000190/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“A. R. E. T. s/ Régimen de comunicación A., M. Á.” (Expte. 190 - Año 2010 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 172.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Lucero dijo: ---------- ---------

----Vienen estos actuados a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fs. refoliado129), en contra de la sentencia definitiva dictada en autos (fs. 125/126 vta.), por la cual no se hace lugar al régimen de comunicación peticionado por el Sr. E. T. A. R., dejando sin efecto la sentencia dictada en fecha 18 de abril de 2008 obrante a f. 60/62 de autos. Se imponen las costas por su orden regulándose los honorarios de las Dras. B. de A. y V. V. en la suma de $ 1.000.- a cada una.---------- ----------

----A fs. 137/140 luce agregado el escrito de expresión de agravios cuyo traslado ordenado a fs. 141, fue evacuado por el Asesor de Familia e Incapaces a fs. 142/143vta. A fs. 146vta. se corre traslado a los Sres. J. A. B. y M. B. A., padres adoptivos del menor M. Á. B., el que se contesta a fs. 149/155.----------

----

----A fs.160 y vta., se glosa el acta de la audiencia desarrollada con presencia del Sr. J. A. B., su letrado patrocinante, la Dra. B. apoderada del Sr. A. y la Abogada Adjunta de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, Dra. V. V., a fs. 164 obra acta de audiencia en la cual es oído el menor M. A. B. en presencia del Asesor de Familia e Incapaces, y a fs. 165, se agrega acta de audiencia en la cual son oídos los padres adoptivos del menor, J. A. B. y M. B. A., en presencia del letrado patrocinante de los mismos y el Asesor Civil de Familia e Incapaces, audiencias que fueron fijadas en los términos previstos por el Art. 130 de la ley III, Nro. 21.------- ----------

----I.- En primer lugar resulta materia de agravio del apelante la arbitrariedad e incongruencia de la sentencia dictada que afecta el debido proceso legal al alterar etapas precluídas revocando con una sentencia posterior un derecho adquirido por una sentencia anterior, confundiendo protección con institucionalización y violando derechos elementales del menor vinculados con su identidad, intimidad y a no ser separado de sus padres.---------- ----------

----Afirma que la sentencia se ha estructurado en base a presupuestos equívocos, dado que si bien la declaración de abandono y estado de pre-adoptabilidad crean las condiciones necesarias para la entrega en guarda del niño con fines de adopción, esta

comprobación judicial no es una prerrogativa de los jueces para eximirse de citar a los progenitores al juicio de guarda pre-adoptiva y /o juicio de adopción, máxime cuando el menor no se encuentra comprendido dentro de los presupuestos del art. 317 del C. Civil, que para otorgar la adopción no exige consentimiento de los padres cuando el menor estuviese en establecimiento asistencial y los padres se hubiesen desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Sostiene que no existe doctrina en la Argentina que no propicie que la citación de los progenitores es una instancia fundamental para realizar un proceso que despeje todo el velo de temores que rodean un instituto que exige la mayor transparencia, transcribiendo citas doctrinarias. Añade que no tiene más oportunidad que esta instancia.---------- ----------

----Puntualiza que se ha violado el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto debe garantizarse a los niños la identidad y las relaciones familiares sin injerencias ilícitas. Refiere que según los técnicos el padre del niño demostró ineptitud y falta de consideración en el bienestar y necesidades del niño, cuando torpemente y de acuerdo a lo que sentía le dijo a M. Á. que si lo adoptaban no lo vería más. Que esta situación fue observada en las siguientes entrevistas por el Equipo Técnico Interdisciplinario para que dichas afirmaciones no le fueran expresadas al menor en detrimento del temor y sentimientos ambivalentes que podría seguir ocasionándole y concluye que el sistema judicial ahora le dice al niño que tras la adopción no verá más a su padre.---------- ----------

----Señala que la sentencia es confusa porque equipara efectos de la adopción plena con los principios de provisoriedad de las resoluciones en materia de custodia y régimen de visitas, sugiriendo que en otro marco procesal puede darse curso a la petición si variaran las circunstancias, lo cual califica de falso.---------- -----

----Critica el rol de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, que contestó favorablemente la reanudación del contacto paterno filial, intervino en el trámite de adopción plena al cual convalidó conociendo los efectos legales en relación a la extinción de los lazos sanguíneos y todo vínculo del menor con su familia de origen, y que conocía que los adoptantes estaban dispuestos a que continúe el contacto del niño con su padre biológico en caso de otorgarles la adopción.----------

