



ESTUDIO MAZZINGHI
ABOGADOS

Publicación: Adopción Contra Legem

Autor: Jorge A. Mazzinghi

La adopción de un menor por sus abuelos estaba prohibida por la ley 19.134, y esa prohibición ha sido mantenida por el art. 315, inc. b) del Código Civil, redactado según lo dispuesto por la reciente ley 24.779.-

Su fundamento es razonable si se atiende a que la adopción es una institución cuya finalidad esencial consiste en dotar de ámbito familiar al menor que, por carecer de él, se encuentra desprotegido o abandonado.-

Y un menor que tiene abuelos, con mayor razón si ellos se encuentran en disposición de erigirse en adoptantes, no se encuentra ni desprotegido, ni abandonado, porque no carece de ámbito familiar propio.-

Es claro que la falta de los padres implica una modificación severa -y ciertamente negativa- de las bases que normalmente configuran el medio familiar de los menores. Los abuelos podrán suplir en una medida variable, la ausencia de los progenitores, pero jamás reemplazarlos enteramente.- Y las razones para que ello sea así no dependen de la buena voluntad -quizás heroica- que pueden poner en el desempeño de funciones que no son las que les competen, sino en hechos irreversibles, como es, por ejemplo, la diferencia de edad que suele ser sustancialmente mayor de la que, ordinariamente, separa a padres e hijos.-

Ello no obstante, en vida de los padres, y con mayor razón cuando estos faltan, los abuelos están llamados a desempeñar un papel que puede ser importante en la vida de los nietos, pero que es esencialmente diferente al de los progenitores, aunque complementario y positivo si se integra razonablemente con el que ellos están llamados a cumplir.-

Lo cierto es que la relación entrañable que liga a nietos y abuelos -y quien esto escribe tiene larga y fecunda experiencia en ambos roles- no depende ni se enriquece con el agregado de otro vínculo jurídico como es el que resulta de la adopción.-

Es claro que la asistencia de los menores, su representación legal, el ejercicio de la autoridad necesaria para educarlos, debe estar organizada de manera que permita suplir la falta de los padres, y eso es lo que la ley preve a través de la tutela, sin necesidad de apelar a la ficción que implica que un abuelo diga a su nieto: "eres mi hijo".-

La posibilidad que la ley desecha significaría una alteración de la estructura familiar, al ubicar a los nietos en el lugar propio de los hijos, siendo así que la adopción no debe funcionar alterando nada sino supliendo lo que falta.-



Por estas razones, que considero prudente abreviar, la ley 19.134 y la 24.779, que acaba de verter sus normas en los artículos 311 y siguientes del Código Civil, excluyen la adopción de los abuelos.-

La sentencia dictada por la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, es pues sorprendente en cuanto, pese a la oposición del Asesor de Menores, confirma un fallo de primera instancia que constituye vínculo adoptivo entre un menor y sus abuelos.-

Digo que es sorprendente porque no puede dejar de serlo un pronunciamiento judicial que dispone algo expresamente prohibido por la ley.-

Cualquiera sea la posición filosófica en la que el intérprete se sitúe, es extraño que una sentencia contradiga expresamente normas legales taxativas, y mas aún cuando son de una claridad tal que no dan margen a ninguna labor interpretativa.-

La posibilidad de desechar la aplicación de la ley sólo puede darse cuando esta es de una iniquidad tal, que contraría de manera abierta y ostensible la justicia que da sustento al ordenamiento jurídico, o cuando, sin llegar a ese extremo, sea incompatible con normas de jerarquía superior, como son las contenidas en la Constitución Nacional.-

En el caso comentado, es este último camino el que ha llevado al tribunal santafecino a incurrir en el error que, a mi juicio, ha cometido, constituyendo un vínculo que la ley prohíbe.-

El argumento central que esgrime el vocal preopinante, a cuyo voto adhieren sus colegas de sala, consiste en que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, modificada en 1994, incorpora al ordenamiento legal, con rango de normas constitucionales, las Convenciones internacionales suscriptas por la República, entre las cuales se encuentra la relativa a los derechos del niño, aprobada por ley 23.849.-

Si hubiera algún choque entre las normas de la ley 19.134 y las de nuestro sistema constitucional, el tribunal, requerido para ello, podría haber declarado la inconstitucionalidad de la ley.-

Pero es obvio que para poder ejercer esta facultad excepcional, sujeta, en última instancia, al control de la Corte Suprema de la Nación, el conflicto tiene que plantearse en términos concretos, es decir que la contradicción tiene que aparecer con claridad, y no surgir en el ánimo del juez como una apreciación subjetiva.-

El dispositivo para el control de la constitucionalidad, no ofrece una garantía perfecta y ha tenido fallas graves, como la sentencia de la Corte que, en 1986, declaró la inconstitucionalidad de la ley de matrimonio civil (2393), en un pronunciamiento que creyó advertir que sus normas estaban en oposición con el derecho constitucional de casarse.-

Pero esa sentencia, que no puede ser tomada como un ejemplo, y que funcionó integrada en una estrategia que comprometió a los tres poderes del estado, es sólo una excepción de oscuro recuerdo.-

Suscita, pues, preocupación, que en un contexto diferente, la Cámara de Apelaciones de Santa Fe se deslice por una pendiente parecida, para llegar a una conclusión difícilmente sostenible.-



No ignoro que el fallo en cuestión ha merecido el juicio favorable de un jurista por cuya versación y buen criterio tengo particular estima, como es el Dr. Francisco Magín Ferrer ⁽¹⁾, y que la norma legal que se opone a la solución adoptada por el Tribunal ha merecido la severa crítica de Belluscio ⁽²⁾.-

También Borda ⁽³⁾ y López del Carril ⁽⁴⁾ se pronuncian en contra del precepto legal.-

Por mi parte he sostenido lo contrario, aduciendo que el abuelo, por serlo, tiene suficiente título y que nada le añade el constituirlo en adoptante ⁽⁵⁾.-

También Bossert ⁽⁶⁾ y Zannoni ⁽⁷⁾ participan de este criterio.-

Pero la buena compañía, en que se encuentran los jueces no es, a mi criterio, suficiente para avalar su pronunciamiento porque el juicio negativo de algunos autores sobre el acierto de un precepto no autoriza a descartar su aplicación.-

La lectura del fallo revela que los fragmentos del preámbulo y del articulado de la Convención sobre los derechos del Niño que aparecen citados, no guardan relación directa con el caso sometido a sentencia.-

Obsérvese que la norma mas próxima al problema planteado que se menciona en los considerandos, es la que dice que "los estados que reconocen el sistema de adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial...".-

Deducir de esta declaración cuya generalidad es llamativa, que no son aplicables al caso concreto los preceptos específicos de la ley de adopción vigente, implica un error hermenéutico que no puede dejar de preocupar a quienes crean que la seguridad jurídica es un valor que debe ser cuidadosamente preservado por quienes tienen la augusta misión de aplicar la ley.-

Si fuera cierto que las declaraciones mas genéricas vertidas en las Convenciones internacionales -muchas veces próximas a las expresiones de deseos- derogan las leyes vigentes, como lo propone la sentencia comentada, nos aventuraríamos por un panorama jurídico plagado de lagunas, cuya dimensión podría tomarse

¹. FERRER, Francisco M. "Derogación tácita de la prohibición de adoptar a los nietos", J.A. n° 5978 del 27.III.1996.-

². BELLUSCIO, Augusto C. "Manual de Derecho de Familia", n° 500.-

³. BORDA, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil - Familia", Ed. 1993, n° 776.

⁴. LOPEZ DEL CARRIL, Julio "Las nuevas leyes de adopción", L.L. 144-999.-

⁵. Derecho de Familia, Ed. Abeledo Perrot, 1981, n° 575.-

⁶. BOSSERT, Gustavo A. "Adopción y legitimación adoptiva".

⁷. ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia, n° 1107.



oceánica si la tendencia proliferara.-

Es oportuno, aunque obvio, recordar que el interés del menor debe merecer consideración primordial, pues tal principio ha sido sostenido con vigor sin declinaciones por las sentencias dictadas en materia de menores, desde una época muy anterior a la Convención en que se apoya la sentencia comentada.-

Pero ese principio general, que cumple una función orientadora, no puede servir de escapatoria para dejar de aplicar leyes que no están de ninguna manera en conflicto con él.-

No tengo duda de que los jueces han creído interpretar el interés superior del menor al acordar su adopción a los abuelos, pero han olvidado que dicho interés ha sido definido y precisado por las leyes que regulan la institución y que apartarse de sus preceptos significa, ni más ni menos, que fallar contra legem.-

Con el mismo criterio se podría interpretar que la autoridad paterna ha quedado derogada en virtud del principio citado, o que la incapacidad de hecho, con que la ley procura protegerlo, ha sido superada por las declaraciones de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño.-

No soy, en modo alguno, partidario del positivismo jurídico, y no creo que la ley sea un fin en sí misma, sino un medio de expresar el derecho y realizar la justicia, que es su razón de ser, pero esa convicción no puede ser confundida con el menosprecio de las normas vigentes y con la temeraria acrobacia interpretativa que ha seducido al tribunal santafecino.-