000174/2017

Comodoro Rivadavia, de agosto de 2017.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"F., M. G. y otros s/ ADOPCION"**, Expte. Nro. 174/2017, venidos del Juzgado de Familia Nro. 1 (Expte. Nro. 146/2017).

I.- Llegan los autos a conocimiento de esta Sala por haber interpuesto la actora a fs. 123, recurso de apelación contra del auto de fs. 121/122 que rechazó *in limine* la presentación tendiente a que dicte la sentencia de adopción simple respecto del niño E. E. H..

A efectos de fundar el rechazo la magistrada valoró la ausencia de declaración de estado de adoptabilidad en relación al niño. Asimismo meritó que no surge de autos las circunstancias por las cuales la progenitora, Sra. A., no ejerce el cuidado personal de su hijo, y que además E. cuenta con filiación paterna. Señaló por último que el art. 611 del CC y C establece la prohibición expresa de la entrega directa en guarda de niñas, niños y adolescentes.

Expresa agravios la recurrente a fs. 126/135. Luego de reseñar los actos procesales cumplidos expone y fundamenta sus agravios. Comienza su análisis a partir de la definición de la adopción como institución jurídica, indica que la misma esta pensada desde la perspectiva del niño y sus derechos. Sostiene que la aplicación al caso de la solución que plantea el art. 611 de CC y C. resulta estrecha, toda vez que no prevé las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la

socioafectividad o identidad dinámica e indica que de adoptarse una postura de interpretación rígida de la norma, se restringe y lesiona el principio del interés superior del niño. Señala que el proceso de adopción, se encuentra dividido en tres etapas las cuales individualiza, y concluye que si bien no existe declaración de situación de adoptabilidad respecto de E., si se configuró la guarda con fines de adopción en el transcurso de su historia vital. Sostiene que el objeto de la presente acción es la búsqueda de otorgar seguridad jurídica formal a las acciones desarrolladas durante la vida del niño. A continuación plantea que la ausencia de declaración de adoptabilidad no puede ser óbice al tratamiento de la petición, ya que es justamente el objeto requerido en la misma. Efectúa un análisis respecto a lo normado por el art. 607 del CC y C., y critica la actitud asumida por la Jueza de grado, quien a su entender omitió plantearse si la situación de E. se subsume en alguno de los supuestos previstos por dicha disposición. Siguiendo con su análisis reconoce que el código privilegia como método de selección de adoptantes, al que prevé la participación del Registro de Adoptantes, cita los arts.613, 600 inc. B, e inc. h del art. 634 y afirma que no obstante ello, también se prevén situaciones de excepción. Afirma que en el sistema de guarda vigente con anterioridad al 1 de agosto de 2015, eran los propios progenitores quienes seleccionaban en primer término a la familia adoptiva. Argumenta que el propio articulo pauta una excepción al criterio de selección a través del Registro, toda vez que atribuye al juez la

comprobación de existencia de vínculo sin otro requisito y concluye que en estos supuestos no serían exigibles las previsiones del art. 613, ni se daría la sanción de nulidad absoluta del art. 634 del CC y C. Entiende que el análisis efectuado permite sostener que la prohibición versa sobre la guarda por entrega directa con fines adoptivos, pero no sobre la guarda de hecho y las guardas judiciales. Sostiene que la aplicación literal al caso de las normas que reglan la adopción, es contraria al superior interés del niño, invocando que existe una gran distancia entre los supuestos previstos normativamente y el vínculo filial exigente entre los Sres. B. y F. y E. que surge a partir de un acto lícito. Invoca los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial y solicita se realice un análisis valorativo en consideración a la subordinación del Código Civil y Comercial a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos, cita y transcribe jurisprudencia al respecto. Agrega además que carece de sentido analizar la prohibición de entrega directa como obstáculo normativo en el supuesto de autos, toda vez que la misma fue otorgada en al año 2008 bajo la vigencia de otra legislación, que no la prohibía. Reprocha la actitud adoptada por la magistrada de grado, quien ante la introducción de un pedido en aras de proteger los intereses del niño, omitió buscar la mejor decisión que concordara con los mismos. Sostiene que la prohibición de ponderación de las guardas de hecho constituye una manda inelástica, cuya interpretación literal no se compadece con el superior interés del niño y del derecho a una familia, por lo

tanto deviene contraria a la normativa constitucional por vulnerar el principio de superior interés.

