necesario efectuar algún ajuste, enmienda o adición para precisar algunas situaciones que pudieran adolecer de ambigüedad: por ejemplo, el delito común de falsificación de documento privado sólo es punible cuando causa perjuicio; tratándose de un procedimiento de adopción, sería necesario aclarar que ese perjuicio no es necesariamente un perjuicio económico, sino que puede referirse en general al bienestar y desarrollo del menor y, además, que no necesita producirse efectivamente, sino que puede ser meramente potencial (delito de peligro, no de lesión). También sería necesario ampliar el ámbito de las falsedades, ya que en el derecho penal común las falsedades ideológicas sólo se penan cuando las cometen funcionarios públicos en documentos también públicos; en esta materia debería sancionarse la falsedad ideológica cuando se comete por particulares, sea en documentos públicos o privados. Tal vez por todos estos matices fuera más conveniente crear un grupo de figuras especiales, sistematizadas y armónicas entre sí, más que modificar el Código Penal.

A nuestro juicio podría ser conveniente también establecer algunas distinciones en cuanto al contenido mismo de la falsedad. Desde el punto de vista de la fe pública, es tan grave falsificar un certificado de nacimiento como uno de antecedentes, pero mirado en relación con la adopción, parece bastante menos grave acompañar un certificado de nacimiento falso, para ocultar el hecho de que se tienen algunos años más que el límite superior establecido en la ley para adoptar, que acompañar un certificado de antecedentes sin anotaciones penales, donde fraudulentamente se ha obtenido omitir la constancia de que el futuro adoptante ha sido condenado dos veces por abusos deshonestos contra menores. Podría establecerse un tratamiento penal menos severo cuando la falsedad u ocultación han recaído sobre aspectos no sustanciales o decisivos en la aprobación de la adopción.

Un criterio de política criminal nos obliga a decidir si estas infracciones en principio deberían ser consideradas más graves que los correspondientes delitos comunes, o simplemente de la misma gravedad. Nos parece que en estos delitos, cuando se vinculan con la adopción, no sólo están comprometidos los bienes jurídicos de la fe pública, de la recta administración de justicia y de la fidelidad funcionaria, sino además la seguridad y el bienestar del menor, por lo que al menos en principio y por regla general deberían ser sancionados con mayor rigor.

Cuando a través de estos procedimientos fraudulentos se ha obtenido la aprobación de la adopción y la entrega del menor, y el delito sólo viene a descubrirse más tarde, estimamos que debería considerarse circunstancia atenuante, que podría llegar a ser muy calificada, la de que al menos se le haya dado buen trato y cuidado personal, un ambiente de afecto y una educación adecuada, según el caso, y por el contrario, debe estimarse circunstancia agravante la de que el menor haya sido abandonado, descuidado o maltratado física o sexualmente, aunque tales conductas no hayan llegado a constituir delitos por sí mismas.

Cuando la conducta de los eventuales adoptantes consiste en obtener de hecho, por cualquier medio, la entrega del menor sin formalizar adopción alguna, pensamos que nos encontramos en otro de los grupos de posibles delitos que hemos señalado: los relativos al tráfico ilegal de niños, de los que nos ocuparemos más adelante.

B) Con ello pasamos a analizar los delitos que cometen *los funcionarios públicos que intervienen en un procedimiento de adopción*. La intervención de los mismos es particularmente delicada en la adopción, ya que en el fondo la ley la exige para asegurarse, en la medida de lo posible, de que la adopción va a redundar en beneficio del menor, en cuanto al afecto que reciba, a la vida familiar que comparta, al cuidado que se tenga de su persona, de su salud, de su educación y de su formación moral y psicológica. Como en todas las apreciaciones sobre el futuro de las relaciones humanas, es imposible tener seguridad absoluta de que las cosas resultarán bien, pero la ley se esfuerza en la mayor medida posible en allegar antecedentes que permitan conjeturar con verosimilitud que la adopción significará un beneficio para el menor.