----Precisa que no es lo mismo hablar de un cambio de circunstancias que puedan hacer variar la decisión judicial en una relación que pueda trabajarse con el tiempo, que las expectativas de contacto que podía tener el Sr. A. con M. Á.. Reconoce que en un proceso judicial se comprobó el estado de abandono de M. Á. y sus medio hermanos, pero señala que la situación del mismo difiere del resto, porque su padre biológico no dejó de tener contacto con él, dado que las razones por las que según los jueces el Sr. A. no reunía condiciones de idoneidad para el cuidado del niño tuvieron que ver con la ausencia de red familiar, entorno, limitaciones personales, por ser un hombre solo,

mayor de 80 años, sin posibilidades de ofrecer al niño un marco de contención en un esquema familiar típico. Reitera que el menor estuvo institucionalizado por años y se desechó la posibilidad de que el estado de abandono sea un estadio momentáneo en la vida del niño para empezar a trabajar en su inserción en el seno de su propia familia, pesando el criterio de que era un hombre demasiado mayor para ser su padre, pese a que lo intentó de muchas maneras y ofreció garantías de terceros solo tuvo que conformarse con una visita de una hora y media un día a la semana.---------- ----------

----II.- A fs. 142/143 el Dr. Alfredo Martín, Asesor Civil de Familia e Incapaces, contesta el traslado de los agravios formulados por el apelante, manifestando que la declaración de abandono y pre-adoptabilidad del menor se encuentra firme, habiendo participado el Sr. A. haciendo uso de su derecho de defensa en juicio durante todo el proceso, como así también respecto de la adopción plena del menor otorgada al matrimonio B.-A., la que también se encuentra firme no habiendo apelado el Sr. A. aquella resolución. Señala que la situación de M. en estos 9 años pasó por diferentes etapas, y las visitas del padre no fueron regulares en todas las etapas, ni fueron las mismas, ni con la misma intensidad. Y mientras tramitaba la adopción plena no había fundamento legal para negar el contacto, pues hasta que se dictara la sentencia, no se sabía la relación que iba a forjar M. con su padre. Por ello se dio oportunidad al padre hasta último momento de afianzar esa relación y llegado el momento del dictado de la sentencia ver cual era la mejor opción para los intereses de M.. ----------

----Puntualiza que la adopción plena corta los vínculos con la familia biológica, es irrevocable, confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta y sus efectos jurídicos a excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales.---------- ----------

----Cita jurisprudencia que sostiene la inconveniencia de continuar el contacto con los progenitores biológicos, aún en el caso de adopción simple. Resalta que el menor no disfrutaba de las visitas, le fastidiaba tener que dejar lo que estaba haciendo para ver a su padre de más de 80 años y con dificultades para movilizarse, además de los comentarios de su padre que le generaban miedo, temor y falsas expectativas lo que motivó que las visitas fueran supervisadas por el Equipo Técnico Interdisciplinario.--------

--- Resalta que el niño conoce su realidad biológica, sabe quiénes son sus padres biológicos y sus hermanos, además de que su identidad está formada no sólo de un elemento estático sino de un elemento dinámico, cual es su realidad actual.----------

----III.- A fs. 149/155 contestan los agravios los padres adoptivos de M. Á., distinguiendo en primer lugar las cuestiones formales relacionadas con la existencia de una sentencia definitiva que se encuentra firme y consentida por la cual se les otorgó la adopción plena de M. Á., con los efectos del art. 323 del C. Civil ya señalados. Puntualizan que nadie puede exigir derechos que no tiene porque se han extinguido, y señala que la sentencia apelada no esbozó un rechazo formal a la pretensión del Sr. A., sino que se

centró en justificar lo contraproducente que era reconocerle al recurrente un régimen de comunicación. Afirman que se apela una sentencia que no brinda ni priva al actor en cuantos derechos le asisten, pues no se puede establecer un régimen de visitas cuando se ha extinguido ese derecho.---------- Añaden que el Sr. A. no cumplía regularmente con la asistencia al régimen de visitas, de modo que cuando no concurría M. Á. sufría un nuevo abandono, y cuando lo hacía sus comentarios generaban temor en el menor, de modo que se optó por llevar al niño al M. H. sólo cuando se presentaba el Sr. A., quien lo hizo en una sola oportunidad el 09 de mayo del año 2009. Aseveran que en ningún caso las autorizaciones otorgadas por la jueza para viajar del menor con sus padres adoptivos implicó una afectación al régimen de visitas por el contrario permitió el conocimiento del significado de las vacaciones para el menor, las que espera con ansias.----------
------Critican que el apelante refiera al trámite de guarda pre-adoptiva pues no es la cuestión debatida en autos, y transcribe parte de la sentencia en la cual se refiere al estado de desamparo de M. Á. y de la falta de necesidad de convocar a los progenitores en ciertos supuestos como en el caso de abandono. Refieren a las expectativas del padre del menor en cuanto a contar con su ayuda, sin lograr ubicarse en las necesidades propias de un niño de 8 años. Resaltan que cumplieron con los trámites legales y judiciales pertinentes para obtener la adopción del mismo y que la circunstancia de que el Sr. A. haya ido a visitar a M. al hogar no implica que sea apto para ser padre, sino que según las propias palabras del Sr. A., sea un fin para obtener un medio, cual sería que M. A. viva con él para hacerle los mandados y acompañarlo en la vejez. Sostienen la necesidad de priorizar el interés del niño.----------
---

