

**PUBLICADO EN COMERCIO Y JUSTICIA 30/4/2012**

**CÁMARA C y C, CONCILIACIÓN, FAMILIA, CONTROL, MENORES Y FALTAS DE SAN FRANCISCO.**

**ADOPCIÓN- AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO EN TRÁMITE DE GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN VÁLIDAMENTE EXPRESADO POR MADRE BIOLÓGICA - RESTITUCIÓN DEL MENOR A MADRE BIOLÓGICA - PRESERVAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.**

1- Respecto del consentimiento en el trámite de guarda con fines de adopción, la madre biológica debe proporcionar el consentimiento en audiencia ante el juez de la causa, conforme a los procedimientos que regula la ley, que brinde todas las garantías de libertad y autodeterminación ante semejante decisión. 2- El apartamiento de un niño de su familia biológica sólo puede fundarse en circunstancias excepcionales en las que sea estrictamente necesario para preservar su interés superior, más no en la carencia de recursos materiales de aquella. El reclamo de que un niño sea criado por su madre biológica no puede desecharse como interés superior de aquél sobre la única circunstancia de que en otro ambiente pueda tener mejores medios o posibilidades. 3- Más allá del acto jurídico de entrega voluntaria de la madre de su hijo, las razones que llevan a tal separación no están dadas por la entrega inicial-elemento importante, por cierto-sino en la imposibilidad de que esos padres quieran hacerse cargo del niño. Adviértase que el verbo utilizado es "quieran" y no "puedan". Ello así, pues si los padres biológicos no pueden criar a sus hijos, entonces, el Estado asume un rol fundamental en el mantenimiento del vínculo materno-filial, cual es la implementación de medidas, programas y planes para que la madre pueda hacerse cargo de la crianza y educación de sus hijos. El recurso no es sacarle al hijo para que otra familia que está en mejores condiciones económicas, sociales, culturales, etc. obtenga la adopción de dicho menor. No puede ser ese el sentido de la ley.

**SENTENCIA NUMERO: 17**

San Francisco, quince de marzo de dos mil doce. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo con sede en esta ciudad, asiento de la Quinta Circunscripción Judicial, integrada de conformidad con el art. 382 CPC (Ley 9129) por el Sr. Vocal Dr. Mario Claudio Perrachione y el Sr. Juez de primera instancia en lo Civil y Comercial Dr. Horacio Enrique Vanzetti, con la presidencia del primero de los nombrados, procede en audiencia pública en la forma que da cuenta el acta levantada al efecto por separado, a dictar sentencia en estos autos caratulados: "B., M. E. c/ R. G. G. – GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN – CUADERNO DE FOTOCOPIAS" (*Expte. N° 400363, Letra "B", N° 23, de fecha 03/06/010, Secretaría única*); venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Conciliación, Familia, Control, Menores y Faltas de la ciudad de M. (Cba.), por concesión a los señores M. E. B. y R. G. G. del recurso de apelación que interpusieran a fs. 186/187 en contra del Auto Número Doscientos treinta y seis de fecha 12/05/010, cuya copia corre agregada a fs. 167/183 v. de autos, en la que el señor Juez resolvió: " 1) *Hacer lugar al pedido formulado por la Sra. D. V. y en consecuencia disponer la restitución del niño R. L. V., D.N.I. .... a su progenitora. Sin costas atento la naturaleza de la cuestión debatida. II)*

*Imponer a la progenitora del niño la continuidad del tratamiento psicológico oportunamente iniciado, y la responsabilidad de asegurar la continuidad del tratamiento psicológico de su hijo, el niño R. L. V., debiendo acreditar dicho extremo mensualmente... Protocolícese, hágase saber y dése copia.- Fdo. José M. Herrán-Juez".*

Que firme el decreto de autos, el señor Vocal y el señor Juez de primera instancia reciben los actuados conforme lo determina el art. 379 CPC., según acta labrada al efecto y, concluido, pasan los autos al acuerdo fijándose las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTION: ¿Es procedente el recurso de apelación deducido por los actores?

SEGUNDA CUESTION: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

El señor Vocal y el señor Juez de primera instancia emiten sus votos en el siguiente orden: Dr. Mario Claudio Perrachione y Dr. Horacio Enrique Vanzetti, los que son leídos por Secretaría.

