

LAS ADOPCIONES « MIXTAS » EN EL DERECHO ARGENTINO, FRENTE AL DERECHO CANONICO

Entendemos por adopción mixta aquella en que el adoptante y el adoptado pertenecen a cultos diferentes. Vamos a ocuparnos preferentemente de aquellas en las que el segundo pertenece a la religión católica, para analizarlas de acuerdo con el derecho argentino, correlacionado con el derecho canónico y con las soluciones de la legislación de otros estados.

El primer caso debatido extensamente ante los tribunales de la República Argentina fué el del menor Alberto Lorenzo Camino, cuya adopción fué solicitada por un matrimonio israelita, los esposos Jacobo León Schwartz y Rosa Fanny Orovitz. Alrededor del mismo haremos nuestra exposición.

ANTECEDENTES DE HECHO

Alberto Lorenzo Camino, nació el 7 de diciembre de 1947, y fue bautizado en el rito católico el 26 de septiembre de 1949. En 1951, comenzó a vivir con los que luego fueron sus adoptantes, quienes lograron su tenencia con intervención de la Defensoría de Menores, posteriormente a la internación del padre de sangre en un establecimiento hospitalario.

En 1953, los cónyuges Schwartz iniciaron el pedido judicial de adopción; y el 16 de diciembre de ese año, el padre prestó su conformidad, retractándola un año más tarde ante un escribano público.

El 29 de diciembre de 1953 el juez de primera instancia dictó resolución favorable, que luego fué revocada por la Cámara de Apelaciones, para disponerse el otorgamiento de la adopción condicionada a la obligación de los padres adoptivos de educar al niño en una institución católica. Apelado el nuevo pronunciamiento, la Cámara de Apelaciones denegó la adopción, entendiendo que aun cuando la ley argentina no prevé la diferencia de culto como impedimento dirimente, la circunstancia de pertenecer las partes a distintas comunidades religiosas debía ser valorada por el juez como inconveniente a los intereses y al bienestar espiritual del adoptando.

Deducido el caso federal por vía de recurso extraordinario, el expe-

diente llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que consideró que la sentencia recurrida revestía la calidad de una sentencia contra legem, y dictó por sí misma nuevo fallo. El Procurador general de la Nación, doctor Sebastián Soler, interperió que era imposible condicionar la adopción a la identidad religiosa de las partes, porque ello implicaría obligarlas a no cambiar de culto en el futuro, contra la expresa prohibición del art. 531 del código civil. El Defensor ante la Corte, doctor Alfredo M. R. Méndez se expidió asimismo favorablemente al discernimiento de la adopción. Y el alto tribunal, con el voto de todos sus miembros, hizo lugar a la misma definitivamente, con lo que el menor Alberto Lorenzo Camino adquirió vínculo legal legítimo como hijo de los esposos Schwartz.

El Asesor de Menores de 1.ª Instancia, doctor Mariano J. Grandoli, se opuso en todos los estados del proceso a la adopción pedida, tutelando la religión del niño durante su minoridad, invocando la retracción de conformidad por parte del padre de sangre, el expreso deseo manifestado por escrito por la madrina de bautismo de que su ahijado fuera adoctrinado en el culto de origen, y una supuesta compra venta encubierta en la oferta de dinero hecha por los adoptantes al padre del menor si consentía la adopción.

La igualdad ante la ley y la libertad de cultos fueron los argumentos esgrimidos a favor de la adopción, sin mayores disquisiciones ilustradas, y con poca solidez.

El antecedente reviste importancia suma, no sólo por haber sido decidido por la Corte Suprema de Justicia, sino por ser el primero de su índole. Desgraciadamente, el resultado fué adverso a la solución que nos parece más sensata, y que a más de contar en su apoyo con legislación y jurisprudencia de numerosos países, resulta acorde con el derecho canónico, y ha sido sostenida por su Santidad Pío XII en uno de sus últimos mensajes, al expresar que "desde el punto de vista religioso, cabe exigir que los hijos de católicos sean adoptados por padres adoptivos católicos".

Haremos a continuación una síntesis de los aspectos vinculados al tema a través del derecho constitucional, del derecho civil y de la ley de adopción, para luego compararlos con el derecho canónico y con el derecho extranjero. Brevemente nos referimos asimismo a la cuestión procesal en el planteamiento del recurso mediante el cual el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA LIBERTAD DE CULTOS

La constitución argentina consagra entre los derechos civiles de todos los habitantes el de profesar libremente su culto (art. 14); y lo enumera nuevamente al referirse a los derechos de los extranjeros (art.