----IV.- En el marco de los agravios deducidos por el Sr. E. T. A. R., ante el rechazo a su pretensión de obtener un régimen de comunicación con el menor M. A. B. con fundamento en el vínculo biológico que los unía, ingresaré a su tratamiento señalando en primer lugar que, de una atenta lectura de la sentencia dictada a fs. 60/62vta. surge que a la demanda de fijación de un régimen de comunicación interpuesta por el apelante se hizo lugar parcialmente, estableciendo un régimen de comunicación que se desarrollaría los fines de semana, sábado o domingo según las necesidades y actividades escolares y extraescolares del menor M. A., permitiendo al Sr. A. a retirar al menor del H. de N. a las 15,00 horas y reintegrarlo a las 16,30 horas **durante un período de dos meses**, debiéndose elevar informe por los profesionales y convocar a las partes a una audiencia conforme lo considerado, habiendo sido dicho pronunciamiento consentido por el hoy apelante.------- De ello se deduce que la sentencia apelada no avanza sobre etapas ya precluidas, ni afecta derechos adquiridos, pues ya no tenía derecho a un régimen de comunicación el Sr. A.. Ello así, toda vez que la sentencia que otorgó el régimen de comunicación data del 18 de abril del 2008, y establecía un plazo cierto y determinado de dos meses de vigencia para el mismo. Si

bien no soslayo ni dejo de observar que el régimen de comunicación se extendió de hecho por un plazo mayor, resulta evidente que la decisión apelada no modifica el pronunciamiento anterior, toda vez que el régimen de comunicación con el menor descripto precedentemente, otorgado al Sr. A. se agotó al transcurrir el plazo establecido en dicho pronunciamiento.---------- Y digo más aún, en verdad, tengo para mi, que fue innecesaria la referencia de la jueza de grado respecto de un pronunciamiento que ya había sido objeto de cumplimiento.----------

---

----V.- Las cuestiones procesales atinentes a la existencia de supuestas falencias o irregularidades que aduce el apelante se sucedieron en el transcurso de los procesos de declaración de abandono y pre-adoptabilidad, guarda con fines de adopción y adopción plena del menor, por lo que desorbitan el marco cognoscitivo del presente proceso, de tal modo que le es vedado a este tribunal revisor ingresar siquiera al conocimiento y, eventualmente, expedirse a su respecto.----------

----En efecto, el Tribunal de Alzada sólo ha de ocuparse de las cuestiones que hayan sido sometidas temporáneamente a la decisión del juez de grado, siendo la primera limitación impuesta por nuestro sistema procesal a las potestades del Tribunal, la relación procesal trabada con la demanda y su contestación, donde juegan principios constitucionales tales como el derecho de defensa en juicio y la igualdad de las partes. Es de la esencia misma del régimen de la doble instancia que la apelación no configura un nuevo juicio que posibilite a las partes la incorporación de nuevas pretensiones y oposiciones.----------

----Es que, al tratarse cuestiones no propuestas ante el juez de primera instancia, se modifica el material de conocimiento originario, y ello implica alejarse de lo que constituye la función del órgano de apelación, que no es otra, que verificar el acierto o error de la resolución impugnada, confrontando su contenido con el material fáctico y jurídico ya incorporado en la instancia anterior, exigiéndosele a la alzada, en virtud del principio de congruencia, el prestar especial atención a dos estadios procedimentales, cuales son el de la traba de la litis y el de interposición y fundamentación del recurso de apelación, pues en la Alzada las potestades decisorias sufren una doble restricción: la que resulta de la relación procesal y la que el apelante voluntariamente imponga a través del escrito de interposición del recurso y del escrito que contiene el desarrollo de los agravios.----------

----Ha sido resuelto, siguiendo este razonamiento y en orden al alcance revisor de los tribunales de alzada, que los mismos tienen una competencia limitada que –entre otras cosas– implica la imposibilidad de exceder la materia del recurso decidiendo cuestiones extrañas a las que fueron oportunamente planteadas. Esto es así porque la actividad recursiva es una instancia de revisión crítica donde lo que se ataca y analiza es el pronunciamiento del juez en función de sus impropiedades o desaciertos. No es una posibilidad para traer nuevas cuestiones y antecedentes buscando ganar en el

