

Dictámen de la Procuración General:

I. La Excm. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia y confirmó el decisorio de grado que decretó la adopción plena de la menor S. F. a favor de R. A. G. y A. V. C. (fs.150/155 y vta. y 179/181).

Contra tal forma de decidir, se alza la Curadora Oficial en representación de la progenitora de la niña mediante Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley –fs. 183/89-, que fuera concedido a fs. 191 y vta.

II. En síntesis la recurrente alega errónea aplicación del artículo 321 inc. b del Código Civil.

En tal sentido sostiene que la decisión impugnada resulta arbitraria en tanto rechaza su legitimación como parte en el juicio de adopción con fundamento en el artículo 321 del Código Civil, en infracción a las normas constitucionales que garantizan el debido proceso legal y el derecho a la identidad de la niña a la luz del principio rector de su interés superior (arts.16, 18, 31 y 75 inc.22 CN y arts. 3, 8, 9,y 21 Convención sobre los Derechos del Niño).

Invoca además infracción a la doctrina legal de esa Corte que señala que la interpretación del principio del superior interés del niño debe excluir toda consideración dogmática para atender a las circunstancias particulares (SCBA 63120, sent del 3 -3-1998) .

III. Opino que el recurso no debe prosperar.

Adelanto mi opinión según la cual el recurso intentado no constituye una réplica adecuada de las motivaciones esenciales que el pronunciamiento judicial contiene (doct. SCBA C. 90.372, sent. del 14-2-2007; A69606 sent. del 3-6-2009, entre otras). En tal sentido se ha pronunciado VE al sostener que “...resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que se limita a insistir en un enfoque legal de las circunstancias de autos disímiles a las de la alzada sin otro sustento que el afán de hacer prevalecer el propio criterio para reiterar objeciones expuestas en la expresión de agravios que fueron clara y correctamente desechadas por el juzgador, cuyas motivaciones esenciales no son rebatidas (conf. C. 80.382, sent. del 3-X-2007; C. 86.832, sent. del 17-IX-2008). (SCBA, C101400, sent. del 25-8-2010).

Al respecto resulta ilustrativo el criterio de VE según el cuál “inatado un fundamento esencial del fallo, pierden trascendencia los agravios expuestos en orden a otras cuestiones que no conforman lo medular de la decisión impugnada tornándose insuficiente el recurso intentado” (conf. Ac. 90.997, sent. del 6-9-2006) (SCBA, C101041, sent. Del 4-11-2009) .

En mi opinión, el recurso mantiene incólumne el fundamento tenido en miras por la alzada para resolver, limitándose a manifestar su disconformidad con el criterio allí expuesto para decidir la confirmación de la sentencia apelada (SCBA, L 96653, sent. del 25-04-09, entre otras).

En efecto, la Cámara sostuvo que “conforme lo dispone el artículo 321 inc b del Código que establece que el juicio se desenvolverá entre los adoptantes y el Ministerio Público, como únicos legitimados para el debate, ello sin perjuicio de la facultad de oír al adoptado y a cualquier otra persona que estime corresponder (inciso c) y que en todo los caso deberá valorar el interés superior del menor” (fs. 179 vta.) y agrega que “la exclusión de los padres biológicos como parte en el juicio de adopción tiene su razón de ser en que ya fueron citados a prestar consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción (317 inc a)...Una vez otorgada la guarda por el juez, y firme los padres biológicos ya no son parte (...) en el juicio de adopción” ( fs 179 vta. y 180).

Como se advierte del remedio interpuesto, el fundamento considerado por la alzada no ha recibido embate por parte de la recurrente, quien se limita a agravarse por el rechazo de su legitimación sobre la base de considerar arbitraria –“extemporánea y contradictoria”(fs.186)- la decisión que le rechaza el carácter de parte con posterioridad a haber ejercido plenamente aquella calidad durante el proceso de guarda con fines de adopción.

Sin embargo nada dice el remedio respecto del fundamento legal que impone el tratamiento de dos etapas procesales diferenciadas: por un lado, el proceso de guarda con fines de adopción, con amplia participación de la familia biológica, y una segunda etapa que podría

denominarse juicio de adopción stricto sensu, en el que se invierte el peso de la balanza hacia los guardadores con menoscabo de la participación de la familia de sangre, con algunas salvedades.

Entre éstas últimas ha destacado la doctrina que “debe admitirse la intervención de los padres en el procedimiento de adopción cuando estos no pudieron comparecer a la guarda por razones no imputables a aquellos o cuando fueron citados por edictos y dicha circunstancia no obedeció a su propia culpa o imprevisión (...)” (Kielmanovich Jorge, Derecho Procesal de Familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007; Herrera Marisa, El derecho a la identidad en la adopción, Buenos Aires, Editorial Universidad, T I, p.441-3; Iñigo, Delia, “Adopción y discapacidad (Cuando la justicia defiende los derechos de la familia)”, La Ley 1994-A, 432, entre otros).

Sin embargo en la especie no se advierten configurados los extremos de excepción destacados por la doctrina y por la jurisprudencia (SCBA Ac.48.416, Ac.63120), conforme lo admite la propia recurrente en el recurso intentado al señalar que “acreditados con las constancias de autos, se desprende de que se me consideró legitimada para actuar en el proceso de adopción, no se me convocó simplemente para ser oída. Se agregó documental por mi acompañada ..”(fs.185 vta. y 186)

En efecto, y respecto del agravio sustancial vinculado con la violación de la garantía del debido proceso diré, en palabras de ilustrada doctrina que “el proceso de adopción participa de los caracteres del inquisitivo civil, con un juez que no se encuentra ya sujeto al contenido de la petición o de la oposición deducidas, ni por el particular aporte de las pruebas que los sujetos pudiesen haber ofrecido en pos de la demostración de la procedencia de una u otra”. Las audiencias serán privadas y el expediente será secreto y reservado pudiendo ser examinado solamente por las partes, sus letrados, apoderados y peritos (art. 321 inc f CC)” (Kielmanovich J., op.cit., p..135).

En la misma línea se ha sostenido que “.el fundado respeto por el derecho a la identidad -tanto del niño como de los adultos- el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen y el derecho de defensa en juicio y al debido proceso, la familia de origen -en sentido amplio, abarcando también a la familia extendida- debe tener una presencia superlativa en esta primera etapa. Por el contrario, de conformidad también con el derecho a la identidad de los niños en su faz dinámica basado en los vínculos afectivos ya desarrollados con quienes se les otorgó la guarda para adopción, considero que se les debe negar a los padres el carácter de parte e el juicio de adopción. Es decir, los sólidos fundamentos que en el proceso de guarda para adopción hacen que se defienda el carácter de parte de los progenitores se ven diluidos en el segundo y último proceso judicial tendiente a la adopción: el juicio de adopción stricto sensu, regulado en el artículo 321 del Código Civil. Osea, salvo supuestos excepcionálísimos –como cuando los progenitores no participaron en el proceso de guarda- en salvaguarda del derecho a la identidad dinámica de los niños que, en definitiva, materializa el principio del interés superior del niño en el caso concreto, los padres no actuarían en este ámbito en el carácter de parte (...) En otras palabras, el respeto del derecho de defensa en juicio -principal argumento sobre el cual descansa la postura que brega por el carácter de parte en el proceso de adopción- habría quedado salvado con la amplia participación que se le puede brindar a una persona en el juicio de guarda con fines de adopción. No solo desde el punto de vista procesal con su condición de parte, sino principalmente por el protagonismo fáctico que se le brinda a través de servicios de orientación y apoyo, amén del mencionado patrocinio letrado obligatorio”. (Herrera Marisa, op.cit, TI, pp.441-3).

Como se advierte del remedio intentado, la solución legal aplicada por la alzada no fue idóneamente cuestionada por la recurrente, quien se limitó a invocar la contradicción en la que incurría el órgano jurisdiccional (al rechazarle la calidad de parte para cuestionar la sentencia del juicio de adopción (fs. 186), sin reparar, como señalara anteriormente, en que tal distinción procesal encuentra fundamento en la voluntad del legislador, cuya validez constitucional, por otra parte, tampoco ha merecido adecuado reproche (Fallos 322:2701, apartados15-17). Sobre este punto se ha afirmado que “Si bien una "distinta composición de los valores en tensión podrá ser eventualmente consagrada por el Poder Legislativo de la Nación en ejercicio de su competencia propia (...)", el deber republicano primario de los jueces es respetar la ponderación vigente que ha

realizado el legislador, en la medida que no transgreda los referidos parámetros; si dicha transgresión (que se materializaría fundamentalmente por el arbitrario menoscabo a los derechos humanos) no se verifica, la labor de adjudicación judicial no puede sino concluir en un juicio de compatibilidad constitucional favorable a la norma legislativa, por plasmar una composición de bienes o, en palabras del fallo antes citado, "una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional" (Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, sentencia del 20-11-2004, "L., A.K.")

Respecto de la queja vinculada con la violación del principio rector del interés superior del niño cabe destacar que la quejosa ha omitido señalar –y demostrar- por qué la decisión adoptada no representa lo más conveniente para la menor restringiendo sus argumentos a meras discrepancias "dogmáticas" sin adecuación a la particular realidad familiar de la niña (art. 321 inc i CC).

En idéntico sentido omite igualmente explicitar de qué manera la decisión en crisis implica un menoscabo a la consideración de tal principio rector.

Cabe recordar que este principio ha sido interpretado por esa Corte como "el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (conf. SCBA, Ac.79.931, sent. 22X2003)" (SCBA; C104201, sent. del 25-11-09).

Esta circunstancia cobra especial relevancia a la luz del artículo 330 del Código de fondo según el cual el juez podrá otorgar en lugar de la adopción plena la simple de oficio "cuando se mas conveniente para el menor" o a petición fundada de parte (Kielmanovich J., op.cit., pág.136). En otras palabras, la adopción simple podrá ser considerada por el juez cuando de conformidad con los elementos de juicio obrantes en la causa se estime que resulta conveniente de conformidad con el interés superior del niño.

De ello, se desprende sin hesitación, que hubiera resultado necesario que la quejosa denuncie y demuestre el vicio del absurdo – invocación que se haya ausente del reclamo- con el propósito de rebatir tales argumentos en esta instancia extraordinaria, por resultar ésta materia de hechos y prueba privativa de los jueces de la causa. Sin embargo en el caso no se introduce argumento alguno tendiente a justificar por qué la revocación de la sentencia en crisis podría redundar en beneficio de los derechos de S., teniendo en cuenta que el tipo de adopción a decretarse debe considerarse desde la perspectiva de los derechos del niño (y no de los adultos).

En esta línea ha sostenido esa Corte que "Esta evolución obedece al cambio visceral que opera en el instituto de la adopción, como sucede paralelamente en el de la patria potestad. El interés del menor comienza a ser cada vez más hegemónico, desplazando significativamente el de los progenitores. En la adopción, deja de tener vigencia el pensamiento de que "la adopción se inventó para consuelo de las personas a quienes la naturaleza niega la posibilidad de tener hijos o que han tenido la desgracia de perder los que les había dado" (Escriche, Joaquín; "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", París, 1890, p. 92, voz "Adopción"), para comenzar a campear un fundamento centrado casi exclusivamente en la protección del menor desamparado y su consecuente interés" (SCBA, 63120, sent. del 31-3-1998).

Al respecto, cabe destacar que en el proceso de guarda, momento crucial para introducir los elementos de prueba tendientes a hacer valer sus derechos, la recurrente desistió del recurso de apelación por considerar que la decisión no le causaba agravio alguno (fs. 104).

Por último, alega que se ha vulnerado el derecho a la identidad de la niña S. en tanto éste implica, por un lado, reconocer el derecho del niño al "conocimiento de su realidad biológica, su nacionalidad, su nombre, su idiosincracia..." (sic), y por el otro, a desarrollar su vida dentro de su grupo familiar de origen, salvo causas que justifiquen su separación, en cuyo caso se impone el deber de respetar la debida participación de los padres biológicos en el proceso previsto a tales fines (fs. 187 y vta) .

Al respecto se ha sostenido que “...En rigor, el mentado derecho [a la identidad] - por cierto de observancia insoslayable- se satisface debidamente con la precisa individualización de la madre obrante en autos, la actuación del Juez y las directivas contenidas en la ley, que se ha ocupado particularmente de este tema en los arts. 321 inc. `h' y 328 del Código Civil (art. 1º, ley cit.)...” (SCBA, Ac 63120, sent. del 31-3-1998).

En otras palabras, el derecho a conocer los orígenes, como derecho con entidad autónoma y como parte integrante del derecho a la identidad, se encuentra asegurado en la especie a través de las disposiciones de los artículos 321 h y 328 del Código Civil. En consonancia con esta distinción, cabe advertir que “el derecho a conocer los orígenes -o sea, a saber quiénes son los padres biológicos, los antecedentes de la adopción y demás datos que involucren la historia o biografía de...- debe quedar salvaguardado independientemente del tipo adoptivo de que se trate. En otras palabras, el derecho a conocer los orígenes es un derecho que ha tenido gran desarrollo en los últimos años, adquiriendo entidad propia, por lo cual debe verse satisfecho cualquiera sea la situación jurídica que éste tenga en la familia guardadora o en la familia de origen”. (Grosman Cecilia y Herrera Marisa, “Una vez más sobre el eterno conflicto entre la familia de origen y la familia adoptiva en la jurisprudencia constitucional”, JA 2007 -III- 48)

En el aspecto atinente al aspecto de la identidad vinculado con la preservación de los vínculos familiares de origen, me remito a lo expuesto a lo largo de la presente opinión respecto de la garantía de la defensa en juicio, por considerar que es ésta el instrumento –o complemento- previsto por la ley para asegurar el derecho del niño a crecer y desarrollarse en el seno de su familia de origen, con excepción de los casos en que la propia norma autoriza tal separación en el interés superior del niño, como aconteció en la especie (arts.3,9,21yccs.CDN incorporada al texto constitucional en el art.75 inc.22 CN).

III. Por todo lo hasta aquí expuesto propicio rechazar el remedio extraordinario que dejo examinado.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 29 de diciembre de 2011 - Juan Ángel de Oliveira