20). Dentro del ordenamiento constitucional, la llamada libertad de cultos reviste, frente al estado y a los terceros, la calidad de un derecho individual de cada persona¹. Para nosotros tiene gran importancia definir a la libertad de cultos como un derecho personal, porque de esa manera, por ser precisamente derecho subjetivo, ha de estudiarse, valorarse y protegerse en cuanto facultad de un sujeto titular o activo, frente al o a los sujetos pasivos u obligados; con lo que, para hablarse de tutela o de violación de la libertad de cultos ha de hacerse siempre una referencia concreta a personas individuales que sean sujetos activos o pasivos en la relación de alteridad que se da inevitablemente en todo derecho. No sería posible entonces, mentar una lesión a la libertad de cultos si no se produce vulneración concreta del derecho a profesar religión en cabeza de una persona determinada como titular o sujeto activo del mismo derecho.

¿Qué significa la libertad de culto como derecho individual? Repárese en que ahora no tocamos la delicada cuestión teológica del deber moral de la persona humana de profesar la verdadera religión, previa búsqueda y conocimiento de la misma; ni discutimos el aspecto de la conciencia de buena fe y de mala fe, porque con ello entraríamos en materia ajena al derecho. Nosotros consideramos que al hablar de un derecho a la libertad religiosa descartamos la relación del hombre con la "verdad", o con Dios, porque la relación jurídica no puede entablar-se sino entre hombres, en el orden de la convivencia humana y social; o sea, específicamente, que el derecho a profesar un culto no tiene el alcance de una facultad moral ante Dios, o ante la verdad, sino únicamente de un poder frente al estado y a los demás hombres².

Por eso, definimos la libertad religiosa —abarcando la libertad de conciencia y la libertad de culto— como un *derecho* de un *sujeto activo* —hombre frente a un sujeto pasivo— otra persona individual, el estado, etc., para que en el fuero interno del primero no se produzcan interferencias coactivas en materia religiosa. Y aun cuando eventualmente la inmunidad de la conciencia religiosa puede aparejar el ejercicio del error, no es este supuesto derecho al error el que se convier-

¹ SÁNCHEZ VIAMONTE CARLOS. *Manual de Derecho Constitucional*. Ed. Kapelusz. Bs. As. 1956. 2.ª ed. p. 143. GONZÁLEZ JOAQUÍN V. *Manual de la Constitución Argentina*. Ed. Estrada. Bs. As. 21ª ed. p. 140. CASIELLO JUAN. *Derecho Constitucional Argentino*. Ed. Perrot. Bs. As. 1954. p. 371. LINARES QUINTANA SEGUNDO V. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Ed. Alía. Bs. As. 1956. T. III, p. 710. Cf. MONTERO Y GUTIÉRREZ ELOY. *Manual de Derecho Comparado*. Ed. Perrot. Bs. As. 1950. T. I, p. 156 y 157.

² Por eso no aceptamos la distinción que hace Maritain al desdoblar en dos relaciones el derecho a la libertad de conciencia. Para él, hay una primera relación, que tiene como uno de los términos a Dios y a la verdad, y en ella opina que no existe aquel derecho porque el hombre ante Dios y ante la verdad no tiene facultad moral para elegir el error. La segunda relación, donde reconoce ese derecho, se da entre el hombre como sujeto activo y el estado como sujeto pasivo. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Bs. As. 1943. p. 116. La primera relación no es jurídica, resultando impropio hablar en ella de "derecho", porque no hay derecho frente a Dios ni ante la verdad, sino sólo entre los hombres.

te en contenido de la libertad, sino que se tutela el fuero íntimo para detener en sus umbrales a la jurisdicción temporal.

El derecho individual se desdobra en dos aspectos, que son como el anverso y el reverso de una misma medalla: a) el aspecto positivo o activo, que consiste en la profesión y ejercicio de la religión; el sujeto titular o activo hace o no hace, según se lo dicta su conciencia; b) el aspecto negativo o pasivo, que está dado por la obligación de todos los demás hombres, y del propio estado, de abstenerse de obstaculizar o interferir el ejercicio religioso. De manera que el sujeto activo tiene derecho positivo a la práctica de su culto, y los demás tienen obligación de no violar ese ejercicio; hay, pues, por parte de estos últimos, una obligación pasiva universal³.

