

**ADOPCIÓN-CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO : SITUACIÓN DE
ADOPTABILIDAD-PROCESO DE FAMILIA
SENTENCIA N° 812/19 - 07/08/19**

Carátula: "E., F.T.U. s/Apelación - Juzgado de Menores de Clorinda"

Tribunal: Excmo. Tribunal de Familia

Firmantes: Dras. Silvia Teresa Pando, Viviana Karina Kalafattich, Judith Elizabeth Sosa de Lozina-Juez subrogante-.

Sumarios:

1. El concepto contenido en el art. 594 sienta las bases a partir de las cuales deben interpretarse las demás normas, señalando que la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no pueden ser proporcionados por su familia de origen. Se desprende claramente de tal concepto que la adopción es una institución destinada a la satisfacción de todo niño de vivir en definitiva en una familia, fundándose la definición que recepta el código en los postulados que impone la Convención sobre los Derechos del Niño que se conocen como el Modelo de Protección Integral de los Derechos.

2. La situación de adoptabilidad es una declaración judicial mediante la cual se establece la privación de esa familia a ese niño, niña o adolescente, pero para arribar a la declaración judicial de adoptabilidad primero se deben agotar ciertos requisitos y entre ellos se encuentra buscar en la familia ampliada o de origen, que es aquella que comprende a todas las personas unidas por el vínculo de parentesco por consanguinidad, por afinidad.

3. La adopción fue regulada por el codificador de manera tal que para acceder a ella, previamente debe quedar resuelta la situación del niño por eso ha diagramado dos procesos judiciales: la declaración de la situación de adoptabilidad y la adopción propiamente dicha. Esto es así pues -reitero- la adopción nace cuando la familia de origen no cumple la función de protección y cuidado que está llamada a cumplir en beneficio del niño. Ante la ausencia de familia (de origen o ampliada) en la que un niño pueda crecer y desarrollarse, aparece la familia adoptiva.

Por ello, la ley ordena que previamente se verifique tal ausencia, imponiendo un proceso de declaración de situación de adoptabilidad con la directriz de agotar las posibilidades de permanencia del niño en la familia de origen o ampliada (art. 595 - inc. "c" del C.C y C.).

Este proceso es independiente, previo y obligatorio con requisitos propios que se encuentran detallados en el capítulo correspondiente a la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, contenida en los arts. 607 y sgtes. del C.C.C., y que tiende prima facie a propiciar que los niños, niñas y adolescentes vivan y permanezcan dentro del ámbito de la familia de origen y/o ampliada. Es decir que para adoptar, necesariamente se debe cumplir un requisito esencial de la adopción que es la declaración judicial de la situación de adoptabilidad.

Fallo Completo:



Excmo. Tribunal de Familia
PODER JUDICIAL DE FORMOSA

**REGISTRADO el 07 / 08 /19
TOMO N° 812/19
DEL LIBRO de SENTENCIAS**

En la ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los SIETE (07) días del mes de AGOSTO del año DOS MIL DIECINUEVE, en los autos caratulados: "**F., F. T. U. s/APELACIÓN - JUZGADO DE MENORES DE CLORINDA**", Expte. N° 2.307/18 registro de este Excmo. Tribunal de Familia, venidos al Acuerdo para resolver el Recurso de Apelación interpuesto contra la Sentencia N° 117/18 obrante a fs. 131/132 vlta rectificadora, dictada por la Sra. Juez de Menores de la Segunda Circunscripción Judicial en los autos caratulados: "F., F.T.U. S/GUARDA", Expte. N° 58 -Folio 438 - Año 2014, del registro del mencionado Juzgado. El orden de votación es el siguiente: Dra. Silvia Teresa Pando, Dra. Viviana Karina Kalafattich y Dra. Judith Sosa de Lozina.- I) RELACIÓN DE LA CAUSA: La Dra. Silvia Teresa Pando dijo: Inician estas actuaciones los Sres. R. E. y M.L. A. solicitando se les conceda la guarda judicial de su sobrino el niño F.T.U.F. En el marco del proceso de guarda, se cita a los Sres. M. A. E. y C. R. F., progenitores del niño a fin de que manifiesten su consentimiento, esto es, que los Sres. R. E. y C. R. F. sean designados guardadores de su hijo. Al presentarse en audiencia que rola a fs. 15 y vlta., manifiestan que no prestan su consentimiento, aduciendo que no mantienen buena relación con los mismos y que éstos no le quieren devolver su hijo. En dicha oportunidad relata la madre que dejó a su hijo

