

"L.M.A. Y OTRO S/ ADOPCIÓN - ACCIONES VINCULADAS"

A C U E R D O

En General San Martín, a los 29 días del mes de septiembre de dos mil quince, se reúnen Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Martín, en virtud Acuerdo extraordinario N°666/2008, Dres. Carlos Ramón Lami y Manuel Augusto Sirvén, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: **"L.M.A. Y OTRO S/ ADOPCIÓN - ACCIONES VINCULADAS"**, y habiéndose practicado oportunamente el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del Código Procesal, resultó del mismo que la votación debía realizarse en el orden siguiente: Dres. Lami y Sirvén. El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

- 1ª ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?
- 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión el señor Juez Dr. Lami dijo:

Dictada sentencia a fs.222/228, la Juez de grado resolvió tener presente el pedido de desistimiento de la acción y del derecho efectuado por el matrimonio A-B, hasta tanto los niños se encuentren con sus derechos restablecidos en una nueva situación de guarda, desafectando a los guardadores, de los deberes de cuidado y de convivencia. Asimismo, fijó una cuota

alimentaria a favor de los niños, proveniente del sueldo de la Sra. A y ordenó al matrimonio mantener la obra social del Poder Judicial de Nación a favor de los niños.-

Contra la resolución de la instancia anterior, apelaron los Sres. A-B a fs.234, cuyo memorial luce a fs.242/249. Allí solicitan que se revoque íntegramente el resolutorio atacado, teniéndose presente el desistimiento de la acción y del derecho respecto a la petición de adopción de los niños L.M.B. y L.M.A., y el cese de la guarda desde el día en que fue solicitado (fs.163/164).-

Entienden los recurrentes que la decisión de la Juez únicamente ha expresado su voluntad, debido a que no se encuentra fundamentada en normativa legal alguna.-

Manifiestan que al no existir en la actualidad una relación jurídica, no se les puede exigir una obligación alimentaria basada en un vínculo de familia (fs.243 vta. punto b).-

Se quejan, que no se los haya recibido de manera privada para explicar los motivos internos y/o personales del desistimiento de la presente acción, determinando a su juicio, la falta de rol activo de la Juez que impone la Convención sobre los Derechos del Niño, y la falta de intervención eficaz de la Asesora de Menores.-

Asimismo, plantean que el Servicio Local ha desprotegido a los niños, no ha fortalecido las relaciones familiares, provocando por parte de los ex guardadores, un efecto contrario, o sea, cansancio moral y abatimiento espiritual, que los llevó a la decisión de desistir de la acción.-

Atribuyen la frustración de la adopción a la totalidad de los integrantes que han participado en el trámite.-

Entrando a un análisis pormenorizado de los antecedentes que surgen de la causa, se observa que la Dra. Irma Alicia Domínguez, titular del Juzgado de Menores N°2 de Corrientes Capital, **otorgó la guarda provisoria con fines de adopción** de los niños L.M.B. L.M.A. a los ahora ex guardadores con fecha **23 de abril de 2010.-**

Los adoptantes retiraron a los niños del hogar "Amanda" en la Provincia de Corrientes, para llevarlos a vivir con ellos a su casa en la ciudad de XXXXX.-

Tras la realización de varios informes solicitados por la Juez otorgante de la guarda preadoptiva, (fs.6, 78 y 94), con fecha **12/05/2011** el matrimonio que tenía a los niños bajo su cuidado, **inició el proceso de Adopción** con el fin de emplazar en el estado de hijo a ambos niños.-

Durante el transcurso de los años 2011 y 2012, se aportaron pruebas en el expediente con el fin de conseguir el dictado de la sentencia de adopción plena que hasta el momento había sido una guarda con fines de adopción.-

Tomó intervención la Sra. Asesora de Incapaces (fs.111), se realizaron evaluaciones, por parte de una psicóloga (fs.115), de la asistente social (fs.117), se acompañaron testimonios de los Sres. G.P. y F.D.C. (fs. 129 y 131 - cuyas ratificaciones obran a fs.134 y 135), todas ellas favorables a los fines del otorgamiento de la Adopción perseguida por los ahora apelantes.-

Ahora bien, es necesario encuadrar el agravio concreto de los recurrentes por el cual vienen las actuaciones a

esta instancia. Ello es, que la Juez de grado haya fijado una cuota alimentaria a favor de los niños y el mantenimiento de la obra social de la cual son beneficiarios.-

Sabido es, en la cuestión a resolver, y preciso destacar, que en lo atinente a los juicios donde se encuentran involucrados niños, en lo concerniente a las relaciones de familia, prima su interés superior.-

Se ha dicho que "Cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el "interés superior del niño" adquiere la fuerza de una gestación normativa. Si en un primer momento la lectura de cuál es dicho interés se nutre de la historia singular, más tarde su reproducción en los discursos judiciales forja reglas capaces de llenar los vacíos de la ley o de neutralizar la aplicación de ciertos preceptos. Es decir, la pauta se convierte en un poderoso instrumento de creación que alimenta el cambio legal" ("Los derechos del niño en la familia - Discurso y realidad", Cecilia P. Grosman, Ed. Universidad 1998, pág.24).-

Sentado ello, se ve necesariamente obligado el juzgador, a tomar medidas que atribuyan efectividad a este interés superior del niño, y de esta manera, la intromisión estatal es la que asegura la protección de sus derechos, frente a los daños causados o que puedan causarle, los miembros de la familia de la cual forman parte.-

No puede leerse de manera aislada el espíritu rector de la Convención sobre los derechos del niño, que en su artículo tercero contempla "el interés superior del niño", ya que al ser incorporado en nuestra carta magna por el art.75 inc.22, otorgándole jerarquía constitucional, goza de las garantías

constitucionales que fueren necesarias instrumentar - en el caso las más ágiles y fáciles -, para efectivizar el goce de sus derechos ante cualquier situación que les cause un perjuicio o lesión.-

La Convención sobre los derechos del niño (art.3) le otorga una "consideración primordial" al interés superior del niño cuando se trate de medidas que tomen los tribunales. Ello debe leerse conjuntamente con lo normado en la ley 26.061, la cual le da obligatoriedad en cualquier decisión judicial (art.2) y extiende el significado de interés superior del niño: "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley" (art.3).-

A su vez, es de suma importancia destacar que en el art.195 inc. f) de la ley 26.061 expresamente se contempla que "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.-

Ahora bien, no queda duda que más allá de los derechos que crean lesionados los apelantes, que merecen su consideración en sede judicial con el fin de que se protejan sus intereses particulares o privados, también es cierto que frente a la pugna de aquéllos con los intereses de los niños, son éstos últimos el eje en el cual debe inescindiblemente girar la aplicación de normas legales con el fin de lograr su adecuada protección.-

Una vez definido el eje en donde se encuentra obligado a mirar el Juez en cuanto a los conflictos en donde participan niños, debo centrar la atención en las vivencias

particulares que surgen de las constancias de autos, que hayan afectado a la dignidad e integridad personal de los niños.-

Aquí se trata de una guarda con fines de adopción, en la cual han transcurrido casi cinco años, desde su otorgamiento (23/04/2010) hasta el dictado de sentencia de primera instancia (05/02/2015) en donde cesa la guarda y se tiene presente el desistimiento de la acción de adopción.-

En el lapso en el que los niños vivieron con el matrimonio A-B, los chicos tenían conocimiento (desde los 3 a los 8 años uno y desde los 7 a los 12 años el otro aproximadamente) que habían dejado el hogar de niños en donde vivían, en la provincia de Corrientes, para formar una familia, compuesta por una mamá y un papá, que luego de un año de convivencia querían adoptarlos.-

Los chicos fueron desarraigados del hogar de niños en donde vivían (en la Pcia. de Corrientes), para ser acogidos en el hogar de los pretensos adoptantes en otra Provincia (Buenos Aires), en donde habían preparado una habitación adecuada a su llegada y sus necesidades (fs.149/151).-

También presentaron a los niños como "hijos" ante la familia y círculo social (testimonios de amigos de fs.139 y 131) (dándoles frente a terceros un analógico trato a la posesión de estado - art.584 Cód. Civil y Com.).-

Esta situación en la que se encontraban los niños, que formaba su nueva identidad, perduró en el tiempo, haciéndolos sentir parte de una familia, con una madre y un padre de quienes recibían el trato de "hijos" y a quienes reconocían como "padres". Asimismo, el matrimonio que pretendía la adopción plena se encontraba a la espera del dictado de la sentencia judicial

que hiciera que ese vínculo afectivo, se transformara en jurídico.-

Quienes detentaban la parentalidad con respecto a los niños y habían solicitado a fs. 138 el 24/09/2013 y a fs.143 con fecha **9/06/2014** el dictado de sentencia de **adopción plena** (la cual es irrevocable, art.323 Cód. Civil anterior y art. 624 Código vigente), la cual tendría efectos a la fecha que otorgó la guarda (art. 322 Cód. vigente y art.618 Nuevo Cód. Civil), a fs. 163 con fecha **27/10/2015**, pretendían regresar los niños desistiendo de su petición.-