replanteo una mejor suerte a la obtenida en primera instancia. Por ello me expediré, en los límites impuestos por los agravios que invoca el apelante derivados de la denegación del régimen de comunicación que solicitó en su escrito promocional.----------
--- VI.- La Convención sobre los Derechos del Niño explicita el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos, así como a preservar su identidad y las relaciones familiares sin injerencias ilícitas, ello en un ámbito legal, el cual puede por razones de política jurídica privilegiar una identidad filiatoria consolidada, no coincidente con la verdad biológica. Esta premisa es la que rige el art. 325, inc. “c” del C. Civil al otorgar la adopción plena en aquellos casos que el menor se encuentre en un establecimiento asistencial y los padres se hubieren desentendido totalmente del mismo en el término de un año y cuando el desamparo moral y material resulta evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiere sido comprobada por la autoridad judicial.----------
----No requiere el texto legal del abandono en la vía pública del menor, media abandono cuando no se contribuyó de ninguna forma al mantenimiento del menor, ni a su atención médica, ni haya sido vestido, ni educado por sus progenitores, es decir cuando sus padres no le han brindado los cuidados que no solo la ley sino la propia naturaleza obliga. En definitiva la finalidad tuitiva de la norma es procurar al menor, su integración en otro ambiente familiar pues el estado de desamparo no hace más que ahondar la falta de un ambiente idóneo para su desarrollo.----------
----Y sabido es que la adopción plena extingue los vínculos con la familia de origen, porque el adoptado se incorpora íntegramente a la familia adoptante, y este efecto no podría lograrse si el adoptado continuara con alguna pertenencia a la familia anterior. Esta drástica decisión responde a las particulares condiciones de necesidad y amparo del menor, único interés que autoriza el aniquilamiento de los lazos de sangre.----------
--- Es que, la verdad biológica no constituye un valor absoluto cuando se la pone en relación con el auténtico interés superior del menor, debiendo ser alentada por el derecho -como tutela del interés superior del niño- la identidad filiatoria que se genera a través de los vínculos derivados de la adopción si el caso concreto y las circunstancias así lo aconsejan. Y del caso en examen surge palmario que la tutela más efectiva al interés de M. A. está constituida por la decisión de otorgar la adopción plena del mismo al matrimonio B.-A., para su desarrollo en el ámbito de una familia, que se integra además, con uno de sus hermanos y en el que halla la contención y cuidados indispensables y adecuados a su edad. Nótese que más allá del reconocimiento de su padre biológico, poco pudo hacer éste por el bienestar del menor el que transcurrió la mayor parte de su corta vida en una institución, por carecer el Sr. A. de un entorno de contención adecuado y sujeto además a las limitaciones de su avanzada edad, que le imposibilitaban otorgarle al menor la atención que requería. Esta situación ha sido expresamente reconocida en el memorial de agravios cuando la apoderada del apelante expresa “M. A. permaneció muchos años institucionalizado…”, (ver fs. 139vta., ap. e),

quinto párrafo) y aquéllas dificultades del apelante se mantienen en la actualidad y se exteriorizaron en su ausencia a la audiencia convocada por este Tribunal, pese a que en sus agravios, su apoderada reconoció que no tenía otra oportunidad que esta instancia. (penúltimo párrafo de fs. 138vta.) ---- ----------

----A la par que consultado el menor en la audiencia de fs. 164, demostró desinterés por vincularse con su padre biológico. Si bien tales manifestaciones no son vinculantes para el Juzgador, no existe ningún dato objetivo para apartarse de las necesidades explicitadas en esa audiencia, atendiendo a su edad y maduración, lo que por otro lado es coincidente con lo informado por los dictámenes periciales analizados (refoliado 95 y 109). Al respecto es de señalar que es indiscutible en esta hora el reconocimiento de la normativa constitucional y supra constitucional sobre el derecho del menor a ser oído "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño..." y se garantiza su derecho "de expresar su opinión libremente en todos los asuntos (que lo) afecten teniéndose debidamente en cuenta (sus) opiniones en función de su edad y madurez" (art.12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incs.1, y 2, art. 75 inc. 22 Const. Nacional; arts. 264 ter Código Civil; Blanco, Luis Guillermo - Gavotti, Alicia Marta - Polakiewicz, Marta, "Interés del menor: derecho de comunicación (visitas)", J.A., 1993-I-p.871; Risolía de Alcaro, María, "La opinión del niño y la defensa de sus derechos", en Grosman, C., "Los derechos del niño en la familia", pág.257 y ss.).---------- -----

----Lo cierto es que ello me lleva a concluir que fue correcta la decisión de la jueza de grado que rechazó el régimen de comunicación en razón de haber otorgado la adopción plena del menor, con la consecuente ruptura del vínculo biológico del mismo con su familia de origen, para privilegiar la permanencia de M. A. en el ámbito familiar del matrimonio B.-A., que se encuentra en condiciones de brindar un marco de contención propicio para su desarrollo, en contraposición con la alternativa que le ofrecía su padre biológico que más que brindarle cuidados al menor, pretendía ser atendido por el mismo.---------- ----------