Todo esto nos sirve como introducción al tema de la libertad religiosa en los menores, porque, indudablemente, adquiere singular relieve en las personas incapaces, desde que por esa misma calidad carecen de la posibilidad amplia de elegir culto, profesarlo, etc.

En el código civil argentino, los menores son incapaces absolutos en cuanto impúberes (art. 54), y relativos en cuanto adultos (art. 55), reputándose como hechos sin discernimiento los actos lícitos practicados por los primeros (art. 921).

Presumiéndose sin discernimiento a los menores que no han cumplido catorce años, la libertad de culto en su aspecto activo queda reducida, porque no pueden escoger su propia fe. Por eso Eduardo Busso dice que "la libertad de cultos presupone la capacidad del sujeto para determinarse por sí"⁴. En cambio, el aspecto pasivo cobra un alcance mayor en los menores, ya que esa misma falta de discernimiento reclama suma precaución y tutela efectiva para impedir que se viole o se interfiera el "status" religioso del menor, escogido por sus padres o adquirido por rito (bautismo, circuncisión, etc.).

El derecho del menor a la libertad religiosa en su aspecto pasivo se traduce en una verdadera prohibición o interdicción de *no innovar* en su emplazamiento religioso ya logrado, en virtud de lo cual los terceros deben abstenerse rigurosamente de alterarlo. Es el respeto y la salvaguardia de su fe, en contra de todo posible desplazamiento mientras dure la ausencia de discernimiento.

Y ahora entramos en el tema de la patria potestad.

³ Conviene destacar ese deber de abstención dentro de la legislación canónica. Es sabido que la Iglesia ordena en su canon 1351 que no se obligará a nadie a abrazar la fe contra su voluntad. Ya Santo Tomás enseñaba que los gentiles y judíos no podían ser llevados a la fe mediante coacción. Y Benedicto XIV recordaba la enseñanza del Santo Oficio de 1705 en el sentido de no administrar el bautismo a los hijos de los infieles en contra de la voluntad paterna. Vermeersch enseña en nuestros días que el deber personal de abrazar la verdadera fe no es exigible por una autoridad humana o social.

⁴ BUSO EDUARDO. *Código civil anotado*, Ediar Editores, Bs. As. 1945, T. II, p. 542.

EL DERECHO DE FAMILIA Y LA PATRIA POTESTAD

La formación religiosa de los hijos es un atributo de la patria potestad, y forma parte de la educación en general. En virtud de ese derecho de orientación espiritual que incumbe a los padres, pueden elegir, sin duda alguna, la confesión religiosa para sus hijos menores. Pero, ¿hasta cuándo? Las distintas legislaciones fijan límites a ese poder paterno; así, el código suizo permite a los menores elegir religión por sí mismos desde los dieciséis años (art. 277), lo mismo que la ley inglesa de 1891. En Austria y en Rusia, desde los catorce. La misma solución puede darse para la Argentina, en base al art. 921 del código civil, según opinión de Spota y de Borda.

Hasta esa edad, los padres ejercen *supletoriamente* el derecho activo de elegir religión; y desde entonces lo asumen directamente los hijos. Se reconoce generalmente que el derecho paterno de educación religiosa no puede violentar la conciencia de los hijos cuando ya han llegado a una edad de suficiente discernimiento. La jurisprudencia de los tribunales argentinos han tutelado en varios casos la libertad religiosa de menores que, por su edad y condición, estaban capacitados para escoger determinada creencia⁶. Análogamente, la jurisprudencia norteamericana ha entendido que el padre no tiene derecho de controlar la conciencia religiosa de su hijo menor una vez que ha llegado a la edad discernimiento⁷.

La ley alemana del 15 de julio de 1921 sobre educación religiosa de los niños ofrece numerosas disposiciones acertadas de celosa protección para los menores iniciados ya en una educación determinada. Según el art. 5.º, desde que el menor cumple doce años no puede ser instruido en una religión que no sea aquélla a la que hasta entonces ha pertenecido. Cuando los padres discrepan, no se puede innovar en la formación religiosa ya recibida, ni uno de los padres puede pretender que deje de recibir la enseñanza en que ha sido educado. La ley desconoce validez a los pactos sobre educación religiosa de los menores, con posterioridad a su vigencia, pero si como consecuencia de ellos el niño ya ha recibido enseñanza religiosa, el padre no puede innovar sin el consentimiento de la madre. Y es interesante señalar que el bautismo se equipara a una enseñanza, con lo que el menor católico debe reputarse como adoctrinado y formado en ese culto.