De haberse dictado sentencia con antelación a la presentación del escrito de fs.163 (desistimiento de la adopción), cabría únicamente la figura del abandono, con las consecuencias legales correspondientes a los padres.-

A esta altura de desarrollo, si bien es cierto que no se ha dictado sentencia, por lo tanto no puede decirse que haya un vínculo **filial** (legal) entre los pretensos adoptantes y los niños, se ha llegado -a mi criterio- a un punto tal (tanto temporal como procesal), en donde sólo restaba la decisión final del otorgamiento de la adopción.-

En tal contexto, las consecuencias de un desistimiento son aún más gravosas, debido a que en todos estos años les han hecho sentir a los niños que habían encontrado una familia que les brindara el cariño, contención y cuidados esperados de los padres, que tanto ansiaban, con todo lo que implica pertenecer a un grupo familiar.-

Si bien es complejo definir el término "vínculo", los niños han pasado un tiempo considerable en el seno de esta familia, que es muy difícil que pueda desconocerse la existencia

de un vínculo sano, recíproco o estable, de identidad a esta familia, ya que durante casi cinco años, sus "padres" cubrieron sus necesidades afectivas y materiales.-

En el caso de hijos biológicos, puede no haber certeza si son consecuencia de un embarazo planeado, pero en cambio hay **certeza absoluta** que quien tiene el **deseo** de adoptar a un niño, tiene la **voluntad** de emplazarlo en el estado de hijo.-

La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen (Concepto art.594 Cód. Civil en vigencia).-

De tal modo que el inicio de las presentes actuaciones, se encuentra basado únicamente en la voluntad de los solicitantes, quienes manifestaron el deseo de que los niños que adoptan sean sus hijos, más allá que no se haya dictado sentencia que así lo disponga; ese era el propósito.-

La situación en la que se encuentran los niños actualmente, habiendo vuelto a vivir en un hogar de niños pero en otra provincia, teniendo en cuenta el conjunto de padeceres y sufrimientos sentimentales que les ha causado desprenderse de su entorno familiar, debe ser tenido primordialmente en cuenta al utilizar las herramientas legales y tomar decisiones para que aunque sea en alguna manera intenten ser paliativas de la situación de vida que les ha tocado atravesar debido a la ruptura intempestiva del vínculo con quienes querían adoptarlos.-

En sintonía con lo antedicho, que contempla el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del niño en su

primer inciso que "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación" y en su segundo inciso "El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".-

Así está claro que son situaciones personales las que han llevado al matrimonio a desistir de la adopción de los niños, cuyos motivos considero no deben ser juzgados. Sin embargo, las razones privadas cualesquiera que sean que hayan motivado a los adultos a tomar esa decisión, no justifica que deba soslayarse el interés que prevalece en las situaciones en donde se encuentran en juego intereses de los niños.-

La decisión de los actores fue la de desistir de la adopción, y entiendo que no puede decirse en este caso de un "fracaso adoptivo" al que aluden, atribuyendo culpas a diferentes agentes u operadores que han intervenido a lo largo del proceso, cuando ha sido la voluntad de los Sres. A-B la que ha dado fin al juicio.-

Más allá de lo que puedan considerar los actores en la esfera de su intimidad, la decisión de la ruptura intempestiva de la relación de familia que mantenían con los niños con quienes convivieron por años, debe encontrar una solución justa en consecuencia del perjuicio que indefectiblemente les han causado.-

Para que haya un daño basta con que se lesione un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona (...) (art.1068 última parte del Cód. Civil anterior en concordancia con lo normado en el art.1737 Cód. Civil vigente). Y tan sólo de observar el contraste entre la

situación en la que se encontraban los niños viviendo dentro de una familia con un papá y una mamá, y de la que se encuentran actualmente, permite ver palmariamente que han sido afectados sus intereses.-

Por otro lado, mientras los niños se encontraban al cuidado de los ahora apelantes, han perdido la "probabilidad objetiva" de poder ser parte de otra familia que los acoja, siendo que es de público conocimiento la gran cantidad de personas que se encuentran inscritas en el registro central de guardadores con fines de adopción que anhelan adoptar un niño.-

XX
XX.-

En cuanto a los caracteres del derecho alimentario, entiende Gustavo A. Bossert que (...) "Estos datos de la realidad, que están en la base de la estructura social, son los que permiten advertir la existencia de un deber moral de solidaridad entre los miembros de un grupo familiar, al menos los más próximos. Y éste es el fundamento de los textos legales que erigen en obligación civil el deber moral de asistencia entre ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges e incluso, entre un cónyuge y los progenitores e hijo del otro." Es más, al reconocer la ley la obligación alimentaria fundada en los vínculos de familia, no hace sino reconocer la existencia del deber moral de solidaridad existente entre parientes (...) ("Régimen jurídico de los alimentos", Ed. Astrea 2006, pág.2).-

