



ESTUDIO MAZZINGHI  
ABOGADOS

## Publicación: Patria potestad revertida a la madre de sangre por muerte del adoptante

Autor: Jorge A. Mazzinghi

### I. Introducción

La sala C de la Cámara Civil acaba de resolver una interesante cuestión que no está regulada por las normas vigentes, sino ubicada en uno de esos ángulos muertos, que se conocen con el nombre no muy preciso de lagunas del derecho.

Frente a ellas el juez que según el art. 15 del Cód. Civil, no tiene derecho a la abstención, ha de acometer la delicada tarea de suplir el silencio de la ley y elaborar una solución apoyada en los "principios de leyes análogas" o, en su defecto, en los principios generales del derecho, según la prescripción del art. 16, que exige, además, que se tengan en cuenta las particularidades del caso.

### II. El caso

El resuelto por el fallo comentado es rico en particularidades, y ofrece diversos aspectos que he de tratar separadamente

Se plantea a raíz de que una madre ha consentido en que sus hijos extramatrimoniales sean adoptados por su concubino. La sentencia de adopción fue dictada con posterioridad a la muerte del adoptante, que era, a la vez, padre de sangre de los menores. A raíz de dicha muerte la madre pretende reasumir automáticamente la patria potestad sobre sus hijos y, con ella, la totalidad de los derechos que tal relación jurídica comporta.

La decisión dada al caso por el juez de primera instancia, no coincide con el dictamen del Asesor de Menores, y también el fallo de la sala C se aparta parcialmente de la sentencia recurrida y de la opinión del Asesor de Menores de Cámara.

Se advierte, pues, una cierta y justificada perplejidad judicial frente a las cuestiones planteadas.

Dicha perplejidad es, a mi juicio, consecuencia de la incongruencia legal que permite adoptar

-con el fin de legitimarlos- a hijos que no podrían ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres.

Se trata, lo he dicho reiteradas veces, de una utilización abusiva de la adopción que es empleada como un ariete -uno más- para golpear la estructura de la familia legítima a la cual, según esta peregrina regulación, se puede acceder por vías ajenas al matrimonio.

### III. La patria potestad de los menores frente a la muerte del adoptante



La duda que suscita la pretensión materna sólo se plantea ante la adopción simple.

Si se tratara de una adopción plena, el vínculo de sangre habría quedado extinguido y por lo tanto no existiría base para que el padre o la madre reasumieran una relación jurídica que se basa en la filiación.

**a) Reversión automática o necesidad de resolución judicial**

La pretensión sostenida por la madre de los menores era que el fallecimiento del adoptante había de producir la reversión automática de la patria potestad a favor de ella.

Esta aspiración no fue acogida por ninguna de las dos sentencias, ya que ambas coinciden en la necesidad de un pronunciamiento judicial para que la madre de sangre pueda ser restituida a la condición de titular de la patria potestad sobre los hijos dados en adopción.

Sin embargo, la coincidencia entre ambos pronunciamientos no es total, pues mientras el a quo no especifica a partir de cuándo se produce la reversión de los derechos y los deberes de la madre, la sentencia de Cámara aclara que tal efecto de la decisión judicial opera retroactivamente a la muerte del adoptante, por tratarse de una sentencia declarativa.

Considero que la decisión del tribunal es la que mejor conviene a los menores adoptados, en cuanto al resurgimiento de los derechos que en su favor establece la patria potestad.

Pero esta solución está lejos de fluir claramente de los textos legales.

El art. 22 de la ley 19.134 (Adla, XXXI-B, 1411) establece que "los derechos y deberes que resulten del vínculo de sangre del adoptado no quedan extinguidos por la adopción, con excepción de la patria potestad?"

O sea que la adopción extingue la patria potestad. Se trata de un supuesto que cabe agregar a la enumeración del art. 306 del Cód. Civil, que enuncia los casos en que se acaba la patria potestad, y alude a la muerte, a la profesión religiosa, a la mayor edad de los hijos y a su emancipación.

Mientras algunos de los casos mencionados determinan la extinción irreversible de la patria potestad -como la muerte de padres o hijos, y la mayor edad de éstos-, otros admiten la restauración de aquella relación jurídica, como sucede cuando el padre o el hijo abandonan la vida religiosa, o cuando se declara inválido el matrimonio que originó la emancipación.

Es verdad que no toda la doctrina coincide en estas conclusiones, ya que, con respecto a la profesión religiosa Borda interpreta que cuando es el padre quien la realiza, su decisión tiene el carácter de abandono de los deberes paternos, y por ello determina la pérdida de sus derechos [\(1\)](#).

