

Género: Actualidad

Título: Actualidad en Derecho de Familia LNBA 2006–12

Autor: Villaverde, María S.

Fuente: LNBA 2006–12–1408

## DERECHO DE FAMILIA – 01) Generalidades

---

### SUMARIO:

a) Adopción simple: 1. Antecedentes del fallo de la Sup. Corte Bs. As.: sentencias del Trib. Menores Bahía Blanca (reintegro de la niña a la madre biológica), Sup. Corte Bs. As. (confirmación del fallo familiar) y Corte Suprema (improcedencia de la restitución ordenada en los fallos anteriores); 2. Fallo actual de la Sup. Corte Bs. As.: estado puerperal. Adopción simple. Incompatibilidad entre el triángulo adoptivo y la adopción plena. Protagonismo del tiempo.– b) Derecho a conocer la identidad de origen: garantías para el ejercicio del derecho de acceso a la realidad biológica: 1. Petición de remisión de dos expedientes judiciales sobre adopciones, por parte de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a un juzgado de menores bonaerense; 2. Presentación del juez del fuero minoril ante la Sup. Corte Bs. As.: resolución 2388/2006 de la Sup. Corte Bs. As., del 11/10/2006; 3. Fundamentos de la resolución 2388/2006 de la Sup. Corte Bs. As.: i) Compromiso del Estado Nacional y provincial: operatividad del derecho de acceso a su realidad biológica. Arts. 328 CCiv. (ley 24779) y 13 del Ac. 2707 de la Sup. Corte Bs. As.; ii) Marco adecuado del ejercicio del derecho de acceso a la realidad biológica: arts. 321 incs. f y g CCiv. y legislación provincial concordante; iii) Cuestión meramente operativa. Juez natural: custodia de los expedientes. Adecuado patrocinio letrado y gratuidad de los medios de traslado al juzgado de menores.– c) Liquidación de sociedad conyugal: 1. Trámite de la liquidación de la sociedad: reglas de la división de herencias. Doct. art. 1313 CCiv.; 2. Vía incidental; 3. Avalúo de los bienes comunes.– d) Guarda: 1. Decreto 300/2005: reglamentación de la ley 13298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños. Fuero del niño. Suspensión cautelar por la Sup. Corte Bs. As.; 2. Familia extensa. Art. 3 del Anexo 1 del decreto 300/2005: "concepto de núcleo familiar"; 3. Sentencia interlocutoria: particularidades del caso. Situación fáctica sobreviniente

#### a) Adopción simple

En materia de adopción, la Sup. Corte Bs. As. ha dictado sentencia el 16/8/2006, Ac. 69426, "S., C. s/adopción", con motivo de un caso reseñado con anterioridad, a cuyos antecedentes me referiré sucintamente para una más adecuada comprensión del fallo actual.

En un caso de guarda con fines adoptivos, la Corte Suprema en el fallo del 2/8/2005 "S., C. s/adopción" –1801.XXXVIII– dejó sin efecto la sentencia de la Sup. Corte Bs. As. del 12/9/2001 (Ac. 69246) que había confirmado la sentencia del Trib. Menores Bahía Blanca del 4/2/1998, en la que se rechazara la solicitud de adopción formulada por los guardadores a quienes la bebé les había sido entregada quince horas después del nacimiento, el 13/1/1997, y se ordenara la restitución de la niña de diez meses a su madre biológica.

Como consecuencia de la anulación del fallo de la Sup. Corte Bs. As. por la Corte Suprema se dispuso que la niña quedase en guarda con sus actuales tenedores y se devolviera el expediente "a origen a fin de que se defina la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en su sentencia y en el dictamen del procurador fiscal. Por ello, la Sup. Corte Bs. As. en la sentencia que se reseña en esta oportunidad ha

entendido que corresponde otorgar la adopción simple de la niña al matrimonio guardador".

1.– Antecedentes del fallo de la Sup. Corte Bs. As.: sentencias del Trib. Menores Bahía Blanca (reintegro de la niña a la madre biológica), Sup. Corte Bs. As. (confirmación del fallo familiar) y Corte Suprema (improcedencia de la restitución ordenada en los fallos anteriores)

Guarda con fines de adopción. Improcedencia de la restitución a la madre biológica: misión de los tribunales de familia. Interés superior del niño. Identidad filiatoria y "verdad biológica". Familia adoptiva y familia biológica. "Triángulo adoptivo". Ley 19134 y estado puerperal

La Corte Suprema en el fallo del 2/8/2005 "S., C. s/adopción" –1801.XXXVIII–, que dejó sin efecto la sentencia de la Sup. Corte Bs. As., señaló que "en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social".