También se ha receptado jurisprudencialmente la figura del "padre solidario" o "progenitor afín" justificado en la solidaridad familiar como fuente de obligación alimentaria (inclusive a favor de una persona mayor de edad), en donde el

cambio de situación puede ocasionar un daño en la vida del pretense adoptado por parte de quien ocupara el rol de padre afectivo y proveedor durante la infancia del niño (Tribunal Colegiado de Familia N° 5, Rosario, Santa Fé, Expte.N°1425/11 - "BPT s/ Guarda preadoptiva" 10/05/2012).-

Basándome en la realidad del caso, el cese de la manutención económica ocasionaría un daño en la vida de los niños, que durante casi cinco años cubrían sus necesidades y si bien los alimentantes no son padres biológicos ni adoptivos, se los puede considerar "padres solidarios" o "progenitores afín" justificado en la "solidaridad familiar".-

No hay que dejar de lado que en el actual Código Civil se ha receptado jurisprudencia en la materia, y prevé la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, con carácter subsidiario, el que cesa si se disuelve el vínculo conyugal o se produce la ruptura de la convivencia. La norma contempla que "Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia".-

La gravedad del caso traído a estudio, en el cual los dos niños han sufrido la pérdida inicial de su madre de sangre y luego la pérdida de sus padres guardadores con fines de adopción tras casi cinco años de convivencia en familia, es motivo suficiente para considerar que han creado un vínculo familiar inclusive más cercano que el que contempla el nuevo

Código en artículo 676, ya que los adoptantes les han dado trato de hijos propios a los alimentados.-

Ahora bien, con respecto a la última parte del artículo transcripto, estimo que sería arbitrario no fijar un plazo por el tiempo de deba realizarse la prestación alimentaria.-

Conforme los lineamientos receptados en el nuevo Código Civil, en materia de alimentos, parece razonable establecer un coto a la obligación alimentaria por parte del matrimonio. Considero que la obligación de prestar alimentos a los niños no puede superar el plazo razonable de cinco años, que es el lapso que los guardadores han cuidado de ellos, siendo coherente que no pueda superar la cantidad de años de la obligación, el período que los han tenido en guarda (Conf. art.676 última parte del Cód. Civil).-

Por lo que considero adecuado que la obligación alimentaria, cese al cabo del plazo estipulado en el párrafo anterior o con la guarda de los niños otorgada a otra persona, lo que ocurra primero.-

Por los fundamentos expuestos y con los alcances expresados, a la primera cuestión, voto por la afirmativa.-

El Señor Juez Dr. Sirvén, votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.-

A la segunda cuestión el señor Juez Dr. Lami, dijo:

Atento el resultado de la votación a la cuestión anterior, corresponde: **I) confirmar la resolución apelada en cuanto hace lugar al cese de la guarda, al desistimiento de la acción, del derecho y a la obligación alimentaria por parte de la**

Sra.A, del 30% de su sueldo II) modificar en relación a los fundamentos expuestos estableciendo un límite temporal a la **obligación alimentaria** a favor de los niños la cual cesará al cabo de cinco años o con la guarda otorgada a otra persona, lo que ocurra primero, **III) mantener** la cobertura de una obra social similar en sus prestaciones a la de XXXXX, si no les fuera posible reincorporar a los niños en tal entidad. El costo destinado a tal fin deberá estar comprendido dentro del 30% de la obligación alimentaria **IV) comunicar mediante oficio** al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (Conf. Ley Nacional 25.854/2004 - Adherido por ley 13.326) en los términos del Anexo 1 Art.13 inc.g) del Acuerdo N°3607/2012 SCBA relativo al Reglamento del Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción. Costas a los apelantes. Difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad procesal (art. 31 del Dec.-Ley 8904/77).-

Así lo voto.-

El Señor Juez Dr. Sirvén, votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.-

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto **I) se confirma la resolución apelada en cuanto hace lugar al cese de la guarda, al desistimiento de la acción, del derecho y a la obligación alimentaria por parte de la Sra. A, del 30% de su sueldo II) se modifica** en relación a los fundamentos expuestos estableciendo un límite temporal a la **obligación alimentaria** a favor de los niños la cual cesará al cabo de cinco años o con la guarda otorgada a otra persona, lo

que ocurra primero, **III) se mantiene** la cobertura de una obra social similar en sus prestaciones a la de XXXX, si no les fuera posible reincorporar a los niños en tal entidad. El costo destinado a tal fin deberá estar comprendido dentro del 30% de la obligación alimentaria