1. La conducta más grave digna de sanción debería ser aquí la del juez que a sabiendas aprueba u otorga una adopción cuando no concurren los requisitos legales o cuando es manifiesto y evidente que los

Artículo: Infracciones y sanciones relativas a la adopción
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

antecedentes reunidos hacen claramente desaconsejable la adopción. Es algo más que la prevaricación corriente, ya que ésta supone dictar fallo contra ley expresa vigente, y en materia de adopción no se dicta un fallo, ni se hace aplicación sólo de la ley, sino también de la prudencia, el criterio y la previsión del juez. No se nos escapa que todo juicio es falible, y que sería contraproducente que el temor de la sanción penal inhibiera al juez del otorgamiento de adopciones con algún grado de incertidumbre, y por eso aconsejaríamos que la sanción se aplicara sólo cuando constara que el juez obró a sabiendas, y que los antecedentes pusieran en evidencia sin duda alguna lo desaconsejable de la adopción. Es cierto que la decisión del juez podría ser revisada por el Tribunal superior, pero la experiencia nos dice que en estas materias, a menos que haya alguien especialmente interesado en impugnar la adopción, los Tribunales superiores hacen fe en criterio del juez inferior, especializado en estas materias y que ha podido examinar personalmente los antecedentes reunidos.

2. Vendría en seguida la conducta de los restantes funcionarios. La actuación de algunos de ellos se limita al otorgamiento de certificados dentro de la esfera de su competencia, sin especial vinculación con el proceso de adopción, como los que otorgan certificados de nacimiento, de antecedentes, etc. Si los otorgan falsos, ya las disposiciones actuales de las leyes orgánicas de sus servicios y el Código Penal contienen sanciones suficientes y no parece necesario crear nuevas figuras delictivas especiales.

Distinta es la situación de los funcionarios cuya misión es proporcionar los antecedentes específicos directamente relacionados con la adopción y que servirán de base a la decisión final del juez. Tal sería el caso de los directores o encargados de los hogares de protección, los o las Asistentes Sociales, Médicos, Sicólogos, etc., que deben informar al juez acerca de la situación de hecho de los menores y de los eventuales adoptantes, e incluso emitir sus propias opiniones en terrenos en que es difícil medir de modo exacto factores que no son cuantificables como el sentido de responsabilidad, generosidad, espíritu de sacrificio, etc., de quienes deseen adoptar.

Es aquí donde se presenta tal vez la mayor dificultad para tipificar adecuadamente los delitos. Desde luego, podrían serlo las conductas consistentes simplemente en omitir la emisión de un informe obligatorio, o en consignar en él hechos objetivamente comprobables como falsos, cuando el informante no ha podido ignorar esa falsedad. Mucho más difícil es cuando se trata de los juicios emitidos como opiniones, ya que si los hechos mismos no se han falseado, el funcionario tendrá siempre la excusa de su buena fe, de tal modo que pueda reprochársele mal criterio, pero no dolo penal.

Una importante figura delictiva, ya mencionada en el Código Penal, pero a la que podría darse mayor precisión y sanción más alta, sería la de violación del secreto de la adopción plena.

C) En cuanto a *los restantes terceros que intervienen en la adopción*, los principales serían el menor mismo eventualmente adoptado; sus padres o guardadores anteriores; y las personas, agencias o instituciones que actúan como intermediarios; o enlaces para facilitar o posibilitar una adopción.

No es superfluo mencionar al menor mismo, ya que al menos en la ley chilena puede tener responsabilidad penal, aunque atenuada, y en tal caso podría intervenir cooperando o participando en algunas de las conductas a que ya nos hemos referido. Creemos que en ningún caso debe sancionarse penalmente al menor: es evidente que si ha obrado así es por su deseo de ser adoptado y encontrar un hogar, y aun en el caso en que su cooperación se haya logrado mediante dinero, v.gr., se trataría de una conducta forzada por la necesidad. La sanción penal no parece la más adecuada, sin perjuicio de las medidas de protección, reeducación o seguridad que el Tribunal de menores estimare aplicables.