Destacó, asimismo, la "delicada misión" que incumbe a los tribunales especializados en temas de familia, advirtiendo que queda totalmente desvirtuada su función "si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar.

"En consecuencia, para una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces".

Destacó que la "verdad biológica" no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues 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.

En este sentido, los votos de la Dra. Highton de Nolasco y del Dr. Lorenzetti entienden que "Cuando el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a que el niño debe crecer en 'el seno de la familia', en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, alude también a la familia adoptiva, que no es menos familia que la biológica".

A efectos de la adecuada contextualización de la sentencia de la Sup. Corte Bs. As., dictada el 16/8/2006, en el fallo de la Corte Federal se menciona la indicación sugerida por la perito, y que en el descripto marco hermenéutico la Corte Suprema acogió como "la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación, especialmente para [la menor, es acudir al llamado] 'triángulo adoptivo', con acompañamiento profesional, en el cual su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor".

2.– Fallo actual de la Sup. Corte Bs. As.: estado puerperal. Adopción simple. Incompatibilidad entre el triángulo adoptivo y la adopción plena. Protagonismo del tiempo

El fallo de la Sup. Corte Bs. As. dictado el 16/8/2006 en el Ac. 69426, "S., C. s/adopción", en la misma línea, interpretó que "La ley 24779 (LA 1997–B–1346) estatuye un doble régimen de adopción: la adopción plena y la simple, cuya principal nota distintiva radica en la extinción o no del vínculo de parentesco biológico (arts. 323 y 331 CCiv.). La procedencia de una u otra categoría depende de las circunstancias de hecho, siendo que toda vez que sea aconsejable mantener los vínculos familiares originarios, debe optarse por la adopción simple".

## Estado puerperal

Adviértase que la madre biológica había otorgado la guarda extrajudicial durante la vigencia de la ley 19134 (ALJA 1971–B–988) mediante un acto permitido por ese ordenamiento, aunque en la actualidad el art. 318 CCiv. prohíbe la dación en guarda por escritura pública. Por ello la Corte Suprema consideró que la madre "en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción". Hizo mención a la circunstancia de que la niña fuera entregada a sus guardadores a las quince horas de ocurrido el parto, pero descartó en el caso concreto "las defectuosas percepciones y turbamiento de la conciencia que produce el estado puerperal", que pueden provocar "una alteración del juicio que conduzca a una decisión no querida", por no haber "constancias de que la madre lo hubiera padecido".

La Dra. Kogan en su voto, que hará mayoría, reitera dicha circunstancia: "...la madre biológica en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción, sin que se haya demostrado que el estado puerperal la hubiera conducido a una decisión no querida, además de poner de resalto que al peticionar la restitución de la niña no denotó una nítida manifestación de voluntad propia del arrepentimiento".

## Adopción simple

Atendiendo a que la Corte Suprema ha considerado que el interés superior de la niña radica en no modificar su actual situación fáctica porque el cambio le originaría un perjuicio que debe evitarse, y que "...debe atenderse al criterio expresado por la perito B. ...en cuanto a que la alternativa más saludable para todos los involucrados, especialmente para la menor, es acudir al llamado 'triángulo adoptivo', con acompañamiento profesional, en el cual su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor", la Sup. Corte Bs. As. resolvió otorgar la adopción simple de la niña al matrimonio constituido de guardadores.

## Informe pericial psicológico: triángulo adoptivo y complejidad vincular

Obsérvese la trascendencia del informe pericial psicológico para la Corte Federal y para la Sup. Corte Bs. As. en la apreciación de la complejidad vincular particular de las familias involucradas: "Las alternativas que ofrece el tema de la adopción en otras sociedades son múltiples...; el concepto de 'triángulo adoptivo', concediéndose atención a la trama de relaciones y calidad de los vínculos, teniendo en cuenta la existencia de tres grupos de sujetos involucrados: adoptado, padres biológicos, padres adoptantes..., la modalidad de mayor alcance es la de 'adopción abierta'... los padres de sangre y los padres adoptivos entablan algún tipo de relación, ...asistidos por un mediador, hasta la posibilidad de continuar relacionados... hasta la mayoría de edad del hijo de ambos...".