Por mi parte entiendo que si bien es verdad que en algún caso la decisión paterna puede tener el alcance que le asigna Borda, no parece prudente presumir que lo tenga en



todo caso; y la pérdida de la patria potestad es una sanción demasiado grave como para deducirla de una interpretación que no tiene apoyo claro en el texto.

Coincido con Llambías en que el retorno del padre -y con mayor razón del hijo- a la vida civil, origina la plena restauración de la patria potestad [\(2\)](#).

Cabe preguntarse si este mismo criterio es aplicable al progenitor que consintió que su hijo fuera dado en adopción.

Curiosamente Borda sostiene a este respecto un punto de vista diferente, pues enseña que "¿la revocación o nulidad de la adopción o la muerte del adoptante dan lugar a la reversión ipso jure de la patria potestad en favor del padre por naturaleza (siempre que no hubiere incurrido en sanción que lo privara de ella)?"[\(3\)](#).

Coincido en lo sustancial con su opinión, y así lo he expresado [\(4\)](#), pero no en cuanto a que la reversión sea procedente ipso jure.

Estimo acertado, por ello, lo resuelto por las decisiones judiciales pronunciadas en este caso, en cuanto las de ambas instancias afirman la necesidad de la decisión judicial para que la patria potestad revierta en favor de los padres de sangre.

En efecto, no me parece que, en principio, quepa presumir que la conformidad de los padres de sangre para que su hijo sea adoptado implique un supuesto de abandono, que permita equiparar esta situación a las previstas en el art. 307 del Código, determinando la pérdida -y la pérdida es irreversible- de la patria potestad para los padres que incurrieran en abandono.

Por el contrario, he sostenido que la conformidad paterna para la adopción del hijo en modo alguno implica renuncia a la patria potestad -que es de suyo irrenunciable-, ni abandono del menor, que implicaría pérdida de los derechos paternos [\(5\)](#). Por eso sostengo que, aun quienes han formalizado esa declaración de conformidad, tienen derecho a ser oídos en el juicio de adopción de los hijos.

Pero una cosa es no admitir que la conformidad paterna permita presumir el abandono, y otra diferente aceptar como una circunstancia normal dicha conformidad, y descartar que ella pueda implicar, para quien la formula, la intención de deshacerse del menor.

Precisamente porque la situación del padre o la madre que consienten expresamente la adopción de sus hijos es de suyo equívoca, me parece incuestionable la necesidad de que los tribunales analicen dicha situación en concreto y la valoren adecuadamente antes de que la patria potestad revierta en favor de los padres de sangre.

Por último debe tenerse en cuenta que la reversión discutida ha de ser resuelta contemplando prioritariamente el interés de los menores, para quienes constituiría un grave perjuicio el quedar privados de la representación legal que requiere su condición de incapaces.

#### **b) Efecto retroactivo de la reversión**

Comparto asimismo la decisión de la Cámara en cuanto asigna carácter de sentencia declarativa a la que dispone dicha reversión, y, por lo tanto, establece que aquélla ha de operar retroactivamente a la fecha de la muerte del adoptante.

En efecto, la aptitud del padre de sangre para reasumir la patria potestad a raíz de la muerte del adoptante, proviene de su parentesco, y lo único que debe juzgar el tribunal es si existe o no un impedimento para que la reversión pueda operarse sin perjuicio para los menores. Si tal impedimento no existe corresponde tener por revertida la patria potestad desde la muerte del adoptante.

#### **IV. La recuperación del usufructo paterno**

Hay una segunda cuestión, más delicada todavía, y es la que suscita la oposición del Ministerio Público, en ambas instancias, a que la madre sea repuesta en el ejercicio del usufructo legal, como consecuencia de la reversión de la patria potestad.

Es clarísimo -basta leer el art. 264- que la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones, y lo es asimismo que dichos derechos y obligaciones son susceptibles de consideración separada, con lo cual el conjunto en cuestión puede integrarse de muchas maneras distintas.

En efecto una persona puede ser titular de la patria potestad y estar privada de la guarda de sus hijos; puede tener la guarda y no ser admitido a la administración de los bienes de los menores; puede gozar del usufructo y carecer de la administración o viceversa.

Esta posibilidad de diversas combinaciones entre los derechos y obligaciones que integran la patria potestad proviene de textos legales, como el art. 76 de la ley 2393 (Adla, XXVIII-B, 1799), que dispone sobre la guarda en casos de divorcio; el 294 y el 301 del Cód. Civil que prevén la exclusión y pérdida de la administración paterna, con la salvedad del 295 y del 304 de que ella no implica la pérdida del usufructo; el 289 admite la exclusión de los padres del usufructo legal y el art. 11 de la ley 14.367 (Adla, XIV-A, 165) excluye de este derecho a los padres extramatrimoniales que no hubiesen reconocido espontáneamente a los hijos.

