

AUTO NÚMERO: 367

Río Cuarto, 19/12/2017

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: “**V., S. C. Y L., F.R. – GUARDA ADOPTIVA**” (EXPTE. 3411318), traídos a despacho a los fines de resolver el recurso de apelación, deducido el 20/4/2017 (fs. 51) por los peticionantes de la guarda con fines de adopción, en contra del Auto Interlocutorio N° 11 del 11/4/2017 (fs. 47/48), dictado por el Sr. Juez titular del Juzgado de Niñez, Juventud y Violencia Familiar, Dr. José A. Varela, el que resolvió: *“No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 601, inc b, CCC, de los Sres. S. C. V. y F. R. L. (1/7) y en consiguiente no avocarme al conocimiento de la presente causa, por cuanto los procesos previstos en los art. 643, 657 y 104 CCC, planteados subsidiariamente en la demanda, exceden la competencia de este Tribunal, debiendo los interesados ocurrir por la vía y ante quien corresponda”*.

Concedido el recurso, la apelante expresó agravios a fs. 64/73, corrido traslado a la Asesora de la Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Penal Juvenil, Dra. María Alejandra Mundet Argañarás, quien hace lo propio a fs. 75/78 y finalmente el Fiscal de Cámara, Dr. Jorge A. Medina, se expresa a fs. 81/82.

Dictado el pertinente decreto de autos (fs. 83), firme y consentido, quedó la cuestión en condiciones de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

I) La **parte apelante** sostuvo que la resolución interlocutoria le provoca un daño real, directo e irreparable.

Refirió haber petitionado al juez el otorgamiento de la guarda con fines de adopción de la menor J. V. O., quien es hija biológica de N. B. Z. y de P. M. O. (hijo de la Sra. V., no del Sr. L.). Que subsidiariamente había solicitado la delegación de responsabilidad parental (art. 543, CCC) y, en su momento, tutela (art. 104 y ss, CCC), además de un régimen de contacto para la madre biológica (a quien la niña aún no conoce).

Los peticionantes hicieron saber que, en la demanda, requirieron la declaración de inconstitucionalidad del art. 601 inc. b) del Código Civil y Comercial (en adelante, CCC), en atención a las particulares circunstancias del caso y de las pruebas que iban a incorporarse. Esta norma prevé la prohibición de adoptar del ascendiente a su descendiente. Dijeron que la misma, en el caso concreto, es inconstitucional o, al menos, inaplicable.

Consideraron que el Sr. Juez de grado, sin permitir el ingreso de prueba alguna, efectuó el control de constitucionalidad en forma genérica y abstracta, y que ese fue posiblemente el error del sentenciante.

Dicho esto, pasaron a relatar los hechos y así dicen que S. C. V. y F. R. L. solicitaron la guarda con fines de adopción de su nieta -biológica y afín respectivamente-, fundado en la particularidad de que la niña vive con ellos desde el año 2011, o sea a partir de los tres meses de vida. Que ellos se

hicieron cargo desde el minuto uno de la responsabilidad parental en los hechos (vivienda, vestido, alimento). Que en la SENAF se les concedió la guarda con fines asistenciales, a fin de que pudiesen incorporarla como beneficiaria de su obra social.

Recalaron que la niña los reconoció desde sus primeros momentos como padres y lo sigue reconociendo como tales (bajo el término de mamá y papá).

Añadieron que los padres biológicos no han tenido jamás interés en cuidar ni hacerse cargo de la niña, y han manifestado que su intención y deseo es el mantener el actual estado de situación.

Consignaron que los dicentes ofrecieron una importante y variada gama de pruebas a fin de diligenciarla y agregarla al expediente en la etapa del rito correspondiente.

Continuaron diciendo que el juez se equivocó, pues se avocó al tratamiento directo del pedido de inconstitucionalidad, efectuando un análisis previo y genérico de las normas objetadas y no de las normas con respecto al caso concreto.

Luego de ello, expresaron que el agravio finca en haber efectuado el control de constitucionalidad sin previa introducción de las probanzas y al momento de dictar resolución final.

En lo que hace a los fundamentos del planteo de inconstitucionalidad o inaplicabilidad –independientemente de la interpretación

que se haga– desarrollaron el art. 601 inc. b) del CCC, en el caso concreto, provoca un daño irreparable y lesiona derechos constitucionales como el derecho a formar una familia, el derecho a la identidad de la menor, no respondiendo la interpretación al principio rector en materia de niñez que es el interés superior del niño.

Como consecuencia de todo lo expuesto, volvieron a subrayar que el Sr. Juez se adelantó en emitir opinión, sin atender previamente las trascendentes circunstancias fácticas que rodena al caso.

Señalaron que no se ha escuchado a los padres biológicos ni a la menor.

