

Guarda Preadoptiva Entrega Directa Del Menor Falta De Inscripcion En El Registro Unico De Aspirantes Interes Superior Del Nino

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Guarda preadoptiva. Entrega directa del menor. Falta de inscripción en el Registro Unico de Aspirantes.

Interés superior del niño Se mantiene el fallo que otorgó la guarda preadoptiva de la menor a la pareja de convivientes, no obstante no estar inscriptos en el Registro Único de Aspirantes, pues surge comprobado que se ha suscitado entre ellos una relación paterno-filial de hecho y una solución contraria atentaría contra el interés superior del niño. ACUERDO:

En la ciudad de Concordia, Provincia de Entre Ríos a los 03 días del mes de mayo de 2017, se reúnen en el Salón de Acuerdos de la Sala II en lo Civil y Comercial de la Excm. Cámara de Apelaciones, los Señores Vocales Dres. JUSTO JOSÉ de URQUIZA, HORACIO EDGARDO MANSILLA y HÉCTOR RUBÉN GALIMBERTI, para analizar el recurso de apelación concedido de oficio en autos "R. T., J. y Otra (M., L. M.) S/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN" (Expte. N° 2383) respecto de la sentencia de fs. 71/74. De conformidad con el sorteo de ley oportunamente realizado -art. 260 del C.P.C. y C.-, la votación deberá efectuarse en el siguiente orden: Sres. Vocales Dres. HORACIO EDGARDO MANSILLA, HÉCTOR RUBÉN GALIMBERTI y JUSTO JOSÉ DE URQUIZA. Estudiados los autos, la Sala plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión propuesta, el Señor Vocal Dr. HORACIO EDGARDO MANSILLA dijo: 1) Acceden los autos al Tribunal en virtud del recurso concedido de oficio, conforme a lo dispuesto por el art. 329 del C.P.C. y C., contra la sentencia de fs. 71/74, la cual -previo excepcionar a los actores de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 9985-, otorgó la guarda preadoptiva de la menor M. A. Z. a la pareja de convivientes integrada por J. R. T. y L. M. M. por el plazo de seis meses contados a partir de su fecha.. Para resolver de ese modo, el juez previno que aplicaría al caso las disposiciones del Código Civil y Comercial, Ley 26.994, sin perjuicio de la fecha en que se iniciaron estos obrados. Conforme a ello, tuvo por acreditado que los peticionantes se encuentran unidos de hecho hace más de cuarenta años y que plantearon la inconstitucionalidad de los arts. 312 y 337 inc d) del Código Civil y que se les otorgue la guarda con fines de adopción de la menor nombrada, habiendo dictaminado favorablemente los representantes de los Ministerios Públicos, lo cual se tornó abstracto porque aquel Digesto, al tratar la adopción conjunta, no distingue entre pareja de cónyuges o convivientes. Asimismo, tuvo en cuenta que la menor hace tiempo recibe trato de hija de los pretensos adoptantes y la acción promovida tiene la finalidad de darle la identidad brindada por los mismos, con lo que ello implica como relación de la joven con el ámbito de crianza y formación y, en especial, con quienes desempeñaron, de hecho, el papel de padres, por lo que mal podría privársela de ellos por la omisión de un mero requerimiento legal. Por otra parte, exceptúa a los actores de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 9985, que establece que la inscripción en el R.U.A.E.R. es requisito necesario y previo para aspirar a adopciones en el ámbito provincial y declara la inconstitucionalidad del art. 634, inc. h), del C.C. y C. En tal sentido, dice que la propia normativa establece que el orden cronológico de la inscripción será principalmente considerado para otorgar la guarda con fines de adopción, pero el juez podrá excepcionar su aplicación, mediante resolución fundada, cuando las circunstancias así lo exijan, en armonía con los arts. 3 y 5 de la C.D.N. Refiere que, como observa la Defensora de Pobres y Menores, la adolescente se halla al cuidado de los guardadores hace varios años y que la prueba rendida da cuenta de su integración familiar y del sentido de pertenencia que la une a éstos y a sus otros hijos, en tanto que la madre biológica de la misma no compareció a formular objeciones y la pretensión deducida cuenta con el dictamen favorable de los Ministerios Públicos. Finalmente, dice que es deber del juez declarar la inconstitucionalidad de oficio de las normas que transgredan la Constitución, en virtud de la jerarquía dispuesta en su art. 31. Conforme a ello, en armonía con lo dispuesto por la legislación y la jurisprudencia que cita, además de excepcionar a los presentantes de lo dispuesto por el art. 4 de la ley 9985, declara la inconstitucionalidad del art. 634 del C.C. y C., pues lo contrario implica atentar contra el principio de interés superior del niño, arts. 3.1, 21 ss. y cc. de la C.D.N., art. 75, inc. 22, C.N. y 3 de la ley 26.061. 2) Teniendo en cuenta que las presentes actuaciones vienen remitidas por el Juzgado de origen en virtud del mecanismo recursivo contemplado en el art. 329 del C.P.C. y C. para los demandados ausentes o con domicilio desconocido, calidad que reviste la madre de la menor cuya guarda preadoptiva se otorgó a los actores; corresponde al tribunal -en virtud de sus amplias facultades- revisar y efectuar un control de la legalidad del fallo, dado que, merced a la naturaleza de los derechos involucrados en la cuestión, se encuentra comprometido el interés público, sin que sea necesario que se hayan expresado agravios para habilitar su admisibilidad. Recabada la opinión del Ministerio Pupilar, a fs. 98 su representante propicia la confirmación del fallo recurrido oficiosamente, por cuanto se ajusta a los recaudos legalmente exigidos. Las constancias de autos ilustran que los actores son convivientes de larga data, unión de prolífica descendencia, y que tienen su cargo a la menor,