Cabe concluir, pues, que la decisión judicial de revertir a la madre en la patria potestad que había perdido a raíz de la adopción, pudo resolver con criterio independiente la cuestión del usufructo.

#### **a) Razones para excluir a la madre del usufructo**

El Ministerio Público se opone, en ambas instancias, a que se reconozca a la madre este derecho, y considero que las razones en que funda su posición son importantes.

Es verdad que la ley de adopción, como lo recuerda el fallo de Cámara, no contiene

otra limitación que la que fluye del art. 24, según el cual la familia de sangre no hereda los bienes que el adoptado hubiese recibido a título gratuito de su familia de adopción; y que ninguna de las normas del Código excluyen del derecho al usufructo legal a los padres extramatrimoniales, sino el art. 11 de la ley 14.367 en caso de que no mediare reconocimiento espontáneo.

Sin embargo, la aplicación analógica de estos preceptos parece viable, pues de ella surge un modo congruente de llenar el vacío legal en que se sitúa la cuestión planteada.

La adopción es un instituto que se organizó con especial prudencia en cuanto a evitar que el vínculo se contaminara al ser utilizado como un medio para captar bienes ajenos.

De allí que la ley 13.252 (Adla, VIII, 122) excluyera la vocación hereditaria del adoptante, principio éste atemperado por la ley 17.771 (Adla, XXVIII-B, 1799) -que reformó el Código introduciendo el art. 3569 bis- y por el art. 24 de la nueva ley de adopción, que mantienen el propósito de evitar que los bienes del adoptante sean transferidos a los herederos de sangre del adoptante y viceversa.

El ejercicio del usufructo por parte de la madre de sangre, respecto de bienes que los menores hayan heredado del adoptante, lleva a una situación semejante a la que la ley quiere evitar. Por esta vía la madre se posesionará de los frutos que devenguen los bienes dejados en herencia por el adoptante. Y este enriquecimiento de la madre se producirá a expensas de los menores, que, de no mediar el derecho de la madre de sangre, serían propietarios de los frutos en cuestión.

Tampoco parece desdeñable la equiparación que se realiza entre la previsión del art. 11 de la ley 14.367 y la situación de autos. Es claro que ambas situaciones no son idénticas, pues si lo fueran no sería necesario hablar de analogía, sino que se trataría simplemente de aplicar un texto a la situación prevista en él.

En efecto, la ley 14.367 excluye del usufructo a quien no reconoció espontáneamente al hijo, y lo hace porque valora negativamente la reticencia del padre o la madre ilegítimos para reconocer al hijo y constituir así su título de filiación.

Una valoración semejante puede merecer la conducta de quien se aviene a que sus hijos sean adoptados por otro, sabiendo que ello implica -si la adopción es simple- la pérdida de derechos sustanciales que le corresponden como padre o madre. Admito que, excepcionalmente, puede no ser así; que la conformidad para que los propios hijos sean adoptados por otro puede significar un renunciamiento heroico, un verdadero holocausto sugerido por el amor hacia ellos.

Pero queda al juzgador el derecho a dudar, y decidir el caso en función de tal duda.

Hay algo más.

El fundamento del usufructo paterno es por demás discutido, y aun cuando abordar el tema nos llevaría lejos de la sentencia comentada, recordamos que el viejo art. 287



excluía a los padres extramatrimoniales de este derecho y que la Comisión de Reforma al Código Civil Francés propuso directamente que fuera suprimido en todos los casos [\(6\)](#).

Por mi parte lo interpreto como un resabio de la tradición romana que en su aplicación contemporánea permite al padre mayor libertad en la administración y uso de los bienes de los hijos. Creo asimismo que en la base del régimen se encuentra la confianza que la ley deposita en el padre al presumir que las rentas producidas por los bienes del hijo no serán distraídas en exclusivo beneficio del progenitor que las percibe sino que serán aplicadas al mejor nivel de los hijos [\(7\)](#). Pero lo cierto es que, cualquiera sea su valoración, el usufructo paterno no es un derecho que constituya la columna vertebral de la patria potestad y que su desconocimiento al padre de sangre que luego de haber consentido la adopción de sus hijos reasume la patria potestad por muerte del adoptante, no afectaría en modo alguno el interés de los hijos, ni lesionaría tampoco un aspecto fundamental de la patria potestad para sus titulares. Cabe tener en cuenta que la inmensa mayoría de los padres que ejercen la patria potestad sobre sus hijos no tienen ocasión de ejercer usufructo alguno, pues los hijos menores suelen no ser propietarios de bienes que den base a tal ejercicio.

Concluyo, pues, que el tribunal pudo resolver según la pretensión del Asesor de Menores de Cámara sin lesionar gravemente la situación de las partes relacionadas por la patria potestad.

Me refirma en esta convicción la propia doctrina de la Cámara, conforme a la cual es necesaria la resolución judicial para que la patria potestad vuelva a los padres de sangre que dieron a sus hijos en adopción. Si esto es así, es decir, si el tribunal pudo decidir afirmativa o negativamente esta reversión, parece incuestionable que también pudo parcializarla, admitiendo sólo la reversión de algunos derechos.

Quien puede lo más, que en este caso es negar por completo la reversión, puede también lo menos, que sería desglosar del conjunto de derechos que componen la patria potestad alguno o algunos cuyo ejercicio por los padres de sangre pudiera lesionar el interés de los menores o el interés público.

#### **b) Las circunstancias del caso**

No obstante las circunstancias particulares del caso -que conforme al art. 16 del Cód. Civil deben ser contempladas especialmente- me inclinan, en última instancia, a compartir la decisión del tribunal.

En efecto, en esta adopción se da la situación especial de que el adoptante es al mismo tiempo padre extramatrimonial de los menores. Ya he manifestado mi opinión desfavorable a que la adopción sea utilizada como medio de legitimar a hijos que no podrían serlo según la norma del art. 311 del Cód. Civil [\(8\)](#).

Pero lo cierto es que, por cuestionable que sea la constitución de este vínculo, está



constituido en este caso, y es uno de los datos del problema, que el juzgador no puede soslayar.

Ahora bien, el hecho de que los menores adoptados sean hijos extramatrimoniales del adoptante determina que la vocación hereditaria de aquéllos respecto de éste no sólo provenga de la adopción, sino que igualmente hubiera surgido de la filiación de sangre, aunque en distinta proporción.

En efecto, de no haber sido adoptados por su padre extramatrimonial, los hijos lo hubiesen heredado igualmente aunque sólo en una mitad de lo que les correspondiera heredar a los hijos legítimos.

Y en este supuesto la madre extramatrimonial al asumir el ejercicio de la patria potestad a raíz de la muerte del concubino, padre de los menores, hubiera gozado sin limitaciones del usufructo de los bienes relictos. O sea que, en última instancia, hubiese incorporado a su patrimonio los frutos de bienes pertenecientes a su concubino.

Si esto hubiese ocurrido así en el caso de no mediar adopción, parece que sería excesivamente severo castigar a la madre que consintió en que los hijos fueran adoptados por el padre de sangre, con la pérdida del usufructo.

No parece dudoso que al consentir dicha adopción la madre haya procurado mejorar la situación jurídica y patrimonial de sus hijos, colocándolos en una situación equivalente a la de los hijos legítimos del adoptante. Y aun cuando esta utilización de la adopción lesiona los intereses de la familia legítima, opino que esta apreciación puede ser sustentada como criterio objetivo de la interpretación y aplicación del derecho, pero no puede ser exigida a quien contempla las relaciones jurídicas desde el punto de vista necesariamente subjetivo que siempre sugiere la existencia de un interés propio de los hijos.

## V. Conclusión

En suma, comparto los escrúpulos de los Asesores de Cámara y de primera instancia y coincido con ellos en que el tribunal tenía facultad para resolver la reversión de la patria potestad en favor de la madre de sangre, excluyendo de esta reversión el derecho al usufructo paterno.

Me parece, al mismo tiempo, que las particularidades reseñadas justifican que, en este caso, no se haya hecho uso de tal facultad.

Pero señalo que esas mismas particularidades habrán de pesar para que la conclusión sentada por la sentencia no sea erigida en "fuente de derecho de la que podrían extraerse disvaliosas consecuencias para otros casos", según la preocupación que prudentemente apunta el Asesor de Cámara.



**ESTUDIO MAZZINGHI**  
ABOGADOS

- (1) BORDA, Guillermo, núm. 961. Conf. BELLUSCIO, Augusto, "Manual?", núm. 564.
- (2) LLAMBIAS, Jorge J., "Código Civil anotado", nota 4 al art. 306. MAZZINGHI, Jorge A., "Derecho de familia", t. III, núm. 652.
- (3) BORDA, Guillermo, op. cit., núm. 985.
- (4) MAZZINGHI, Jorge A., "Derecho de familia", núm. 562 c).
- (5) MAZZINGHI, Jorge A., "Derecho de familia", núm. 584.
- (6) MAZEAUD, parte I, vol. IV, núm. 1162.
- (7) MAZZINGHI, Jorge A., "Derecho de familia", núm. 640.
- (8) MAZZINGHI, Jorge A., "Derecho de Familia", núm. 577.