PODER JUDICIAL DE FORMOSA
DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA JURISPRUDENCIAL

Fallos Novedosos

F. al cuidado de los aludidos tíos, porque su otra hija L. F. enfermó de cáncer y fue trasladada a la Ciudad de Formosa donde estuvo internada durante 9 meses, falleciendo posteriormente pese a la atención recibida, y que sólo por esa razón dejó a su hijo, oponiéndose aquellos, a su regreso, a reintegrarle a su hijo. A fs. 28 se presentan los guardadores solicitando se cite a los progenitores a los fines de reintegrar al niño F. U. F. a su progenitora. Seguidamente se fija fecha de audiencia a la que deberán comparecer las partes a fin de cumplir con la entrega del niño a su progenitora. A fs. 30 obra acta mediante la cual se da cumplimiento al reintegro del niño a su progenitora. Posteriormente, la Sra. M. A. E. se hace presente y manifiesta su deseo de entregar nuevamente su hijo a los tíos maternos, atento que necesita trabajar y el niño se encuentra integrado al núcleo familiar de los tíos. Atento esta nueva circunstancia, continúa el trámite de la guarda oportunamente iniciada, regresando el niño con sus tíos maternos en virtud de lo expuesto en fecha 16/04/2014 (fs. 35) por la madre. A fs. 42 se agrega informe social realizado en el domicilio de los guardadores, a fs. 48 obra acta de audiencia a la que comparecen los guardadores y la progenitora, no habiendo comparecido al acto el padre del niño. En dicha audiencia la madre del niño expresa mediante su patrocinante que no tiene inconvenientes en delegar el cuidado personal "guarda" de su hijo por el término de un año, pero solicita modificar el régimen comunicacional, por su parte el matrimonio E. - A. aceptan la propuesta. Así se dicta Sentencia N° 378 de fecha 05 de septiembre de 2016, mediante la cual se resuelve homologar judicialmente lo acordado en cuanto a la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental del niño F. T. U. F. a favor los Sres R. E. y M. L. A. (fs. 79/80 vta.). A fs. 108/110 en fecha 6 de septiembre de 2017, se presentan los Sres. R. E. y M. L. A. (guardadores) a solicitar la adopción plena del niño F. T. U. F. cuya guarda simple ejercen desde el año 2012 otorgada en los autos caratulados "E., M. A. y F., C. R. s/Solicitud Homologación de Acuerdo" Expte. 624/2011, relatando en forma detallada los hechos y el derecho en que fundan su pretensión de adopción, como así lo tramitado en la presente causa, adjuntando además las pruebas que hacen a su derecho. A fs. 111 la Sra Jueza dispone "a los fines de dar cumplimiento con lo prescripto por el art. 607 y cctes. del CCyC, para la declaración de estado de adoptabilidad del niño, córrase traslado a los progenitores a fin de que comparezcan a ejercer sus derechos, formulen oposición a la petición formulada por los guardadores y aporten pruebas que hagan a su defensa. Libradas las respectivas cédulas de notificación, ante la falta de contestación por parte de los progenitores, se les da por decaído el derecho dejado de usar y se corre vista al Ministerio de Menores a fin de que se expida sobre el estado de adoptabilidad (fs. 122). A fs. 126 la Sra. Asesora de Menores de la baja instancia expone detalladamente en su dictamen el devenir del proceso y dictamina "en atención a que el niño convive con sus tíos (familia ampliada) desde hace varios años, y habiendo quedado demostrado conforme surge de las constancias obrantes en autos se encuentra plenamente adaptado, es cuidado tanto física como emocionalmente surgiendo ello de las constancias de asistencia a terapia, cuidados médicos, informes psicológicos y sociales, tengo para mí que no procede dictar en este caso de declaración de estado de adoptabilidad ya que no se dan los supuestos previstos en la ley. Entiendo que el menor debería seguir viviendo con los peticionantes ya que conforme se ha homologado la delegación del cuidado personal en autos se ha considerado que ello era lo más beneficioso y adecuado para el interés del menor. Vencido ese plazo los peticionantes podrán iniciar el trámite previsto en el art 104 del Código Civil." A fs. 131/132 se dicta la la Sentencia N°117/18 mediante la cual no se hace lugar lo solicitado por los Sres. R. E. y M. L. A., instándose a las partes a iniciar los trámites de la tutela previsto en el art. 104 del Código Civil y Comercial. Contra esta decisión interponen las partes el recurso de apelación