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. MARIO CLAUDIO PERRACHIONE, DIJO: I) El caso: A fs. 32/34 M. E. B. y R. G. G. solicitan la guarda judicial con fines de adopción del menor R. L. V., D.N.I. ...., nacido el 26/08/08 en la ciudad de M. (Cba.), hijo de D. A. V. de estado civil separada, domiciliada en esa misma ciudad. Alegan que se encuentran casados en primeras nupcias, desde el 23/06/00, y que no han tenido hijos. Agregan que el 26/08/08 nació el niño R. L. V., hijo de D. A. V., quien les hizo entrega del menor el día 27/08/08, es decir, en el mismo momento de abandonar el Sanatorio S.R. de la ciudad de M., donde estuvo internada la madre para que naciera su hijo. Aseveran que la señora V. no se encuentra en condiciones materiales para criar a su hijo y que, atento el desinterés puesto de manifiesto por ella, y la intención de no generar vínculo afectivo con sus familiares, les proponen la entrega del menor nombrado a ellos para que inicien los trámites judiciales de guarda con fines de adopción. Expresan que reúnen las condiciones materiales y morales necesarias para el cuidado y educación del menor, y que se encuentran inscriptos desde el 21/09/06 en el Registro Único de Adopción de la Quinta Circunscripción Judicial, por lo que, cumplen todos los requisitos exigidos por la ley para ser adoptantes, por expresa voluntad de la madre, situación que será corroborada de acuerdo a lo prescripto por el art. 317 del C.C. Ofrecen pruebas. Al final del escrito introductorio se expresa que: "Una vez leído en voz alta ratifica todos y cada uno de sus términos este escrito de demanda la Sra. D. A. V. – DNI N° .....". A fs. 38, y con fecha 12/05/09, se celebra la audiencia prevista por el art. 317 inc. a. Cód. Civ. a la que comparecen la madre biológica del menor, acompañada por su Asesor Letrado Ad-Hoc, Dr. G. T., el Asesor Letrado -representante promiscuo del menor- y

la Lic. M. Inés Soliz, Psicóloga integrante del Equipo Técnico de esa sede. Fijada nueva audiencia a iguales fines, la misma se lleva a cabo con fecha 15/02/010 (fs. 50), y la progenitora no prestó su consentimiento para la adopción de su hijo R.. A fs. 52 el representante del Ministerio Pupilar evacúa la vista corrida y señala que teniendo en cuenta que la señora V. ya entregó dos veces al menor a los pretensos adoptantes, teniendo en cuenta el interés superior del niño, considera que antes de hacerle entrega del menor a la progenitora, se realice un completo informe multidisciplinario para determinar si están dadas las condiciones para que la madre biológica reciba nuevamente a su hijo en su hogar. A fs. 54/58 v. se agrega el informe interdisciplinario llevado a cabo por el Equipo Técnico. A fs. 60 el Ministerio Pupilar opina que si bien podría hacerse lugar a lo solicitado por la Sra. V. es necesario e imprescindible que se provean coetáneamente las sugerencias esbozadas por las profesionales del equipo técnico. A fs. 63/64 v., el Asesor Letrado Ad-Hoc solicita se restituya el menor a su madre biológica. A fs. 95/110 los peticionantes manifiestan que cumplieron con todos y cada uno de los requisitos para ser adoptantes de R. V. y por ende solicitan se haga lugar a la guarda con fines de adopción planteada, destacando que ya se encuentran cumplidos los requisitos previstos por el art. 316 Cód. Civ. Ofrecen pruebas. Fijada audiencia del art. 58 C.P.C. la misma se lleva a cabo el día 05/05/010 (fs. 124), en la que los peticionantes manifiestan que no es cierto que la progenitora del menor no haya prestado el consentimiento judicialmente, sino que por el contrario lo ha hecho, aunque sujeto a la posibilidad de poder visitarlo, tal como surge en las actas anteriores a la de fecha 15.02.010. Ofrecen como alternativa conciliaD. la posibilidad de establecer un régimen de visitas para la madre biológica basado en el triángulo afectivo de acuerdo con la jurisprudencia de nuestra CSJN. Expresan que la Sra. V. se encuentra en concubinato con el supuesto progenitor del menor, el que tiene antecedentes penales, lo que determina la inconveniencia de restituir al niño a su familia biológica. Cedita la palabra a la Sra. V., manifiesta que se opone al ofrecimiento de un régimen de visitas y aclara que lo que desea es tener a su hijo R. con ella.

II) El fallo: Hace lugar al pedido formulado por la Sra. D. V. y dispone la restitución del niño R. L. V. a aquélla, sin costas. Impone a la progenitora del menor la continuidad del tratamiento psicológico iniciado y la responsabilidad de asegurar la continuidad del tratamiento psicológico de su hijo R..

III) Los agravios: Los señores M. E. B. y R. G. G. los expresan, por intermedio de su apoderado a fs. 228/234, sosteniendo que la señora V. observó una actitud cambiante, puesto que en dos ocasiones dio su consentimiento para la adopción y luego dijo que no.

Aditan que no puede afirmarse que no existió un consentimiento plenamente informado, puesto que la madre ya había sido debidamente informada en un trámite similar, de modo tal que conocía que era su derecho entregar o no al menor y sin embargo insistió en la entrega, para luego volver a arrepentirse. Afirman que si bien es necesario el consentimiento informado, el mismo debe ser a la brevedad y no a casi dos años de la entrega del menor. Agrega que el fallo se asienta, fundamentalmente, sobre la inexistencia de un consentimiento debidamente informado, pero esa apreciación es incorrecta. Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura Ofrece prueba.

A fs. 236/237 la señora D. V. contestó el traslado de esa expresión de agravios, solicitando el rechazo del recurso de apelación deducido.

IV) La solución: El "*thema decidendum*", radica en determinar si la señora D. A. V. prestó su consentimiento para la adopción de su hijo R. L. V. por parte de los accionantes, o no.

Previo al análisis del caso en particular debemos tener presente que el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño, establece que: "Los Estados Parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial...". A su vez, el art. 9.1. *Ibidem*, señala: "Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...".

En nuestra Provincia de Córdoba el procedimiento de "guarda preadoptiva", surge de la regulación general establecida por el art. 317 Cód. Civ., reglamentado por el art. 40 de la Ley Prov. 9053 que dispone: "...Guarda para adopción. Cuando la guarda fuere solicitada para ulterior adopción, deberán cumplimentarse los requisitos previstos en el artículo 317 del Código Civil. Para la manifestación de voluntad de los progenitores, se deberán observar las siguientes reglas: a) El Juez fijará una audiencia donde los progenitores prestarán su consentimiento en presencia del Asesor de Menores y del profesional del Equipo Técnico al efecto, debiendo contar el manifestante con asistencia letrada, bajo pena de nulidad; b) Cuando la manifestación de voluntad se hubiere formulado al momento del nacimiento del niño, el Juez fijará dentro del término de sesenta (60) días una nueva audiencia a los fines de que los progenitores ratifiquen o rectifiquen su consentimiento, bajo sanción de nulidad; c) La incomparecencia de los progenitores debidamente notificada, hará presumir su

ratificación; d) Si el manifestante fuere menor de edad, el acto se cumplirá con presencia de sus representantes legales. En lo posible se procurará preservar la continuidad del niño y el adolescente en su medio familiar, indicándose a los padres los recursos comunitarios, económicos y sociales disponibles a tal fin. ...".

En la especie, respecto del consentimiento en el trámite de guarda con fines de adopción, hago propios los argumentos del Señor Fiscal de Cámara cuando manifestó: "Como surge de las constancias de autos, D. A. V. nunca dio un consentimiento plenamente informado, como legalmente se requiere, para otorgar la guarda del menor R. L. V., al matrimonio compuesto por R. G. G. y M. E. B.. Ello es así porque en la primera audiencia prevista por el art. 317 inc. "a" del C. Civil, celebrada con fecha 12 de mayo de 2009 (fs. 38/38 vta.), su consentimiento estaba condicionado al hecho de seguir manteniendo contacto con el menor, lo que revelaba que no había una intención verdadera e inequívoca de entregarlo. Ello condujo a la Lic. en Psicología M. Inés Solíz, Psicóloga del Equipo Técnico de Asistencia Judicial de la ciudad de M., a opinar expresamente, de lo cual se dejó constancia en Acta, que estimaba "... que el consentimiento no se presenta en este momento...". En una segunda audiencia celebrada con fecha 15 de febrero de 2010 (fs. 48/49) la negativa de la madre a entregar al menor fue expresa y contundente, asumiendo el compromiso de educar a su hijo en el seno familiar y con las contenciones necesarias. De ningún modo puede considerarse con efectos jurídicos la ratificación de los términos de la demanda (fs. 32/34), en la que D. A. V. firma como un "otro si digo", ya que precisamente es un instrumento que deriva de la contraparte en el juicio, y el consentimiento informado debe prestarse en audiencia ante el Juez de la causa, conforme a los procedimientos que regula la ley, que brinde todas las garantías de libertad y autodeterminación ante semejante decisión" (fs. 255 v./256).

El TSJ recordó que "en el fuero de Menores el procedimiento seguido para disponer el otorgamiento de la guarda para ulterior adopción se lleva adelante en dos fases claramente distinguibles: en la primera –y con la participación de los progenitores y la familia biológica del menor – se declara su situación de desamparo familiar; y en la segunda se decide el otorgamiento de la guarda judicial preadoptiva a quienes luego, en virtud de ella, podrán (o no) iniciar el juicio de adopción ante el fuero de Familia" (Comercio y Justicia, Año LXXII, Nº 21.057, Córdoba, 1º de noviembre de 2010, p. 20 A.).

Además, destacó que al respecto se ha pronunciado la Jueza Carmen Argibay, integrante de la Corte Suprema, al señalar que "cualquiera sea la interpretación que los tribunales competentes otorguen al art. 317, inciso a) del Código Civil, no puede incluir una

regla tal que impida a los jueces llevar a cabo el balance entre el interés superior del niño y otros intereses individuales o colectivos que puedan entrar en juego y otorgar neta precedencia al primero, debiendo examinar –de acuerdo con las circunstancias particulares del caso- cuál es la decisión más favorable para el desarrollo vital del niño”. (Ibídem.)

Pero el análisis de tales circunstancias no puede reducirse a la comparación entre la situación económica-social de la familia preadoptante, con la situación, más modesta, de la madre biológica. En ese sentido se afirma que: "el apartamiento de un niño de su familia biológica sólo puede fundarse en circunstancias excepcionales en las que sea estrictamente necesario para preservar su interés superior, más no en la carencia de recursos materiales de aquella" ... "El reclamo de que un niño sea criado por su madre biológica no puede desecharse como interés superior de aquél sobre la única circunstancia de que en otro ambiente pueda tener mejores medios o posibilidades" (CSJN, "Antinao, Celia c. D. C., M. A. -D., G. N." Del 17-04-07, La Ley, t. 2007-D-537/538, nº 111.675).

En sentido concordante se sostuvo que, desde la vigencia de la Convención de los Derechos del Niño, además del consentimiento de la madre biológica de entregar en guarda adoptiva a su hijo, existen otros parámetros que constituye el centro de análisis de la cuestión analizada. Ese eje no es otro que el mecanismo "...que debe implementar el Estado para fundamentar la separación del niño de sus padres y de su familia biológica; esto es, la revinculación familiar. Pues, más allá del acto jurídico de entrega voluntaria de la madre de su hijo, las razones que llevan a tal separación no están dadas por la entrega inicial — elemento importante, por cierto— sino en la imposibilidad de que esos padres quieran hacerse cargo del niño. Adviértase que el verbo utilizado es "quieran" y no "puedan". Ello así, pues si los padres biológicos no pueden criar a sus hijos, entonces, el Estado asume un rol fundamental en el mantenimiento del vínculo materno-filial, cual es la implementación de medidas, programas y planes para que la madre pueda hacerse cargo de la crianza y educación de sus hijos. El recurso no es sacarle al hijo para que otra familia que está en mejores condiciones económicas, sociales, culturales, etc. obtenga la adopción de dicho menor. No puede ser ese el sentido de la ley...". (Solari, Néstor E., "Las causas de separación del niño de su familia biológica", La ley Córdoba, Octubre de 2007, nº IV, p. 910/911).

En definitiva, en concordancia con el pronunciamiento del representante del Ministerio Pupilar (fs. 239/240) y del Fiscal de Cámara (fs. 242/257), considero que del análisis de las constancias de autos no surge que la señora D. A. V. haya expresado

válidamente su consentimiento para la adopción de su hijo R. L. V. por parte de los accionantes.

Del modo expuesto precedentemente, me pronuncio por la negativa.

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA EL SR. JUEZ, DR. HORACIO ENRIQUE VANZETTI, DIJO: Que se adhiere al voto emitido por el vocal preopinante, pronunciándose en igual sentido (art. 382 CPC.). Así voto esta cuestión.

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DR. MARIO CLAUDIO PERRACHIONE, DIJO: A mérito de las conclusiones contenidas en los votos precedentes, el Tribunal deberá dictar el siguiente pronunciamiento: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los señores M. E. B. y R. G. G. en contra del Auto N° 236 de fecha 12/05/010, obrante a fs. 167/183 v. II) Imponer las costas a los apelantes vencidos (art. 130 CPC). III) Regular los honorarios del letrado de la señora D. A. V., por sus tareas en la alzada, en el cuarenta por ciento (40%) del punto medio de la escala del art. 74 Ley 9459 (45 Jus), que resulta aplicable de acuerdo a las tareas desarrolladas, y atento al resultado al que se arriba. En consecuencia se regulan los honorarios del Abog. G. A. T. en la suma de pesos Dos mil noventa y tres con noventa y cuatro centavos (\$ 2.093,94). Así voto esta segunda cuestión.

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL SR. JUEZ DR. HORACIO ENRIQUE VANZETTI, DIJO: Que se adhiere a la solución propuesta por el señor vocal de primer voto, pronunciándose en igual sentido (art. 382 CPC.). Así voto esta cuestión y en definitiva.

A mérito del acuerdo que antecede,

SE RESUELVE:

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los señores M. E. B. y R. G. G. en contra del Auto N° 236 de fecha 12/05/010, obrante a fs. 167/183 v.

2°) Imponer las costas a los apelantes vencidos.

3°) Regular los honorarios del Abog. G. A. T. en la suma de pesos Dos mil noventa y tres con noventa y cuatro centavos (\$ 2.093,94).

Protocolícese y oportunamente bajen.-