----La atención principal al interés superior del niño a que alude la Convención apunta a dos finalidades básicas, cuáles son las de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.---------- ----------

----No sólo esa norma otorga valor preferencial al interés superior del niño, sino que subyace en todo el plexo normativo del que se trata y, en el tema de autos aparece específicamente en el art. 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que en los procesos de adopción aquél interés sea considerado primordial.----------

----En efecto, el niño tiene, pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe

prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto. (CS 02/08/05, JA 2006-II-27).---------- ----------

----Y en tal contexto, esta pauta de evaluación no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que pueda ofrecer al menor una u otra situación, sino que aplicada en consonancia con los principios que inspiran a tan importante institución, debe conducir a ponderar las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo puede tener la decisión que se adopte (Fallos 293:273).------

----VII.- Analizadas cronológicamente las intervenciones otorgadas a la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, no se advierte contradicción en las mismas, toda vez que a fs. refoliado 107, en fecha 30-09-09 solicitó informe al Equipo Técnico Interdisciplinario respecto de la conveniencia que continúe la comunicación entre el Sr. A. y el menor. Y a fs. refoliado 119 al tomar conocimiento del dictado de la sentencia que dispuso otorgar la adopción plena del menor solicitó se deje sin efecto el régimen de comunicación vigente, en fecha 23-03-10, a la vez que en el expediente por el que tramitó la adopción plena Nro. 003 – Año 2010, del Juzgado de Familia Nro. 2, agregado por cuerda a los presentes, surge que a fs. 25/27, dicho organismo emitió opinión fundada en derecho sobre la conveniencia de otorgar la adopción plena del menor en fecha 18-02-10.---------- ----------

----Por último, insistiré en hacer notar lo paradigmático que se presenta en el marco de los razonamientos que vengo de desarrollar, el actuar del ahora impugnante Sr. A., quien no concurrió a la audiencia designada en los términos previstos por el art. 130 de la ley 4347 –actual art. 130 de la Ley III N| 21-, que denota o bien desinterés o bien imposibilidad de responder con sus conductas en consonancia con sus deseos. Y tal ponderación la efectuó en el marco de lo previsto por arts. 163 inc. 5|, 2do. párr. y 164 del C.P.C.C., de aplicación al supuesto por vía del art. 205 de la ley 4347 –actuales arts. 165, inc. 5to., 2do. Párr, y 166 de la Ley XIII N| 5 Anexo A- VIII.; y, art. 202 de la Ley III N| 21-.----------

----Como síntesis de todo lo expresado, propicio al acuerdo la confirmación del decisorio apelado, con costas de segunda instancia al apelante por aplicación del principio objetivo de la derrota que impera en materia de costas (art. 69, Anexo “A” Ley XIII Nro. 5).---------- ----------

----Asimismo, propongo fijar los honorarios de los letrados actuantes en esta sede en atención a la calidad, eficacia, complejidad de las tareas cumplidas y los resultados respectivamente obtenidos (arts. 13 Ley XIII Nº 4), de la Dra. A. B. de A., apoderada del apelante, en la suma de $ 250.-; para los Dres. V. V. V. y A. M., en conjunto en la suma de $ 300.- y para el Dr. D. E. F., patrocinante de los padres adoptivos, en la suma de $ 300.---------- En definitiva, termino mi intervención en la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

---

----**A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 129, que fuera concedido libremente a fs. 130, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 125/126 y vta. que no hizo lugar al régimen de comunicación solicitado por el Sr. E. T. A. R., dejando sin efecto la sentencia que luce a fs. 59/61 y vta., con imposición de costas por su orden. ----------

----Los agravios vertidos lucen a fs. 137/140, el traslado conferido a fs. 141 fue evacuado por el Sr. Asesor de Familia e Incapaces a fs. 142/143 y vta., a fs. 146 vta. se dispuso correr traslado a los padres adoptivos del menor que fuera contestado a fs. 149/155, a fs. 160/vta., 164, y 165 lucen las respectivas actas de las audiencias celebradas conforme al art. 130 de la Ley III Nº 21, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. Lucero, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las precisiones que en cada caso corresponda realizar. ----------

----2. Comenzaré por señalar que la sentencia obrante a fs. 59/61 y vta. del 18 de abril de 2008 hizo lugar parcialmente a la demanda estableciendo un régimen de comunicación a favor del Sr. A. R. por un período de dos meses que fuera consentido por esa parte, tal como resulta de la notificación de fs. 62 y subsiguiente pedido de oficio de fs. 63. ----------

----Con ese alcance, desde que el actor carecía de derechos a un régimen de comunicación transcurrido ese lapso resulta inaudible las manifestaciones vertidas por el apelante en el sentido de que la sentencia dictada afectó el debido proceso legal al alterar etapas precluídas revocando con una sentencia posterior un derecho adquirido. Es más, estimo que el fenecimiento del plazo establecido importó el cumplimiento íntegro del objeto de la demanda, y ello incluso hizo innecesario que el juzgador hiciera referencia al fallo dictado con anterioridad. ----------

----Tocante a las expresiones efectuadas en orden a irregularidades habidas en lo que hace a la comprobación del estado de abandono y efectos de la adopción dada, lo cierto es que ello excede de modo manifiesto el límite impuesto al presente proceso exclusivamente referido a la fijación de un régimen de comunicación (Objeto, fs. 8 del escrito de inicio), máxime cuando esta alzada impedida se encuentra de ingresar al tratamiento de tales cuestiones pues las mismas no fueron propuestas oportunamente en primera instancia. ----------

----Así, resulta evidente que dichos cuestionamientos no fueron capítulo propuesto a la decisión del juez de primera instancia, por lo que la prohibición impuesta por el art. 280 de la Ley XIII, Nº 5, Anexo A, veda toda consideración. ----------

----Como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, partes y

hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional. El principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respetara esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es la disposición de los derechos materiales o de fondo; igual conclusión cabe inferirse en caso de que sea un tribunal de alzada. Señala Fassi que los poderes del tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia (Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 37 y 60, págs. 115 y 165/166, respectivamente). ----------

----Es que, al modo en que se constituyó la relación procesal debe atenerse el juzgador en esta segunda instancia, ya que la primera limitación a que se encuentran sometidos los tribunales de Alzada viene dada por la relación procesal trabada en el grado inicial, cuyo respeto se ve impuesto por el principio de congruencia, que también rige en la instancia apelatoria (art. 34, inc. 4°, de la Ley XIII Nº 5, Anexo A).----------

----Por ello, en virtud de las limitaciones impuestas por los arts. 274 y 280 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A, no puede el tribunal apartarse de las pretensiones y oposiciones y las cuestiones introducidas oportunamente por las partes y sometidas a decisión del juez de la anterior instancia. ----------

----Por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del artículo 271 del Código Procesal, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravios. Se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente, y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad. Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 277 del C.P.C.C.) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 29 y 60, págs. 76 y 166, respectivamente).----------

----Incluso quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357). ----------

----En tales condiciones, sólo corresponde ingresar al análisis de los agravios del apelante vinculados a la denegatoria del régimen de comunicación peticionado en su

escrito de demanda. ----------

----3. Al efecto, señalaré que la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que el niño tendrá derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art 7º.1.), y que los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (art. 8º.1.). ----------

----Desde esta perspectiva y con referencia a la última norma citada se sostiene: Nadie puede poner en discusión, pues, que debe respetarse el derecho del niño a preservar, entre otros su identidad y las relaciones familiares (art. 8º, 1. Convención). Pero la misma norma añade que la preservación de la identidad y de las relaciones familiares debe serlo “de conformidad con la ley”. La directiva básica tienen por finalidad, como decimos, proteger a los niños de toda injerencia que pudiese conducir a sustraerlos ilegítimamente de su familia o de cualquier otro modo alterar su identidad filiatoria. Pero las disposiciones de la Convención no impiden que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una “verdad biológica” considerada apriorísticamente (Zannoni, Eduardo A., “Adopción plena y derecho a la identidad personal – La “verdad biológica”: ¿Nuevo paradigma en el derecho de familia”, La Ley 1998-C, 1179).----------

----Es en ese contexto que el art 325 del Código Civil admite la adopción plena de menores cuyos vínculos biológicos, por si generadores de la filiación y determinantes de la relación paterno-filial, se transforman en la realidad de la vida en simples circunstancias no asumidas por el o los progenitores como fuente de responsabilidad procreacional (Bueres-Highton, “Código Civil ...”, Editorial Hammurabi, 2003, T. 1B, pág. 679).----------

----Y respecto al inciso c del citado art. 325, se considera que la ley no pretende sancionar al padre o a la madre que se desentendió de su hijo sino proteger al menor, beneficiándolo con los efectos propios de la institución. El desamparo moral o material del menor no se refiere exclusivamente al abandono en la vía pública, situación que puede ocurrir y configura el delito del art. 106 del Cód. Penal, sino también a los casos en que los padres se desentiendan del pequeño dejando de prestarle cuidados, no obstante que otras personas suplan esa conducta (Bueres-Highton, obra y tomo citado, págs. 680 y 681, respectivamente).----------

----A su vez, conforme al art. 323 del Código Civil, la adopción plena constituirá un emplazamiento en una filiación sustitutiva de la filiación por naturaleza, desplazando la de origen y situando al adoptado en su relación con el o los adoptantes con idénticos derechos y obligaciones del hijo biológico. La sentencia de adopción plena, al extinguir los vínculos de parentesco del adoptado con su familia consanguínea, extingue también sus efectos jurídicos (Bueres-Highton, obra y tomo citado, pág. 676). ----------