En cuanto a los padres del menor, o sus guardadores, si estuviere sometido a guarda, las infracciones que pudieren cometer serían las relativas al descuido, desamparo o maltrato del menor, infracciones que ya están sancionadas y que no tienen relación directa con el proceso de adopción. No se justificarían tampoco otras figuras delictivas especiales a su respecto en este campo.

Si intervinieren como coparticipes de los eventuales adoptantes o de los funcionarios, en delitos cometidos por éstos, deberían ser sancionados conforme a las reglas generales del Código Penal.

En fin, sobre los terceros que intervinieren como intermediarios en una adopción, entendemos que

Artículo: Infracciones y sanciones relativas a la adopción
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

existen acuerdos o recomendaciones internacionales en el sentido de tipificar especificamente como delito la intermediación con fines de lucro en materia de adopción. Sería por lo tanto necesario considerar esta conducta como delictiva, aunque debemos adelantar nuestra opinión en el sentido de que la conducta parece bastante menos grave cuando esa mediación remunerada conduce finalmente a una adopción con todas las de ley y que cumple estrictamente con las exigencias de ésta, que cuando ella tiene por finalidad lograr una adopción con infracción de los requisitos legales o la simple entrega al margen de los procedimientos de adopción, pero en este último caso creemos que la conducta es sancionable aunque se haga gratuitamente y con el más altruista de los propósitos.

Las infracciones estarían reducidas entonces a las instituciones que estarían legalmente autorizadas para efectuar esas labores de intermediación, a saber: instituciones públicas e instituciones privadas, pero sin finalidad de lucro. Estimamos que siendo instituciones públicas, sus miembros serán funcionarios de ese carácter, y su conducta ilícita caería dentro de las figuras que ya examinamos en el grupo anterior, relativas a los delitos de los funcionarios que deben intervenir en una adopción. Y si se trata de instituciones privadas sin fines de lucro, entendemos que bastaría con una sola disposición, según la cual, y sólo para los efectos penales, los funcionarios o representantes de las mismas serían considerados como funcionarios públicos en todo lo relativo al procedimiento de adopción, donde realmente cumplen una función pública y social muy delicada y de la más alta importancia.

3. *INFRACCIONES RELATIVAS AL TRAFICO DE MENORES*

Los antecedentes en nuestro poder muestran que el fenómeno del tráfico internacional de menores ha adquirido ya un volumen suficiente como para ser considerado un problema que requiere ser enfrentado de común acuerdo por las naciones, y existen acuerdos o proyectos relativos al tema, así como en otro tiempo los hubo en materia de tráfico de esclavos y trata de blancas o comercio de prostitución.

Debe observarse, sin embargo, que esta conducta no está ligada necesariamente a la adopción, y que si bien el logro de la entrega de un niño a través de un procedimiento fraudulento de adopción es una de sus posibles variedades, también es posible realizarlo y de hecho se realiza frecuentemente, al margen de todo procedimiento de adopción.

Dentro de nuestro ordenamiento penal, hay diversas disposiciones que se refieren a sustracción de menores, inducción a abandono de hogar, abandono de niños y exposición de los mismos, suposición de parto, sustitución de un niño por otro, usurpación de estado civil, etc., que guardan estrecha relación con estas materias y con las cuales habría que concordar las disposiciones especiales que se dictaran al respecto.

¿Cuáles serían las conductas dignas de incriminación penal?

Podríamos sugerir algunas:

1. La entrega de un menor a un tercero, al margen de los procedimientos legales, para que éste pase a ejercer de hecho sobre el menor las facultades que la ley otorga a los padres o guardadores. Esta conducta debería ser punible cuando la entrega es hecha por los padres o por terceros con su anuencia. Si la entrega la hace un tercero sin consentimiento de los padres, el delito es simplemente de sustracción de menores.

No nos parece de importancia penal decisiva el hecho de que esta entrega se haga a título oneroso (una especie de compraventa de menores) o a título gratuito.

Creemos que habría que exceptuar de sanción la entrega meramente temporal por plazo breve, con propósito de recuperar al menor y que se haga con motivo justificado y la entrega necesaria o forzada por las circunstancias, para la seguridad o supervivencia del menor. Pero en este último caso debería establecerse la obligación de dar aviso a la autoridad dentro de un plazo razonablemente breve.

Estimamos que deben considerarse circunstancias atenuantes para el o los padres la situación de extrema miseria o desamparo que haya movido a los padres a ofrecer o a consentir en la entrega, y para

Artículo: Infracciones y sanciones relativas a la adopción
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

quienes se hayan hecho cargo del niño, las circunstancias de buen trato, afecto y cuidado que le hayan dado.

Si la entrega es seguida de un acto fraudulento para crear la apariencia de un estado civil que no existe, se producirá o un concurso de delitos o un concurso aparente de leyes con las infracciones al estado civil, como la suposición de parto, a las que ya hemos aludido.

Circunstancia agravante debería ser la habitualidad en la intermediación de esta clase de entregas, y la existencia de una organización más o menos permanente dedicada a estos fines.

2. El envío al exterior o la traída desde el extranjero de un menor para ser entregado en definitiva a persona o personas que no son sus padres ni guardadores, cuando el hecho es realizado por los padres o guardadores o por terceros con su anuencia. En estos casos la ilicitud debe apreciarse en relación con la salida o entrada del menor, y no se sanearía por la circunstancia de que posteriormente, en el país de destino, se pretendiera regularizar la situación mediante una adopción regular, presentando al niño como abandonado o hijo de padres desconocidos.

Pensamos igualmente que esta conducta es punible independientemente de que se realicen o no con fin de lucro para las partes o el intermediario, y que los factores que hemos señalado como eventuales atenuantes y agravantes, en términos generales también deberían ser considerados tales respecto de este delito.

Asimismo nos permitiríamos insinuar que, de acuerdo con la edad del menor (que puede ir desde pocos días hasta los dieciocho años), el Tribunal escuchará su parecer y determinará en qué medida él ha consentido en estos hechos en forma realmente libre, y no engañado, ni amedrentado, ni sobornado. Tal circunstancia no debería llegar a ser eximente de pena, pero podría constituir una atenuación considerable.

Finalmente, creemos que en la investigación y castigo de estos delitos, los Tribunales del Crimen deberían escuchar obligatoriamente los informes y dictámenes de los Tribunales de menores y de los organismos dependientes de éstos, y tomarlos en consideración como un antecedente probatorio de especial relevancia, dentro de la libre apreciación de la prueba.

4. CONCORDANCIA CON DISPOSICIONES PENALES ACTUALES

El último de los tópicos a que pensamos referirnos es el de la necesidad que existe de definir los efectos de la actual institución de la legitimación adoptiva (muy semejante a lo que en los proyectos existentes se llama "adopción plena") respecto de ciertos delitos en que el parentesco desempeña un papel decisivo.

En efecto, la actual Ley 16.346[1] dispone en su artículo 1° que la legitimación adoptiva concede al adoptado "el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos, con sus mismos derechos y obligaciones". El artículo 8 dispone la cancelación de la inscripción de nacimiento del legitimado adoptivamente y la destrucción de la ficha individual del menor y de otro antecedente que permita su identificación. En fin, el artículo 5 declara enfáticamente que "los vínculos de filiación anterior del menor caducan en todos sus efectos", con sólo las dos excepciones que señala a continuación:

1.— Subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio derivados del parentesco con su familia natural, y además tendrá las mismas prohibiciones respecto de sus nuevos parientes por legitimación adoptiva, y

2.— El legitimado adoptivamente conservará sus derechos sucesorios y de alimentos a título estrictamente personal, derivados de su filiación anterior.

La ley plantea, sin embargo, problemas bastante complejos, que en una futura reforma convendría esclarecer.

[1] La Ley 16.346 se encuentra derogada por la ley que estableció la adopción plena. N.R.