en análisis. La Dra. Viviana Karina Kalafattich dijo: que adhiere a la relación de la causa. II. CUESTIONES A RESOLVER: La Dra. Silvia Teresa Pando dijo: propongo como cuestiones a resolver las siguientes: ¿es procedente en su aspecto formal el recurso interpuesto? ¿es ajustada a derecho la Sentencia recurrida?, en su caso ¿que pronunciamiento corresponde? La Dra. Viviana Karina Kalafattich dijo: que adhiere a dichas proposiciones. III. A LAS CUESTIONES PLANTEADAS: La Dra. Silvia Teresa Pando dijo: a la primera cuestión planteada, dada la relación de la causa que antecede y sin perjuicio de la viabilidad de los argumentos que fundamentan el recurso de apelación interpuesto, en el caso, encuentro formalmente cumplidos los presupuestos necesarios que abren la instancia revisora de esta Alzada, por lo que seguidamente analizaré los agravios propuestos. 1) Agravios: Sostiene que la enumeración a la que remite el art. 104 del CCyC no es taxativa al referirse a la figura de la guarda o de la tutela, y prueba de ello es que admite expresamente la adopción a favor del tutor en el art. 606 del CCyC. Indica que el art. 607 es coherente, ya que no se dicta una declaración de abandono y adoptabilidad cuando el niño, niña o adolescente se encuentre cobijado o amparado por su familia o algún referente afectivo, no se trata aquí de una negación por parte de la ley hacia la figura de la adopción por parte de familiares porque de ser así lo habría incluido en el art. 601 del CCyC. En igual sentido obra el art. 611 el cual prohíbe expresamente la entrega directa en guarda preadoptiva, excepto que se compruebe la existencia de un vínculo de parentesco. Insiste que no se encuentra dentro de las prohibiciones de los artículos, y que pasar de la guarda para iniciar los trámites de la tutela sería un dispendio ya que cumplido lo requerido en la norma puede iniciar los trámites de la adopción, no atendiendo de esta forma al interés superior del niño. Por otra parte sostiene que los institutos de la Tutela y la responsabilidad parental son distintos y no existe razón o fundamento para no darle a un niño un padre o una madre, que no obstante F. haber sido concebido por M. y C., se siente hijo de los peticionantes que son quienes lo cobijan y se encargan de la protección integral de F., el cual no ha sido escuchado durante el proceso. Corrida vista a la Sra Asesora de Menores la misma se expide a fs. 153/154 sosteniendo que se debe rechazar el recurso formulado por los Sres. R. E. y M. L. A., confirmándose la sentencia recurrida. 2) Resulta necesario, para ingresar al análisis del recurso, recordar cómo la legislación vigente, estructura el instituto de la adopción, para comprender sus fundamentos y objetivos y así interpretar adecuadamente e integralmente el alcance de las normas, todas siempre bajo la premisa de la cual debemos partir cual es que es una institución que debe priorizar el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. El concepto contenido en el art. 594 sienta las bases a partir de las cuales deben interpretarse las demás normas, señalando que la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no pueden ser proporcionados por su familia de origen. Se desprende claramente de tal concepto que la adopción es una institución destinada a la satisfacción de todo niño de vivir en definitiva en una familia, fundándose la definición que recepta el código en los postulados que impone la Convención sobre los Derechos del Niño que se conocen como el Modelo de Protección Integral del los Derechos. Si la familia es el núcleo de socialización primaria de todo niño dentro del que debe vivir, crecer y desarrollarse hasta que alcance su plena autonomía de manera paulatina y progresiva, la adopción es la institución que aparece en escena, cuando por diferentes circunstancias el niño no puede permanecer dentro de ese hábitat, necesitando de otro ámbito familiar que pueda cumplir aquella función que no puede ser llevada adelante por la familia de origen o ampliada. Seguidamente el art. 595 establece cuales son los principios que rigen a la adopción, a saber: el interés superior del niño, el respeto por el derecho a la identidad, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, la preservación de los vínculos fraternos, el derecho a conocer sus orígenes y el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y que su opinión sea tenida