----El propósito principal de la adopción plena es eliminar el desamparo del menor e insertarlo en un ámbito familiar bien constituido para que pueda alcanzar un desarrollo

moral, físico y psíquico satisfactorios (López Mesa, Marcelo J., “Código Civil ...”, Lexis Nexis Argentina, 2007, T. I, pág. 449).----------

----Y si bien se alude a una postura favorable a la denominada adopción abierta, lo cierto es que sin adoptar una posición contraria a la misma indudable resulta que esa idea no puede conducir a violentar los efectos propios de la adopción plena. ----------

----Se propicia, en los últimos términos, una suerte de “adopción abierta” que sin perjuicio de crear un vínculo jurídico entre el adoptado y la familia del adoptante, no signifique necesariamente perder los vínculos con los parientes biológicos. Se supone que, de este modo se favorecerá un auténtico enriquecimiento para el menor “que le permitiera adquirir una nueva familia sin perder a los parientes biológicos”. No hemos de colocarnos en una posición apriorística contraria a las adopciones abiertas. Lo que si nos parece un despropósito es hacer de ellas un nuevo paradigma en detrimento de la adopción plena (Zannoni, comentario citado, La Ley 1998-C, 1179).----------

----Estas consideraciones caben ser aplicadas al presente caso pues es evidente que como lo indica el fallo de primera instancia a fs. 126 ***la historia de vida de M. A. y sus hermanos, la cual ha resultado poco menos que traumática, trascurrida en gran parte en el H. de N. de esta ciudad, integrados a otros grupos familiares que han fracasado, por lo que esta nueva oportunidad en la vida de M. A. debe ser celosamente custodiada, procurando facilitar la integración del niño en el seno de su nueva familia***. Para ello el juzgador tuvo en cuenta que ***las audiencias celebradas durante la tramitación de la guarda preadoptiva y adopción*** le permitieron ***apreciar que Miguel y su hermano integrados al matrimonio conformado por los entonces pretensos adoptantes, ocupando el lugar de hijos y hermanos e interactuando afectivamente entre ellos***.----------

----Máxime cuando el Sr. A. poco, o nada hizo, en favor del bienestar de M. A. que permaneció muchos años institucionalizado, tal como lo admite en su expresión de agravios (p. e, fs. 139 vta.), a lo que se suma que a pesar de la declamada “oportunidad en esta instancia” invocada en dicha pieza (ver fs. 138 vta., penúltimo párrafo), es palmario su evidente desinterés al no concurrir a la audiencia a la que fuera convocado (ver cédula de notificación de fs. 158/vta. y acta de fs. 161). ----------

----Por ello, también resultan plenamente aplicables a esta causa las consideraciones efectuadas por el Dr. Zannoni respecto a que: Ahora bien, cuando han quedado plenamente acreditados el desamparo o el abandono del niño por sus padres biológicos e incluso por otros parientes de la familia de origen, cuando ellos han abdicado de sus deberes parentales cuando, en suma, los vínculos biológicos no son significativos en el desarrollo de la personalidad del niño sino que, al contrario, traducen carencias que afectara o quizá ya afectan seriamente ese desarrollo, la adopción plena no tiende a preservar vínculos preexistentes sino a crear nuevos vínculos en una nueva familia. La adopción plena es axiológicamente valiosa porque permite dar al niño una identidad filiatoria, existencial, de la cual él carece. Alentar una suerte de adopción plena

“abierta”, propiciando la subsistencia simultánea de los vínculos credos por la adopción plena con los de la familia biológica es seguramente, una contradicción en sus términos. Revela no sólo no haber comprendido los presupuestos sobre los que la adopción plena se afirma, sino que, además, implica una toma de posición ideológica en contra de ella (Zannoni, comentario citado, La Ley 1998-C, 1179).----------

----Asimismo, cabe agregar que el niño en la audiencia celebrada el 14/09/10 (acta de fs. 164) se manifestó mediante una señal efectuada con la cabeza en sentido negativo respecto a la posibilidad de ver a su padre biológico, signo efectuado y opinión que ello importa que debe considerarse por contar a ese momento con nueve años de edad (ver copia del certificado de nacimiento, fs. 17 del Expediente Nº 3-Año 2010, que corre por cuerda).----------

----En tal sentido, existe un vastísimo universo de símbolos y signos que a los fines de la comunicación son tan efectivos como los juicios mismos, y tan reveladores que no deberían ser despreciados (Weinberg, Inés M., Directora, “Convención sobre los Derechos del Niño”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, pág. 194). ----------

