

ADOPCION

jueves, 21 de diciembre de 2006

Otorgamiento de guarda con fines de adopción. Desvinculación del menor con su círculo familiar. Interés superior del niño. Restitución del menor a sus padres biológicos. Necesidad de asegurar que no se prolongue más la interrupción y aislamiento de los lazos de origen del niño con sus padres biológicos. Régimen de visitas para los pretendidos padres adoptivos. Convención sobre los Derechos del Niño Expte. N° 16.017/2006 - "M. M. M. de L. y Otro s/ Guarda Judicial con Fines de Adopción del Menor I. F. A. - Cuadernillo de Apelación Medida Cautelar - Casación" - STJ DE SANTIAGO DEL ESTERO - Sala Civil y Comercial - 11/12/2006 (eIDial)

"La Convención establece con claridad el carácter subsidiario de la adopción frente a la posibilidad del niño de permanecer, crecer y desarrollar su personalidad dentro de su medio familiar de origen, es decir, que se caracteriza a la adopción como un último eslabón en la cadena de medidas destinadas a amparar a un niño sin familia. Ello así porque, antes de ser incorporado a la familia adoptiva, todo niño tiene derecho a que se agoten los recursos tendientes a que quede con integrantes de la familia de origen, con la familia de sus progenitores o que se recurra a la familia ampliada, como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 4º, 8º y 9º) (MOLINA, A. C., "La Argentina...", cit.). Que así lo ha ratificado nuestro más Alto Tribunal en un reciente fallo dictado con fecha 2/8/2005 in re: "S., C.", tal como lo reseñan Cecilia Grossman y Marisa Herrera en un comentario a dicho antecedente jurisprudencial: "El fallo ratifica que el criterio rector del interés superior del niño debe tener en cuenta, en primer lugar, "el derecho natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 CCiv., de tener al hijo consigo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna". Se privilegia a la familia biológica al sostener "el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores y que es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación". Sin embargo, del voto conjunto de los magistrados Argibay, Fayt y Zaffaroni surge que si bien comparten la idea de que el plexo normativo vigente (en especial la CDN.) prioriza a la familia de origen "como el medio más favorable para el desarrollo de los niños", advierten que "dicha preferencia no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada -entre otros extremos- con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad" (consid. 6). Pero la preeminencia de la filiación de origen no significa -según lo dejan expresado los mencionados magistrados en su voto conjunto- que el vínculo biológico debe ser preservado por encima de todo, incluso a costa del trauma que se derivará para la niña a raíz de una posible restitución (consid. 4)... Como señala el pronunciamiento del superior tribunal: "...la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño...". "Por la materia de la que se trata -"guarda con fines adoptivos"- corresponde exigir extremo celo en brindar transparencia al trámite y a las decisiones que se adopten, ya que en ellas se ve comprometida la vida futura del niño a quien -por sus efectos- se desvincula de su familia biológica, y el plexo normativo que rige las relaciones de familia, con carácter de orden público. Así, cabe recordar que la guarda preadoptiva o con fines de adopción constituye una especie diferenciada de la guarda de menores, vinculada al ejercicio de la patria potestad, que coloca en cabeza del guardador la carga de proteger y cuidar al menor que habrá de ser adoptado. Su otorgamiento consiste en un acto jurisdiccional complejo, sujeto a estrictos requisitos establecidos por la ley bajo pena de nulidad (art. 317, Cód. Civil), entre los cuales se destaca, por sus importantísimas consecuencias, el "consentimiento" de los progenitores para el "otorgamiento de la guarda con fines de adopción" (inc. a). Tan importante es este consentimiento que hace imprescindible la intervención de los padres biológicos en el juicio de adopción (arg. art. 321, Cód. Civil). De ahí que dar un hijo en adopción sea la decisión más grave que un padre puede tomar lícitamente respecto de él, cuya concreción tiene lugar, precisamente, mediante su consentimiento para el otorgamiento de la guarda preadoptiva, que no es otra cosa que la abdicación total y voluntaria de los deberes que le impone la patria potestad (arts. 264 y 265, Cód. Civil), la que por consiguiente trae aparejada su privación en los términos del art. 307, inc. 2º, del Cód. Civil.. A tal punto ello es así, que no se entiende cómo los guardadores y pretendidos adoptantes podrían ejercer su guarda si los claudicantes progenitores mantuviesen su patria potestad. En este marco, es dable recordar que las normas legales que regulan la entrega de niños en guarda con fines de adopción están previstas en nuestra legislación de fondo, específicamente en los artículos 316, 317 y 318 del Código Civil, según la reforma introducida por la ley 24.779 dictada en el año 1997." "Para determinar cuál es el interés superior del niño, el Tribunal a-quo ha priorizado el tiempo que F. convivió con los pretendidos padres adoptivos (8 meses a esa fecha), en los cuales el menor creó lazos de íntima vinculación con el ámbito de su crianza, los cuales no pueden ser negados, bajo el riesgo de someter al mismo a un sufrimiento que no se condice con la adecuada protección que se le debe brindar. En tales condiciones, asimismo fue determinante para el tribunal lo informado por los integrantes del equipo interdisciplinario relativo a las consecuencias dañosas que provocaría al menor cumplir con la cautelar ordenada, y concluyó que se impone una solución que permita al niño vincularse -no reinsertarse- con sus padres biológicos, hasta que se resuelva y adquiera firmeza la cuestión de fondo, y de esa manera asegurar el resultado de la sentencia, atemperándose el efecto traumático, en caso de que se resuelva que el menor deba ser entregado a los padres biológicos. Adelanto desde ya una opinión diferente a la manifestada por la Cámara. En ese sentido, analizando "prima facie" la verosimilitud del derecho invocado por las partes en esta incidencia en la que ambas -a título cautelar- reclaman la guarda del menor, encontrándose cuestionado hasta la fecha en autos el consentimiento por parte de los padres biológicos a la adopción del menor -repárese la forma en que lo requiere la normativa vigente- "sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna..." y "del asesoramiento que pueda ser necesario" (art. 21 ap. a) CDN), "bajo pena de nulidad" (art. 317 CC inc. a); y además, por el contrario, existiendo expresos reclamos de restitución del menor por parte de los padres biológicos; a la luz del derecho aplicable y temprana edad del menor, coincidiendo con el Juez de 1º instancia debe darse prevalencia en el derecho al vínculo biológico a los fines de esta cautelar." "Corolario de todas las

consideraciones de hecho y derecho expuestas, en la tarea de definir cuál es el interés superior del niño, a la luz de la normativa vigente, entiendo que el mismo se encuentra en la necesidad de asegurar que no se prolongue más la interrupción y aislamiento de los lazos de origen del niño con sus padres biológicos, y que dicha vinculación afectiva comience cuanto antes, puesto que el imperativo constitucional que obliga a no separar a los niños de su familia por motivos económicos o contra la voluntad de sus padres, ha sido pensado justamente desde la observación de los niños como sujetos de derechos y no como objetos." "Por ello, discrepando con lo sostenido por el Tribunal inferior, en cuanto afirma -en una verdad incompleta- que la verdad biológica no es un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, sin destacar, que si bien ello es cierto, el principio sentado por la C.D.N. es la prevalencia del vínculo biológico por sobre cualquier otra solución alternativa, consagrándose el derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando de conformidad con las leyes y los procedimientos aplicables en el país se determine que dicha separación resulta necesaria en interés del niño, situación que -a mi juicio- aún no se presenta en autos, añadiendo que en tales circunstancias tendrá derecho a protección y asistencia especial por parte del Estado que deberá garantizarle "otro tipo de cuidados". Por ello podemos concluir, entonces, conforme se desprende de los postulados de la Convención que las causas de separación permanente o transitoria del niño de su medio familiar, se encuentran directamente vinculadas con la posible violación de sus derechos y la necesaria protección que en tales casos el derecho pone a cargo del Estado (GROSSMAN, Cecilia, "Los derechos del niño en la familia", Universidad, Buenos Aires, 1998, pág. 31 y ss). Que así lo ha ratificado nuestro más Alto Tribunal en un reciente fallo dictado en fecha 2/8/2005 in re: "S., C.", tal como lo reseña Cecilia Grossman en la obra reseñada en el considerando VII de la presente. Si bien el criterio asumido por el Tribunal a-quo, en cuanto ponderó la conveniencia de preservar la estabilidad del marco referencial al que el niño se encuentra adaptado no resulta intrínsecamente cuestionable, esta Sala estima que no alcanza para sustentar la modificación de la medida cautelar tal como había sido dispuesta en 1º instancia, ya que a juicio del Tribunal, por la escasa edad del menor, aún se está a tiempo de establecer el vínculo con su familia biológica, y la solución propuesta no excluye la posibilidad de que -si resultara conveniente- el niño continúe vinculado con los pretendidos padres adoptivos mediante la fijación de un adecuado régimen de visitas, además del debido resguardo de su salud, ya que el proceso gradual de vinculación será realizado "bajo estricto contralor diario de un cuerpo interdisciplinario de médicos y psicólogos... quienes habrán de velar y resguardar la integridad psico física del menor en este difícil proceso, informando a la Magistratura actuante y requiriendo, en su caso, las medidas correctivas que fueren menester adoptar a esos fines". Siguiendo con lo antes expuesto, y excluyendo expresamente a las partes de la presente consideración, coincidentemente con lo sostenido por el Juez de 1º instancia, debe decirse que no se puede caer en la frivolidad de pensar o afirmar que el interés supremo del menor, descartado el plano afectivo que - como lo anticipé- queda fuera de duda para todos los adultos involucrados en autos; es su bienestar económico, el que a su vez le aseguraría un mejor y promisorio futuro, ya que ello haría incurrir al juzgador en una afirmación ilógica, carente de sentido social y contraria a derecho, cual es el priorizar el derecho de los que más tienen sobre los más humildes, con lo cual y para el caso de autos se condicionaría el arrepentimiento, en el sentido de que el mismo sólo podría llegar a ser válido ante situaciones económicas semejantes. Ello se opone al ordenamiento constitucional que garantiza la igualdad ante la ley a quienes habitan este suelo. Así también no puede pensarse que el derecho superior del niño, su protección garantizada por los Tratados internacionales de rango constitucional, haya tenido por único objeto la valoración, o mejor dicho, la comparación de la situación económico social de la familia preadoptante frente a la situación indudablemente más modesta de los padres biológicos. Por todas estas consideraciones, estimo que debe revocarse la sentencia venida en recurso, y en consecuencia efectuarse inmediatamente -a título cautelar- la restitución a los padres biológicos en la forma y condiciones en que fuera dispuesta por el magistrado en la resolución que luce a fs. 1/4, ya que resulta lo más beneficioso al interés superior del niño, ya que en cuanto al momento, todavía se está a tiempo, y la solución propuesta no excluye la posibilidad de que -como se dijo-, de resultar conveniente, los pretendidos padres adoptivos, continúen vinculados al menor mediante la fijación de un adecuado régimen de visitas."