En resumen, los padres tienen facultad de educar espiritualmente a sus hijos menores, pero desde que éstos alcanzan conciencia y discernimiento como para demostrar una preferencia o una elección, aquel

⁵ Así opinan Planiol y Ripert, Busso, Borda, Machado, Rêbora, etc.

⁶ Ver SALAS ACDEEL E. *Código Civil y leyes complementarias anotados*. Ed. Depalma, Bs. As., 1956, T. I, p. 265.—Gaceta del Foro, T. 95, p. 335.—Ia Ley, T. 21, p. 843.

⁷ Ver SPOTA ALBERTO G. *La educación religiosa de los hijos y el ejercicio de la patria potestad*, en J. A. 1947. I, p. 455.

derecho no puede ejercerse en forma de intolerancia, de presión, o de coacción. No obstante, los padres tienen siempre, durante la minoridad de sus hijos, el derecho incoercible e irrevocable por el estado, de evitar o rechazar las interferencias de terceros en la orientación religiosa que ellos imprimen a la educación. Pueden, en consecuencia, oponerse al desplazamiento que pretenda operarse en el "status" confesional de sus hijos.

LA LEY DE ADOPCIÓN

Debe ahora aplicarse el criterio expuesto a la materia de la adopción mixta, o sea, entre personas de diferente credo.

La ley argentina 13252 establece que el juez debe oír al menor durante el trámite de adopción cuando ha cumplido diez años. Quiere decir que, a efectos de discernir la adopción, la ley considera que el menor que tiene ya diez años puede opinar y expresar sus puntos de vista.

En consecuencia, cuando se trata de adoptantes que pertenecen a otra religión el juez ha de escuchar el parecer del menor que ha cumplido diez años, quien al solo efecto de ese proceso es reputado con suficiente discernimiento para valorar su emplazamiento religioso, y aun para elegir otro.

Sin embargo, ese derecho personal debe correlacionarse con aquel otro del padre de sangre para oponerse a la adopción que pudiera significar una alteración o una interferencia en el culto a que pertenece el menor.

En una palabra, la incorporación de un menor a una comunidad religiosa debe respetarse como un hecho consumado, y hay obligación pasiva universal frente al derecho del menor y de sus padres para mantener la incolumidad de ese "status" hasta que el menor pueda, de acuerdo con la ley, expresar su preferencia y opinar por sí mismo.

EL DERECHO CANÓNICO

El canon 1113 del código vigente impone a los padres la obligación gravísima de procurar con todo empeño la educación de sus hijos, tanto religiosa y moral como física y civil; y el canon 1372 la extiende a quienes hacen las veces de padres. Santo Tomás, comentando tal deber, dice: "Los padres tienen obligación y derecho propio y nativo de educar a sus hijos, derecho que radica en el mismo fin primario del matrimonio, que es la procreación y la educación de la prole". Y Fidel G. Martínez enseña que en materia religiosa los padres son mandatarios natos e inamovibles de la Iglesia, salvo casos excepcionales.

Tratándose de menores católicos, las adopciones mixtas vulnera-

rían, prima facie, no sólo el derecho ya examinado de todo incapaz a ser mantenido en su "status" confesional, sino las normas canónicas citadas. En primer lugar, si mediara oposición paterna, se lesionaría su legítimo derecho a exigir que el menor sea respetado en la fe que él le ha elegido en ejercicio de la patria potestad, y se lo privaría del derecho a vigilar en el futuro la educación espiritual del niño. Y si el padre de sangre consintiera el desplazamiento confesional, el derecho civil no objetaría nada; pero existiría grave incumplimiento ante Dios y ante la Iglesia de sus obligaciones naturales⁸.

Los casos de adopciones mixtas configuran verdaderas situaciones de jurisdicción bilateral, según lo ha sostenido el R. P. José Camy, S. C. J.⁹. Ello no importa, a nuestro criterio, sostener que el proceso deba ventilarse también ante los tribunales eclesiásticos, sino que la cuestión debe decidirse con intervención de ambos poderes: el secular y el espiritual. Para hacer esta afirmación, nos basamos en que el código canónico acoge, dentro de los impedimentos matrimoniales, al vínculo civil de adopción de acuerdo con la legislación de cada estado. Quiere decir que reconoce la competencia procesal de los órganos del estado para agotar en su instancia los trámites de adopción; y el resultado de los mismos surte pleno efecto canónico en materia matrimonial.