Remarcaron que no están discutiendo los vínculos filiales en razón de los parentescos de sangre y de afinidad, ni mucho menos la distorsión de ellos; lo que se pretende es el reconocimiento pleno de los derechos y principios constitucionales que amparan a la menor.

Postularon que la máxima satisfacción de los derechos y garantías de la niña y del interés superior de la misma, se ven reflejados en el vínculo afectivo creado con ellos desde los primeros meses de vida, donde, si se considera que hay superposición de vínculos, es porque el Sr. Juez no ha permitido ir al fondo del caso que ocupa, ni abierto la causa a prueba. Por esta razón, dijeron, que hoy la Sra. V. (abuela biológica de J.) es reconocida como mamá por J., y que el Sr. L. (abuelo afín) es conocido como papá por la menor. Expresaron que en tiempo oportuno y con la ayuda de especialistas, se deberá

precisar la realidad de los hechos y sus vínculos biológicos, pero ahora el derecho debe acompañar con lo mejor que pueda para su protección y desarrollo integral.

Desde el punto de vista legal, refirieron que la resolución contraría principios constitucionales e internacionales, especialmente todo lo que toca a la protección del interés superior del niño, consagrados en la Ley 26061, Ley 9944, Convención sobre los derechos del niño, y demás de jerarquía constitucional, vulnerando así los principios de nuestra ley fundamental (art. 28 y 75 inc. 22 CN).

Volvieron a recalcar que el Sr. Juez no ha tenido en cuenta la situación de hecho que viene acaeciendo desde hace seis años (edad de la niña), como así tampoco su opinión, vivencias, motivaciones, sensaciones y sentimientos. Entendieron que el magistrado se adelantó en emitir opinión, sin atender previamente las trascendentes circunstancias fácticas que rodean y nutren a la cuestión concreta.

En efecto, solicitaron que se declare la inconstitucionalidad declamada o, en su caso, la “inconveniencia”, o también la inaplicabilidad de los arts. 301 inc. b) y 611 del CCC. Al mismo tiempo, afirmaron que las demás vías alternativas que menciona el Sr. Juez no permiten la estabilidad familiar y emocional de la niña respecto a su familia que es la única que la pequeña reconoce como tal.

Concluyeron que debe revocarse la resolución impugnada.

La Asesora Letrada de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar, Penal Juvenil y Género, a contentar el traslado conferido, sobre el pedido de inconstitucionalidad declaró que debe ser rechazado, puesto que el Tribunal dictó resolución conforme a derecho. Agregó que el derecho a la identidad de la niña está siendo violado todos los días por sus abuelos, ya que la realidad biológica no se está respetando desde el momento que los Sres. V. y L. ha permitido que su nieta los llame mamá y papá. Que entiende que existen otras figuras jurídicas dispuestas por el código de fondo para situaciones como la presente, lo que hace caer el perjuicio mencionado; que la resolución atacada es correcta y debe mantenerse. Citó jurisprudencia afín a la norma atacada, la que enuncia la inconveniencia de que un abuelo adopte a su nieto porque trastocaría los roles y el lugar familiar de cada uno.

Puntualizó que J. posee desde que nació una mamá y un papá biológicos, que tiene una familia de origen que la contiene y cuida, pero a la vez son estos mismos adultos quienes la han colocado en una situación de vulnerabilidad, creándole una realidad que no es la verdadera y fomentando una vida de mentira que va en contra de su interés superior. Por ello, estimó que hoy no pueden venir a pretender que esta situación se modifique mediante la declaración de inconstitucionalidad de casi todas las normas del instituto de la adopción para determinar un escenario idéntico al legislado por el código de fondo para el instituto de la tutela, negándose a aceptar esta última.

Concluyó que deberá rechazarse el planteo de inconstitucionalidad, remitiendo los presentes al juzgado con competencia en cuestiones de familiar a los fines de tramitar la tutela.

El Fiscal de Cámara, Dr. Jorge A. Medina, responde y, en prieta síntesis, compartió lo resuelto por el Tribunal a quo, señalando que la aplicación de la normativa cuestionada, en el caso concreto, no es contraria a los principios constitucionales o los previstos en tratados internacionales. Que las otras vías o formas de las que pueden valerse los actores, además de ser adecuadas, en el caso, cumplen con los fines que tienen en mira los pretensos adoptantes y logran asegurar el bienestar de la menor.

Puso de manifiesto que la verdad de sus vínculos y/u orígenes, independientemente de la figura que se adopte, deberá ser esclarecida en atención al derecho a la identidad e interés superior del niño. Concluyó señalando que no debe proceder el planteo de inconstitucionalidad.

II) Presentado el recurso de la manera relatada, diremos que el juez a quo, resolvió no hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 601, inc. b) del CCC, ordenando a los peticionantes que ocurran por la vía y ante quien correspondan para iniciar los procesos que subsidiariamente solicitaron, y que se encuentran previstos en los arts. 643, 657 y 104 de la ley de fondo.

Ingresando al análisis del asunto, nos damos con que, lo que cuestionan los apelantes, es que el Juez a quo haya rechazado

preliminarmente y en forma abstracta el planteo de inconstitucionalidad (o inaplicabilidad), sin permitir la introducción de probanzas para fallar el mismo al dictar resolución definitiva, y sin considerar las particularidades del caso puesto en escena.

Desde ya consideramos que el planteo no merece recibo.

Damos razones.

III) La prohibición del art. 601 inc. b) del CCC.

Este dispositivo legal, que ya estaba en el abrogado art. 315 inc. b) del Código Civil, establece que **no puede adoptar el ascendiente a su descendiente.**

III.1) La vida muestra con gran frecuencia el caso de abuelos que asumen -como padres- la crianza de sus nietos, llevados por distintas circunstancias de la vida, y, en este contexto la norma, a priori, pudiera ser motivo de objeciones, empero, luego de un análisis más detallado y minucioso de este tipo de cuestiones es posible llegar a la conclusión de que los fundamentos que el legislador pudo haber encontrado para determinar este impedimento se muestran con suficiente asidero que las circunstancias de este proceso no habilitan a abandonar.

Lorenzetti expresa: *“La fundamentación de la misma es que el vínculo existente entre adoptante y adoptado que se vería distorsionado de adoptar uno al otro; un ejemplo de ello sería la adopción de los abuelos a los nietos, situación que modificaría un vínculo existente generando confusión a*

nivel familiar” (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, 1ª ed., Santa Fe: Rubinzal - Culzoni, 2015, p. 65).

III.2) Si el matrimonio de V. y L. (acta de matrimonio de fs. 10), como abuelos biológica y afín respectivamente, adoptan a su nieta J., esta última perdería su calidad de hija frente a sus progenitores, P. M. O. y N. B. Z. (acta de nacimiento, fs. 8), adquiriendo un emplazamiento familiar, frente a los restantes integrantes del grupo familiar que compone, distinto al que hoy detenta, incluyendo a sus abuelos, aun cuando estos hayan asumido por la fuerza de la realidad, y sin que esto pueda verse como una caso de privación de identidad a la niña, el rol de padres.

En este contexto y frente a una situación que no difiere demasiado de aquellas que se presentan con más frecuencia que la deseada, en cuanto al rol de abuelos que deben suplir a sus hijos en la plena crianza de sus nietos, no luce contrario al *supra ordenamiento* que la legislación encamine estas circunstancias, según los valores y criterios que la sociedad, a través de sus representantes, sostiene y, en este supuesto, privilegia el emplazamiento originario, sin encontrar conveniente modificarlo.

III.3) De esta manera, podemos afirmar que no encontramos mérito alguno para declarar la inconstitucionalidad o inaplicabilidad al caso en concreto del art. 601 inc. b) del CCC, al no presentarse razones de extrema necesidad que eventualmente pudieran justificar la posibilidad de

modificar el espíritu que el legislador tuvo como horizonte para establecer tal prohibición.

Recordemos que la declaración de inconstitucionalidad se erige como un remedio extremo y excepcional al que sólo cabe acudir –por lógica derivación– en aquellos supuestos en los cuales ninguna otra solución razonable pueda deducirse de la propia normativa (**Fallos: 314:407; 326:2692; 327:831**). A partir de esa pauta restrictiva, entonces, se exige al intérprete que evite la declaración de inconstitucionalidad, de ser posible, mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas (**Fallos: 147:286**).

III.4) Hemos localizado un supuesto en torno a la invalidez del hoy art. 601 inc. b) del CCC, el cual muestra un supuesto de excepción suscitado en la Provincia de Santa Fe de fecha 30/6/1994 (“**T., J. A. y otra**”, **Cám. Civ. y Com. Santa Fe, Sala III, 21/12/1995, publicado en: La Ley 1997-F, 145, con nota de Germán J. Bidart Campos; DJ1998-1, 673 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Director: Marcos M. Córdoba - Editorial La Ley, 2004, 19, cita online: AR/JUR/1723/1995**). Los magistrados, fundados en el concepto del “*interés superior del niño*”, otorgaron la adopción a los abuelos maternos, siendo que el niño quedó bajo su cuidado, ya que el padre se encontraba condenado a prisión perpetua como autor de la muerte de su madre. En ese caso, se declaró la inconstitucionalidad del articulado de la

ley 19.134 –vigente por entonces– que, como la normativa en análisis, prohibía la adopción entre ascendientes y descendientes.

Más allá de los fundamentos que se expusieron en dicho fallo –y de lo controversial que resulta su contenido–, podríamos llegar a pensar que la decisión a la que se arribó luce ajustada en el contexto que brinda la extremísima particularidad de ese caso, donde el niño quedó en pleno desamparo de sus padres y con un contexto de conflictividad que, por excepcional, desborda la posibilidad de recurrir al caso para dirimir otras situaciones que, como la de autos, no difieren de las que suelen presentarse con cierta habitualidad.

III.5) En nuestro caso, del mero análisis de la demanda (fs. 1/7), podemos apreciar que J., hija de la pareja O.-Z., hoy se encuentra bajo el cuidado de los pretensos adoptantes V. y L. (madre biológica y padre afín respectivamente de O.). Que ante la despreocupada atención que los progenitores le brindaban a la niña, los abuelos se habrían hecho cargo de la pequeña desde su primera semana de vida, ya que bajo los pretextos de que tenían que trabajar y terminar el secundario, no iban a poder ocuparse de su hija, sumado a que se habrían presentado interrupciones en la relación existente entre O. y Z., lo cual habría motivado que éstos dejen la niña con los abuelos para que la cuiden como propia, desde ese entonces, en forma ininterrumpida. Que a medida que fue pasando el tiempo, J. habría reconocido a sus abuelos como su mamá y su papá.

Ante estas contingencias, se acreditó que la Unidad de Desarrollo Regional, Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF)

concedió a los abuelos de J. la guarda solo a los fines asistenciales conforme a la Ley Nacional 26.061 y a la Ley Provincial 9944, para ser presentada exclusivamente por ante la obra social OSECAC; todo ello a tenor de lo que surge del acta agregada a fs. 31 del día 15/12/2014, en la que se tuvo en consideración el tiempo de convivencia que la niña llevaba con sus abuelos (conf. declaración jurada a agregada a fs. 32).

Dicho esto, vemos que la ausencia de precedentes, más allá del excepcional -y muy triste y extremo- caso que hemos referenciado, pone en evidencia que el criterio del legislador se ha visto acompañado por la realidad.

Desde esta perspectiva, la resolución que tomó el Juez a quo se muestra acertada en función de las circunstancias familiares existentes y el texto legal aludido.

No fue una incorrección el hecho de no haber escuchado previamente a la menor ni a los progenitores de ésta, pues al no quebrantarse ninguna garantía constitucional e internacional ni el interés superior del niño, consideramos que el peso de la restricción es mayor y absoluto.

Para Bossert (...) *“la superposición de lazos fraternales y filiales con todo lo que cada uno de ellos implica en cuanto a contenido emocional, sentido de respeto y obediencia, e incluso ubicación ante el grupo social de los sujetos de dichos vínculos familiares, no resultaría beneficiosa para la formación del menor. Creemos que lo afectaría la tan irregular situación de tener que considerar reunidos en una misma persona a su padre y a su*

hermano” (conf. Bossert, Gustavo, “Adopción y legitimación adoptiva”, Astrea, Buenos Aires, p. 58).

La doctrina explica -y compartimos- que existen otras figuras legales protectorias, como la tutela, aplicada para el supuesto de los abuelos que, de ser el caso, aparecen como miembros de la familia de origen con derechos prioritarios respecto de pretensos adoptantes. (conf. Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián; Herrera, Marisa, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, 1ª ed., Buenos Aires: Infojus, 2015. v. 2, p. 390).

Por ello, creemos que no se requiere valerse del instituto de la adopción para crear un emplazamiento familiar distinto, y en cierto modo incompatible a su calidad de sustituir al padre o a la madre en el ejercicio de los deberes y derechos de la responsabilidad parental.

J. tiene a sus abuelos. No está desprotegida o abandonada. Tiene un ámbito familiar propio. La relación entrañable que, por lo que puede verse, la liga a V. y L. –sus abuelos– no depende ni se enriquece con el agregado de otro vínculo jurídico como es el que surge de la adopción. A nuestro entender, resulta suficiente la institución de la tutela para ejercer la asistencia, resguardo y representación legal que necesita la niña.

IV) En conclusión, por todas estas razones, la apelación debe ser desestimada, debiendo confirmarse en todos sus términos el Auto Interlocutorio N° 11 del 11/4/2017 (fs. 47/48).

Costas por su orden. Diferir la regulación de honorarios para cuando sea solicitada (arg. art. 26, ley 9459).

SE RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por S. C. V. y F. R. L. y, en consecuencia, confirmar el Interlocutorio apelado en todo lo que decide y ha sido materia de agravio.

2) Costas por su orden, difiriendo la regulación de honorarios para cuando sea solicitada.

Protocolícese, hágase saber y bajen.