suscitándose entre ellos una relación paterno-filial de hecho, según manifiestan los testigos que depusieron en autos, lo que es corroborado por la Psicóloga y la Asistente Social del juzgado informando en tal sentido, a lo que se agregan los dichos de la propia adolescente al ser entrevistada por el juez (fs. 44), quien manifiesta su voluntad de integrarse completamente al grupo familiar compuesto por aquéllos y sus descendientes biológicos. El Código Civil y Comercial de la Nación, en sus arts. 599 y 602, habilita a los convivientes para adoptar en forma conjunta como sucede en la especie, lo cual provoca que sea innecesario expedirse respecto a lo planteado sobre el particular en la demanda. Tampoco debe soslayarse en momento alguno el fundamental principio rector que rige la materia, el interés superior del niño, que en el caso se vería severamente afectado de proceder a la aplicación mecánica, recalcitrante y exacerbada de las disposiciones que regulan la cuestión en el Digesto mencionado que, al imponer rigurosos recaudos formales e impedimentos para obtener la guarda con fines adoptivos de un menor para evitar las prácticas deleznable a la que se encuentra expuesto este noble instituto, no sólo pone en riesgo dicho interés y el funcionamiento de esta figura legal, sino que también compromete la tutela judicial continua y efectiva que asiste al adoptado, tornándola ilusoria. Es por ello que los alcances de las disposiciones en cuestión deben analizarse en función de las particularidades que cada caso presenta, teniendo como referencia ineludible aquel principio. No obstante lo cual, considerando que las prohibiciones y nulidades que establece el novel Cuerpo Legal no estaban vigentes al promoverse la presente acción -más allá de que se ajusten, o no, a las pautas constitucionales-, éstas resultan inaplicables a la especie de autos. Asimismo, respecto a la falta de inscripción de los actores en el R.U.A.E.R. -sobre cuyos alcances el Tribunal, aunque con distinta integración, se expidió (Cfr. autos "Pedroza, J. J. s/Guarda con fines de adopción" (Expte. N° 1668), 11/12/13)- en las condiciones de autos no se perjudica la pretensión articulada, toda vez que, como bien indica el magistrado en base a lo previsto en el art. 4 in fine de la ley 9985, tal exigencia puede ser obviada cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen en sintonía con lo dispuesto por los arts. 3 y 5 de C.D.N., alternativas que se verifican en el presente según se ha señalado en los párrafos precedentes. Así las cosas, teniendo en cuenta que la pretensión deducida cuenta con el auspicio del Ministerio Pupilar, que reviste calidad de sujeto procesal en este trámite, propongo a mis pares confirmar la sentencia venida en revisión, sin costas ni honorarios en virtud de la naturaleza oficiosa del recurso (art. 65 in fine del C.P.C. y C.) y no verificarse actividad letrada en esta instancia. A igual cuestión propuesta, el Sr. Vocal Dr. HÉCTOR RUBÉN GALIMBERTI dijo: Que se adhiere a la solución, con arreglo a la siguiente argumentación: 1.- Desde lo humano y esencial para resolver, aparece incontrastable la conveniencia que hoy presenta mantener el elongado statu quo familiar del que goza la niña involucrada en estas actuaciones, aun cuando esto implique desatender intereses de terceros -los inscriptos en el R.U.A.E.R.- e inviabilizar pronósticos teóricos que alienen el quizás y el futuro omitiendo considerar la buena y promitente realidad familiar y amorosa presente y duradera (casi 14 años: ver acta de nacimiento de fs. 3; escrito promocional a fs. 11 Cap. II.- ap. 1°; testimonio de fs. 42/vta.; informe de fs. 43/vta.; entrevista personal de fs. 44, y dictamen de la defensora a fs. 56 y vta.) que rodea a la menor y que la integra como hija de la familia guardadora, lo que jamás fue puesto en duda en el curso del proceso (cotejar informe interdisciplinario de fs. 43/vta.). Es que la postura que propicie la aplicación inflexible y derecha de los arts. 4°, aps. 1° y 2°, de la ley N° 9985, 611 y 634, inc. h., del C.C. y C., trae aparejado, en el subcase, privilegiar el interés de quienes están inscriptos en el R.U.A.E.R. respecto del que exhibe la niña, lo que significa una evaluación abstracta y excluyente del mejor interés de la menor y abona una perspectiva dogmática de la cuestión, infringiendo el mandato prescripto por el art. 3°, in fine, de la ley especial sustancial N° 26.061. Sobre el particular la Corte Federal dijo que: (a) ?Corresponde revocar la sentencia apelada que declaró el cese de la guarda otorgada provisionalmente a un matrimonio no inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, debiéndose producirse a la brevedad, las evaluaciones necesarias para determinar la aptitud adoptiva del matrimonio guardador, y fecho se resuelva sobre la guarda con fines preadoptivos del menor, atendiendo el interés superior de éste? (C.S.J.N., in re ?G., M.G.?, del 16/09/2008, J.A. 2009-J-15); (b) el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas que los involucra en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño (Cfr. Fallos: 328:2870; 331:2047), lo que se concreta haciendo prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, ante lo cual los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles (Cfr. C.S.J.N., Fallos: 328:2870 y 331:147); (c) los niños "son acreedores de un resguardo intenso y diferencial en razón de su edad y de las variables de indefensión que los afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución (...) esta regla de oro es reconocida por la comunidad jurídica accidental como un verdadero 'prius' interpretativo, que debe presidir cualquier decisión que afecte directamente a personas menores de dieciocho años" (C.S.J.N., 29/04/2008, Fallos: 331:941), y (d) ?la misión específica de los tribunales de familia queda totalmente desvirtuada si se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del

caso que la ley les manda concretamente valorar? (C.S.J.N., 28/2005, J.A. 2005-IV-21, L.L. 2005-D-872 y E.D. 214-143). En otras palabras, lo que está diciendo es que cuando lo exige la naturaleza de los derechos en juego, deben abandonarse las reglas inflexibles y atenuarse la rigidez de las disposiciones procesales en atención a los sujetos involucrados directa o indirectamente, y a los efectos negativos que las resoluciones que se adopten en el curso de dichos procesos puedan causarles? (Cfr. VARGAS, Abraham, Los procesos de familia y sus principios específicos en PEYRANO, Jorge W. (Dir.); Principios Procesales, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, t. II, pág. 403).

2.- En nuestro sistema legal, nutrido, en lo sustancial, de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la ley interna (art. 1º del C.C. y C.), siempre prevaleció ese orden jerárquico tal como se lo preindica (art. 31 de la C.N.), de modo que mal puede anteponerse a las disposiciones de los arts. 75, inc. 23 in fine, de la Constitución Nacional (tutela de los niños) y 1., 2., 3., 4. y 5. de la Convención de los Derechos del Niño, la normativa infraconstitucional contenida en el art. 634, inc. h), del C.C. y C. No obstante ello, entiendo que la nulidad absoluta que predica la última norma genérica mencionada, respecto de aquellas adopciones logradas sin la intervención del registro, supone adoptantes situados en pie de igualdad con relación al niño y donde éste, desde lo afectivo, no efectúa diferencias entre aquéllos por ser todos desconocidos para él, o, dicho en otros términos, presume la inexistencia de situaciones particulares, esto es, en el caso, idóneos y consolidados vínculos entre adoptantes y adoptado que antecedan a aquel acto jurídico, circunstancia especial ésta acontecida en el presente, como ha quedado dicho, no resultando justificado atribuir inconsecuencia al novel legislador respecto de toda la normativa fundamental y convencional que regula la materia, y de la ley especial Nº 26.061 (art. 3, en especial su inciso f) que trata la cuestión y prevalece sobre la ley general (C.S.J.N., causa "Buffoni"). Tampoco es atinado concluir que un instituto (Registro) creado para proteger los niños -a través de la adopción- se anteponga al interés de los mismos, pues de lo contrario se confunde medio con fin, se privilegia el primero en desmedro del segundo y se desnaturaliza el objetivo que la ley tuvo en cuenta al crearlo, disfunción impropia de nuestro derecho de familia. Creo que ratifica esa exégesis la terminología utilizada en el art. 611 ap. 2º del C.C. y C. que habilita o faculta -no obliga- al juez a dejar sin efecto la entrega directa en guarda de niños (Cfr. RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela (directores) - ESPER, Mariano (coordinador), Código civil y comercial de la Nación, La Ley, 2014, T. II, págs. 448/49), y la doctrina de la Corte Nacional según la cual: "No puede hacerse de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos una suerte de recaudo carente de todo sentido, o sólo aplicable bajo criterios antojadizos o meramente subjetivos de los magistrados, sino que por el contrario debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, vale decir, el interés superior de éste, lo cual orienta y condiciona toda decisión de los tribunales en todas las instancias (...) El requisito de inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues se trata, como igualmente, de construir un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez? (C.S.J.N., in re "G., M.G.", del 16/09/2008, J.A. 2009-J-15). En el mismo sentido se expidió la doctrina (Cfr. CHAVANNEAU, Silvia, El Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción y el interés superior del niño. Un fallo ejemplificador, L.L. Online 0003/014284; JÁUREGUI, Rodolfo G., Exceso ritual: acierto de la Corte. El requisito de la inscripción registral de los guardadores debe armonizarse con el interés superior del niño, L.L. 2008-F-57; FERNÁNDEZ, Silvia E., Medidas de protección de derechos de infancia y adopción. A propósito de un fallo de la CSJN, L.L. 2009-A-450).

3.- El pronunciamiento del sentenciante, además de razonable (arts. 28 de la C.N. y 3 del C.C. y C.) frente a la realidad que muestra la causa, encuentra asiento jurídico explícito (juridicidad formal) en el art. 4º, último párrafo, de la Ley local Nº 9985 y 18 de la Constitución de Entre Ríos, que habilita legalmente al mismo a pronunciarse como lo hizo, lo que demuestra el carácter no vinculante para la judicatura del principio general previsto en el primer párrafo del precepto indicado. En este punto es pertinente reflexionar que la inscripción en el R.U.A.E.R. (arts. 600, inc. b., del C.C. y C. y 4 de la ley local Nº 9985) configura un requisito de admisibilidad formal de la demanda y, como tal, es de naturaleza procesal, cuestión en relación a la cual son más que dudosas tanto la requisitoria como la sanción por su incumplimiento proveniente de una ley nacional (art. 75, inc. 12, de la C.N.).

4.- No cabe soslayar para decidir que los actores contaban con el derecho fundamental -adquirido- de adoptar (devenido de la "protección integral de la familia" -art. 14 bis C.N.- y la protección de los niños -art. 75, inc. 23 primera oración, C.N. y 594, primer párrafo, del C.C.), liberado de toda nulidad (art. 634, inc. h., del C.C. y C), antes de la vigencia del nuevo C.C. y C., por lo que las disposiciones de éste no los alcanza" (art. 7, oración 3ª, del C.C. y C.). Algo similar ocurre con la niña, puesto que su mejor o preferente interés constitucional, reconocido en la Carta Magna vía incorporación en su texto (art. 75, inc. 22) de la Convención sobre los Derechos del Niño, preexistía a la normativa no constitucional de menor jerarquía abrazada por el C.C. y C.

5.- Las enseñanzas empíricas son las que, sin dudas, guiaron el resolutorio propuesto por el juzgador que precedió, método no despreciable cuando se resuelve nada más ni nada menos en relación al porvenir familiar de un sujeto de derecho (art. 3º, inc. c), de la ley Nº 26.061) vulnerable que merece la máxima y efectiva tutela judicial de sus derechos (Cfr. GROSMAN, Cecilia P., Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de

familia, L.L. 1993-B-1995; FAMA, María Victoria, Los hijos ...¿objeto de prueba en el divorcio de sus padres?, J.A. 27/10/2010, Suplemento 2010-IV, pág. 46), protección inexorable e imperativa cuando, como aquí ocurre, tiene rango constitucional, supralegal e infraconstitucional (arts. 14 bis -"protección integral de la familia"-; 75, inc. 23 ap. 1º in fine -protección de la niñez- y 75, inc. 22, de la Const. Nacional -Convención sobre los Derechos del Niño-; 17.1. de la C.A.D.H.; 1º, párrafo 2º, de la ley nacional Nº 26.061; 18 de la Const. de la provincia de Entre Ríos, y 55º a 57º, ss. y cc. de la ley Nº 9861) y está destinada a regir en el derecho de familia, rama jurídica sensible en la que no cabe recurrir a la satisfacción de formalismos exacerbados en desmedro del criterio rector (Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis, Interés superior del niño. El rol protagónico de la Corte, La Ley, 13/09/2011, 1) del mejor (Cfr. DUTTO, Ricardo J., El mejor interés del niño, Constitución Nacional y la jurisprudencia, en Zeus, 72-D-75) o superior (arts. 3.-, inc. 1.; 9.-, incs. 1. y 3.; 18, inc. 1.; 20, inc. 1; 21 y 37, inc. c., de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 3º, parte 1ª, de la ley Nº 26.061) interés del niño, el que integra los principios del derecho de familia (Cfr. MEDINA, Graciela, Principios del derecho de familia, L.L. del 13/04/2016), exige "supervisión" de los jueces y una "permanente y puntual actividad de oficio" (Cfr. C.S.J.N., 02/12/2008, Fallos: 331:2691) y, por ello, debe orientar y condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de los casos de familia (Cfr. C.S.J.N., 19/02/2008, Fallos: 331:147; 06/02/2001, Fallos: 324:122; 02/08/2005; Fallos: 328:2870; C.I.D.H., 28/08/2002, "Opinión Consultiva OC-17/02, solicitada por la C.I.D.H., L.L.2003-B-312; S.T.J.E.R., in re "Martinez del Sel Raul y otra ordinario s/Nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos"- Expte. Nº 5612, del 22/08/2013), lo que se alcanza dándole contenido a dicha pauta a través del derecho de la niña a crecer y desarrollarse en el seno de una familia que le brinda asistencia espiritual y material bastante, preservándose lo que constituye su centro de vida contemporáneo (art. 3º, inc. f), de la ley Nº 26.061), y resguardándola de cortes abruptos que desarticulen su real y legítimo interés. 6.- La finalidad del instituto (art. 594, ap. 1º, del C.C. y C.), los principios que lo rigen (art. 595, incs. a. y f., del C.C. y C.) y la calidad de legitimados activos y pasivos (arts. 597 y 599 del C.C. y C.) están, hasta el momento, suficientemente satisfechos en el presente. Por todo ello, apreciando que lo resuelto constituye una respuesta jurisdiccional personalizada (Cfr. C.S.J.N., in re "M., M. S. s/ guarda", fallo del 27/05/2015, L.L. 27/07/2015, 6), y en congruencia con lo resuelto por este Tribunal en los autos caratulados "Pedroza, J. J. s/Guarda con fines de adopción" (Expte. Nº 1668), del 11/12/2013, y "Pennisse, Carlos Alberto c/Díaz, Lidia Susana s/Incidente modificación régimen de visitas" (Expte. Nº 1790), sentencia del 11/08/2014, acompaño la confirmación del fallo revisado. A idéntica cuestión, el Sr. Vocal Dr. JUSTO JOSÉ DE URQUIZA dijo: En ejercicio de la potestad que le confiere el art. 47 de la L.O.T., se abstiene de votar. Con lo que quedó conformada la siguiente sentencia: Horacio E. MANSILLA Vocal Héctor R. GALIMBERTI Vocal Justo J. de URQUIZA Vocal Ante mí: Jorge L. MILERA Secretario CONCORDIA, 03 de mayo de 2017. Y VISTOS: Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: CONFIRMAR la sentencia apelada, SIN COSTAS NI HONORARIOS dado el carácter oficioso del recurso y no registrarse actividad letrada en esta instancia. REGÍSTRESE, notifíquese y, en estado, bajen. Horacio Edgardo MANSILLA Vocal Héctor Rubén GALIMBERTI Vocal Conforme a lo dispuesto en el art. 47 de la L.O.P.J. -según Ley 9234, art. 2º-, el Dr. Justo José de URQUIZA se abstiene de votar. Justo José DE URQUIZA Vocal Correlaciones: W. M. E. y B. M. E. s/guarda y tenencia con fines de adopción del menor G. A. F. - casación civil - Sup. Trib. Just. Santiago del Estero - 20/12/2013- Cita digital: IUSJU215795D 018177E