Considera que el procedimiento del art. 613 del C.C y C. deviene inaplicable al caso, en razón de que la consolidación del vínculo existente, permite tener por cumplidos ampliamente los plazos establecidos por dicha regla. Agrega que es necesario reflejar la realidad cotidiana de E. mediante una sentencia, argumentando que dicha pretensión cuenta con el consentimiento otorgado por la progenitora, y que el padre biológico del niño, se ha desinteresado de su suerte filial. Solicita se tengan en cuenta los principios generales que rigen la adopción, enumera los principios emergentes de de la Convención de los Derechos del Niño, se explaya respecto del interés superior del niño, y solicita que el mismo sea tenido en cuenta al momento de resolver. Efectúa reserva del caso federal.

A fs. 139/140 contesta la vista conferida, la Sra. Asesora Civil de Familia e Incapaces.

II.- Los aquí actores, el matrimonio conformado por la Sra. F. y el Sr. B., guardadores de hecho, y la Sra. A., progenitora del niño, todos con la representación del mismo patrocinio letrado, en los términos de los arts. 594, 607 sgs. y ccs. del Código Civil, solicitaron se dicte sentencia de adopción simple respecto de niño, para que se lo emplace como hijo del matrimonio, ordenándose su inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las personas con el apellido B. F. en sustitución del apellido paterno.

En abono de tal petición acompañaron certificado de matrimonio del los Sres. F.- B., certificado de nacimiento de E. E. H., del cual surge que niño tiene doble vínculo filial. Acta Nro. XXXX/XXXX, correspondiente a audiencia de avenimiento celebrada entre el progenitor de E. y la Sra. A., sentencia homologatoria del acuerdo celebrado por los progenitores del niño en autos caratulados "A., A. E. s/ Homologación de Convenio" Expte. N° 64/2010, cedula de notificación dirigida a la Sra. A. A.. Asimismo acreditaron exposiciones policiales N° XXX/XXXX, N° XX/XXXX, N° XXX/XXXX, que dan cuenta de los incumplimientos del progenitor del niño al acuerdo arribado mediante Acta. N° XXXX/XXXX, exposiciones policiales N° XX/XXXX, N° XXX y Acta N° XXXX/XXXX suscripta ante la Asesoría de Familia, mediante las cuales la Sra. A. presta su autorización para que su hijo viaje con los Sres. F. y B.. Acompañaron autorización suscrita por la Sra. A. ante escribano público, certificado de trabajo correspondiente a la Sra. A. expedido por el S. A. E. y recibos de haberes de la misma, constancia expedida por la empleadora del Sr. J. O. B., T. I. P. de los cuales surge que el coactor se desempeña laboralmente en dicha empresa y su remuneración mensual, copia simple de los Documentos de Identidad de los actores y de la credencial de la obra social A. S. correspondientes a la Sra. A. A. y al niño E. H., certificado de Bautismo donde consta que los padrinos del niño E. E. H. son los Sres. C. V. C. y G. J. H.. En relación al niño acompañan certificado de nivel inicial y boletín de 1°, diploma otorgado por

la escuela N° X por sus cualidades como buen compañero, documentación de calificación y promoción Educación primaria, copia de la Libreta sanitaria, e informe pedagógico expedido por la Maestra de Apoyo S. V., Escuela N° X, "X".

La Asesora de Familia, a fs. 118 sugiere dar curso a la acción previa recaratulación de la misma para que proceda en los términos del art. 607 y CC. y sgs. del CC, debiéndose correr traslado de ley a ambos progenitores, dar intervención al Equipo técnico Interdisciplinario, señalar audiencia para que concurran las partes con patrocinio letrado independiente y tomar contacto personal con el niño en los términos del art. 12 CDN y 707 CCy C.

La jueza de primera instancia, rechazó in limine la petición por cuanto entendió que otorgarle curso a la acción únicamente dilataría su resolución negativa, toda vez que no se encuentran reunidos los requisitos exigidos por el ordenamiento de fondo para que la misma prospere.

Contra dicha resolución se alzan los recurrentes.

III.- A fin de resolver el recurso traído, cabe recordar el criterio sostenido por esta Sala en anteriores pronunciamientos en los cuales hemos señalado que no puede desconocerse la flexibilidad de las formas en los procesos de familia y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido como

directriz que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las normas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional. En tal sentido nos hemos pronunciado reiteradamente sobre la improcedencia del rechazo in limine sin evaluar alternativas fácticas y judiciales posibles. (Conf. S.I. 12/2007, 171/2009, 68/2010, 107/2010, 19/2012 y 164/2015 entre otras).

En la resolución atacada, si bien la magistrada de grado reconoce la preeminencia de dichos preceptos, con su decisión se aparta de los mismos, solución que no compartimos.

En cuanto que se tomó conocimiento de la situación de E., no se vislumbra en el análisis del relato de los hechos invocados por los presentantes, y de las constancias aportadas, que se reúnan los caracteres tipificantes de las medidas cautelares, ni que exista una situación de vulnerabilidad, que exijan que la situación planteada deba ser analizada en el marco de otra medida, que amerite la generación de un nuevo expediente. Por cuanto, por el principio de iuria novit curia el encuadramiento normativo dado por los actores no limita al Tribunal para codificar autónomamente la realidad puesta a su decisión. Mucho menos en atención a los principios generales contenidos en el art. 706 CC y C.

Tal como ya lo hemos señalado en otras

oportunidades, el criterio sustentado por la Corte, impone adoptar un procedimiento que dé satisfacción al pedido en el plazo más breve –principio de simplificación de los trámites procesales.(Conf. esta Sala S.I. 164/2015).

A estos fines, consideramos que se debió dar curso a la acción como fuera sugerido por la Sra. Asesora de Familia, y en uso de las facultades atribuidas a la Sra. Jueza, tomar los recaudos que amerite el caso, tales como tomar contacto personal con el niño a efectos de que ejerza su derecho a ser oído, y citar a los progenitores para que se presenten a ejercer su derecho con patrocinio letrado independiente.

Si bien, es menester apreciar las observaciones efectuadas en la instancia de grado en cuanto a la ausencia de declaración de adoptabilidad en relación al niño, su doble vínculo filial, la escasa información acerca de por qué su progenitora no ejerce en forma personal sus cuidados, dadas las características de la situación planteada, resulta necesario contar con mayores elementos a efectos de resolver y evitar caer en la alternativa apresurada del “rechazo in limine”.

El adelanto del decisorio efectuado por la magistrada, en cuanto a que la petición no tendría recepción favorable, resulta cuanto menos prematuro si tenemos presente que la cuestión de la guarda de hecho a efectos de ser considerada con fines de adopción, más allá de la letra del Código Civil y Comercial, es materia de gran debate doctrinario, tal como se

vislumbrara en la recientes II Jornadas Patagónicas de Derecho de Familia y de la Persona llevadas a cabo en nuestra ciudad, con posturas que defienden su admisibilidad jurídica, contra aquellas que entienden que la adopción es un proceso legal, por cuanto todo lo concerniente a la misma debe transitar y dirimirse en instancia judicial.

Es necesario destacar que la historia vital de E. ha transcurrido en el seno de la familia de sus guardadores, por cuanto a efectos de brindar una solución que se concilie con el actual y concreto interés superior del niño, la situación deberá ser materia de un análisis más profundo, en resguardo de las garantías que la nueva legislación ha incorporado en materia de adopción, de aplicación inmediata conforme el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En consecuencia, y habiendo evacuado vista la Asesora de Familia corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, y revocar la resolución de fs. 121/122, debiendo en la instancia de grado recaratular la causa como “declaración de situación de adoptabilidad”, otorgar intervención al ETI, intimar a las partes a comparecer con distinto patrocinio letrado, dar curso a la acción conforme lo normado por los art. 607, 608 y 609 del CC y C..

IV.- En atención a la materia debatida

y por cómo se decide no se imponen costas (art. 68 del CPr.). Los honorarios de los letrados intervinientes se regularán atendiendo a lo preceptuado por los artículos 5 a 9, 13 y 46 de la ley arancelaria (t.o. por Ley 4.335) y teniendo en cuenta la pauta sentada en el art 2.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **R E S U E L V E**:

1) Admitir el recurso de apelación interpuesto a fs. 123, revocar el auto de fs. 121/122 y disponer en la instancia de grado la tramitación de la presente conforme los considerandos respectivos.

2) Sin costas de esta instancia. Regúlense los honorarios profesionales a la Dras. M. E. y X. P. en forma conjunta en el dos por ciento (2%) de los que le sean regulados por los trabajos realizados en la primera instancia en el proceso.

3) En la instancia de grado,

corresponde recaratuar la presente conforme lo señalado en el considerando III.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase

MARIA FERNANDA ZANATTA **RICARDO RUBEN ENRIQUE HAYES**
JUEZA DE CAMARA **PRESIDENTE**

G. MERCEDES GARCIA BLANCO
JUEZA DE CAMARA

REGISTRADA BAJO EL
N° DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE
SENTENCIAS
INTERLOCUTORIAS