

ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY DE ADOPCIÓN

PUBLICADO EN LA REVISTA "J.L." - TOMO 15 - OCTUBRE 1989 - Pág.354

Facilita la ley a los matrimonios que no pueden tener hijos de su sangre, que los tengan de su desvelo, porque como bien enseña Unamuno nadie *"es propiamente hijo de quien lo engendró -cosa muy fácil y sin mérito alguno-, sino de quien lo crió, formó y educó, poniéndolo en el puesto que le corresponde"*.

La adopción tiene lugar *"por resolución judicial, a instancia del adoptante"*, quien ejerce una pretensión procesal auténtica, ante el juez civil con competencia en el lugar de su domicilio o en el lugar donde se otorgó la guarda a su elección (art. 10 inc. "a" de la ley de adopción), o bien en la Provincia de Buenos Aires ante el juez de menores cuando se trate de menores por él amparados (art. 10 inc. "e" ley 10.067).

Tal pretensión se ventila según las reglas del **proceso especial por razones jurídico-materiales** que regula el artículo 10, cuyas características principales son la liberación del rigor formal en cuanto a las oportunidades para el ejercicio por las partes de las actividades de alegación y prueba, más amplia facultad de instrucción probatoria por parte del juez a quien se le acuerda genuina iniciativa probatoria y apartamiento del principio de publicidad en los especiales términos de los incisos "g" y "h" de dicho artículo.

El rol de **sujeto activo** corresponde al o a los adoptantes, consagrando el segundo párrafo del artículo 1ero. una singular

figura litisconsorcial-adhesiva y necesaria en el supuesto especial de adopción del hijo mayor de edad del otro cónyuge, quien debe concurrir necesariamente con su "*consentimiento*" -dice la norma-, que aparece así integrando el perfil de la legitimación activa de este supuesto especial, en el cual no interviene el ministerio de menores.

El **ministerio de menores** reviste calidad de parte, no sólo en virtud de la norma general del artículo 59 del Código Civil, sino por disposición expresa del artículo 10 inc. "b", y, si reviste la calidad de parte, esto es, que puede ejercer todas las facultades procesales que a las partes se refieren, innecesariamente agrega el inc. "e" del mismo artículo que puede requerir las medidas de prueba e informaciones que estime convenientes, que es típica facultad que corresponde a las partes en un proceso. El único sentido útil de la prescripción debe entenderse referido a que el ejercicio de tal actividad no está sujeto a ningún rigor formal de oportunidad, pero sin violentar los principios de celeridad, economía y concentración.

El **ministerio fiscal** no es parte en este proceso. El agente fiscal en la Provincia de Buenos Aires no debe intervenir en los procesos de adopción; ello así, de conformidad con lo dispuesto por el art. 78 de la ley 5.827 (t.o. ley 9.354), porque sólo debe hacerlo en aquellas causas en que su intervención sea expresamente requerida por la ley, agregando el artículo, que deberá abstenerse de hacerlo en todos los casos en que la intervención del ministerio fiscal sea requerida sin fundamento legal. Es decir, que la intervención de este ministerio supone una norma que

expresamente le confiera legitimación para actuar, legitimación entendida como la aptitud específica para actuar en determinada clase de proceso; si la tal norma no existe debe abstenerse de actuar.

Cuando se trata de la adopción de un menor cuyo nacimiento no ha sido inscripto en el registro respectivo se produce el fenómeno de **acumulación de pretensiones** y es sólo con respecto a la pretensión acumulada de inscripción de nacimiento que corresponde la intervención del agente fiscal en virtud de la legitimación que le acuerda el art. 3 de la ley 7.309.

El rol de **sujeto pasivo** de la pretensión corresponde a los padres de sangre del adoptado que se encuentran pasivamente legitimados para intervenir en el proceso en calidad de partes.

La redacción de la ley 19.134 es particularmente desdichada en este punto; llevada por la preocupación de evitar perturbaciones especulativas en el proceso por parte de los padres de sangre, adopta una terminología técnicamente deplorable que ha conducido a serias vacilaciones interpretativas.

La **legitimación sustancial** es la aptitud específica para figurar en calidad de parte en un proceso determinado; de modo que, si los sujetos de la relación jurídica sustancial coinciden con los sujetos de la relación jurídica procesal se verifica el requisito de la legitimación en la causa.

Si la adopción plena o simple configura un supuesto de extinción de la patria potestad (tal la redacción del art. 306 inc. 5 del Código Civil, t.o. ley 23.264), y si los padres tienen la obligación y el derecho de velar por sus hijos, parece

incuestionable su sustancial legitimación para actuar en calidad de partes en el proceso de sus hijos de sangre. El artículo 11 de la ley 19.134 en cuatro supuestos taxativamente enumerados y de interpretación estricta priva a los padres de sangre del derecho de acción, es decir, el poder conferido a los particulares de acudir a los tribunales de justicia para formular pretensiones u oponerse a ellas.

En tales excepcionales casos los padres de sangre desprovistos por la ley de legitimación no pueden intervenir en el proceso y no resulta obligatoria su citación, pero, aun así, en estos casos excepcionales la ley faculta al juez a citarlos. Tratase de una facultad judicial cuyo ejercicio queda librado a la prudencia de los jueces.

Fuera de los supuestos taxativos del artículo 11, los padres de sangre deben ser citados y tienen derecho a figurar como partes (art. 12 de la ley de adopción). Es incomprensible que con respecto a los legitimados sustanciales no privados del derecho de acción la ley establezca que "*podrán ser citados al juicio*", o, en caso de presentación espontánea, que su actuación en calidad de parte dependa de la valoración de la existencia de justos motivos, cuando tal actuación emerge sin más de su derecho de acción no cercenado por la ley, que nada tiene que ver con la razón que pueda asistir al legitimado, que lo está tenga o no tenga razón y es esta última la que será propio objeto de juzgamiento al actuar o denegar la actuación de la pretensión.

Los **padres de sangre** actúan en el proceso de adopción "en ejercicio de un derecho propio, a la vez que en interés del

menor", conforme tiene declarado la Suprema Corte Provincial (Ac. y Sent. 1977-II-831), pudiendo oponerse al progreso de la pretensión, oposición que cumple función delimitadora, esto es que establece "los límites dentro de los cuales la pretensión procesal ha de ser correctamente manejada, lo que vincula al juez, que no podrá desconocerlo, positiva o negativamente, sin incurrir en incongruencia" (Guasp, "Derecho Procesal Civil", T.I-241), lo cual quiere decir que integra la materia propia de juzgamiento.

Singularizan a este proceso especial las amplias facultades que se confieren al juez en materia probatoria, ya que puede oír al adoptado siempre que fuese mayor de 10 años y a cualquier persona que estime conveniente en beneficio del menor, pudiendo también ordenar todas las medidas de prueba e informaciones que estime convenientes (art. 10 inc. "c").

En el ámbito estrictamente decisorio aparece como central la valoración de la conveniencia para el menor de la adopción solicitada (art. 10 inc. "d") que, como tiene puntualizado la Corte Nacional, "no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que puedan ofrecer al menor", sino que "debe conducir a ponderar en su trascendente dimensión las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte".

La amplitud decisoria es tal que el artículo 21 de la ley de adopción faculta a los jueces, *"cuando sea más conveniente para el menor y concurran circunstancias excepcionales"*, para otorgar la adopción simple; con desdichada redacción agrega el artículo que *"el otorgamiento podrá ser únicamente de oficio y no deberán*

atenderse a su respecto peticiones de las partes", con lo cual, en rigor técnico, se ha querido decir simplemente que las peticiones de las partes en tal sentido no vinculan al juez, que podrá decidir en el punto lo más conveniente para el menor, con independencia de lo alegado, sin incurrir en vicio de incongruencia.