PODER JUDICIAL DE FORMOSA
DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA JURISPRUDENCIAL

Fallos Novedosos

en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. Siguiendo con la normativa contenida en el Código, el art. 597 establece cuales son las personas que pueden ser adoptadas, estableciendo que pueden serlo las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental. Siendo esta la regla, es necesario para poder adoptar un menor que se haya decretado la privación de la responsabilidad parental de los padres o que se haya declarado la situación de adoptabilidad del niño/a y/o adolescente en su caso. Coincidente con ello ley de fondo dedica un capítulo al procedimiento que se debe llevar a cabo para dictar el estado de adoptabilidad, en los arts. 607 y sgtes del C.C.y C. La situación de adoptabilidad es una declaración judicial mediante la cual se establece la privación de esa familia a ese niño, niña o adolescente, pero para arribar a la declaración judicial de adoptabilidad primero se deben agotar ciertos requisitos y entre ellos se encuentra buscar en la familia ampliada o de origen, que es aquella que comprende a todas las personas unidas por el vínculo de parentesco por consanguinidad, por afinidad. En este sentido, la adopción constituye una figura destinada a satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia, lo que debería acontecer en primer término en su núcleo familiar de origen y sólo si ello no es posible, en otra familia a través de la filiación adoptiva. En este contexto la adopción es viable ante la imposibilidad de mantener al niño en su familia de origen o ampliada por diferentes y complejos motivos, cuyo denominador común es tratarse de situaciones de extrema gravedad o abierta violación de derechos humanos de niños y adolescentes como acontece en situaciones de violencia abuso, negligencia y la dificultad de revertir tales situaciones. En este contexto la adopción se muestra como una institución destinada a restablecer derechos vulnerados a través de la reinserción del niño en otro grupo familiar que lo contenga y, en definitiva que, satisfaga su interés superior. (conf. Aida Kelmelmajer de Carlucci-Marisa Herrera- Nora Lloveras en Tratado de Derecho de Familia Tomo III -Ed. Rubinzal Culzoni Editores, pag 9 y sgtes) 3) Al analizar las constancias de autos a la luz de la normativa aplicable antes mencionada cabe adelantar que el recurso interpuesto debe ser rechazado, en tanto los agravios responden a una interpretación parcializada del instituto de la adopción y el sentido que inspira el mismo, tal como lo señala la Sra. Asesora de Menores de Cámara en dictamen que se comparte in totum. Como se anticipara, esta causa ha sido iniciada por los Sres R. E. y M. L. A., tíos maternos del niño F. T. U. F., quien es hijo de la Sra. M. A. E. (hermana del peticionante) y del Sr. C. F., quienes en principio requirieron la guarda judicial del niño, readecuándose luego como delegación de la responsabilidad parental, en virtud de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (agosto de 2015) conforme artículo 643 del CCC., solicitud que se homologara mediante Sentencia N° 378/16 obrante a fs. 79/80, la cual se encuentra firme y consentida. Posteriormente los guardadores, solicitan la adopción plena de su sobrino el niño F. T. U. F. , tramitándose tal pedido en este mismo expediente. Resulta necesario en este punto detenernos para efectuar un primer señalamiento. Como bien sostiene la Sra. Asesora de Menores, este proceso ha sido iniciado y concluido como una homologación de responsabilidad parental en los términos del art. 643 del C.C. y C. (firme y consentido), mas adelante se peticiona la adopción del pequeño, siendo evidente que se trata de dos procesos diferenciados no solo en cuanto a su trámite sino - lo que resulta aún más relevante- en cuanto al fin que persiguen, por lo cual encontrándose concluido el proceso de delegación de responsabilidad (guarda), no procedía tramitar en el mismo proceso el pedido de adopción, debiendo la juez a quo haber rechazado in limine la petición o, en su caso, las partes debieron iniciar un proceso autónomo a fin de analizar en ese marco la procedencia de la adopción instada ya que "esto no constituye una mera formalidad, en tanto las formas son necesarias para validar adecuadamente los derechos sustanciales invocados y garantizar el debido proceso de todas las partes involucradas "art. 18 CN" (cfr. fs.153 vta). Dicho lo anterior, queda claro que la adopción fue regulada por el codificador de manera tal que para acceder a ella, previamente debe quedar resuelta la situación del niño por eso ha diagramado dos procesos judiciales: la declaración de la situación de adoptabilidad y la adopción propiamente dicha. Esto es así pues -reitero- la adopción nace cuando la familia de origen no cumple la función de protección y cuidado que está llamada a cumplir en beneficio del niño. Ante la ausencia de familia (de origen o ampliada) en la que un niño pueda crecer y desarrollarse, aparece la familia adoptiva. Por ello, la ley ordena que previamente se verifique tal ausencia, imponiendo un proceso de declaración de situación de adoptabilidad con la directriz de agotar las posibilidades de permanencia del niño en la familia de origen o ampliada (art. 595 - inc. "c" del C.C y C.). Este proceso es independiente, previo y obligatorio con requisitos propios que se encuentran detallados en el capítulo correspondiente a la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, contenida en los arts. 607 y sgtes. del C.C.C., y que tiende prima facie a propiciar que los niños, niñas y adolescentes vivan y permanezcan dentro del ámbito de la familia de origen y/o ampliada. Es decir que para adoptar, necesariamente se debe cumplir un requisito esencial de la adopción que es la declaración judicial de la situación de adoptabilidad. A su vez, el art. 607 del C.C. y C. impide declarar la situación de adoptabilidad si algún familiar o referente afectivo del niño ofrece asumir su guarda o tutela y ese pedido es considerado adecuado al interés del niño, como bien lo entiende la Jueza a quo y se da en el presente, donde el tío materno Sr. R. E. resulta ser familiar consanguíneo del niño, brindándole los medios necesarios y afectivos para su desarrollo integral. La quejosa realiza una interpretación errónea de la norma, pues precisamente, tal como se expusiera, el instituto de la adopción fue regulado en protección del derecho del niño de crecer y desarrollarse en una familia, su familia de origen o ampliada, cuando ésta asume su responsabilidad, y el niño puede permanecer en ella, no existe motivo para continuar con la filiación adoptiva si eso es considerado adecuado a su interés. Si bien asiste a razón a los peticionantes en cuanto a que ellos no se encuentran comprendidos expresamente dentro de la prohibición para ser adoptantes contenida en el art 601 del C.C.C., no es menos cierto que en este tipo de proceso se privilegia el interés superior del niño (art. 3 de la C.D.N.) por encima del interés o de las pretensiones de los adultos y si los mismos se encuentran en pugna prevalece el interés de los niños, que en caso en particular radica en evitarle una ficción legal a F., a sabiendas que los peticionantes/guardadores son sus tíos (el Sr. R.E. es su tío de sangre), que no existen razones para cambiarle su realidad, la que evidencia que posee parientes que desean hacerse cargo de él, por lo que no correspondería destruir el vinculo originario, en fin, su realidad biológica.- En el presente caso considero, que no se encuentran motivos que justifiquen esta privación del vinculo del niño con sus lazos de origen, ya que las partes – es decir, tíos maternos – vienen desempeñando apropiadamente el cuidado del niño F. T., considerando además que la Jueza a quo en el fallo recurrido hizo saber a los peticionantes que pueden iniciar o adecuar sus pretensiones a lo contenido en el art 104 del C.C.C. con el fin de regularizar la situación del niño y darle estabilidad. Por lo expuesto, teniendo en cuenta el interés superior de F. (art 3 CDN) que para el caso se concretiza en el derecho a ser criado por su familia ampliada (arts. 8 y 9 C.D.N.), resultando ajustada a derecho la decisión impugnada, corresponde rechazar el Recurso de Apelación interpuesto por los Sres R. E. y M. L. A. y confirmar el Fallo 117/18 obrante a fs 131/132 de autos. ES MI VOTO. La Dra. VIVIANA KARINA KALAFATTICH dijo: Que habiendo examinado la Sra. Juez preopinante analizado el caso y la normativa aplicable, a la petición planteada en autos no resta más que adherirme con MI VOTO a los términos esgrimidos por la miembro preopinante. Por las consideraciones expuestas, con el voto de la Sra. Jueza Dra. SILVIA TERESA PANDO y la