En cambio, creemos que en relación con adopciones de personas católicas, los tribunales civiles no pueden prescindir de la opinión de los órganos eclesiásticos. La ley argentina da ocasión para ello, pues prescribe que el juez podrá oír a otras personas interesadas en la adopción (art. 9 de la ley 13252). En consecuencia, además de los padres, conviene escuchar a los padrinos de bautismo, y aun al Ordinario del lugar, dándoles oportunidad de hacer valer los deberes y derechos que les competen de acuerdo con el derecho canónico. Así lo ha sostenido el documento dado a publicidad por el Venerable Episcopado Argentino a propósito del caso Schwartz.

No se podría argüir contra este temperamento una indebida ingerencia eclesiástica en asuntos privativos del estado, y menos aún en la Argentina. Su constitución ordena al gobierno federal sostener el culto católico; impone al Congreso la obligación de promover la conversión al mismo de los indígenas; y exige al presidente y al vicepresidente pertenecer a su comunión. Todo esto revela que el orden constitucional argentino valora al catolicismo como una expresión espiritual de rai-gambre nacional, y que sin llegar a convertirlo en religión oficial, asume ante él una posición de franco acogimiento. No es errado entonces suponer que el derecho canónico —que configura la estructura jurídica

⁸ Ver canon 2319.

⁹ En el trabajo inédito "Reflexiones a propósito de un fallo referente a la adopción de un menor con abstracción del factor religioso".

de la Iglesia Católica— deba ser tenido en cuenta en casos como el que nos ocupa.

EL DERECHO COMPARADO

En el caso Schvartz se adujo que la denegatoria de la adopción implicaría plantear una discriminación de índole religiosa, vedada por la constitución nacional al garantizar la libertad de cultos. Pero ninguno de los así opinantes se ocupó de averiguar cuál era la persona titular del derecho subjetivo a esa libertad religiosa que padecía violación. Por eso distinguimos nosotros el aspecto activo y el pasivo, para correlacionar el derecho con la obligación que los demás tienen de respetarlo. Acá se habló vagamente de la libertad de cultos, pero no se planteó la verdadera relación de alteridad entre el sujeto activo titular del derecho y el sujeto pasivo titular de la obligación. En Estados Unidos de Norteamérica, donde el catolicismo carece de la posición que ocupa en el orden constitucional argentino, y donde la neutralidad religiosa es total, se rechazó la impugnación de inconstitucionalidad formulada contra las disposiciones legales que ordenan a los jueces, en la medida de lo posible, atender a la identidad de religión en las adopciones, tenencias y custodias de menores. Así, en el caso Goldman el pronunciamiento fué favorable a la constitucionalidad, alegándose que todas las religiones son tratadas igualmente; que no hay subordinación de una secta a otra; que no se molesta a nadie por profesar cualquiera religión; y que el ejercicio del culto no es exigido, impedido ni perturbado¹⁰.

En Estados Unidos se contempla favorablemente la identidad religiosa para el discernimiento de las adopciones mixtas; los fallos judiciales van desde el reconocimiento amplio del derecho paterno a elegir la religión de los hijos, hasta la coordinación del interés espiritual con otros factores de bienestar material, sujetando a veces la adopción al compromiso de educar al menor en la religión de sus padres¹¹. Hay una marcada tendencia a no conceder adopciones mixtas cuando en el lugar existen personas o instituciones del mismo culto del adoptando¹². En el caso Gally, del año 1952, sentenciado por la Corte de Massachusetts, el juez Ronan sostuvo que la adopción por personas de fe religiosa diferente a la del niño jamás debe ser acordada¹³.

La ley de Relaciones de Familia del estado de Nueva York establece que en la petición de adopción se consignará la fe religiosa de

¹⁰ *Marquette Law Review*, vol. 39, n. 1, summer 1955, p. 84. *Howard Law Journal*, vol. 4, n.º 2, june 1955, p. 252. *Stanford Law Review*, vol. 7, n.º 3, mayo 1955, p. 394.

¹¹ *Columbia Law Review*, vol. 64, N.º 3, march 1954, p. 376 y sig.

¹² Caso PURINTON c/ JAMROCK. *Boston University Law Review*, vol. XXXV, N.º 3, june 1955, p. 379.

¹³ Revista Relations, Montreal, octubre 1957, p. 263.

los adoptantes; y enumera entre las causales de revocación de la adopción a favor del menor el haber intentado cambiar o haber cambiado o no haber salvaguardado su fe. En Illinois se requiere la identidad confesional entre adoptante y adoptado; en Massachussets, en cuanto sea practicable, el juez debe dar el niño en adopción únicamente a personas de su mismo culto, existiendo similar norma en Pennsylvania: En Rodhe Island se contempla al mismo efecto la religión de los padres del menor, o en caso de diferencia entre la del padre y la madre, la del niño, o si es desconocida la de cualquiera de sus padres. En Delaware, si el pretendido adoptante no es padrastro del menor, debe mediar coincidencia religiosa, salvo que el padre del niño sea indiferente o que no se conozcan sus creencias¹⁴.

La ley danesa prescribe que una decisión especial concerniente a la educación religiosa del niño puede ser tomada en el momento de acordarse la adopción, cuando hasta ese momento ha sido educado en una religión distinta a la del adoptante, y especialmente si cuenta con edad como para elegir libremente su culto¹⁵.

En Canadá, la legislación procura que los niños sean colocados en hogares adoptivos de su misma fe. La ley de la provincia de Quebec exige que el adoptante pertenezca a la comunidad religiosa a que ha sido incorporado el menor por bautismo. En Isla del Príncipe Eduardo no se permite colocar en hogar católico a un niño protestante, ni en hogar protestante a uno católico. En igual sentido, Nueva Brunswck, Manitoba, etc. Las leyes de Terranova, Alberta, Columbia Británica, etc., contemplan favorablemente la identidad religiosa, debiendo los jueces valorar si la adopción es oportuna desde el punto de vista—entre otros— de la educación espiritual que ha recibido el adoptando¹⁶.

Para la determinación de la religión del menor se siguen en Canadá distintos criterios. En Quebec se repara en el rito bautismal, razón por la cual existe la duda de si los menores no bautizados pueden ser adoptados¹⁷. En Saskatchewan, el niño nacido de matrimonio tiene la religión de su padre, no obstante lo cual si se ha firmado un convenio para su educación en otra o si efectivamente ha sido educado en una fe distinta, se considera incorporado a la del contrato o de su educación. Si el niño no es hijo matrimonial, sigue la religión de su madre; pero si ésta no tiene ninguna, o elige otra para la educación del menor, se lo tiene como perteneciente a la que ella indica. Solamente en los casos en que el padre legítimo no tenga religión, o la madre cuando no

¹⁴ Citas del dictamen del Dr. Mariano J. Grandoli, Asesor de Menores de 1.ª Instancia, en el caso Schvartz, *La Ley*, 10 de mayo de 1957.

¹⁵ *Etude sur l'adoption des mineurs*, Nations Unies, New York, 1953, p. 40.

¹⁶ GRANDOLI MARIANO J. *Adopción y protección religiosa de menores en el Canadá*, en *El Pueblo*, 6 de noviembre de 1958.

¹⁷ *Etude sur l'adoption des mineurs*, cit. p. 40.

exista matrimonio, se puede discernir la adopción educando al menor en la fe de sus padres nutricios o en la que el Ministerio disponga. En Manitoba, cuando los padres no son casados, la religión se fija por la preferencia de la madre si vive, o por el culto al que ella pertenecía en el momento de su muerte.

El art. 5 B de la ley de Massachussets, en Estados Unidos, dispone que en el caso de discusión acerca de la religión del menor a adoptarse, prevalece la de su madre. Y en la ley alemana de 1921, dijimos que el bautismo se reputa como iniciación en una educación religiosa determinada.

En Suiza se considera el factor religioso en el otorgamiento de adopciones, mirándose con desagrado las situaciones mixtas¹⁸.

Análoga tendencia se da en el estado de Israel, en el que las adopciones son de competencia de los tribunales rabínicos, teniendo obligación el adoptante de educar al menor en el espíritu religioso de sus padres de sangre¹⁹.

Este cúmulo de disposiciones demuestra que el derecho comparado repara muy seriamente en la filiación religiosa del menor para mantener y tutelar su emplazamiento, conciliando el interés personal del niño con la tradición de su familia de sangre.

DERECHO PROCESAL

En el derecho argentino, la Corte Suprema de Justicia conoce de ciertos casos denominados "federales" o "constitucionales" por vía de recurso extraordinario, de acuerdo con el art. 14 de la ley 48. La cuestión federal consiste en invocar la norma que se considera presuntamente vulnerada, y en exponer las razones y circunstancias que tornarían el fallo contrario a las leyes supremas de la nación²⁰. Se trata de una verdadera apelación excepcional tendiente a mantener la supremacía constitucional²¹, razón por la cual la jurisprudencia es muy celosa en cuidar de los requisitos que la hacen viable. Quedan fuera del recurso todas las materias de derecho común y de hecho, pero lo hacen procedente las sentencias llamadas "arbitrarias".

El recurso debe plantearse oportunamente, o sea, en la primera ocasión en que las partes prevean o puedan prever el surgimiento del caso constitucional; si así no se hace, ya que no se puede articular después, de modo tal que cuando el caso federal se introduce tardía-

¹⁸ GRANDOLI MARIANO J. *La ley de adopción debe reformarse*, Bs. As. 1958, p. 80 y 81.

¹⁹ *Id.*, p. 22.

²⁰ SERANTES PEÑA OSCAR y CLAVELL BORDAS JAVIER, *Código Procesal civil y comercial y leyes complementarias*, Ed. Depalma, Bs. As. 1957, p. 225.

²¹ IMAZ E. y REY R. E. *El recurso extraordinario*, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, Bs. As. 1943, p. 19 y 20.

mente, la Corte rechaza el recurso. A más de invocarse en tiempo, el recurso debe ser mantenido constantemente por la parte que quiere utilizarlo en todas las etapas del proceso, ya que dejar de sostenerlo una vez planteado implica su abandono.

Para velar por el cumplimiento de estas normas, que son sumamente rigurosas, la Corte Suprema acostumbra en todos los casos, antes de abocarse a su estudio, a analizar dos extremos: a) si el caso federal fué planteado en tiempo y forma, y si el recurso ha sido bien concedido; b) si la materia de fondo es susceptible de provocar la competencia extraordinaria del tribunal.

Tales recaudos se exigen también en el recurso admitido contra sentencias arbitrarias.

Es habitual que la Corte, no obstante poder dictar sentencia por sí misma de acuerdo con el art. 16 de la ley 48, use otro procedimiento también previsto en el mismo, que consiste en devolver los autos al juez o tribunal inferior para que falle nuevamente.

Pues bien, en el caso Schwartz la Corte se apartó de todos estos antecedentes, que constituyen su jurisprudencia tradicional e inveterada. El Asesor de Menores había deducido el recurso extraordinario en julio de 1954, oponiéndose los adoptantes por estimarlo improcedente. Sin embargo, tres años más tarde, en marzo de 1957, cuando ya había recaído sentencia de segunda instancia, ellos invocaron la misma vía y dedujeron el recurso que habían negado al Asesor. Era, a todas luces, extemporáneo, pues desde la primera oposición de dicho funcionario del Ministerio Pupilar en base a la diferencia religiosa, era previsible que se suscitara un caso constitucional típico, tangente a la libertad confesional, y por ende, a la constitución (art. 14 y 20).

Tal fué el primer vicio procesal. El segundo radicó en un alegato vago acerca de la libertad de culto, que en realidad importó fundamentar el recurso en una cuestión civil o de derecho común, y en el hecho de religión mixta, cuando según acertada opinión de Rafael Bielsa, "el recurso para ser viable ha debido fundarse en una ley, reglamento o acto restrictivo de la *libertad religiosa del recurrente*, y eso no aparece en el pleito... Ninguna restricción a esa libertad surge del debate"²³. Es evidente que si de violación de la libertad religiosa se hablara, debería titularizarse dicha violación en el derecho subjetivo del menor y de su padre de sangre; nunca en los adoptantes, cuyo derecho a profesar su culto no se veía en modo alguno entorpecido o lesionado, y que hasta ese momento no tenían sobre el menor ningún derecho sino únicamente una pretensión. "Solamente puede recurrir aquél cuyo derecho o garantía ha sido lesionado contra lo dispuesto en

²³ Nota al caso Schwartz, aparecida con el seudónimo de Próculo, en La Ley, del 12 de marzo de 1958.

la constitución”, añade Bielsa. Por eso, los adoptantes no podían usar del recurso extraordinario, el que sólo incumbía al representante legal del menor y al Asesor de Menores.

La Corte Suprema no reparó en ninguno de los dos defectos, y apartándose de su prolijo análisis, habitual en situaciones análogas, no averiguó si formalmente el recurso había sido articulado correctamente, ni si por el contenido de la cuestión correspondía admitirlo. Tan gruesa equivocación, más visible cuanto que los mismos jueces que integraban el tribunal habían utilizado antes del caso Schwartz —y lo siguieron utilizando después— el método tradicional de revisión sobre la procedencia del recurso, dejó al pronunciamiento desprovisto de toda validez.

A ello se agregó otro vicio de procedimiento. La ley 13252 ordena que el juez debe oír al menor cuando ha cumplido diez años. El niño cumplió dicha edad el 7 de diciembre de 1957, y la Corte dictó sentencia el 16 del mismo mes y año, diciendo en la misma que aquél era menor de diez años. Con ello, omitió la audiencia a que estaba obligada para escuchar al adoptando.

¿Qué pretendemos al puntualizar todos estos vicios de procedimiento? No queremos erigirnos en censores, sino demostrar que el fallo, a más de ser atacable por el contenido de la decisión, adolece de serias imperfecciones procesales. ¿Tiene ello importancia? Creemos que sí, y vamos a puntualizarlo.

El doctor Werner Goldschmidt en su reciente obra “La ciencia de la justicia” ha sentado la tesis de que el proceso es la *forma justa* de realizar el reparto cuando existe contienda. O sea que, siendo la justicia un reparto que da a cada cual lo suyo, sólo puede cumplirse cabalmente en los casos de controversia mediante el correspondiente proceso. Estaríamos frente a la garantía del debido proceso para tutelar los derechos individuales. Pues bien, si cuando hay desacuerdo de partes la justicia sólo se cumple sujetando el litigio al debido proceso, creemos poder afirmar que tal proceso ha de substanciarse de acuerdo con las exigencias legales que lo rodean de garantías para dichas partes. El derecho de defensa, el de ser oído, y otros más, no podrían suprimirse sin violar la esencia misma del proceso. Cuando el proceso adolece de vicios graves o de nulidad, el reparto no es justo. Y todavía más; aunque se llegara a un pronunciamiento intrínsecamente justo, pero utilizando vías procesales inadecuadas o vulnerando la estructura fundamental del proceso, el reparto sería siempre injusto.

En el caso Schwartz que comentamos, aun suponiendo que la decisión de la Corte hubiera sido la acertada y la justa —extremo que negamos—, la *forma* de arribar a la misma a través de un recurso mal concedido, mal substanciado, y con vicios graves en su tramitación ante el tribunal sentenciante, afectaría a la justicia total del pronunciamiento. O dicho en otros términos, no se habría cumplido la justicia,

porque la única manera de realizarla en caso de contienda es el debido proceso. Y el debido proceso ante la Corte no ha existido.

CONCLUSIONES

La coincidencia de la posición espiritual entre adoptante y adoptado es un requisito imperioso. Aunque la ley argentina no lo exija literalmente, lo supone. Y da al juez la facultad amplia de valorar la conveniencia o inconveniencia de la adopción. Allí es donde pesan factores como los que venimos estudiando. ¿Hasta dónde puede juzgarse favorable y conveniente para el menor de un credo determinado, la incorporación mediante vínculo de hijo legítimo a un hogar cuyo ambiente espiritual es totalmente distinto, u opuesto, por pertenecer a otra comunidad religiosa? ¿Para que el adoptante asuma la verdadera función paterna que le corresponde —y que ha de incluir el derecho a la orientación espiritual del hijo adoptivo— debe coincidir en el culto de éste. De lo contrario, adquiriría su derecho en violación al derecho subjetivo del amor y al de sus progenitores de sangre.

La solución que propiciamos no se restringe a los casos en que menores católicos son solicitados en adopción por personas de religión distinta. La extendemos a situaciones inversas, o sea, reputamos también inconveniente la adopción de menores no católicos por personas católicas. Mientras el incapaz no tiene discernimiento suficiente, debe ser mantenido en la religión adquirida, sin innovación en su status.

Tales las reflexiones que nos ha merecido el caso Schvartz, incorporado al historial universal de la adopción de menores con el estigma de profundas equivocaciones. Deseamos suponer, en homenaje a la dignidad del tribunal supremo argentino, que fueron de buena fe, al menos por parte de los magistrados judiciales.

GERMÁN JOSÉ BIDART CAMPOS