



ESTUDIO MAZZINGHI  
ABOGADOS

## Publicación: Jurisprudencia Derogatoria en Materia de Adopción

Autor: Jorge A. Mazzinghi

### I

La ley de adopción que nos rige nació bajo el impulso de una tendencia entonces imperante, que procuraba amparar de todas maneras al adoptante, poniéndolo a cubierto de cualquier riesgo que pudiera acechar su generosa iniciativa.-

Entre esos riesgos se mencionaba con frecuencia la posible maniobra extorsiva que podían intentar los padres de sangre, interviniendo en los juicios de adopción de sus hijos, para entorpecer su trámite y deponer su actitud sólo mediante dádivas materiales.-

Para conjurar esa posibilidad se adoptó un remedio singularmente enérgico, que consistió en excluir a los progenitores del proceso en que se debate la adopción de sus hijos.-

### II

Ese es el sentido del artículo 11 de la ley 19134.-

Conforme a dicho texto "el padre o la madre del menor no serán necesariamente citados al juicio...", como que, según el artículo 10, son partes en él "el adoptante y el Ministerio de Menores", y agrega "también podrán serlo los padres del adoptado en los términos del artículo 12".-

Este último admite la participación de los progenitores con caracter excepcional, autorizando al juez a citarlos al juicio, ya sea por propia iniciativa, o a pedido de los interesados, que se admitirá "cuando existan justos motivos". Para el legislador no es motivo bastante el hecho de ser padre o madre de un menor cuya filiación va a ser modificada por la sentencia constitutiva de la adopción.-

### III

Estas normas, merecieron una condena virtualmente unánime de la doctrina, que la sentencia comentada enuncia con prolijidad, y curiosamente no suscitó una sola voz que se alzara en defensa del dispositivo legal.-

Curiosamente, los autores e inspiradores de la ley asumieron, respecto de su creatura, una actitud

semejante a la que impusieron a los padres de sangre: estuvieron ausentes del debate sobre sus pocas virtudes y sus muchos defectos.-

Respecto del papel que corresponde a los padres en el juicio de adopción de sus hijos, la Corte Suprema resolvió que el ejercicio de la patria potestad constituye una garantía constitucional implícita y por eso ampara a los progenitores que fueren desoídos en su oposición a la adopción del hijo <sup>(1)</sup>.-

Esta decisión, asumida en 1973, fue adoptada sobre la base de la ley 13252, cuyas normas exigían la actuación de los padres en el juicio de adopción de los hijos, aunque no su conformidad para que tal vínculo fuera constituido.-

La Corte modificó el criterio en la composición que tuvo a partir de 1973, en un fallo dictado en octubre de 1975, sobre un caso regido por la vieja ley de adopción, que mereció el juicio favorable de Zannoni <sup>(2)</sup>.-

Pero a pesar de ese precedente, los artículos 11 y 12 de la vigente fueron declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de Salta <sup>(3)</sup> y por distintas salas de la Cámara Civil <sup>(4)</sup>, por entender que la exclusión de los padres de sangre afecta garantías constitucionales.-

#### IV

El caso resuelto por la Sala H de la Cámara Civil se refiere a uno de los casos en los cuales la ley prohíbe la participación de los padres en el juicio de adopción, que es el que se da "cuando los padres hubiesen manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado, ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial o por instrumento público".-

Es decir que, según este concepto, una expresión de conformidad con la adopción del menor, formulada en abstracto, es decir antes de saber quién pedirá la adopción del propio hijo, es causa suficiente para que el juez no pueda citar a los padres y deba rechazar su presentación en caso de que intenten ser oídos en el juicio.-

Los tribunales se han enfrentado frecuentemente con las normas recordadas de la ley 19134, y han elaborado frente a ellas una auténtica jurisprudencia derogatoria.-

Desde los primeros tiempos de aplicación de aquella ley, los jueces siguieron citando a los padres de sangre, en los procesos de adopción atinentes a sus hijos, como lo habían hecho hasta entonces.-

Y el fallo que acaba de pronunciar la Sala H consagra la tendencia apuntada, con sobrada razón para hacerlo.-

---

<sup>1</sup>. C.Suprema L.L. 150-400

<sup>2</sup>. C.S.Nación. 28-X-1975, L.L. 1976-B-242, con nota de Eduardo Zannoni "El proceso de adopción más allá del rito".

<sup>3</sup>. E.D. 61-310

<sup>4</sup>. C.N.Civil, Sala E, 28-XII-1972, L.L. 154-230; Sala B, 20-II-1979, E.D. 83-215; Sala F causa 213-367 de 1976.-

## V

Por cierto que estoy lejos de alabar la tendencia que a veces puede atraer a quienes tienen la responsabilidad de juzgar, hacia pronunciamientos elaborados a despecho, o en abierta oposición, a lo que indican los textos legales.-

Dicha tendencia afecta severamente la seguridad jurídica y es un factor eficaz para suscitar el caos en las relaciones sociales.-

El juez debe aplicar la ley, dejando a salvo su conciencia, cuando así corresponde, pero sin usurpar una función que compete a otro Poder del estado, como es la de elaborar las leyes.-

No es raro que una determinada manera de resolver un caso, sin apoyarse en la ley, pueda ser más tentadora que la aplicación estricta de su letra. Pero esa tentación, que probablemente aceche con frecuencia a quien debe juzgar, ha de ser rechazada con energía.-

Sin embargo hay casos excepcionales en que no sólo es lícito al juez apartarse de la ley, sino que hacerlo puede constituir para él una obligación moral.-

Ello ocurre cuando la ley es inicua, cuando se tiene la evidencia de que su aplicación provocaría una injusticia notoria, cuando la norma avasalla derechos propios de la naturaleza humana.-

Esta doctrina que está formulada desde hace siglos, mantiene su lozanía. Decía al respecto Santo Tomás: "Con frecuencia las leyes humanas acarrearán al hombre injurias y perjuicios, según ya dijo Isaías: Ay de los que dan leyes inicuas, y de los escribas, que escriben prescripciones tiránicas, para apartar del Tribunal a los pobres y conculcar los derechos de los desvalidos de mi pueblo" (5).-

La idea de apartar a los pobres del Tribunal, suena muy próxima a la exclusión de los padres del juicio de adopción de sus hijos.-

Enseña el Aquinate que las leyes injustas pueden serlo por dos razones, y la primera es "porque se oponen al bien humano". Respecto de ellas afirma que "tales leyes son más bien violencias, porque, como dice San Agustín, la ley si es no justa no parece que sea ley" (6).-

Y concluye: "Si llega un caso en que el cumplimiento de tal ley es perjudicial al bien común, no ha de cumplirse esa ley" (7).-

---

5. Suma Teológica 1-2 Quest. 96 a.4., Ed. BAC.-

6. ibidem.

7. op. cit. 1-2 Quest 96 a.6.

## VI

El fallo de la Sala H constituye una sensata aplicación de esa doctrina.-

Quizás para relacionar su contenido con normas positivas, el Tribunal ha querido citar la Convención de los Derechos del Niño (aprobada por la ley 23849 e incorporada a la Constitución Nacional) que como recuerda el fallo, "impone la intervención judicial en el otorgamiento de la guarda de un menor".-

No parece haber relación directa entre esta disposición y el caso planteado: exigir que la guarda sea dada con intervención judicial, no implica desvalorizar la declaración de los padres de que quieren dar al hijo en adopción.-

Esta última es una manifestación de voluntad abstracta, que de ordinario se formula antes de que la guarda sea conferida, ya sea con intervención judicial o sin ella.-

Y lo importante es resolver -como el Tribunal lo ha hecho- que tal declaración no justifica la exclusión de los padres del juicio de adopción.-

Para tomar esa decisión, estoy convencido de que es un fundamento mucho mas sólido el pasaje de Isaías, recordado por Santo Tomás, que la Convención de Derechos del Niño.-