PODER JUDICIAL DE FORMOSA
DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA JURISPRUDENCIAL

Fallos Novedosos

Dra VIVIANA KARINA KALAFATTICH y sin que emita su opinion la Dra JUDITH E. SOSA DE LOZINA, de conformidad al art. 10 del Reglamento para el Funcionamiento del tribunal de Familia (Acordada del STJ N° 1897/93); en concordancia con los arts. 33 de la L.O. y el art. 188 del R.I.A.J.; EL EXCMO. TRIBUNAL DE FAMILIA RESUELVE: 1°) NO HACER LUGAR al RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los Sres. R. E. y M. L. A.y CONFIRMAR el Fallo N° 117/18, por los argumentos expuestos en los considerandos. 2°) Costas al vencido de conformidad al art. 68 del CPCC. A cuyo fin se regulan los honorarios de la Dra Josefina Alcaraz patrocinantes de los recurrentes en la suma equivalente al TREINTA POR CIENTO (30%) de lo regulado en la primera instancia (cfr. arts. 8, 9, 15, 59 y ctes. de la Ley 512).- 3°) REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE a las partes personalmente o por cédula, por Secretaria al Ministerio Pupilar. Y oportunamente bajen los autos al Juzgado de origen. Sirva la presente de atenta nota de remisión.-
Firmantes: Dra. Silvia Teresa Pando - Dra. Viviana Karina Kalafattich - Dra Judith Elizabeth Sosa de Lozina-Juez subrogante.