## Incompatibilidad entre el triángulo adoptivo y la adopción plena

Dicha incompatibilidad ha sido explicada por el Dr. Soria en su voto, dado que "la ley 24779 estatuye un doble régimen de adopción: la adopción plena y la simple, cuya principal nota distintiva radica en la extinción o no del vínculo de parentesco biológico (arts. 323 y 331 CCiv.). La procedencia de una u otra categoría depende de las circunstancias de hecho, siendo que toda vez que sea aconsejable mantener los vínculos familiares originarios, debe optarse por la adopción simple".

En este caso la Corte Federal "impuso la necesidad de generar un vínculo con la menor, su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos", que importa "no sólo el reconocimiento del derecho de la menor a conocer su realidad biológica (art. 328 CCiv.) sino el deber de no desconocer su vínculo con su familia de origen y, más aún, de fomentar las relaciones con ella, situación esta última que no se compadece con los efectos propios de la adopción plena que borra todo lazo con la familia de origen" (art. 323 CCiv.).

La adopción con carácter simple "confiere al adoptado la posición del hijo biológico" (art. 329 CCiv.) y deja subsistentes "los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado" (art. 331 CCiv.).

#### Protagonismo del tiempo

No ha de soslayarse la mención especial del voto del Dr. Domínguez al protagonismo que adquiere el transcurso del tiempo en los procesos de familia, cuya creciente visibilización deviene de la especialización y de la interdisciplina que hacen posible la incorporación a la solución judicial de nuevos enfoques –como el referido a los "ciclos de vida de un/a niño/a"– originarios de las ciencias sociales. "La decisión adoptada se ha visto condicionada en virtud del factor tiempo, en atención a la prolongación del proceso" (del voto del Dr. Domínguez).

b) Derecho a conocer la identidad de origen: garantías para el ejercicio del derecho de acceso a la realidad biológica

En la actualidad son frecuentes las presentaciones –análogas a aquellas a las que se refiere en este apartado– ante los órganos jurisdiccionales provinciales. Por ello cobra especial relevancia la publicidad de la resolución 2388/2006, de la Sup. Corte Bs. As., del 11/10/2006.

1.– Petición de remisión de dos expedientes judiciales sobre adopciones, por parte de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a un juzgado de menores bonaerense

La negación de remitir los expedientes solicitados (art. 18 ley 10067 [LA 1983–B–2163]), por parte del titular del Juzg. Menores Azul, n. 1, motivó la reiteración por parte del secretario de Derechos Humanos, alegando que "tal tesitura obstaculizaba el ejercicio de conocer la identidad de origen consagrada como principio en la Convención de los Derechos del Niño (LA 1994–B–1689) –ley 23849 (LA 1990–C–2699)–, de rango constitucional".

2.– Presentación del juez del fuero minoril ante la Sup. Corte Bs. As.: resolución 2388/2006 de la Sup. Corte Bs. As., del 11/10/2006

En consecuencia, el titular del juzgado menores se presenta ante la Sup. Corte Bs. As., que resolvió: "Hacer saber al secretario de Derechos Humanos de la Nación... que los interesados, en ejercicio del derecho a conocer su identidad, en las causas referenciadas origen de estos actuados, podrán directamente, con el gratuito patrocinio letrado de la provincia de Buenos Aires o por apoderado en los casos de imposibilidad, concurrir al organismo jurisdiccional pertinente a fin de tomar conocimiento directo de las actuaciones, facilitándole este tribunal los medios necesarios para ello".

3.– Fundamentos de la resolución 2388/2006 de la Sup. Corte Bs. As.

i) Compromiso del Estado Nacional y provincial: operatividad del derecho de acceso a su realidad biológica. Arts. 328 CCiv. (ley 24779) y 13 del Ac. 2707 de la Sup. Corte Bs. As.

En primer lugar la Sup. Corte Bs. As. señala que, considerando el compromiso estatal con la operatividad del derecho de acceso a la realidad biológica, "sería inadmisibles obstaculizar la lectura de las causas" en las que se trasunta este derecho inalienable.

Agrega que, siguiendo igual criterio, el art. 328 CCiv. (Ley de Adopción 24779) señala explícitamente la facultad de los adoptados de compulsar el expediente a partir de los 18 años de edad.

Asimismo, en el ámbito provincial, el art. 13 del Ac. 2707 de la Sup. Corte Bs. As., del año 1996, con la finalidad de resguardar "el ejercicio del derecho a su identidad estableció que todo particular puede efectuar la pertinente consulta al banco de datos del Registro de Adopción, canalizándose a través del asesor de incapaces en los casos que se tratare de una persona menor de edad".

ii) Marco adecuado del ejercicio del derecho de acceso a la realidad biológica: arts. 321 incs. f y g CCiv. y legislación provincial concordante

Seguidamente, la Sup. Corte Bs. As. detalla el marco normativo adecuado para el ejercicio del derecho de acceso a la realidad biológica: art. 321 incs. f y g CCiv. y normativa provincial concordante (arts. 18 ley 10067, 5, 55 y 75 ley 12607 [LA 2001-A-744] y 8 y 45 ley 13298). En este punto conviene advertir acerca de que la ley 13298 se halla suspendida cautelarmente por la Sup. Corte Bs. As.

iii) Cuestión meramente operativa. Juez natural: custodia de los expedientes. Adecuado patrocinio letrado y gratuidad de los medios de traslado al juzgado de menores

La Sup. Corte Bs. As. consideró que se trataba de "una cuestión meramente operativa, que en modo alguno implica vulnerar un derecho de raigambre constitucional, en la medida en que se faciliten los medios adecuados para que el interesado pueda tomar contacto directo con la realidad expuesta en la causa ante el organismo jurisdiccional pertinente al que se le ha impuesto la custodia debida de las actuaciones, a fin de evitar que el invocado derecho se convierta en meramente declarativo".

Por lo tanto, "corresponde que el interesado tome vista por sí del expediente judicial en la sede del juez natural, mediante el otorgamiento del adecuado patrocinio letrado y la facilitación de los medios gratuitos de transporte para él o su apoderado, en el caso de que aquél no pudiera trasladarse".

c) Liquidación de sociedad conyugal

1.- Trámite de la liquidación de la sociedad: reglas de la división de herencias. Doct. art. 1313 CCiv.

El interés del fallo dictado por la sala 1ª de la C. Civ. y Com. Bahía Blanca el 16/5/2006 en el expte. 125385, caratulado "M., O. A. v. R., A. N. s/incidente de disolución y liquidación de sociedad conyugal", radica en haber puntualizado "algo que por momentos parece haberse perdido de vista en autos: que la liquidación de la sociedad conyugal tramita por las reglas que disciplinan la división de herencia (art. 1313 CCiv.), y que esas reglas imponen un iter que se inicia con el inventario (generalmente sustituido por la denuncia de bienes), sigue con el avalúo, y concluye con la partición".

2.- Vía incidental

Se advierte especialmente que "las objeciones al inventario y toda cuestión relativa a la inclusión, exclusión o calificación de bienes reconoce una autonomía (arts. 514 y 760 CPCCN.)". Lo que en el caso ha sido desconocido al haberse planteado todas las cuestiones de esa naturaleza de manera promiscua en el marco de un proceso sumario.

3.- Avalúo de los bienes comunes

Respecto del avalúo de los bienes comunes, reitera la C. Civ. y Com. Bahía Blanca que "se olvida una vez más que la liquidación de gananciales sigue el trámite de la división de las herencias (doct. art. 1313 CCiv.), y no es en juicio sumario ni en vía incidental sino mediante la designación de un tasador y por las reglas del avalúo, que debe determinarse el valor de los bienes comunes a los fines de la ulterior confección de la cuenta particionaria".

#### d) Guarda

En materia de guarda, la sala 1ª de la C. 2ª Civ. y Com. La Plata ha dictado el 17/8/2006 una sentencia interlocutoria en la causa "D. Z., S. s/denuncia (recurso de queja)", en la que resolvió que la tía del niño –que había revestido en su momento la calidad de guardadora provisional otorgada oportunamente por la magistrada– posee un derecho tutelable, derivado del vínculo familiar, que la legitima a los fines de recurrir lo que se decida respecto de la protección integral de los derechos del sobrino, "no sólo por aquella guarda transitoria que se le concedió sino porque, además de los padres, se entiende por núcleo familiar a la familia extensa (art. 3 del Anexo 1 del decreto 300/2005 [LA 2005–B–2329], reglamentario de la ley 13298 [LA 2005–A–659])".

El Trib. Menores La Plata, n. 3, había denegado el recurso de apelación interpuesto por la tía del niño, debido a la falta de legitimación para actuar en dichas actuaciones, lo que motivó la articulación del recurso de queja ante la C. 2ª Civ. y Com. La Plata.

1.– Decreto 300/2005 : reglamentación de la ley 13298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños. Fuero del niño. Suspensión cautelar por la Sup. Corte Bs. As.

Conviene tener presente que la ley 13298 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños, del 29/12/2004, publ. en el B.O. del 27/1/2005, promulgada por el decreto 66/2005 , del 14/1/2005, con diversas observaciones a su articulado, fue reglamentada por el decreto 300/2005 , publ. en el B.O. del 23/3/2005.

En la actualidad la norma se encuentra suspendida cautelarmente por la Sup. Corte Bs. As. desde el 7/2/2005, en el expte. I–68116, "Procuradora general de la Sup. Corte Bs. As. s/medida cautelar autónoma anticipada – acción de inconstitucionalidad", en el marco de un proceso de inconstitucionalidad. Por lo tanto, mientras dure la suspensión rige la legislación anterior.

Recuérdese que la ley 13298 , cuyo objeto es la promoción y protección integral de los derechos de los niños, crea para ello el Sistema de Promoción y Protección Integral de los Niños, fija el procedimiento ante los servicios locales de promoción y protección de derechos que integran dicho sistema, prevé la organización y el procedimiento del fuero del niño y los principios generales del procedimiento ante el fuero. En el art. 47, titulado "Competencia civil", modifica el art. 827 CPCC. Bs. As. (ALJA 1968–B–1446), referido a la competencia de los tribunales de familia.

2.– Familia extensa. Art. 3 del Anexo 1 del decreto 300/2005 : "concepto de núcleo familiar"

La reglamentación aprobada por el decreto 300/2005 , que designa como autoridad de aplicación del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños al Ministerio de Desarrollo Humano (art. 1 del Anexo 1), define en el art. 3 el "concepto de núcleo familiar", que ha servido de fundamento al fallo platense:

"Además de los padres, se entenderá por núcleo familiar a la familia extensa y otros miembros de la comunidad que representen para el niño vínculos significativos en su desarrollo y protección".

3.– Sentencia interlocutoria: particularidades del caso. Situación fáctica sobreviniente

Con las aclaraciones previas sobre la situación de la ley 13298 y su reglamentación, a fin de comprender adecuadamente el caso revisten notable trascendencia las circunstancias del caso y los hechos sobrevinientes que la sala ha tenido en cuenta en su resolución.

En un primer momento la jueza del fuero minoril había otorgado la guarda provisoria a la tía del niño hasta que la madre se organizara y pudiera abandonar el domicilio en el que vivía con su pareja, quedando de este modo asegurado el contacto entre la madre y su hijo "sin restricciones, siempre y cuando se lleve a cabo en el domicilio de su tenedora, teniendo prohibido concurrir el niño al domicilio materno y de su pareja".

Con posterioridad la misma jueza "decidió mantener al menor de autos bajo el cuidado de su progenitora y estricto control del tribunal, debiendo permitirse y procurarse la vinculación del niño con sus tíos maternos".

En virtud de aquella guarda provisional otorgada a la tía del niño y del "concepto de núcleo familiar" del art. 3 del Anexo 1 decreto 300/2005 , fue que la sala platense consideró que "la tía del menor ...posee un derecho tutelable, derivado del vínculo familiar, que la legitima a los fines de recurrir lo que se decida respecto de la protección integral de los derechos del menor, no sólo por aquella guarda transitoria que se le concedió sino porque, además de los padres, se entiende por núcleo familiar a la familia extensa".

Aunque también debe señalarse que desde la fecha de interposición de la queja, que había motivado esta resolución, mutó la situación fáctica existente, pues la madre ha entregado a su hijo voluntariamente a la tía "para que ésta cuide del niño".

2006