Artículo: Infracciones y sanciones relativas a la adopción
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

1.— El artículo 13 del Código Penal considera como circunstancia agravante o atenuante, según la naturaleza y accidentes del delito, el parentesco dentro de los grados que allí se señalan. En el caso del legitimado adoptivamente, ¿se considerará sólo su parentesco con la nueva familia, o también aquél con su familia anterior, o sólo éste último?

Los términos tan categóricos de la Ley 16.346 parecerían favorecer la interpretación de que sólo se toma en cuenta el nuevo parentesco y no el anterior, pero no hay antecedentes de que se haya pensado en las repercusiones penales de esta nueva filiación cuando se redactó la ley.

2. El problema se complica cuando se considera esa circunstancia como incorporada a la descripción típica de un delito tan grave como el de parricidio. Sabemos que esta figura consiste en dar muerte, conociendo las relaciones que los ligan, al cónyuge o a ciertos parientes próximos dentro de los grados que la ley señala. También es posible cualquiera de las soluciones señaladas: o el parentesco a que se refiere la ley es el nuevo, que según el texto legal sustituye enteramente al anterior; o es el antiguo, o se trata de ambos. En favor de considerar solamente el nuevo parentesco está el categórico texto de la Ley 16.346, según la cual los "vínculos de filiación anterior del menor caducan en todos sus efectos", salvas las excepciones expresas, entre las cuales no está el parricidio; en favor del parentesco anterior está la fundamentación esencialmente biológica que la ley penal quiso darle a esta figura, lo que se demuestra en el hecho de no haber incluido en ella el parentesco por afinidad y la adopción, que figuraban en cambio en el texto del Código español que sirvió de modelo al nuestro.

3. En fin, aún más difícil es la solución cuando el parentesco no es ya una circunstancia agravante o calificante, sino que es la esencia misma del delito, como ocurre en el delito de incesto, que, como ustedes saben, consiste en tener relaciones sexuales con ciertos parientes próximos dentro de los grados que la ley señala. Aquí el legislador tuvo en cuenta razones biológicas, por el temor de una eventual degeneración de la descendencia, lo que llevaría a inclinarse a pensar que se trata del parentesco natural, biológico, y no del adoptivo. Pero por otra parte también se tuvo en cuenta el orden de las familias, como lo demuestra el hecho de que entre los parentescos que dan origen al incesto se considera el parentesco por afinidad, donde no hay vínculo biológico, lo que llevaría a pensar que se trata del parentesco legal, el adoptivo. También es posible pensar que ambos quedan comprendidos en la disposición.

No son los únicos casos que presentan dificultades, pero no podemos extendernos más sobre el particular. Queda planteado el problema y parece necesario que en una futura ley el punto sea aclarado.

* * * * *

Queremos terminar agradeciendo la invitación que se nos ha formulado y felicitando a la Asociación Nacional de Magistrados y de Magistrados de Menores por la hermosa iniciativa de organizar este Seminario. Cuando los esfuerzos legislativos sólo parecen encaminarse a la reglamentación de los intereses políticos y económicos, es reconfortante observar la preocupación de los magistrados por la protección de valores tan humanos y espirituales como los que están en juego en torno a la familia. El descuido de estos aspectos tan esenciales es en gran parte responsable del alarmante problema social del aborto y la proliferación abrumadora de la prostitución infantil, de la vagancia y de lo que en general se denomina menores en situación irregular.

La adopción, dentro del cuadro jurídico de la familia, es una institución generosa y solidaria, en que padres necesitados de hijos buscan hijos necesitados de padres y hogar, y aceptan gustosamente la cuota de sacrificios y trabajos que ello significa, sin esperar otra recompensa que la felicidad espiritual de una familia basada en el afecto; no en la sangre, pero sí en el amor. Por eso todo esfuerzo que se haga por protegerla, por dignificarla, por evitar que se desvíe y desnaturalice, es digno del aplauso que hoy tributo a la Asociación de Magistrados y de la incondicional cooperación que me complazco en ofrecerle.