----A su vez, cabe también apreciar que la opinión del niño debe ser implementada a su favor cuando efectivamente refleje una problemática real, atendible y reporte a sus asuntos beneficios ciertos y positivos (conf. Weinberg, Directora, ob. cit., pág. 194).------

----En ese aspecto, debe señalarse que el art. 12.1. de la Convención de los Derechos del Niño establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en función de la edad y su madurez, y que el art. 24, inciso b), de la ley 26.061, también prescribe que la opinión debe tenerse en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.----------

----Por eso, la posibilidad de formar juicio y la madurez se encuentra en relación directa e inescindible con la edad (D Antonio, Daniel Hugo, “Convención sobre los Derechos del Niño, Astrea, 2001, pág. 107).----------

----Por tales razones, también estimo que la decisión de la Sra. Juez de la anterior instancia resultó adecuada en virtud de los efectos de la adopción del menor en función de las circunstancias particulares del caso, máxime cuando el Sr. A. al intentar adjudicarle al menor la responsabilidad de ayudarlo y acompañarlo “implica desconocer la necesidad del mismo de ser cuidado y protegido por un adulto”, y “denota, nuevamente, la marcada dificultad del Sr. A. para centrarse en el bienestar del hijo” (informe del E.T.I., fs. 109, tercer y cuarto párrafo, respectivamente). ----------

----Así, la adopción plena merece ser preservada precisamente en interés de la infancia necesitada de padres y de una familia como la que le brinda la adopción plena. El discurso ensayado sin matices en pro de una pretendida preservación de relaciones del niño con sus progenitores o con la familia biológica (de la cual, por hipótesis, siempre careció, que lo desamparó o que lo abandono) no brinda alternativas válidas que atiendan al interés superior del niño (Zannoni, comentario citado, La Ley 1998-C, 1179).----------

--- De acuerdo con ello, la “verdad biológica” no es un valor absoluto cuando se la

relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Tal como lo sostiene Zannoni, la preservación de los vínculos generados a raíz de una adopción plena “sirve mucho más al interés de la infancia desamparada o abandonada que las declamaciones acerca de realidades biológicas que no se han traducido en seguridad, en afectos, en protección como si tales realidades biológicas fueran fuente de derechos en si mismas” (Roveda-Burdeos, “Constitucionalidad del art. 327, CCiv.”, J.A. 2007-IV-1112). ----------

----4. Finalmente, la compulsa de las distintas intervenciones de la Asesoría de Familia e Incapaces permite considerar que existió una debida coherencia en sus requerimientos. Así, a fs. 107 al contestar una vista peticionó la intervención del E.T.I. (30/09/09), a fs. 25/27 del expediente que corre por cuerda al contestar la vista conferida emitió opinión favorable a la concesión de la adopción plena (18/02/10), a fs. 119 de estos actuados solicitó se deje sin efecto la tramitación de las presentes actuaciones y su archivo como consecuencia de la notificación que se le efectuara de la sentencia que otorgó la adopción plena del niño (23/03/10), y finalmente a fs. 142/143 y vta. al contestar el traslado conferido las manifestaciones vertidas lo fueron a partir de encontrarse firme dicha sentencia (ver fs. 142, p. I, primer párrafo). ----------

----5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada al actor apelante vencido conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A. ----------

----Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. Lucero a favor de los letrados de las partes actora y demandada, y del letrado de los padres adoptivos, en las sumas de $250.-, $300.-, y $300.-, respectivamente, y con la salvedad que en el primer caso la regulación se efectúa con el alcance contemplado por el art. 59, segundo párrafo, de la Ley V Nº 90 (arts. 5, 8, 13, y 46 de la Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente.----------

----Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Visto el acuerdo alcanzado al tratar la primera cuestión, corresponde: I) Confirmar el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios. II) Imponer las costas de segunda instancia al apelante vencido en ella. III) Regular los honorarios de los letrados actuantes en esta sede del siguiente modo: a la Dra. A. B. de A., en la suma de $ 250.-; a los Dres. V. V. V. y A. M., en conjunto, en la suma de $ 300.- y al Dr. D. E. F., en la suma de $ 300.- (Art. 13 Ley XIII, Nro. 4); en todos los casos con más el I.V.A. pertinente.---------- ASI LO VOTO.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------

----Así lo voto. ----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Aldo Luis De Cunto (Art. 7º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

----CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

----IMPONER las costas de segunda instancia al apelante vencido en ella.----------

----REGULAR los honorarios de los letrados actuantes en esta sede del siguiente modo: a la Dra. A. B. de A., en la suma de $ 250.-; a los Dres. V. V. V. y A. M., en conjunto, en la suma de $ 300.- y al Dr. D. E. F., en la suma de $ 300.- (Art. 13 Ley XIII, Nro. 4); en todos los casos con más el I.V.A. pertinente--- ----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase.---------- ----------

----REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2010 – SDF – CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO