

Expte. N° 1425/11 – “B., P. T. S/ Guarda Preadoptiva” – TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE ROSARIO (Santa Fe) – 10/05/2012 (Sentencia no firme)

Y VISTOS: Los presentes caratulados: B., P. T. S/ GUARDA PREADOPTIVA. EXTE. N° 1425/11;;

DE LOS QUE RESULTA: Que M. N. C. con patrocinio letrado de la Defensora General 3ª inicia guarda con fines de adopción respecto de P. T. B. de 17 años. Relata que es la madrina de P. quien es hija de M. C. y J. B., fallecido cuando P. tenía un año. Refiere que participara en la organización HOPROME y el padre S. le propuso el cuidado de la niña con solo seis meses de vida la cual fue encontrada por la policía junto a su madre quien estaba tirada en la calle bajo los efectos de la droga. Por resolución 57/1996 del Juzgado de Menores 1ª. Nominación de Rosario, se designa a A. M. y a la presentante guardadores de la niña. Desde ese momento se hizo cargo de todas las necesidades especialmente de sus cuidados médicos debido a que era portadora de HIV y gracias a los tratamientos recibidos se encuentra sana. Expresa que le tramitó el documento de identidad. En 2003 cuando P. tenía siete años por pedido de C. regresa con ella bajo el control de C.. Posteriormente la abuela materna efectuó una denuncia ante el Juzgado citado iniciándose una causa y a fines de 2003 se archivó, conforme consta en autos B. P. T. S/ CUSTODIO JUDICIAL. Exte. 563/09. A finales de 2005 la progenitora de P. citó a C. y se la entrega argumentando imposibilidad de hacerse cargo de la menor. Manifiesta que otros hijos de C. están con familiares y no con ella porque los abandona. Sostiene que hace 10 años que A. M. se retiró del hogar que compartía con la actora y P. desentendiéndose de sus funciones como guardador asumidas en 1996, por ello solo C. inicia el trámite. En El Juzgado de Menores referido P. manifestó su deseo de ser adoptada por C. con quien vivió prácticamente toda su vida, además sus recuerdos con la familia biológica no () son buenos. Se citó dos veces a la progenitora de P. pero no concurrió. El Juzgado de Menores se declara incompetente y remite la causa a éste Tribunal. Dice que desde 2005 P. se encuentra ininterrumpidamente con la actora y solo dos años de su vida estuvo con su madre biológica Ofrece prueba documental, testimonial, ambiental e instrumental.(fs.1/3))

Brindado el trámite pertinente (fs. 4), M. N. C. con patrocinio letrado manifiesta que percibe una pensión graciable, desde mayo de 2011 una cuota alimentaria de M. y ocasionalmente cuenta con la colaboración de su hijo que con gran esfuerzo le ayuda (fs. 10)

En el informe ambiental realizado por la Trabajadora Social se constata la convivencia de la actora y la menor en una propiedad de aquélla y su marido. Allí le refiere la existencia de otro hijo mayor de edad que vive en Paraná y a quien ven cada quince días manteniendo con P. una muy buena relación. La menor repite el 4to año de la secundaria, no cuenta con obra social y desde hace varios años realiza psicoterapia. Refiere que no tiene ningún vínculo con su familia biológica y no tiene tampoco ningún interés en vincularse. La cuota alimentaria que recibe de A. M. es en ese mes de \$833 (fs.12)

Se reciben las testimoniales (fs. 13/14), es escuchada en audiencia la actora y la menor, ambas con asistencia letrada y de la Defensora General respectivamente. aquélla expresa su deseo de adoptar sola a P. atento el retiro de su esposo y la adolescente quien manifiesta su intención de terminar el secundario, iniciar Medicina y llevar como apellidos el biológico seguido del de su adoptante, B. C.. La actora atento el tiempo transcurrido desde la guarda pide directamente la adopción simple. (fs. 17)

Citado A. M. a fin de que manifieste su parecer sobre la acción intentada no comparece (cedulas y constancias de fs. 19 a 27), la Trabajadora Social informa que toma contacto con la actora la cual relata que recibe una pensión contributiva y la cuota alimentaria dispuesta en autos C. M. N. C/ M. A. S/ALIMENTOS (exte. 1750) la cual asciende actualmente a \$1.000 mensuales (fs. 29), por lo que se encuentran los presentes en estado de resolver;

Y CONSIDERANDO: Que originalmente se trata del pedido de guarda con fines adoptivos de una niña por una mujer, que de hecho la detentaba junto con su marido desde que tenía meses de vida, cuando fue encontrada en la calle junto a su madre en completo estado de abandono. Por espacio de dos años y a los seis de aquella, es entregada a la madre biológica por un Juez de Menores, para luego ser nuevamente confiada a la pretensa adoptante, quien ante el tiempo transcurrido pide derechamente la adopción simple solo a su favor, ya que su marido hace diez años que abandonó a ambas, lo cual obligó al pedido alimentario respectivo. La persona cuya adopción se incoa, poco tiempo antes de arribar a la mayoría de edad solicitó conservar el apellido de su progenitor, fallecido cuando ella tenía un año de vida y adicionar el de su guardadora.

Que de las constancias de autos se tiene:

- 1.- Que según acta de nacimiento P. T. B. es hija de J. A. B. y M. F. C. C. (fs. 6, expte. 563/09 B., P. T. S/ CUSTODIA JUDICIAL unido por cuerda)
- 2.- Que al matrimonio M. – C. se les entrega judicialmente la niña en guarda a los dos años según acta 97 del 19/6/1996 del Juzgado de Menores 1ª. Nom de ésta ciudad, comprometiéndose a alimentarla, vestirla, brindarle habitación, asistirla, proporcionarle todos los cuidados materiales y morales necesarios a su educación y tomando a su cargo todos los gastos que demande (fs. 7 exte. Citado ut supra).
- 3.- Que de las copias obrante en los referidos apiolados surge que retorna con la progenitora y luego por una denuncia anónima se toma conocimiento que aquélla y sus dos hijos –una era P., a la sazón de nueve años- son encontrados descuidados y aquélla drogada junto al padre del otro niño (fs.29 exte. 563/09 B., P. T. S/ CUSTODIA JUDICIAL)
- 4.- Que al enfermarse de hepatitis, P. es dejada por su madre a la actual guardadora, quien pide ante aquél Juzgado la guarda (fs. 35), en consecuencia el Juez, declara el cese de la intervención y archiva la causa (fs. 36 ambas del exte. precedentemente citado);
- 5.- Que, luego la causa es reabierta y se escucha a la pretendiente y a la menor quien manifiesta no tener contactos con sus hermanos biológicos y no desea volver con su madre. El ya citado Juzgado declara su incompetencia y remite los antecedentes a éste Tribunal (fs. 55 y 56 respectivamente exte. 563/09 B., P. T. S/ CUSTODIA JUDICIAL)
- 6.- Que del último informe de la Trabajadora Social en el domicilio de la actora, se extrae que aquella percibe una pensión no contributiva, tiene un hijo biológico mayor de edad que le ayuda económicamente con P., y recibe alimentos conforme se ordenara en los obrados

respectivos. La Funcionaria aprecia que la guardadora se muestra cuidadosa con ella, responsables en la crianza y denotan un estrecho vínculo afectivo. Asimismo se deja constancia que en la vivienda propiedad del matrimonio M. C., solo ésta la habita junto a P. y por las condiciones socio habitacionales expuestas resulten satisfactorias para que se viabilice la acción pretensa (fs. 12);

7.- Que de los testimonios recibidos en éste Tribunal se desprende por parte de una compañera del grupo parroquial de la peticionante, las penurias sufridas por la niña a sus pocos meses de vida y cuando cursaba la escuela primaria al retornar por poco tiempo con su madre biológica. Una vecina ratifica lo expuesto y ambas coinciden en el excelente trato que recibe de la actora, quien se encargó de criarla, vestirla, educarla, festejarle los quince años, pagarle el viaje de estudios a Bariloche, en fin brindarle amor y apoyarla con todo el esfuerzo económico que demanda una adolescente. (fs. 13^14)

8.- Que al ser oída P. –por entonces la menor de edad- coincide con la petición de adopción simple que formula su guardadora y es su deseo conservar el apellido paterno seguido del de aquella. En el mismo acto la guardadora solicita derechamente la adopción simple (fs. 17).

TIPO DE ADOPCION. ADECUACION DEL TEXTO LEGAL A LA ADOPCION UNIPERSONAL Y RETROACTIVIDAD.

Que la persona cuya adopción simple se pretende, habitó desde sus seis meses de vida en el hogar con la actora y el marido – que luego las abandona -, en la audiencia donde se escucha a aquélla y a su guardadora, se afirma el convencimiento respecto a una solución inmediata que comprenda la inserción jurídica de ésta última con la persona que se convirtió en su sostén y que le pueda brindar todos los cuidados y afectos necesarios, asegurándose con ello los derechos de raigambre constitucional a integrar una familia.

Todo caso es mutable con cada secuencia que la realidad presenta por lo que siempre es momento adecuado para adoptar medidas tuitivas que defiendan, amparen y protejan. También es jurisprudencia de la Corte Nacional que se debe atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque sean sobrevinientes al recurso extraordinario –en el caso referido a ése Alto Tribunal (cfse. Fallos: 325:1345, 1440, 2177, 2275; entre otros),

No se trata aquí de estigmatizar a la madre de sangre, cuya vida y falta de adecuados cuidados y atención es evidente, ni siquiera de descalificarla por haber dejado a su hija, pero sí de privilegiar, el mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más ciertas, y no de generar nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles.

Por pedido de la pretensa adoptante y de la propia interesada en ser adoptada, se conferirá la adopción simple en el convencimiento que no es axiológicamente inferior a la plena, y permite el mantenimiento de los vínculos que preservan la historia personal del adoptado y de su pasado” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, JUNIO, 30-1999. ED. 184-432), por ello el art. 330 Código Civil traduce la inequívoca atribución judicial de escoger el sistema más adecuado,

Según el estado emocional y psicológico de la persona cuya adopción se pide y el hecho de que la vinculación se encuentra en la actualidad indiscutiblemente producida, la calidad de adoptante se otorgará únicamente a la solicitante, a pesar que la guarda oportunamente fue

otorgada a ella y su esposo.//-

Fundamos tal aseveración en el abandono que el marido efectuara del hogar conyugal en la temprana edad de la niña, la inasistencia a distintas citaciones y la falta de presentación oportuna al proceso. A ello se suma, para agravar su desinterés, la acción de reclamo alimentario que debió iniciar la guardadora.

La adopción simple se encuentra contemplada en el Código Civil (arts. 329 y sigtes.) y como consecuencia de ella, el adoptado conserva un estado de familia determinado en relación a su familia biológica, puesto que no se rompe totalmente el vínculo de parentesco con la misma sino que, por el contrario, se crea un nuevo vínculo familiar con la adoptante, no así con el resto de su familia biológica. En el caso se preserva el vínculo con su progenitor fallecido a través de conservar el apellido paterno y correlativamente, se afianzará el vínculo con la guardadora ya existente, editándole el apellido de su adoptante como es su deseo,

Que sin perjuicio que todas las constancias y pruebas colectadas indiquen otorgar la adopción solicitada, el principio de la seguridad jurídica exige considerar de manera particular y detallada la interpretación del artículo 320 del Cód. Civil, que exceptúa y posibilita –entre otros- la adopción por uno solo de los cónyuges para cuando medie separación personal. Ocurre que la aspirante a adoptar se encuentra casada, hecho que significa un valladar para que prospere la adopción unipersonal, pero no convive ya que su marido le abandonó.

El artículo 322 del Código Civil retrotrae los efectos de la sentencia de adopción a la fecha de otorgamiento de la guarda. (para el caso el 24 de julio de 1996). Interpretamos que operará únicamente para la actora, por ser gravemente descalificante el abandono que el cónyuge hiciere a su esposa y a la por entonces niña, precisamente en la etapa como guardador, es decir cuando el compromiso en los primeros años de la niña eran trascendentes en su crianza y formación, como obstáculo ilevantable para otorgar la adopción conjunta al matrimonio y consecuentemente el efecto retroactivo de la guarda a ambos,

Por ello, cabe considerar la excepción en la aplicación de las normas referidas a éste caso, basada en consideraciones de equidad, el principio constitucional de supremacía (art. 31, Constitución Nacional) y en valoraciones jurídicas de fondo que permiten una interpretación favorable a la procedencia de la mencionada excepción.

Conforme lo indica la máxima "bene judicat quid bene distinguit", debe evaluarse que si el fin tenido en miras por el legislador no se da en el supuesto bajo juzgamiento, la prohibición no rige para el caso, y si la norma no permite distinguir debe declararla inconstitucional, si viola un valor implícito en el ordenamiento superior del Estado. (V. Kemelmajer de Carlucci, Aída "De los llamados requisitos rígidos de la ley de Adopción y el Interés Superior del Niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina". JA, número especial del 16 de sep. 1998 sobre "La nueva ley de adopción N° 24.779", p. 20).

Que la consideración de una excepción al texto del Código Civil para el caso bajo análisis, toda vez que se controvierte el art. 14 bis de la Constitución Nacional (la legislación debe propender a la "protección integral de la familia"), principio que se ve enriquecido e incrementado por el nuevo inc. 19 del art. 75 de la Ley Suprema y una aplicación automática del ordenamiento civil, acarrearía una solución disvaliosa, todo ello bajo el

principio de unidad interpretativa que implica que las normas constitucionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino armonizadas para que conserven igual valor y efecto, conforme inveterada doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contempla que “Toda persona tiene derecho a constituir familia; elemento fundamental de la sociedad, a recibir protección para ella.- -Art.VI.- Asimismo El Pacto Internacional De Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en su art. 10°: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo;

En ese sentido y a fuerza de abundar, oportunamente se respetaron y por tanto con esta decisión se consolidan, todos los derechos emergentes de la Convención sobre los Derechos del Niño cuando la persona estaba en guarda pre adoptiva y se encontraba en la franja etaria que la tornaba aplicable, esto es, el respeto a su mejor interés, -art. 3-, el ejercicio reconocido en esa Convención, -art. 5- y el derecho de expresar su opinión libremente en este asunto que le afecta, teniéndose debidamente en cuenta aquella cuando fue escuchada junto a su representante –art. 12-

ALIMENTOS DEL MARIDO DE LA ADOPTANTE. PADRE SOLIDARIO.

Para los progenitores el suministro de la mesada se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o aquéllos, en su caso, acredite que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo, (artículo 265 del Código Civil según ley 26.579).

La beneficiaria de los alimentos, según constancias, testimonios e informes ambientales practicados, carece de recursos y/o bienes propios, vive en forma sencilla junto a su guardadora y está cursando el último año del secundario. La extensión de la mesada deberá ser idéntica a la del menor de edad, art. 265 segundo párrafo Código civil y conforme la pauta del art. 267.

Atento ser la fuente obligacional creada por ley 26.597 distinta a todas las existentes, el motivo por el cual los alimentos que los padres deben a sus hijos, entre la edad de dieciocho a veintiún años, encuentran su origen, para algunos doctrinarios, en el vínculo filial (Néstor E. Solari, "Reflexiones sobre la mayoría de edad a los 18 años", en: Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Buenos Aires, 2010, año 2, n° 1, p. 200) En consecuencia, esa legislación crea — respecto de los hijos — una categoría distinta, en lo que a la obligación alimentaria se refiere y éste Tribunal oportunamente así lo receptó (ver Prot. De autos Trib. Col. Familia n° 5 Rosario, "Ch., J. c. C., L. s/alimentos" (expte. 3291/06), 26/2/10)

Por resolución 2289/10 se fija alimentos al marido de la peticionante de autos en la minoridad de P. quien lo calificaba como “papá del corazón”. El fundamento legal es la Convención de los Derechos del Niño y la tutela judicial efectiva en tiempo (C. M. C/ M. A. S/ ALIMENTOS. EXTE N° 1750/10). Posteriormente acuerdan el depósito bancario de la mesada por parte de la empleadora del demandado en el 15% de los haberes netos que percibe. Al superar la beneficiaria la edad minoril, debe determinarse si subsiste la obligación alimentaria.

El alimentante, no es, conforme vimos, padre adoptivo, ni podemos considerarlo técnicamente padraastro porque es el marido de la madre en relación de una hija que no es de una unión anterior de su esposa (art.363 Código Civil) y por tanto excede los parientes obligados legalmente (art. 368 del Código Civil), y aún si forzáramos una interpretación amplia –vía art. 2 Convención sobre los Derechos del Niño- la alimentada es mayor de edad y esta obligación es subsidiaria e impone la acreditación de la falta de recursos de su madre adoptante, con la posibilidad que deba recíprocamente alimentos al marido de aquella (art. 367 último párrafo). Tampoco es posible invocar el art. 1275 –inc. 1ª.- del ordenamiento civil, como fuente de la responsabilidad alimentaria, pues refiere a las cargas de la sociedad conyugal y no es la acción de ejercicio de estado de familia suscitada.

No obstante puede encuadrárselo como “padre solidario” o “progenitor afín” (nomen jus del anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial 2012, art. 672) justificado en la solidaridad familiar unido a la posesión de estado filial como ratio de su obligación ya que el cambio en la situación –cese de la mesada- puede ocasionar un daño en la vida de la pretensa adoptada cuando en la convivencia asumió el sustento de “su hija en el corazón”, conforme sus ingresos y las necesidades de la alimentada.

Esta imposición como “padre solidario” debe entenderse en el sentido que si bien los Estados desarrollan diversos programas de ayuda dirigidos a la protección de núcleos familiares como el de autos –la actora percibe una pensión compensatoria-, la asistencia del individuo que hasta la separación, en gran medida, sostenía económicamente al grupo familiar, se instrumenta como mecanismo alternativo pero efectivo y trascendente en un grupo familiar de limitados recursos económicos.

En este contexto, la deserción o la desobligación del que durante la infancia de P. ocupara el rol de padre afectivo y proveedor puede traer consecuencias irremediables para el futuro desarrollo de aquella en cuanto a que se resentirán sus posibilidades educativas y consecuentemente se eleva el riesgo de conductas antisociales.

Esta pauta de solidaridad familiar, apoyada en la protección integral de la familia -art. 14 bis CN- supera el estrecho margen obligacional del parentesco -art. 372 del C. Civil-, efectiviza la proclama de los derechos humanos básicos reconocidos en el bloque de constitucionalidad Conforme al razonamiento desarrollado, A. M. será obligado a continuar con el suministro alimentario hasta los 21 años de edad de la beneficiaria con idéntico porcentaje y modo de pago.

APELLIDO DE LA PERSONA CUYA ADOPCION SE SOLICITA.

En la adopción que se propugna –la simple- el adoptado llevará el apellido del adoptante y, a solicitud de éste se podrá adicionar el de origen, o bien a solicitud de aquél desde los 18 años de edad. (art. 313, párr. 2º, CCiv., arts. 12, ley 18.248 y 332, CCiv.)

En los pronunciamientos donde se admitió el sentido inverso, esto es que el adoptado preservara el apellido de origen y se aditara el del adoptante fue siempre a pedido de este último (Cámara Nacional Civil, Sala J, 31/8/1994 ED. 162-489; Cámara Nacional Civil, Sala I, 6/10/1994, ED 163-359).

En el caso y dentro de su “competencia” como concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos, próxima a cumplir la mayoría de edad, P. expresó su deseo de mantener el apellido paterno –fallecido cuando ella contaba un año de vida- y adicionar

el de la actora, con razonamiento sobre las alternativas cumpliéndose la pauta de "madurez", que el Comité sobre los Derechos del Niño la define como la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, de modo de poder expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General n° 12 (2009), "El derecho del niño a ser escuchado", párr. 30.)

Sin embargo, se coincide que se debe admitir la solicitud del adoptado de adicionar (anteponer o agregar) su apellido de origen sin fijación de edad alguna, de conformidad con la capacidad evolutiva de la interesada quien se ha relacionado en forma relativamente prolongada con su apellido de origen.

Asimismo, la simple solicitud de adición implicaría presumir tal capacidad, por lo cual se vería invertida la carga de la prueba, debiendo quien se opone probar que el adoptado carece de madurez para instar este pedido (HERRERA, Marisa, El derecho a la identidad en la adopción, tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 386.)

A mayor ilustración, igual solución prevé el decreto 2316/03 (reglamentario de la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires n° 153), en su art. 4, inc. h), según el cual: "...3. Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamientos. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos..."

Por todo ello y art. 67 Ley Orgánica del Poder Judicial;

RESUELVO: 1) Otorgar la adopción simple de P. T. B. DNI N°, hija de J. A. B. y M. F. C. C. nacida en Rosario el....., de sexo femenino, anotada en el Registro Civil Sección Hospitales bajo Tomo ... acta n°... Año ...a M. N. C. DNI N°, con todos los derechos y obligaciones legales con efecto retroactivo al 24 de julio de 1996; 2). Ordenar la inmovilización o bloqueo de la partida de nacimiento de P. T. B.. 3) Disponer que sea inscripta con el nombre de P. T. B. C.; 4) Librar la correspondiente comunicación al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas acompañándose copia certificada del presente fallo;; 5) Imponer en carácter de "padre solidario" la prestación alimentaria a favor de P. T. B. C. hasta los 21 años de edad y a cargo de A. M., consistente en el 15% de sus haberes netos, con idéntica modalidad de cumplimiento que hasta el presente. Insértese y hágase saber.//-

Fdo.: Ricardo J. Dutto.

Secretaria: Tania Roimeser

Citar: elDial AA769D

Publicado el: 31/05/2012

copyright © 2012 editorial albrematica - Tucumán 1440 (1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina