

## ALCANCE DEL CONCEPTO DE FAMILIA

### ÍNDICE

Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala III, “G. P., V. S. c. O., C. V. s/ ordinario” - impugnación de paternidad, sent. del 20/02/2017, Publicado en La Ley .....	2
Juzgado Federal Nro. 2 de Mar del Plata, “L., F. y otro c. Direccion Nacional de Migraciones y otro s/ Amparo Ley 16.986”, sent. del 26/08/2020, Publicado en La Ley .....	12
Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, “R., Á. E. c. B. P. D. s/ cambio de nombre”, sent. del 21/05/2015, Publicado en La Ley .....	31
Juzgado de Familia Nro. 1 de Tandil, “B., O. I. s/ Adopción. Acciones vinculadas”, sent. del 06/08/2020, Publicado en La Ley .....	57
Juzgado de Familia Nº 5 de La Matanza, “C. M. D. L. A. C/ M. A. E. S/ ALIMENTOS”, sent. del 30/6/2020, Publicado en El Dial. ....	79
Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Sala Civil y Comercial y de Familia, “S., M. P. c. L. C., A. F. M. s/ recurso de inconstitucionalidad”, sent. del 22/05/2020, Publicado en La Ley .....	82
Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, “L. M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas”, sent. del 29/09/2015, Publicado en La Ley .....	96
Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, “S., V. M. s/ materia a categorizar”, sent. del 29/11/2016, Publicado en La Ley .....	108
Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, “A., O. E. s/ vulneración de derechos”, sent. del 12/07/2016, Publicado en La Ley .....	118
Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros, “L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación”, sent. del 07/02/2020, Publicado en La Ley .....	136

Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala III, “G. P., V. S. c. O., C. V. s/ ordinario” - impugnación de paternidad, sent. del 20/02/2017, Publicado en La Ley

**Relaciones al Código Civil y Comercial:**

Artículo 676 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 676 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC **Voces:** ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD ~ AFILIACION A OBRA SOCIAL ~ ALIMENTOS ~ DERECHO A LA SALUD ~ PERSONA CON DISCAPACIDAD ~ PROGENITOR AFIN ~ RECONOCIMIENTO DE HIJO

**Tribunal:** Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, sala III(C2aCivyComParana)(SalalIII)

**Fecha:** 20/02/2017

**Partes:** G. P., V. S. c. O., C. V. s/ ordinario - impugnación de paternidad

**Publicado en:** LA LEY 07/04/2017 , 4, con nota de Florencia I. Córdoba; LA LEY 2017-B , 348, con nota de Florencia I. Córdoba; DFyP 2017 (abril) , 73, con nota de Florencia I. Córdoba; LLLitoral 2017 (junio) , 6, con nota de Florencia I. Córdoba; LLLitoral 2017 (julio) , 3, con nota de María Magdalena Galli Fiant; DFyP 2017 (octubre) , 118, con nota de Jorgelina Guilisasti; DFyP 2018 (febrero) , 73, con nota de Daniela Fico y Natalia Kerszberg;

**Cita Online:** AR/JUR/137/2017

**Hechos:**

La parte actora dedujo recurso de apelación contra la sentencia que admitió la impugnación del reconocimiento de su paternidad sobre una niña, en cuanto dispuso que junto con la madre biológica arbitrarán los medios tendientes a mantener y/o garantizar a la menor una cobertura de obra social que le permitiera afrontar las necesidades especiales de atención de su salud en virtud de la discapacidad que presenta. La Cámara rechazó el remedio.

**Sumarios:**

1 . Aun cuando se admita la impugnación del reconocimiento de la paternidad promovida por el actor, éste debe seguir garantizando que la menor tenga una cobertura médica que le permita afrontar las necesidades especiales de atención a su salud en virtud de la discapacidad que presenta, pues es de aplicación analógica la figura del progenitor afín, habida cuenta de que si un cónyuge conviviente debe luego de la ruptura continuar con algunas de sus responsabilidades alimentarias, cuanto más sucede en este caso con quien ha ostentado durante años el título de verdadero padre. (Del voto del Dr. Galanti).

2 . La sentencia que impuso de oficio la obligación del padre reconociente, cuya paternidad fue impugnada, de seguir aportando a la menor una cobertura médica es inobjetable, pues si el Cód. Civ. y Com. ha consagrado de forma expresa el deber de prevenir los daños, como un deber incluso en cabeza de los magistrados, no puede pensarse que haya un exceso de jurisdicción o de poder, toda vez que lo único que se ha ordenado es que siga contribuyendo quien hasta la fecha del inicio de las actuaciones ya aportaba con los gastos de la obra social para mantener a la interesada, que es discapacitada, con al menos una cobertura para cubrir sus necesidades médicas esenciales de una forma rápida.

### **Texto Completo:**

**2ª Instancia.-** Paraná, febrero 20 de 2017.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor Galanti dijo:

1. Vienen las presentes con el objeto de abordar el tratamiento del recurso de apelación que la parte actora deduce contra la resolución obrante a fs. 48/50 vta. que admitió la impugnación del reconocimiento de su paternidad sobre la niña A. M. G. P., sin perjuicio de lo cual dispuso que tanto la madre biológica como el actor arbitraran los medios tendientes a mantener y/o garantizar a la menor una cobertura de obra social que le permita afrontar las necesidades especiales de atención de su salud en virtud de la discapacidad que presenta.
2. Contra esto último es que se queja el recurrente pues entiende que al admitirse la demanda han cesado para él todas las obligaciones en relación a la menor en mérito a la inexistencia de vínculo filial.

3. Oportunamente se pronuncian la demandada y el Ministerio Público de la Defensa en favor del rechazo del recurso y el mantenimiento de la resolución cuestionada, y el Ministerio Público Fiscal propiciando la admisión del recurso y la revocación de la misma en el aspecto cuestionado.

4. Ingresando al meollo del asunto diremos que el resolutorio se encuentra a nuestro criterio correctamente dictado y debe ser mantenido (más allá de lo que infra señalaremos respecto de la duración de la medida) dadas las singularidades que el caso en análisis presenta, entre ellas tres fundamentales a saber: la edad de la niña, su discapacidad y el trato ostensible y efectivo de padre que durante años el actor diera a aquella.

Se hallan en juego relevantes derechos de la niña a ser tutelados que dimanen en particular de la Convención de los Derechos del Niño” (interés superior art. 3 y conchs.) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Vale señalar que incluso antes de la vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com., la jurisprudencia había receptado este tipo de circunstancias respecto a la construcción de la identidad dinámica (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, Tratado de Derecho de Familia, t. IV, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014, ps. 274/275).

Verbigracia, en un interesante fallo se revocó una sentencia de primera instancia que otorgó una cuota alimentaria solo en favor de a hija biológica del demandado, señalando la Cámara que debe reconocerse el derecho de un menor a recibir alimentos de quien, sin ser su padre biológico, ha reconocido haberse comportado como tal a lo largo de siete años de convivencia junto a la madre de aquél y aún después de cesada la misma, ya que quien asume una conducta jurídicamente relevante no puede pretender luego que se tutele una situación incompatible con aquella. Señaló la Alzada que el trato de padre a hija que vincula al demandado con la niña L. A. G., se relaciona con la faz dinámica del derecho a la identidad. En efecto, doctrinariamente se distinguen dos aspectos o facetas del derecho a la identidad a las que se identifica como: “la faz estática”, referida al origen biológico de la persona (aquello que hace a su identificación, el nombre e imagen) y la “faz dinámica”, esencialmente cambiante, configurada por lo que constituye el patrimonio ideológico cultural y vital de la personalidad que se trasunta en el exterior. Se refiere a hechos

objetivos por los cuales se identifica a la persona, a través de su historia individual y social. La identidad personal se construye día a día, y se encuentra vinculada a todos y cada uno de los actos y vivencias de la persona a lo largo de su existencia. En este orden de ideas, la identidad de la niña L. A. G. no se circunscribe a la “realidad biológica”, sino que tiene una proyección psicosociológica, en la concepción de Stoltemberg, esto es la influencia de los aspectos psicológicos sobre la problemática social. Un niño que vive en una familia se inserta sistemáticamente en esa célula social y naturalmente genera lazos afectivos y respuestas consecuentes de los integrantes de dicho grupo, o sea se incorpora en el afecto real o presumible (Arbonés, Mariano, “Filiación y Derechos Humanos: el mundo al revés”, El Penalista, año 2, N° 12, octubre 2008, p. 8). Esta “identidad dinámica” de la niña L. A. G. con relación al demandado se encuentra tutelada por el art. 75, inc. 22, CN, que al incorporar la Declaración Internacional de los Derechos del Niño obliga a interpretar el derecho de familia bajo nuevas premisas, entre ellas el favor minoris, el cual exige que el derecho a la “identidad” de los niños sea entendido en un sentido amplio que comprenda tanto la faz estática como dinámica. A ello debe agregarse que en toda cuestión en que se vean afectados derechos de los niños, se debe resolver respetando su interés superior (art. 3° de la declaración citada), noción ésta que ha merecido diversos conceptos por parte de la doctrina y la jurisprudencia, pero adoptando el criterio de nuestro más alto tribunal, ese interés superior es el conjunto de los bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor, y entre ellos el que más conviene en una situación histórica determinada” (Cód. Civil Com. y Con. Adm. de San Francisco, “G. S. c. L. D. s/ alimentos”, del 13/12/2012).

Comentando este fallo el Dr. Jáuregui ha referido que “la respuesta de Cámara en una de sus posibles lecturas adquiere un claro rumbo para posibilitar que los sujetos se responsabilicen afectiva y materialmente de sus propios actos. Que lo hagan en justicia y ante el derecho —sin más— por el amor que entregaron y también por el que recibieron. Como diría el viejo y sabio refranero popular: “Que no borren con el codo lo que escribieron con la mano”. Los insta a tomar conciencia de la magnitud de sus acciones, ayudándolos a un digno crecimiento espiritual. Y firmemente la Cámara acorazó las respuestas en las

normas constitucionales, con lo cual los cimientos que la hospedan son sólidos y conceptualmente lucen indestructibles” (conf. JÁUREGUI, Rodolfo G., “La obligación alimentaria del progenitor afín: un valiente y moderno fallo señero que marcará la tendencia jurisprudencial de los próximos tiempos”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, N° 2, marzo de 2013, ps. 66 a 79, Ed. La Ley).

Pero además a partir de la redacción del nuevo Cód. Civil y Com. tal solución adquiere mayor fuerza a partir de los arts. 1°, 2°, y conchs. que reclaman la resolución de estos casos que involucran sujetos vulnerables precisamente a partir de la susodicha normativa. Con tal temperamento Constitucional y Convencional estimamos debe entonces abordarse el presente.

Y en mérito a ello consideramos que el art. 676 del Cód. Civ. y Com. (progenitores afines) luce aquí analógicamente aplicable, más allá de los condimentos particulares que el caso que nos ocupa ofrece, habida cuenta de que si un cónyuge conviviente debe luego de la ruptura continuar con algunas de sus responsabilidades alimentarias (como podría ser aquí el mantenimiento de una obra social) para atender la salud cuando ello pueda ocasionar un grave daño al niño o adolescente, cuanto más sucede en este caso con quien ha ostentado durante años el título de verdadero padre de la niña, por un reconocimiento que él mismo realizó de la criatura.

El autor cuyo comentario antes citamos, en su reciente obra indica que esta norma tuvo aplicación jurisprudencial reciente en el supuesto de un matrimonio que obtuvo la guarda con fines de adopción plena de dos niños y que, luego de cinco años de hacerlos sentir como parte de una familia, obtuvieron el desistimiento de la acción. Consideraron los jueces que están obligados a cumplir con una obligación alimentaria, pues, si bien no son padres biológicos ni adoptivos, en tanto no se dictó sentencia de adopción plena, se los puede considerar “padres solidarios” o “progenitores afines” con lo cual la solución se justifica en la “solidaridad familiar” (CCCom. de San Martín, sala I, 29/09/2015, “L. M. A. y otro s/ adopción. Acciones vinculadas”, La Ley del 11/12/2015, p. 7; AR/JUR/54081/2015 citado por JÁUREGUI, Rodolfo G., “Responsabilidad Parental — Alimentos y Régimen de Comunicación”, Cód. Civ. y Comercial de la Nación. Ley 26.994, Rubinzal Culzoni, 2016, p. 271).

Similar situación se da aquí. El recurrente no puede de modo instantáneo apartarse de quien ha sido en los hechos su hija durante años.

5. Claro está a resaltar que es la madre de la niña y el padre biológico de la criatura (con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa y del Estado si fuera necesario) quienes en un tiempo prudencial deberán asumir la exclusiva responsabilidad sobre esta.

Es que el mantenimiento del actor en la cobertura social que atienda las necesidades de la niña dispuesta en la sentencia de grado es necesariamente subsidiaria y provisoria como surge del rol que le toca desempeñar y analógicamente del art. 676, Cód. Civ. y Com. En orden a ello en la instancia de grado —donde se cuenta o se contará con mayores elementos de juicio para ello— oportunamente se deberá establecer la duración que la medida dispuesta tendrá.

6. Que por consiguiente, el recurso debe ser rechazado sin perjuicio de que la aclaración que se formula en el párrafo precedente especialmente sobre la duración de la medida.

7. Las costas se fijan por su orden en mérito a la novedosidad de la cuestión y como así a la aclaración que se efectúa a la resolución en cuestión.

El doctor Marfil dijo:

En el voto precedente se ha explicado el motivo de la intervención de este Tribunal, voy a participar de la solución confirmatoria propuesta por el distinguido colega preopinante, permitiéndome además agregar las siguientes consideraciones.

Que son dos las cuestiones que se deben señalar en torno a esta medida, una es la posibilidad de que la misma se dicte dentro de un proceso de las características del presente, y la otra es que de oficio lo haya podido hacer la juez de grado.

Si bien el a quo no abundó en los fundamentos dados para sostener su resolución, está clara la línea tutelar en la que dirigió su obrar.

Son dos las fuentes convencionales y legales que permiten sostener la resolución una derivada del sistema protectorio de la niñez y otra de la tutela de la discapacidad, viniendo en este caso a conjugarse de tal forma que se potencian en un doble paraguas protector, contándose además con normas nacionales que acudan en la misma filosofía.

En relación a lo primero, la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006, plasman un concepto amplio de familia, comprensivo de las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad. Así el art. 7° del dec. 415/2006 establece que podrán asimilarse al concepto de familia “otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencial y protección”, como podrían ser los guardadores con fines de adopción (Cfr. Kemelmajer de Carlucci - Herrera - Lloveras, Tratado de Derecho de Familia. Según el Cód. Civil y Comercial de 2014, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 226).

La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 5°) dispone: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Asimismo, la precitada norma supralegal en varios artículos menciona otras categorías en las que se encuadra la figura de los guardadores: “otras personas que cuidan de él” (art. 23), “personas que sean responsables del mantenimiento” (art. 26) y “personas encargadas del niño” (art. 27).

Recientemente se ha señalado que “cuando se analizan las obligaciones que le corresponden a quien fuera la guardadora de una niña, debe valorarse el moderno principio jurídico de la socioafectividad, que es aquel elemento necesario de las relaciones basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.

Este criterio socioafectivo —como bien señala la doctora Herrera— se torna hoy al lado de los criterios jurídicos y biológicos, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental y se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana (CAM Apel.Civ.Com.Mar del Plata, in re “162423 - “S., V. M. S/ Materia a categorizar”



del 29/11/2016 con cita de Herrera, Marisa, "Socioafectividad e infancia. De lo clásico a lo extravagante" en obra colectiva, Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, t. I, dir. Fernández, S., Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2015, p. 977; en similar sentido: Pérez Gallardo, Leonardo, "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato: ¿una ecuación lineal?", en RDyF N° 51, septiembre 2011, Abeledo-Perrot, Bs. As., ps. 261 y 262; González de Vicel, Mariela, "Guarda de hecho y adopción", en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1, Derecho de Familia - I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2016, p. 328).

Así las cosas, se comparte el criterio señalado en el voto anterior en cuanto la situación es encuadrable analógicamente en la figura del padre afín —art. 676, Cód. Civ. y Com.— respecto del cual se fija la obligación alimentaria.

En esta tesitura sostuvo un Tribunal bonaerense que “mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significa desproteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad” (SCBA, in re “A., F. A., A., E. J., A., O. E., art. 10, ley 10.067”, pub. en LA LEY del 26/07/2016, p. 4, con comentario de Fernández, S., "La protección de derechos del niño. Visibilizar lo... ¿visible? Infancias en penumbras”).

Por otra parte no se puede soslayar el hecho que la niña es discapacitada, y en esto entran a tallar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Art. 4: Obligaciones generales. 1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

Y el art. 7° referente a los niños y niñas con discapacidad: “1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los

niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”.

En lo concerniente al hecho que se haya dictado de oficio la medida, a esta altura del pensamiento jurídico parece inobjetable, pues si la nueva ley civil de los argentinos el Cód. Civ. y Com. de la Nación, ha consagrado de forma expresa el deber de prevenir los daños, como un deber incluso en cabeza de los magistrados. Por ello, no puede pensarse que haya un exceso de jurisdicción o de poder, toda vez que, lo único que se ha ordenado es que siga contribuyendo quién hasta la fecha del inicio de las actuaciones ya aportaba con los gastos de la obra social provincial para mantener a la interesada que es discapacitada con al menos una cobertura para cubrir sus necesidades médicas esenciales de una forma rápida. Por otra parte cabe recordar que en “Furlán” de la CIDH señaló que el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos.

En estos obrados el recurrente no demuestra ni argumenta razonablemente en donde radica el grave perjuicio a sus derechos, con la medida decretada, menos aún si se pondera la situación en que queda la menor.

Sostiene Graciela Medina: “Frente a la antigua visión de la familia que en muchos casos sacrificaba la personalidad de alguno de sus miembros, hoy existe una nueva concepción de la familia en la que el familiar, antes de ser tal, es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre una limitación de sus derechos fundamentales ni siquiera frente a los otros miembros de su familia”. El status familiar no debe constituir una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable:

“Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, máxime cuando la lesión deviene del incumplimiento a Ud. deber familiar. No pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban

distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar (Medina, Graciela, "Daños en el derecho de familia en el Cód. Civ. y Com.", Revista de Derecho de Familia y Sucesiones N° 5 - Septiembre 2015, fecha: 07/09/2015, Cita: IJ-LXXX-322 con cita de: PATTI, S., Famiglia e responsabilità civile, Milano 1984, p. 32 y ss. Respecto de la incidencia de los principios constitucionales en la consideración positiva del resarcimiento de daños en la esfera del derecho de familia puede verse más ampliamente Fracon, A., "I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno" en Il diritto di famiglia e delle persone, vol. XXX, enero-marzo 2001, ps. 367 y ss. Concretamente señala que en la familia como primera sociedad natural, están protegidos y privilegiados los derechos inviolables del hombre y, por consiguiente, el desarrollo de la personalidad individual. En la doctrina española defiende esta posición Roca I. Trías, E., Familia y cambio social (de la casa a la persona), Cívitas 1999, p. 75).

Conforme lo acontecido en estos obrados, como se dijo, la situación es equiparable a la del progenitor afín, con lo cual los deberes del recurrente para con quien hasta la sentencia era legalmente su hija, no concluyen, pues queda ahora igualmente alcanzado por el campo de irradiación de los deberes familiares, y por aplicación del principio general de no dañar a otro.

En lo demás se comparte lo expresado por el primer voto en cuanto al plazo y conductas parciales y judiciales a adoptar.

La doctora Ramírez Amable dijo:

Adhiero a los votos precedentes de los doctores Galanti y Marfil, por compartir sus fundamentos, los que son coincidentes y complementarios entre sí respecto de la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal.

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, se resuelve: 1°) Rechazar el recurso de apelación deducido por la actora contra la resolución de fs. 48/50vta., aclarándose la misma según considerando 5 de la presente para su cumplimiento. 2°) Costas por su orden, art. 65 Cód. Proc. Civ. y Com. 3°) Regular los honorarios de alzada a los Dres. y , en la suma de pesos (\$) a cada uno —arts. 3, 64 ley 7046—. Regístrese, notifíquese y, en estado, bajen. — Virgilio A. Galanti. — Andrés M. Marfil. — Valentina Ramírez Amable.

Juzgado Federal Nro. 2 de Mar del Plata, “L., F. y otro c. Direccion Nacional de Migraciones y otro s/ Amparo Ley 16.986”, sent. del 26/08/2020, Publicado en La Ley

**Voces:** ACCION DE AMPARO ~ EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA ~ LEGITIMACION ACTIVA ~ PANDEMIA ~ PROTECCION DE LA FAMILIA ~ UNION CONVIVENCIAL ~ VINCULO DE FAMILIA

**Tribunal:** Juzgado Federal Nro. 2 de Mar del Plata(JFedMardelPlata)(Nro2)

**Fecha:** 26/08/2020

**Partes:** L., F. y otro c. Direccion Nacional de Migraciones y otro s/ Amparo Ley 16.986

**Publicado en:** La Ley Online;

**Cita Online:** AR/JUR/34861/2020

**Sumarios:**

1 . Acreditadas las razones de reunificación familiar invocadas por los amparistas, corresponde hacer lugar a la acción de amparo, ordenando a la Dirección Nacional de Migraciones y al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la república Argentina que, por medio del mecanismo denunciado por el Estado Nacional al producir su informe circunstanciado, otorguen el permiso de ingreso al país y tránsito por el territorio nacional hasta la ciudad de Mar del Plata a la interesada, estableciendo el modo y las condiciones en que deberá efectivizarse la medida, así como los requisitos que deberá cumplir aquella en materia sanitaria con el fin de reducir las posibilidades de contagio de coronavirus Covid-19.

2 . Corresponde rechazar la defensa de falta de legitimación activa deducida por la codemandada, pues la existencia de una “unión convivencial” entre los interesados implica que asista al amparista un interés jurídico suficiente para instar la jurisdicción requiriendo que se autorice a su pareja ingresar al territorio nacional por razones de reunificación familiar.

**Texto Completo:**

Expediente N° 3166/2020

**1ª Instancia.**- Mar del Plata, agosto 26 de 2020.

Antecedentes:

I. El 10/06/2020 se presenta el Sr. F. L., con el patrocinio letrado del Dr. E. L. L., quien también interviene en nombre y representación de P. I. B. A. —en virtud del Poder administrativo y judicial otorgado por ella y que adjunta— y promueven acción de amparo contra la Dirección Nacional de Migraciones, el Estado Nacional —Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto— Poder Ejecutivo Nacional con el fin de obtener la concesión de un permiso de ingreso inmediato a la República Argentina a favor de la Srta. B. A. —de nacionalidad chilena—, a través del Aeropuerto Internacional de Ezeiza o Aeroparque Jorge Newbery de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como de tránsito interno desde dichos aeropuertos hasta la ciudad de Mar del Plata, como excepción al cierre de fronteras y aislamiento social, preventivo y obligatorio vigente, atento la unión convivencial que mantiene con el Sr. F. L. y la consecuente necesidad y derecho a la reunificación familiar. Para el supuesto de que no existan vuelos disponibles o resulte imposible trasladarse por vía aérea a dichos aeropuertos, solicitan que se autorice su ingreso por frontera terrestre a través de los pasos fronterizos habilitados.

Requieren también que se autorice al Sr. F. L. a trasladarse desde la ciudad de Mar del Plata hasta el lugar de ingreso al país de la Srta. B. y posterior regreso de ambos a esta ciudad en su automóvil particular (art. 6º, inciso 5 dec. 297/2020 PEN).

Señalan que, en todos los casos, asumen el compromiso de cumplir con todos los protocolos y medidas de seguridad sanitaria existentes y/o las que se dispongan, en el marco de la pandemia del Covid-19.

Citan las normas de jerarquía constitucional que protegen el instituto de la unión convivencial, en cuya existencia fundan su pedido.

Recuerdan que los amparistas se conocieron en el mes de marzo de 2018 en la ciudad de Port Douglas, Estado de Queensland, Australia, donde ambos se encontraban radicados con una visa de trabajo y vacaciones concedida por ese país. En mayo del mismo año comenzaron a convivir y en el mes de noviembre viajaron juntos a sus respectivos países para presentarse a sus familiares y amigos a quienes sólo conocían a través de las redes sociales.

Relatan que luego de la visita, emprendieron un viaje de 6 meses por países de Medio Oriente y Asia, regresando posteriormente a Port Douglas para retomar sus anteriores trabajos. Allí alquilaron una casa y compraron un auto. Meses más tarde se mudaron a Isla Hamilton, donde ambos consiguieron un nuevo trabajo al que habían postulado de manera conjunta.

Habiendo decidido que continuarían su proyecto de vida en común en la ciudad de Mar del Plata, de la que es oriundo el Sr. L., adquirieron pasajes aéreos para el día 22 de marzo de 2020 con destino a Buenos Aires. Señalan que por razones familiares debieron cambiar la fecha de regreso y el destino, que pasó a ser, provisoriamente, la ciudad de La Serena, Chile. A principios de marzo, el Sr. L. regresó a Mar del Plata, mientras que la Srta. B. permaneció en la localidad chilena, ambos con la intención de compartir con su padre y madre, respectivamente, sus cumpleaños (los dos son el 9 de marzo). La Srta. B. viajaría posteriormente a la Argentina para radicarse allí de manera definitiva, contando con el pasaje aéreo. Sin embargo, el vuelo fue cancelado ante las medidas de cierre de fronteras y de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuestas por el Poder Ejecutivo argentino ante la pandemia de coronavirus, mediante los decretos 274/2020 y 297/2020, respectivamente.

Afirman que, desde entonces, los amparistas se encuentran separados, cada uno en su país de origen.

Detallan la prueba documental que acompañan para acreditar las circunstancias alegadas.

Señalan que formalizaron una solicitud de excepción de ingreso al país ante la DNM en los términos del art. 1 del Decreto 274/2020, contestando ese organismo que ese tipo de requerimiento debía realizarse ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Relatan que, en consecuencia, cursaron el pedido por correo electrónico a la Embajada Argentina en Santiago de Chile, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, desde donde le contestaron que habían sido “infructuosos” sus esfuerzos por lograr que Migraciones Argentinas permitiera el ingreso de extranjeros “como turistas” y que, ante cualquier inquietud, se comunicara con la Dirección Nacional de Migraciones, a pesar de que desde esta entidad les habían indicado que debían dirigirse a la Cancillería.

Destacan que no es posible obtener DNI argentino desde el exterior, ni siquiera desde la Embajada Argentina en Chile, toda vez que, como les fue informado, “la tramitación y otorgamiento de visados desde los Consulados se encuentran momentáneamente suspendidos”.

Sostienen que, ante la situación descripta, la única vía disponible es el amparo. Recuerdan que el Sr. L. se presentó ante el Registro Provincial de las Personas en la ciudad de Mar del Plata con el fin de inscribir la unión convivencial —en virtud del poder especial otorgado por la Srta. B. A.—, informándosele la imposibilidad de realizar dicho trámite por no estar considerado como esencial en el marco de la pandemia. Acompaña el Acta labrada por la Escribana que lo acompañó en tal diligencia.

Se refieren a la vulneración del derecho a la familia, concepto que debe entenderse en sentido amplio a la luz de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, reconociéndose tal condición a la “unión convivencial” que, en el caso de autos, consideran acreditada con la prueba acompañada.

Concluyen: “(...) encontrándose amparada la unión convivencial de los actores por las normas constitucionales y tratados internacionales ya citados, la negativa del Estado Argentino a que la Srta. Bravo ingrese al territorio nacional por su sola condición de extranjera, con sustento en las disposiciones del decreto 274/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, resulta a todas luces ilegítima y violatoria del derecho a gozar de su familia, del derecho de igualdad y del derecho a la no discriminación que las leyes y la Constitución Nacional consagran”. Agregan que se trata de una decisión arbitraria, ya que el propio Decreto 274/2020 admite la posibilidad de que la DNM establezca excepciones para atender situaciones de necesidad.

Destacan que la Srta. B. A. está dispuesta y ha asumido expresamente el compromiso a seguir los mismos protocolos sanitarios que se aplican sobre los argentinos repatriados que ingresan a nuestro país y demás medidas que sean necesarias para admitir su ingreso.

Para el caso de que se interprete que las excepciones de necesidad previstas por los artículos 1 del Decreto 274/2020 y 6, inc. 5 del Decreto 297/2020 no alcanzan a familiares extranjeros de un nacional argentino, plantean la inconstitucionalidad de tales preceptos y normas complementarias que impiden el ingreso al país de la Srta. B. A. por violación de los arts. 14 bis,

16; 19; 20; 28; 29; 31; 75 inc. 22 de la CN y disposiciones de los Tratados Internacionales con la misma jerarquía.

Se refieren a la procedencia de la acción de amparo, analizando el cumplimiento de los requisitos de esa vía en el caso concreto, y a la competencia de este Juzgado.

Solicitan el dictado de una medida cautelar innovativa por medio de la cual se conceda el permiso de ingreso al país de la Srta. B. A.

Ofrecen prueba y peticionan que oportunamente se dicte sentencia haciendo lugar a la presente acción de amparo.

II. El 12/06/2020 se habilita la feria judicial extraordinaria para el proveimiento de estas actuaciones y se ordena dar vista al Ministerio Público Fiscal, quien emite su dictamen el 18/06/2020.

III. El 01/07/2020 se declara la competencia de este Juzgado y se tiene por habilitada la presente instancia judicial. A la vez, se requiere a las demandadas la producción del pertinente informe circunstanciado y se rechaza la medida cautelar requerida.

IV. El 22/07/2020 se presenta la Dra. Natalia Brun, en su carácter de Delegada del Cuerpo de Abogados del Estado y en representación del Estado Nacional, produciendo el pertinente informe circunstanciado.

Recuerda la pretensión de los amparistas y los fundamentos en los que la sustentan. Señala que ante la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, el 11/03/2020 el Poder Ejecutivo dictó la normativa de emergencia involucrada en estas actuaciones que, entre otras cuestiones, prohíbe el ingreso temporario de personas extranjeras no residentes en el país. Sostiene que esta medida obedece a un fin público mayor que es la protección de la salud de toda la población argentina. Destaca que Chile es uno de los países que se vio más afectado por la pandemia.

Por otra parte, afirma que “la Cancillería y la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) establecieron un mecanismo, comunicado el 27 de mayo a la red consular, por el cual el ciudadano extranjero no residente puede tramitar en la sede consular que corresponda una excepción en ciertos casos, como por ejemplo, la reunificación familiar, para lo cual debe ser familiar de ciudadano o residente argentino, fundamentado en casa caso la excepción con los motivos del caso y aportar la documentación respaldatoria”, entre la que menciona la



partida de matrimonio debidamente apostillada o legalizada o de unión convivencial inscripta. Concluye señalando que “(...) estando vigente el mecanismo antes detallado, nada impide que hoy la señora B. A. vuelva a presentar su solicitud y la misma sea encauzada y analizada por la autoridad de aplicación: DNM.”

Afirma que en el caso de autos no se cumplen los requisitos de procedencia del amparo toda vez que la actividad del Estado no ha sido arbitraria ni ilegítima. Descarta, también, la existencia de un daño actual, puesto que, si bien los amparistas se encuentran separados, ambos están en sus lugares de origen junto a sus respectivas familias.

Niega de manera genérica todos y cada uno de los hechos afirmados por la contraria, así como la documental que no sea objeto de expreso reconocimiento, formulando, luego, una negativa detallada de las alegaciones de los amparistas.

Defiende la legalidad del accionar del Estado Nacional así como las medidas por él adoptadas en el marco de la emergencia sanitaria, rechazando el pedido de declaración de inconstitucionalidad articulado por los accionantes.

Ofrece prueba documental, formula reserva de la cuestión federal y peticiona que oportunamente se rechace la acción de amparo con costas.

V. El 23/07/2020, la Dra. Mariana Muriel Brun presenta informe circunstanciado en representación de la Dirección Nacional de Migraciones.

Plantea la incompetencia territorial de este Juzgado sosteniendo que, en el fondo, lo que se discute es la regulación de la libertad de circulación de un extranjero por el territorio nacional, derecho que puede ser invocado por la Srta. B. A., pero no por el Sr. L. Señala que lo expuesto, además de hacer desaparecer la legitimación sustancial del mencionado, hace lo propio con la competencia de la Justicia Federal de Mar del Plata. Agrega que “siendo que los supuestos actos aquí cuestionados emanan del Poder Ejecutivo Nacional, de la Dirección Nacional de Migraciones y también del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, conforme lo señalado por la propia actora, todos con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que los efectos de los actos impugnados no se circunscriben a la Ciudad de Mar de Plata, sino que producen efectos en la totalidad del territorio nacional y respecto a una ciudadana extranjera no residente en Mar del Plata, corresponde conocer en la

presente causa a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Desconoce, también, la “legitimidad sustancial” de la Srta. B. A. para formular el presente reclamo, toda vez que no cuenta con un derecho mayor que el del resto de los extranjeros que quisieran ingresar al territorio nacional ni ha alegado circunstancias de necesidad que justifiquen la excepción.

Agrega que la Dirección Nacional de Migraciones jamás negó el ingreso de la amparista ya que no existe trámite formal alguno que hubiera ameritado resolución del Organismo.

Afirma que, al no cumplirse los requisitos establecidos por los artículos 1 y 2 (inc. “a”, “c” y “d”) de la ley 16.986, la acción de amparo no es procedente. En este sentido, indica que las respuestas informativas a las consultas formuladas por la contraria por correo electrónico no son actos administrativos que puedan tildarse de “manifiestamente arbitrarios e ilegales”.

Por otra parte, sostiene que la concesión de la excepción peticionada es una facultad privativa y exclusiva del Poder Administrador, no son revisable judicialmente.

Se refiere a la función de la DNM durante la emergencia pública en materia sanitaria, destacando que la actividad migratoria ha sido calificada como servicio esencial. Por eso, concluye solicitando el rechazo de la acción al considerar que la sentencia recaída en autos “inevitablemente va a comprometer de manera directa o indirecta a un servicio esencial del Estado dentro de la emergencia Covid-19”, lo que se encuentra vedado por el art. 2, inc. “c” de la ley 16.986.

Agrega que la copiosa prueba ofrecida por la accionante da cuenta de la necesidad de un proceso con amplitud de conocimiento, debate y prueba, lo que se contradice con la vía excepcional intentada.

Sostiene que “los actores no acreditaron la ineptitud de otras vías (ordinarias, sumarias o administrativas ni de cualquiera de ellas combinadas con una medida cautelar (art. 2° inc. a) de la norma)”.

Cita doctrina y jurisprudencia para fundar su posición.

Reseña las circunstancias de hecho que considera relevantes, defendiendo el accionar de la DNM y del Ministerio de Relaciones Exteriores en el caso.

Explica que “para que la Srta. B. A. pueda ingresar al territorio, y dado que no se encuentra entre las excepciones previstas en el art. 2do del DNU, deberá pedir y obtener de la Dirección Nacional de Migraciones una excepción a la prohibición de ingreso de conformidad al art. 1º, o bien algún tipo de residencia. En este sentido, la extranjera no puede desconocer cuál es el trámite necesario para obtener su permiso de ingreso y radicación en la República Argentina. Pues cualquiera sea la opción por la que se incline, esto es la obtención de la excepción a la prohibición de ingreso o la residencia, deberá canalizarla a través de un pedido formal por ante el Consulado Argentino”. Reitera que no ha habido una presentación formal ante la DNM ni ante el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de la cual se requiera el ingreso excepcional de la Srta. B. A. al territorio nacional.

Para el caso de que se interprete que se ha negado otorgar una excepción a la prohibición de ingreso a la Argentina de la amparista, analiza la razonabilidad de la medida. En este sentido, sostiene que la obstaculización temporaria de la libertad ambulatoria y de la autodeterminación del plan de vida de una pareja se justifican ante la necesidad excepcional de promover la protección de la salud pública, amenazada por la pandemia. Agrega que “no existen a la fecha otras medidas alternativas que intervengan menos intensamente en la libertad ambulatoria y el desarrollo de los planes de vida individuales, y que hayan comprobado igual eficiencia para promover adecuadamente la protección de la salud” y que no se ha probado que exista una afectación a sus derechos mayor a la que se encuentra soportando el resto de la sociedad.

Detalla las razones por las que considera que “el motivo esgrimido no sería razonablemente suficiente para la procedencia de la excepción”.

Defiende la adecuación constitucional de los de Decretos de Necesidad y Urgencia impugnados, afirmando que cumplen con los requisitos esenciales establecidos por la ley 26.122. Cita doctrina y jurisprudencia al respecto.

Efectúa reserva de la cuestión federal y peticiona que se declare inadmisibile la presente acción de amparo, se haga lugar al planteo de incompetencia o, subsidiariamente, se rechace la pretensión de los amparistas con costas.

VI. El 28/07/2020 los actores denuncian un hecho nuevo y acompañan un certificado médico en el que el profesional firmante indica que el Sr. L. padece trastorno de ansiedad, insomnio y depresión menor “debido al distanciamiento

de su pareja por la cuarentena Covid-19". Al mismo tiempo, reeditan la solicitud de medida cautelar.

VII. El 07/08/2020 se rechaza la excepción de incompetencia deducida por la Dirección Nacional de Migraciones y se dicta el llamado de autos para sentencia. Contra esta providencia, el organismo mencionado interpone revocatoria con apelación en subsidio (el 13/08/2020).

VII. El 10/08/2020 los accionantes solicitaron nuevamente el dictado de una medida cautelar innovativa, alegando la concurrencia de nuevas circunstancias que —a su entender—, justificaban su concesión.

VIII. El 20/08/2020 se rechaza el recurso deducido por la DNM contra la providencia del 07/08/2020 por no encontrarse ésta dentro de los supuestos contemplados por el art. 15 de la ley 16.986. A la vez, se desestima la medida precautoria petitionada y se dispone que vuelvan los autos para dictar sentencia.

Fundamentos:

I. Excepción de falta de legitimación activa.

La Dirección Nacional de Migraciones planteó la falta de legitimación activa de ambos amparistas, de cuya suerte dependerá que su pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo.

Es que la legitimación para obrar no es un presupuesto procesal (es decir, un requisito que debe cumplirse para la constitución de una relación procesal válida), sino un presupuesto sustancial o para la sentencia de mérito, en cuanto sólo en caso de tener las partes legitimación en la causa, el juez entrará a juzgar sobre la razón o sinrazón de la demanda (Vescovi, "Derecho Procesal Civil", Montevideo, Edit. Idea, T. II, 1974, p. 163/164; Devis Echandía, "Nociones Generales de Derecho Procesal Civil", Madrid, Aguilar, 1966, ps. 288, 299).

El concepto de legitimación alude a una especial condición o vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigioso determinado, que los habilita para comparecer o exige su comparecencia, individualmente o junto con otros, en un proceso concreto con el fin de obtener una sentencia de fondo (Cortés Domínguez, Valentín; Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor, "Derecho Procesal Civil. Parte General", Madrid, Editorial Colex, 2003, ps. 98-99).

Existe legitimación activa, entonces, cuando la persona que demanda en un proceso está habilitada por la ley para reclamar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado (Loutayf Ranea, Roberto G., “Legitimación para obrar y falta de legitimación para obrar (sine actione agit)”, trabajo publicado en el libro “Excepciones procesales, sustanciales y otras Defensas. Doctrina y jurisprudencia”, Directora Angelina Ferreyra de de la Rúa, Córdoba, Advocatus, Universidad Empresarial Siglo veintiuno, 2009, ps. 351 y ss.).

Como surge de su escrito de interposición, la presente acción de amparo persigue la concreción de dos pretensiones: por un lado, se intenta obtener la concesión de un permiso de ingreso a la República Argentina y tránsito hasta la ciudad de Mar del Plata a favor de la Srta. B. A. —de nacionalidad chilena—, como excepción al cierre de fronteras y aislamiento social, preventivo y obligatorio vigente, alegando el derecho a la reunificación familiar; y por otro, se requiere una autorización para que el Sr. FL pueda trasladarse desde la ciudad de Mar del Plata hasta el lugar de ingreso al país de la coactora y posterior regreso de ambos a esta ciudad en su automóvil particular. Así, no puede desconocerse la relación existente entre las personas que actúan en este proceso y el objeto del litigio.

Con respecto a la primera pretensión, entiendo que la existencia de una “unión convivencial” entre los amparistas —que ha quedado acreditada en autos, conforme se detallará en los acápites que siguen—, implica que asista al Sr. L. un interés jurídico suficiente para instar la jurisdicción requiriendo que se autorice a la Srta. B. A. a ingresar al territorio nacional por razones de reunificación familiar. En este sentido, nuestro Máximo Tribunal ha expresado que “la existencia de ‘causa’ presupone la de ‘parte’, esto es la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso; la ‘parte’ debe demostrar la existencia de un interés jurídico suficiente o que los agravios expresados la afecten de manera suficientemente directa o sustancial (...)”, extremo que encuentro demostrado en el supuesto bajo estudio (CSJN, “Roquel, Héctor A. c. Santa Cruz, Provincia de (Estado Nacional) s/ acción de amparo”, sentencia del 10/12/2013).

Por otra parte, las circunstancias alegadas por la DNM para negar la legitimación activa de la Srta. B. A. (el hecho de que, a su entender, no le

asiste un derecho mayor al del resto de los extranjeros que quisieran ingresar al territorio nacional y la ausencia de prueba de un estado de necesidad) hacen a la procedencia del reclamo, pero de manera alguna se vinculan con la aptitud de la accionante para pretender una sentencia favorable respecto de la cuestión litigiosa.

En consecuencia, corresponde rechazar la defensa de falta de legitimación activa deducida por la codemandada.

II. Admisibilidad de la acción de amparo.

1. La Reforma Constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a la acción de amparo, estableciendo el artículo 43 de nuestra Ley Fundamental: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución (...)”.

Con similares términos definía ya a esta vía la ley 16.986, atacando a un tipo particular de acción u omisión de la autoridad: aquella que “(...) en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus” (art. 1).

Entre los presupuestos de admisibilidad del amparo que surgen de las normas comentadas, reviste singular importancia el atinente a la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto impugnado, rasgos que se presentan a través de conductas contrarias a derecho, que se enfrentan con las normas positivas —en el caso del primero— o bien, como nota subjetiva caracterizada por el mero voluntarismo apuntado a la violación del derecho —en el supuesto de arbitrariedad— (cfr. Rivas, Adolfo A., “El Amparo”, ps. 80, 81 y 86).

En autos, los accionantes calificaron como arbitraria la negativa a permitir el ingreso al país de la Srta. B. A. por parte del Estado Nacional, ya que el propio Decreto 274/2020 admite la posibilidad de que la DNM establezca excepciones para atender situaciones de necesidad. Por su parte, las representantes del Estado Nacional y de la Dirección Nacional de Migraciones sostuvieron que su obrar se ajustaba a derecho, agregando, este último organismo, que los

amparistas no habían realizado trámite formal alguno ante él por lo que “jamás” había rechazado ninguna solicitud de la contraria. En consecuencia, afirmaron que la vía excepcional intentada no era procedente.

Con el fin de dilucidar la controversia planteada, resulta útil recordar las circunstancias de hecho relatadas por los actores, reconocidas por ambos accionados y acreditadas con la prueba documental aportada al expediente.

Veamos:

El 08/05/2020, el Sr. L. envió un correo electrónico a la Dirección Nacional de Migraciones consultando sobre la existencia de “alguna vía excepcional” para que su pareja, de nacionalidad chilena, pudiera ingresar al país, radicarse en él y tramitar la residencia ante el cierre de las fronteras debido a la pandemia. El 11/05/2020 el organismo respondió: “Atento a la consulta efectuada por usted le informamos que en el marco del Artículo 1 del Decreto 274/2020 de fecha 16 de marzo del corriente, ampliado por el Art. 1 del Decreto 331/2020, 365/2020, 409/2020 y 459/2020 ante la propagación de casos de Covid-19 y la emergencia pública en materia sanitaria en virtud de la pandemia declarada por la OMS, se establece la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país (...) Toda solicitud de excepción a la medida de prohibición del ingreso de extranjeros no radicados, deberán ser formalizadas por nota ante el Ministerio de Relaciones Exteriores (...)” (Anexo VIII, ps. 18/19 de la documental acompañada por los amparistas).

El 19/05/2020, la Embajada Argentina en Chile reenvió un correo electrónico cursado por la Srta. B. A. en el que, luego de denunciar sus datos personales, solicitaba “(...) un permiso excepcional de ingreso al territorio de la República Argentina, de conformidad con lo normado en el art. 1 del DNU 274/2020 en cuanto a las excepciones de ingreso previstas para circunstancias de necesidad, y el derecho a la reunificación familiar que la ley argentina de migraciones garantiza en su art. 10 (ley 25.871). Ello por cuanto mantengo una unión convivencial con el Sr. F. L., argentino, DNI ..., residente en la ciudad de Mar del Plata, de quien he quedado aislada debido al cierre de fronteras y la prohibición de circular decretados en el marco de la pandemia Covid-19 (...) les pido tengan a bien darle curso a la presente solicitud, indicando la documentación que fuere necesario presentar (...)” (Anexo VIII, ps. 23/24 de la documental agregada por los accionantes).

La respuesta del Consulado General de la República Argentina en Santiago de Chile fue la siguiente: “Como ya informamos, durante esta situación excepcional de pandemia, las autoridades migratorias argentinas no están dejando ingresar al país a extranjeros que no cuenten con DNI argentino. Desde este consulado han sido infructuosos nuestros esfuerzos por lograr que Migraciones Argentinas permita el ingreso de extranjeros como turistas. Deberá aguardar a las medidas que se tomen desde el gobierno respecto al cierre de fronteras para extranjeros (...)” (misiva del 19/05/2020, p. 23 del Anexo VIII mencionado).

El 20/05/2020 la amparista aclaró: “(...) mi caso y mi consulta no es para ingresar como turista sino como familia (conviviente) de un argentino, más allá de mi condición de extranjera. Por lo que mucho les agradecería que me aclaren al respecto y me indiquen los pasos a seguir para canalizar formalmente el permiso de ingreso por razones de necesidad y como excepción prevista en el decreto de aislamiento (...)”. El mismo día, el Consulado contestó en los siguientes términos: “Al margen de sus intenciones, si usted ingresa sin contar con un DNI de residente, está ingresando en condición de turista. Para mayor información puede comunicarse con la Dirección Nacional de Migraciones de Argentina (...)” (p. 22 del Anexo VIII).

Así, de la correspondencia intercambiada por las partes surge la siguiente secuencia: ante la medida de cierre de fronteras dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional a causa de la pandemia, el Sr. L. se dirigió a la DNM consultando sobre la existencia de alguna “vía excepcional” para que su pareja, de nacionalidad chilena, pudiera ingresar a territorio argentino. El organismo contestó que toda solicitud de excepción debía ser formalizada por nota ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Hasta aquí, el único recaudo informado por la autoridad para formular la petición en cuestión era el de hacerlo “por nota”. En consecuencia, la Srta. B. A. se puso en contacto con la Embajada Argentina en Chile —a través de la casilla de correo electrónico que consta en su página oficial: <https://ehile.cancilleria.gob.ar/es/content/datos-de-contacto-3>—, solicitando un permiso excepcional de ingreso al país y requiriendo que se le indicara la documentación que fuera necesario agregar. Este correo fue reenviado por la Embajada al Consulado General de la República Argentina en Santiago de



Chile, quien contestó que debería aguardar a las medidas que se tomaran desde el gobierno respecto al cierre de fronteras para extranjeros. Ante la insistencia de la amparista para obtener información sobre “los pasos a seguir para canalizar formalmente el permiso de ingreso (...)”, el Consulado respondió: “Para mayor información puede comunicarse con la Dirección Nacional de Migraciones de Argentina”.

Cabe destacar que, a la fecha del intercambio de correos electrónicos, regía en la provincia de Santiago, Chile, “la medida de aislamiento o cuarentena” que implicaba que todos los habitantes debían permanecer en sus domicilios habituales (medida publicada por el Ministerio de Salud del país vecino en el Diario Oficial de la República de Chile del 14/05/2020), de manera que, es dable considerar que la nota mencionada por la DNM como requisito para solicitar un permiso excepcional en los términos del Decreto 274/2020 fuera presentada vía e-mail.

De este modo, habiendo los accionantes utilizado los canales de comunicación con la DNM y el Ministerio de Relaciones Exteriores disponibles en el contexto señalado para requerir información sobre el trámite a seguir con el fin de obtener el permiso excepcional pretendido e incluso, petitionar tal autorización, cada uno de estos organismos remitió al otro, sin brindar los datos solicitados y dejando a los amparistas en una situación de desatención absoluta. En otras palabras, la DNM indicó que la solicitud debía formalizarse ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, mientras que este último, luego de exhortarlos a esperar a las medidas que se tomaran “desde el gobierno”, los instó a dirigirse a la DNM “para mayor información”.

Por lo expuesto, si bien es cierto que no medió un rechazo expreso de la venia requerida por la Srta. B. A., entiendo que la actitud renuente de los organismos del Estado ante los reiterados intentos de formalizar el pertinente trámite por parte de los actores constituye una omisión ilegítima de la Administración, máxime cuando el Decreto 274/2020 —vigente desde el 16/03/2020 y prorrogado hasta el día de la fecha por Decretos dictados con posterioridad—, puso en cabeza de la Dirección Nacional de Migraciones la potestad de “establecer excepciones con el fin de atender circunstancias de necesidad” ante la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país (art. 1).

La falta de adecuada atención a los reclamos de los amparistas no puede justificarse en que, al tiempo de la comunicación entre las partes, no se encontrara vigente el “mecanismo” establecido entre la Cancillería y la Dirección Nacional de Migraciones “por el cual el ciudadano extranjero no residente puede tramitar en la sede consular que corresponda una excepción en ciertos casos, como por ejemplo, la reunificación familiar”, como pretende la codemandada Estado Nacional, puesto que, en virtud del Decreto mencionado en el párrafo anterior, la DNM resultaba la autoridad competente para evaluar las “circunstancias de necesidad” alegadas por los extranjeros que solicitaban el ingreso excepcional.

Por lo expuesto, entiendo que el obrar de la Administración resultó arbitrario al omitir brindar la información necesaria para que los interesados pudieran canalizar formalmente su solicitud e ignorar la petición formulada vía correo electrónico.

2. Establecido lo anterior, recuerdo que para que la acción de amparo sea admisible, no solo la conducta estatal debe revelarse como manifiestamente contraria a la legitimidad (englobando en este concepto tanto al acto contrario a la legalidad como al acto irrazonable) sino que también el agravio al derecho debe ser manifiesto y grave (CSJN, Fallos: 326: 417).

En autos, los amparistas denunciaron que el accionar de los demandados lesionaba su derecho a la reunificación familiar, alegando que correspondía reconocer ese estatus a la “unión convivencial” que los vinculaba. Por su parte, la DNM sostuvo que los actores no estaban casados ni contaban “con la documentación formalmente emitida que habitualmente acredita vínculo convivencial en la República Argentina” ni en el exterior (p. 51 de su informe circunstanciado).

El artículo 509 del Cód. Civ. y Com. de la Nación define a la unión convivencial como aquella “(...) basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”, mientras que el artículo 512 establece que “(...) puede acreditarse por cualquier medio de prueba”.

Así, entiendo que la prueba documental aportada por los accionantes resulta suficiente para demostrar la existencia del vínculo alegado, es decir, que

constituyen una pareja que convive hace más de dos años (mayo de 2018) y posee un proyecto de vida común (ver pasajes aéreos a nombre de ambos, obtenidos a partir del mes de julio de 2018 para viajar durante ese año, en el 2019 y en febrero y marzo de 2020 —ps. 30/32; 42; 43; 47; 55; 57; 59; 64; 66 del Anexo IV acompañadas con la demanda; ps. 6/7 Anexo V; ps. 17/21 Anexo VI—; fotos de ps. 44/45 del Anexo IV y 26/27 del Anexo IX; confirmación de la fianza por alquiler de un inmueble a nombre de ambos, de fecha 21/05/2019 —ps. 10/11 del Anexo V—; mail enviado el 24/10/2019 confirmando sus contratos de trabajo en la Isla Hamilton —ps. 12/13—; seguro de salud emitido para “cobertura de parejas” a su nombre —ps. 14/15—; declaraciones juradas de ps. 2/9 y 12/16 del Anexo VII).

De este modo, entiendo que se trata de una forma de “familia” cuya protección se encuentra amparada por nuestra Constitución Nacional y el sistema interamericano de derechos humanos.

En este sentido, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dispone que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (ac. 1°). En términos similares se pronuncia el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de modo complementario, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional hace referencia a la obligación estatal de proveer a la “protección integral de la familia”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala”, afirmó que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma, reiterando el Tribunal, que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” a la vez que rechazó “una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la ‘familia tradicional’)” (Corte IDH, caso “Atala Riffo y Niñas c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafos 142 y 145).

La tutela del bien jurídico “familia” como elemento fundamental de la sociedad encuentra también su proyección en la ley migratoria, que entre sus objetivos

incluye de modo expreso el de “garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar” (art. 3° d’, Ley 25.871), y a través de la imposición al Estado del deber de garantizar “(...) el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes” (art. 10°, Ley 25.871).

Por su parte, la normativa de emergencia dictada como consecuencia de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud no contraría tales disposiciones. En efecto —como señalara con anterioridad—, el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 274/2020, luego de prohibir el ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país por el plazo de quince días —prorrogado posteriormente por otros Decretos hasta la actualidad—, facultó a la Dirección Nacional de Migraciones a “establecer excepciones con el fin de atender circunstancias de necesidad” (art. 1 in fine) entre las que podrían considerarse las razones de reunificación familiar.

Por lo expuesto, habiendo reconocido la unión convivencial que vincula a los amparistas, así como la protección que el ordenamiento jurídico otorga a la familia —adoptando una concepción amplia del concepto—, estimo que la omisión de atender a su solicitud por parte de los organismos del Estado Nacional vulnera su derecho a la reunificación familiar, provocándoles un daño cierto, concreto y actual.

En virtud de lo expresado hasta aquí, entiendo que la acción de amparo intentada resulta procedente para remover la interferencia manifiestamente ilegítima que se da en el caso y preservar la sustancia del derecho constitucional en juego (Fallos: 307: 2174).

3. Ahora bien, como surge de las normas citadas en el acápite anterior, la facultad de establecer excepciones a la prohibición de ingreso de extranjeros al país dispuesta en virtud de la pandemia declarada por la OMS, constituye el ejercicio de un poder propio de la Administración. Al respecto, ha señalado la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (sala II) que tales “(...) actos han de ser controlados por el Poder Judicial en orden a su razonabilidad, sin que esto habilite a los jueces a sustituir el criterio administrativo por el suyo propio (conf. en este sentido esta Sala —en su anterior integración—, in re: “Banco Hipotecario SA c. DNCI - Disp. N° 185/10 (Expte. S01:77.804/04)”, del 08/02/2011; “Bianca, Sebastián c. PNA”, del

10/08/2010; “Machado, Jorge I. c. PNA”, del 02/02/2010; “Vezzato SA c. Resolución N° 228/2008 - Enargas (Expte. 10014/05)”, del 22/10/2009; entre muchos otros), salvo que se demuestre que ha mediado error (de hecho o de derecho), omisión, o vicio con entidad suficiente para invalidar el acto (...)”.

La omisión arbitraria en la que incurrieron los accionados ha sido analizada en el apartado 1, circunstancia que amerita que este órgano se expida sobre el permiso excepcional petitionado. Es que, obligar en esta instancia a los actores a efectuar una nueva solicitud en sede administrativa —como sugiere el Estado Nacional— implicaría un dispendio jurisdiccional inaceptable, máxime considerando que, como señalara con anterioridad, fue la propia conducta remisa de los demandados la que los obligó a recurrir a esta vía judicial. A la vez, la DNM analizó en su informe circunstanciado las razones por las que considera que “el motivo esgrimido no sería razonablemente suficiente para la procedencia de la excepción” (ver p. 51 del informe circunstanciado), por lo que resultaría de un rigorismo inútil obligarlos a formular el planteo ante tal organismo.

En consecuencia, acreditadas las razones de reunificación familiar invocadas por los amparistas, entiendo que corresponde hacer lugar a la acción de amparo, ordenando a la Dirección Nacional de Migraciones y al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la república Argentina que, por medio del mecanismo denunciado por el Estado Nacional al producir su informe circunstanciado, otorguen el permiso de ingreso al país y tránsito por el territorio nacional hasta la ciudad de Mar del Plata a la Srta. P. I. B. A., estableciendo, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación del presente decisorio, el modo y las condiciones en que deberá efectivizarse la medida, así como los requisitos que deberá cumplir la interesada en materia sanitaria con el fin de reducir las posibilidades de contagio de coronavirus Covid-19.

III. Con respecto a la pretensión referida a la concesión de una autorización para trasladarse a favor de Sr. F. L., y más allá de existir un canal específico para gestionar el “Certificado Único Habilitante para Circulación - Emergencia Covid-19”, que no consta en autos que se haya transitado, llegados a esta instancia, y resultando lógicamente concatenadas ambas autorizaciones, derivaría en un ritualismo innecesario someter al Sr. L. a iniciar dicho trámite,

cuando el Estado Nacional ya ha demostrado en esta causa que no está dispuesto a otorgarle la autorización que solicita. Siendo así, es que se hace lugar al planteo formulado, ordenando al Estado Nacional a través de las autoridades competentes a que permita al Sr. F. L. a trasladarse desde la ciudad de Mar del Plata hasta el lugar de ingreso al país de la Srta. B. y posterior regreso de ambos a esta ciudad en su automóvil particular (art. 6°, inciso 5, dec. 297/2020 PEN).

IV. En lo que hace a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1 del Decreto 274/2020 y 6, inc. 5 del Decreto 297/2020 solicitada por la actora para el caso de que se interpretara que las excepciones de necesidad previstas por tales normas no alcanzan a familiares extranjeros de un nacional argentino, entiendo que el modo en que se resuelve la cuestión me exime de todo pronunciamiento sobre el punto, toda vez que el mismo deviene inoficioso.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los casos en los que no se justifica el gravamen derivado de la aplicación de las normas cuya constitucionalidad se pone en tela de juicio (Fallos: 310:418).

V. Por aplicación del principio general que rige la materia, corresponde imponer las costas del proceso a la parte demandada vencida (art. 14 ley 16.986).

Por lo expuesto, y con fundamento en la legislación, jurisprudencia y doctrina indicadas; resuelvo: I. Rechazando la excepción de falta de legitimación activa deducida por la Dirección Nacional de Migraciones. II. Haciendo lugar a la acción de amparo incoada por F. L. y P. I. B. A. en contra de la Dirección Nacional de Migraciones y al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la república Argentina. En consecuencia, ordenando a los demandados que, por medio del mecanismo denunciado por el Estado Nacional al producir su informe circunstanciado, otorguen el permiso de ingreso al país y tránsito por el territorio nacional hasta la ciudad de Mar del Plata a la Srta. P. I. B. A., estableciendo, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación del presente decisorio, el modo y las condiciones en que deberá efectivizarse la medida, así como los requisitos que deberá cumplir la interesada en materia sanitaria con el fin de reducir las posibilidades de contagio de coronavirus Covid-19. Asimismo, ordenando al Estado Nacional a través de las autoridades competentes a que permita al Sr. F. L. a trasladarse desde la ciudad de Mar del Plata hasta el lugar de ingreso al país de la Srta. B.

y posterior regreso de ambos a esta ciudad en su automóvil particular (art. 6to, inciso 5 dec. 297/2020 PEN).

III. Imponiendo las costas a los demandados vencidos (art. 14 Ley 16.986).

IV. Atento el estado de las presentes actuaciones, se regulan en este mismo acto los honorarios de los profesionales intervinientes, teniendo en cuenta que no existe valor económico a considerar como base a los fines arancelarios, evaluando la actuación de los citados, la calidad, eficacia, incidencia y trascendencia de la labor profesional desarrollada, las etapas del proceso transitadas, así como también el resultado obtenido en el juicio: a. Dr. E. L. L. (en representación de los amparistas), en la suma de pesos ... (\$...), equivalentes a la cantidad de ...uma (Acordada 2/2020 CSJN; arts. 1; 15; 16; 48 ley 27.423). b. Dra. Natalia Esther Brun (Delegada del Cuerpo de Abogados del Estado, en representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto), en la suma de pesos ... (\$...), equivalentes a la cantidad de ...uma (Acordada 2/2020 CSJN; arts. 1; 2; 14; 15; 16; 48 ley 27.423; arts. 90 inc. 2; 91; 94; 96 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). c. Dra. Mariana Muriel Brun (en representación de la DNM), en la suma de pesos ... (\$...), equivalentes a la cantidad de ...uma (Acordada 2/2020 CSJN; arts. 1; 2; 14; 15; 16; 48 ley 27.423; arts. 90 inc. 2; 91; 94; 96 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Todo ello, con más el 10% de aportes previsionales a cargo de la parte y conforme lo normado por los arts. 14, 16 y 48 de la ley 27.423 y Ac. 28/2019 CSJN; y si los profesionales fueran responsable inscripto con relación al IVA, con más el porcentaje correspondiente a dicho impuesto. Notifíquese a los profesionales y a las partes en sus domicilios reales en virtud de lo normado por los arts. 56 y 57 de la ley 27.423. V. Notifíquese, regístrese, cumplimentese y, oportunamente, archívese. — Santiago J. Martín.

[Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, “R., Á. E. c. B. P. D. s/ cambio de nombre”, sent. del 21/05/2015, Publicado en La Ley](#)

**Relaciones al Código Civil y Comercial:**

Artículo 69 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 69 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC cambio de apellido - menor - justos motivos **Voces:** ABOGADO DEL NIÑO ~ APELLIDO ~ APELLIDO DE LA MADRE ~ APELLIDO DEL PADRE ~ CAMBIO DE NOMBRE ~ DERECHO A LA IDENTIDAD ~ MENOR EN JUICIO ~ NOMBRE

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I(CCivyComAzul)(Salal)

**Fecha:** 21/05/2015

**Partes:** R., Á. E. c. B. P. D. s/ cambio de nombre

**Publicado en:** RCCyC 2015 (julio), 90 - RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 86 - LLBA2015 (agosto), 809

**Cita Online:** AR/JUR/17201/2015

#### **Hechos:**

La madre de una menor promovió demanda solicitando que se disponga el cambio de apellido de aquella, reemplazando el paterno por el materno. Fundó el pedido en la circunstancia de que la niña no mantenía vínculo afectivo alguno con su padre luego de producido el divorcio. El pedido fue rechazado. Apeló la actora y la Cámara admitió el recurso.

#### **Sumarios:**

1 . El apellido paterno del menor debe reemplazarse por el materno, si se verifica que la utilización del primero importa una afectación de la personalidad de aquel que configura un justo motivo en los términos del art. 15 de la ley 18.248, —interpretado a la luz del art. 69, inc. c del Código Civil y Comercial— al estar acreditado que se siente abandonado por su progenitor y contenido por su familia materna.

2 . El cambio de apellido paterno por el materno es procedente en los términos del art. 15 de la ley 18.248, si se acredita que el uso del primero afecta el derecho a la identidad del menor en su faz dinámica.

3 . La solicitud de cambio de apellido paterno por el materno debe ser analizada observando la regulación que ha merecido en el art. 69 del Código



Civil y Comercial, pues, aun cuando no se encuentre vigente, recoge en buena medida los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que gozan de mayor consenso, a la vez que procura la constitucionalización del derecho privado.

4 . La designación de un abogado del niño en un proceso en el cual se solicita el cambio de apellido de un adolescente es improcedente si, luego de haber sido escuchado este en presencia de los jueces del tribunal, una auxiliar letrada, la Asesora de Menores e Incapaces y una perito psicóloga, no se advierte colisión alguna de intereses con su madre, quien inició la demanda en representación suya.

### **Texto Completo:**

**2ª Instancia.-** Azul, mayo 21 de 2015.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 115/118? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor Louge Emiliozzi dijo:

I.a) El presente proceso es iniciado por la Sra. Á. E. R., quien actúa en representación de su hija menor de edad M. de los M. B., con el objeto de lograr el cambio del apellido de ésta última en los términos del art. 15 de la ley 18.248, reemplazando el paterno por el materno.

Narra la Sra. R. en el escrito de inicio que el día 18/12/1997, celebró matrimonio con el Sr. P. D. B., y que el día 26/07/1998, nació M. de los M. con algunos problemas de salud que exigieron un requerimiento de asistencia especial.

Prosigue diciendo que con fecha 24/12/1998. el Sr. B. se retiró del hogar, alejamiento que a los pocos meses se tornó total y definitivo. En virtud de dicha circunstancia con fecha 28/07/2000 la Sra. R. promovió juicio de divorcio, obteniendo sentencia favorable con fecha 07/11/2002, en la que se declaró la culpabilidad del demandado por la causal de abandono voluntario y malicioso.

Prosigue diciendo la Sra. R. que desde los seis meses de vida la menor no tiene vínculo afectivo alguno con el demandado, y que el Sr. B. ha demostrado un total desinterés y desapego respecto a su rol paterno, asumiendo una actitud abandonónica.

En este contexto -continúa diciendo- ya desde los doce años su hija le viene planteando su deseo de querer llevar el apellido materno, y no el de un padre inexistente y desconocido afectivamente que no representa nada para ella.

Prosigue afirmando que los abuelos maternos de la menor han significado un gran sostén de contención y permanencia de su vida tanto en la vecindad como en otros ámbitos, por lo que no es casual que M. de los M. exprese este deseo de cambio de apellido.

Concluye aseverando que su hija tiene “justos motivos” para exigir el cambio de apellido, atento la carga sentimental que le produce diariamente llevar una identificación personal que no se condice con su historia personal, dado que la misma nunca tuvo contacto con su progenitor y menos aún lo identifica como tal. Por el contrario, su interés es identificarse con el apellido de su progenitora y de sus abuelos maternos, quienes fueron su familia durante toda su vida.

b) A fs. 32 se imprimió al proceso el trámite del juicio sumario y se confirió traslado al Sr. P. D.B., el que finalmente se notificó por cédula librada bajo responsabilidad de la parte actora (conf. fs. 45/46). Ante la incomparecencia del demandado a fs. 48 se decretó su rebeldía, la que fue notificada del mismo modo a fs. 54/55.

c) A fs. 33 tomó primera intervención la Sra. Asesora de Menores e Incapaces y a fs. 83 hizo lo propio el Sr. Fiscal a cargo de la UFI n° 19 de Olavarría, aunque éste último manifestó hacerlo en el carácter de Asesor “ad hoc” de la menor.

d) A fs. 61 se recibió a la menor en el juzgado a fin de tomar contacto personal con la misma y a fs. 64 se proveyó la prueba.

e) A fs. 113 dictaminó la Sra. Asesora de Menores e incapaces, quien entendió que de la probatoria reunida no surge la existencia de “justos motivos” que autoricen el cambio de apellido en los términos del art. 15 de la ley 18.248.

En otro orden, hizo notar que en autos no se ha seguido el procedimiento que establece el art. 17 de la ley 18.248, y que las notificaciones al demandado resultan nulas pues su progenitor expresó que el Sr. P. B. ya no vive más en ese domicilio.

II. De este modo se arriba al dictado de la sentencia que viene apelada, la que rechazó el pedido de cambio de apellido solicitado por la Sra. Á. El. R. en representación de su hija menor.

Para así decidir, y en cuanto interesa destacar, la Sra. Juez de grado entendió que si bien las peritos psicólogas dictaminaron que la menor se siente más identificada con el linaje materno, fueron escasas las probanzas tendientes a acreditar el perjuicio emocional -derivado del abandono paterno- que le provocaba a M. continuar portando el apellido de su progenitor.

Aduna que pareciera que este proceso tiene más que ver con un deseo de la madre que con una necesidad de la niña, ya que al escucharla, y más allá de verbalizarlo, no se vislumbró un deseo real y consecuente, de acuerdo a su edad.

Concluye afirmando que la supresión del apellido paterno implicaría, en este caso, apartarnos de la normativa vigente (art. 4 de la ley 18.248) y de la propia historia de la menor, y que aunque el principio de inmutabilidad no es absoluto los justos motivos deberían repercutir grave y nocivamente en el equilibrio psíquico o emocional de los hijos, o que el apellido haya sido públicamente deshonrado, lo cual no surge comprobado en este proceso.

III. El decisorio antes referido fue apelado por la actora a fs. 119, recurso que se le concedió libremente a fs. 120.

Recibidas las actuaciones en esta instancia, la única recurrente expresó agravios a fs. 138/146, sin recibir respuesta de la parte contraria.

IV. A fs. 148 se le confiere nueva vista al Sr. Asesor de Menores e Incapaces, la que es evacuada a fs. 151/152.

En esta oportunidad el Asesor de Incapaces reitera su posición asumida a fs. 113, coincidente con la adoptada en la sentencia.

Sin perjuicio de lo anterior, y profundizando en la cuestión atinente a la eventual colisión de intereses entre madre e hija, el Asesor de Menores hace notar que Sr. Agente Fiscal actuó en tal condición y no como tutor “ad litem” de la menor, lo cual hubiera correspondido a tenor de lo dispuesto en los arts. 61 y 397 del Cód. Civil. Sin embargo, también aclara que tal designación ha devenido abstracta al tener M. actualmente la edad de 15 años, correspondiendo que sea patrocinada por un abogado del niño.

V. A fs. 157 dictaminó el Sr. Fiscal General, quien propicia la revocación del decisorio en crisis.

VI. A fs. 161 este tribunal fijó audiencia a los fines de tener contacto directo y personal con la menor, la que se celebró el día 14 de mayo de 2014, conforme

surge de fs. 166. A la misma asistió la Perito Psicóloga de la Asesoría Pericial Departamental Dra. Y. M., a quien en el mismo acto se le encomendó la presentación de un informe, el que fue confeccionado luego de mantener una entrevista ampliatoria con M. de los M. y luce agregado a fs. 167/169.

VII. A fs. 171 se llamó autos para sentencia y a fs. 173 se practicó el sorteo de ley.

Sin embargo, luego de una detenida compulsión del expediente se dictó la resolución interlocutoria de fs. 174/175, en la que se afirmó que asistía razón a la Sra. Asesora de Menores e Incapaces al advertir que en autos no se siguió el trámite establecido por el art. 17 de la ley 18.248, por lo que se remitieron las actuaciones a la instancia de origen a esos fines y con el objeto de sanear el proceso. No obstante, en esa misma resolución también se anticipó que las distintas cédulas dirigidas al progenitor de la menor no eran nulas, lo que se consideró conveniente tratar en ese momento para disponer -si se hubiera entendido lo contrario-la subsanación del proceso también en este aspecto.

En ese marco, en la instancia de origen se procedió a la publicación edictal, la que se tuvo por válida una vez que las actuaciones fueron nuevamente remitidas a esta alzada (conf. nueva sentencia interlocutoria de fs. 189/190). Sin embargo, en este nuevo pronunciamiento de este tribunal se hizo notar que no se había recabado la información pertinente sobre las medidas precautorias que -eventualmente- pudieran existir respecto de la interesada, lo que fue cumplimentado directamente ante esta sede a fs. 193/200.

Cumplidos todos estos pasos, las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

VIII. Previo a adentrarme en el fondo de la cuestión, creo necesario abordar brevemente un par de tópicos concernientes a la regularidad del proceso que no han sido tratadas -por no ser ello necesario-en las distintas resoluciones dictadas por este tribunal con anterioridad.

a) En primer término, y como ya fuera señalado “ut supra”, hemos de recordar que a fs. 151/152 el Sr. Asesor de Menores e Incapaces interviniente manifestó que en atención a haber arribado la actora a la edad de 15 años se tornaba necesario que fuera patrocinada por un abogado del niño, con sustento en lo normado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 27 de la ley 26.061.

Frente a tal planteo, hemos de recordar que en el ámbito provincial se dictó la ley 14.568 -reglamentada por Decreto 62/2015 del 13/05/2015.-, la que en su artículo 1 dispone que en cumplimiento de lo establecido por el artículo 12, incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 27 de la Ley 26.061 se crea en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces. Por su parte, en el artículo 2 de la misma ley se crea un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño, certificado por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado, y/o integren distintas organizaciones de la sociedad civil que trabajen la problemática de la infancia y adolescencia.

Hasta el presente no se ha implementado el Registro Provincial al que se refiere el art. 2 de la ley 14.568, por lo que la praxis indica que en los casos en que se considera necesario designar un Abogado del Niño se recurre a Defensores Oficiales. Sin embargo, ello ocurre en supuestos excepcionales en los que se advierte -básicamente y en otros supuestos posibles-una eventual colisión de intereses entre el niño y sus representantes legales, en consonancia con lo que ha señalado muy prestigiosa doctrina comentando el art. 27 inc. "c" de la ley 26.061 (Mizrahi, Mauricio Luis "Intervención del niño en el proceso. El abogado del niño", LL 2011-E, 1994, esp. apartado IX, "Naturaleza de los asuntos que ameritan la designación de un abogado del niño").

En el caso de autos, luego de haber escuchado a la menor junto a mis colegas, una Auxiliar Letrada del Tribunal, la Sra. Asesora de Menores e Incapaces y la Perito Psicóloga Y. M. (conf. fs. 166), quien a su vez elaboró un informe (fs. 167/169), no advierto ninguna colisión de intereses entre la adolescente y su progenitora que amerite designar a la primera un abogado del niño.

b) En otro orden, no quiero dejar de mencionar que si bien a fs. 32 se imprimió al proceso el trámite sumario y se corrió traslado de la demanda al accionado - dando lugar a las distintas notificaciones sobre cuya validez se pronunció este tribunal a fs. 174/175 para descartar la existencia de cualquier eventual vicio “in procedendo”-es lo cierto que, tal como lo señala el Sr. Fiscal General a fs. 158vta., el procedimiento de cambio de nombre está regulado en el art. 17 de la ley 18248 y es de naturaleza voluntaria, aunque existe la posibilidad de que se torne contradictorio si se presenta un oponente controvirtiendo la pretensión (Plinner, Adolfo “El nombre de las personas”, págs. 304 y 308).

IX.a) Sentado lo anterior, e incursionando en la cuestión de fondo, hemos de recordar que la actora en autos es hija matrimonial y lleva el apellido de su progenitor Sr. P. D. B., tal como lo prevé -a modo de principio general-el art. 4 de la ley 18.248.

Sin embargo, la primera parte del art. 15 de la misma ley dispone que “Después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y apellido, no podrán ser cambiados ni modificados sino por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos.”

De este modo, la norma consagra el principio de la inmutabilidad del nombre, pero al mismo tiempo admite como excepción su cambio o modificación cuando existieren “justos motivos”, fórmula que remite a la prudencia de la judicatura (Plinner, ob. cit., pág. 290). En cuanto a los criterios para la aplicación de esta norma, autorizada doctrina ha dicho que la existencia de “justos motivos” debe ser de interpretación restrictiva y sólo autorizarse cuando existan causas muy serias (Rivera, Julio C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, T. I, págs. 641 y 642).

Para finalizar con este análisis introductorio de la cuestión de fondo sometida a la consideración de este tribunal, no es ocioso observar cómo se regula la cuestión en el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación (en el mismo sentido Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “H”, “L.C.F.G. s/ información sumaria”, del 10/03/2015, MJJ92059). Ello es así pues si bien el mismo aún no se encuentra vigente, recoge en buena medida los criterios doctrinarios y jurisprudenciales que gozan de mayor consenso, al tiempo que procura la constitucionalización del derecho privado (al respecto pueden consultarse los

Fundamentos del Anteproyecto y a Lorenzetti, Ricardo L., “Presentación del Cód. Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY del 06/10/2014.).

Este tema pasa a estar regulado en el art. 69 del nuevo cuerpo legal - recordemos que el art. 3 de la ley 26.994 deroga la ley 18.248- el cual, en cuanto aquí trasciende, dispone lo siguiente: “El cambio de pronombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez. / Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros a: (...) c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. (...)”.

Comentando este precepto, se ha señalado que el mismo mantiene implícitamente la regla de la inmutabilidad, pero introduce relevantes modificaciones respecto del tema, algunas de las cuales son anticipadas en los Fundamentos del Código, cuando se expresa que “... se flexibilizan las normas sobre modificación, dando importancia a la identidad en su faz dinámica, por lo que se amplían las posibilidades temporales y de legitimación.” (el resaltado me pertenece). Luego, ya en referencia concreta al inciso c) de la norma que nos ocupa, se señala que es más bien genérica, y deja librado al criterio judicial establecer cuándo el nombre produce una afectación “a la personalidad”, o a alguno de los derechos subjetivos personalísimos (Edgardo Ignacio Saux, comentario al art. 69 en “Cód. Civil y Comercial de la Nación comentado”, dirigido por Ricardo L. Lorenzetti, T. I, págs. 339/340).

b) Aplicando los principios expuestos al caso de autos, un primer aspecto a tener en cuenta es que la actora en ningún momento impugna la filiación paterna, y ni tan siquiera solicita la privación de la patria potestad basada en el abandono (art. 307 inc. 2 del Cód. Civil). Así las cosas, el primer interrogante que se plantea es si resulta jurídicamente posible disociar el apellido de la menor de su vínculo filial. Y, sólo si se da respuesta positiva a ese interrogante, podremos analizar si en el caso existen “justos motivos” que autoricen el cambio de apellido.

i) Comenzando por el primero de los interrogantes planteados, el tema fue objeto de meduloso tratamiento en un reciente fallo de la Excma. S.C.B.A., el que fue precedido de un no menos profundo dictamen de la Procuración General (C. 118.272, “N.N. o R., E. A. s/ Inscripción de nacimiento fuera de término”, del 10/12/2014). Si bien el caso versaba sobre un plafón fáctico

distinto al presente -ya que se trataba de una inscripción de nacimiento fuera de término de una niña de 14 años de edad, requiriéndose que lo fuera con filiación materna y sin filiación paterna establecida, y con el apellido con el que la menor era públicamente conocida-lo cierto es que en el mismo se abordó de lleno la cuestión que ha dado lugar a nuestro primer interrogante, destacándose también la importancia que reviste la opinión del menor en estos casos. Es por ello que a continuación me permitiré transcribir los pasajes más relevantes del citado precedente, con el propósito de reflejar fielmente el contenido del dictamen y del fallo, comenzando por el primero.

“... es preciso advertir que el mandato convencional y constitucional de escuchar a los niños comprende el derecho del niño a expresar su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez y a que ésta sea debidamente tenida en cuenta. Al respecto esa Corte ha dicho reiteradamente que “La opinión del menor debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez de los niños, para lo cual es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole del derecho en juego (conf. análogo. Ac. 78.728, sent. del 2V2002)...” (SCBA 100970).”

“Desde esta perspectiva resulta preciso señalar que la sentencia en crisis ha omitido valorar la opinión de E. que evidencian la expresión de un firme y sostenido deseo de conservar el nombre y el apellido con el que es públicamente conocida desde su nacimiento, sin perjuicio conocer que el Sr. R. -a quien creía su padre-no resulta biológica ni jurídicamente tal.”

“Al respecto si bien es sabido que conocer la opinión del niño no implica aceptar incondicionalmente su deseo si ello puede resultar perjudicial para su formación, si se exige que su opinión sea considerada en la decisión, para lo cual es imprescindible que el juez analice cuidadosamente las circunstancias que lo rodean, y las pondere mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, y particularmente con la índole del derecho en juego. (SCBA, C 92267, sent. del 31 de octubre de 2007 y C 115080, sentencia del 28 de marzo de 2012, entre otras). En ese sentido el Comité de Derechos del Niño señala que el derecho del niño a que su opinión



sea debidamente tenida en cuenta conlleva el correlativo deber del juez de informar al niño de qué modo se tuvieron en cuenta sus opiniones, máxime en un caso como el sub examine en el que la solución de fondo implica el rechazo sin más del reclamo de la adolescente (Observación General nro 12/2009 “El derecho del niño a ser escuchado”, punto II.A).2).d), párrafo 45).”

“Al respecto ha sostenido esa Corte que “De todos modos es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida” (SCBA, del, Ac. 78.728, 2 de mayo de 2002, voto del doctor Pettigiani; C100742, sent. del 4 de febrero de 2009, entre otras).”

“Desde esta perspectiva considero que asiste razón a la recurrente en cuanto se evidencia en autos la violación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.”

“b. Por otra parte, la quejosa centra su agravio en la errónea aplicación de los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la errónea aplicación de la doctrina legal de esa Corte al efectuar una aplicación del derecho a la identidad de E. en abstracto. Asimismo alega la errónea aplicación de los efectos del reconocimiento complaciente a los hechos de autos -en los que no se verifica tal accionar-, y el yerro en cuanto afirma que la inscripción de nacimiento con el apellido del Sr. R. expone a la niña a un juicio de impugnación.”

“Sobre este punto adelanto mi opinión según la cual también asiste razón a la quejosa.”

(...)

“Sabido es que las leyes tienden a garantizar la correspondencia entre la filiación, el nombre y los papeles como aspectos inherentes al concepto multifacético de identidad (arts. 7 y 8 CDN, 33 y 75 inc 22 CN, 18 CADH, artículos 11 y 12 ley 26.061, ley 18.248, ley 26.413 y decreto 90/2009 y 339/2013 y ley 14.078 y ccs.) Sin embargo tal regla no es absoluta.”

“En efecto la jurisprudencia ha venido perfilando un camino de reconocimiento autónomo al nombre en conflictos en los que se debate sobre la filiación biológica o adoptiva por ejemplo, tutelando la “autonomía” del nombre como atributo personalísimo independiente de la cuestión filial comprometida con el propósito de alcanzar en cada caso interpretaciones armónicas con las normas

constitucionales y convencionales de protección de derechos fundamentales en juego.”

“Al respecto resulta ilustrativo un antecedente de la Sala M de la Cámara Nacional Civil en el que se sostuvo que “Aun demostrada una filiación biológica distinta de la que se atribuyó a quien se creía progenitor, para preservar el derecho a la identidad de un menor debe permitírsele que continúe utilizando el apellido de quien creyó su padre durante, como en el caso, más de veinte años, no obstante la rectificación filiatoria que debe asentarse en el Registro de Capacidad de las Personas y siempre que el menor no exprese su voluntad en contrario” (Cám. Nac. Civ., Sala M, “G. d. M. A. v. M.G.”, sentencia del 24 de octubre de 2003, EDF 2004-II-21 y ss).”

“En idéntico sentido la Sala D del mismo tribunal se pronunció a favor de la solicitud de una niña a conservar el apellido con el que era conocida en la vida social (Cám. Nac. Civ., Sala D, sentencia del 28 de octubre de 2010 citado en Gil Domínguez Andrés, Famá María Victoria y Herrera Marisa, Derecho Constitucional de Familia, Buenos Aires, Ediar, 2006, Tomo II, pp. 847 y ss.). Más recientemente, la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata resolvió reconocer a una joven mayor de edad el derecho a conservar el nombre y el apellido con el que era socialmente identificada en un caso en el que -al igual que en el que nos ocupa-se advierte al momento de la inscripción que quienes ella creía sus padres no resultaban biológicamente tales, y que sus verdaderos progenitores se encontraban fallecidos (Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, “SMC s/inscripción de nacimiento”, sentencia del 19 de febrero de 2013).”

“La doctrina asimismo ha acompañado la moderna tendencia jurisprudencial al sostener que “...el nombre como atributo de la persona, configura un aspecto esencial de la faz dinámica del derecho a la identidad no necesariamente identificable con el emplazamiento filiatorio. En efecto, la importancia que tiene el nombre como aspecto esencial de la identidad humana nos muestra la necesidad de otorgarle la protección adecuada, más allá de los efectos jurídicos que generen las acciones filiatorias. Se trata de dos cuestiones perfectamente escindibles y que merecen una tutela jurídica diferenciada” (Famá, María Victoria, “El Peso de la Identidad en los Procesos Filiatorios”, RDF nro 36, 2007, p. 272 y ss).”

“En la misma línea se afirmó que “... El abanico de derechos implicados provoca los siguientes interrogantes: ¿la protección jurídica de la identidad implica necesariamente la absoluta concordancia entre el vínculo jurídico y el nombre o, por el contrario, excepcionalmente, y en amparo de la equidad es posible brindar protección diferenciada a ambas dimensiones del derecho a la identidad?; ¿puede admitirse jurídicamente que exista una disociación entre filiación y nombre?; ¿en qué supuestos? (...) En razón de su función trascendente es uno de los elementos de la de la identidad dotados de mayor estabilidad. (...) En la generalidad de los casos existe correspondencia entre el nombre de las personas, la filiación y los documentos que acreditan el estado de familia. Pero esta ecuación no es necesariamente absoluta ya que el nombre puede no reflejar el emplazamiento filiatorio. Un ejemplo de esta disociación se encuentra en la misma ley 18.248. Efectivamente el artículo 5 al referirse al pedido del hijo extramatrimonial reconocido por el padre con posterioridad a la madre faculta a requerir la conservación del apellido materno si el hijo fuese conocido públicamente por éste. Indudablemente este conocimiento público proyecta su identidad en la realidad social y por ello su sustitución coactiva afectaría su identidad en su dimensión exterior. (...) Por otro lado, poniendo de relieve el rol esencial del nombre, las modernas tendencias jurisprudenciales se han preocupado por otorgarle especial protección resistiendo incluso los embates de los efectos jurídicos de las acciones filiatorias” (Molina de Juan, Mariel, “El nombre y la Filiación. Dos facetas de la identidad que requieren tutelas jurídicas diferenciadas”, RDF, 2008-I, pp. 91-102).”

“A mayor abundamiento considero que una solución favorable al reconocimiento del derecho de la joven E. a ser inscripta con el nombre con el que es públicamente conocida se encuentra robustecida desde la perspectiva de su derecho fundamental a la identidad -reconocida en su doble faz estática y dinámica- de conformidad con los principios rectores de la autonomía progresiva y del interés superior de la niña niño (Preámbulo, artículos 3, 5, 12 y ccs. de la Convención sobre los Derechos del Niño), que merecen una protección jerarquizada dentro de nuestro ordenamiento jurídico (Ver conf. con criterio sostenido por VE en causas C103800, sent. del 07/10/2009 y C100.970, sent. del 10/02/2010).”

“Asimismo, y a modo de pauta interpretativa, resulta oportuno recordar que el artículo 66 del Proyecto de Reforma del Cód. Civil establece que “La persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando”.

“En esta línea que podría individualizarse como de la tutela diferenciada del nombre -que se evidencia incluso, como lo señala la doctrina, en algunos artículos de la ley del nombre (vgr. artículos 5 y 6 de la ley 18.248)- se inscriben, en mi modesta opinión, las prescripciones de los artículos 29 inc. d) de la ley 26.413 y 33 inc. d) de la ley 14.078 de las leyes nacional y provincial sobre registro de estado y capacidad de las personas al reconocer expresamente la posibilidad de que en los supuestos de inscripciones tardías de inscriba a las personas con el nombre y el apellido con el que son conocidas públicamente, previa declaración de dos testigos que puedan acreditarlo.”

(...)

Pasando al fallo propiamente dicho, el primer voto estuvo a cargo de la doctora Kogan, y del mismo merecen especial atención -a los fines que aquí interesan- los siguientes pasajes:

“Comparto y hago propios de los fundamentos vertidos por señor Subprocurador General en el dictamen de fs. 104/111 vta., por considerar que los mismos abastecen adecuadamente la respuesta que cabe dar a la recurrente (conf. causas C. 113.234, sent. del 09/05/2012; C. 113.235, sent. del 09/05/2012; C. 115.708, sent. del 12/06/2013; C. 117.084, sent. del 04/06/2014), en cuanto señala que no se advierte de las constancias de autos la existencia del reconocimiento complaciente cuyos efectos evoca la alzada en sustento de su decisión, ni que la inscripción con el apellido que se pretende habilite sin más la interposición de acciones de desplazamiento de estado, ya que surge claro que la niña será inscripta únicamente con filiación materna.”

“También coincido con el señor representante del Ministerio Público en la importancia del reconocimiento del derecho de la joven a ser inscripta con el apellido con que es públicamente conocida, con el debido respeto al derecho fundamental a la identidad -de conformidad con los estándares internacionales en la materia-y en la necesidad de que se produzca, para la correcta solución del caso, la prueba testimonial requerida en dos oportunidades por la Asesora de Incapaces.”

“Así, del dictamen se lee: “el conflicto de autos se ciñe, (...), a determinar si existe obstáculo legal alguno que impida la autorización de la inscripción de nacimiento de E. -únicamente con filiación materna establecida- con el apellido con el que se ha identificado socialmente a lo largo de su vida (aun cuando éste no coincida con su emplazamiento filial)...” (fs. 108 vta.)”

“Al respecto, destaca: “... la jurisprudencia ha venido perfilando un camino de reconocimiento autónomo al nombre ..., tutelando la ‘autonomía’ del nombre como atributo personalísimo independiente de la cuestión filial comprometida con el propósito de alcanzar en cada caso interpretaciones armónicas con las normas constitucionales y convencionales de protección de derechos fundamentales” (fs. 109).”

“Sobre dicha base concluye que “... una solución favorable al reconocimiento del derecho de la joven E . a ser inscripta con el nombre que es públicamente conocida se encuentra robustecida desde la perspectiva de su derecho fundamental a la identidad -reconocida en su doble faz estática y dinámica-de conformidad con los principios rectores de la autonomía progresiva y del interés superior de la niña (Preámbulo, artículos 3, 5, 12 y ccs. de la Convención de los Derechos del Niño), que merecen una protección jerarquizada dentro de nuestro ordenamiento jurídico...” (fs. 110/vta.)”

(...)

“... tuve oportunidad de tomar contacto personal con E. en el marco de la audiencia convocada por este Tribunal al efecto, en presencia de un perito psicólogo y de la señora Asesora de Incapaces, quien en el contexto de dicha entrevista y al ser preguntada específicamente si su deseo es conservar el apellido R., respondió enfáticamente que sí, lo cual ha quedado plasmado en el acta de fs. 120.”

“En consecuencia, encuentro elementos legales y motivos reales y razonables para hacer lugar al deseo manifestado por la joven niña.”

Finalmente, el doctor Pettigiani adhirió al voto de la doctora Kogan -al igual que los otros Magistrados que suscribieron el fallo- pero añadió otras consideraciones que también merecen ser recordadas:

“Potencia la solución propuesta el hecho de que la misma concilia acabadamente el interés de la menor involucrada en el presente proceso (arg. arts. 3, 9, 12, 21 Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc.

22 y ccdtes. Constitución nacional; 1, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial).”

“Entiéndase por “interés del menor” al 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, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés de la menor puramente abstracto, el que excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31/03/1998; Ac. 73.814, sent. del 27/09/2000; Ac. 79.931, sent. del 22/10/2003). Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad. Lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26/10/1999; Ac. 71.303, sent. del 12/04/2000; Ac. 78.726, sent. del 19/02/2002).”

“Por lo que la jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés de la menor deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible -entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales-, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999; Ac. 84.418, sent. del 19/06/2002).”

“Cabe recibir asimismo el principio favor debilis o pro minoris, con expresa recepción en los arts. 3, 5 y ccdtes. de la ley 26.061, conforme el cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de éstos, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Por ello, en aras de ese interés superior del menor y de la protección y defensa de sus derechos, quedan relegados en una medida razonable los que pudieren invocar los mayores, y el proceso despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, aún mucho más resaltada a partir de la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22).”

“Así, si bien cierto es que de ordinario aparece deseable una correspondencia entre la filiación, el nombre y los documentos o papeles con los que se identifica una persona, como aspectos inherentes a su personalidad y significativos desde el punto de vista del orden social (arts. 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño; 1, 33, 75 inc. 22 y ccdtes., Const. nacional; 18, Convención Americana de Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica; 1, 10, 11 y ccdtes., Const. provincial; 11 y 12, ley 26.061; ley 18.248; ley 26.413; ley provincial 14.078; etc.), en este caso, sin embargo, el mantenimiento del apellido con el que la niña es públicamente conocida desde su nacimiento, aún cuando sea inscripta con filiación materna establecida y sin filiación paterna conocida, se justifica desde la perspectiva de su superior interés, en aras de la preservación de su identidad dinámica, en atención a su joven edad, su buena fe en el uso de dicho apellido durante todos estos años y el impacto que una solución contraria podría provocar en su persona (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; 2, 3 y ccdtes., ley 26.061; 1, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., ley 13.298).”

“En efecto, podemos afirmar que la identidad es lo que hace que algo sea lo que es y no otra cosa, derivando etimológicamente del latín “ídem”: el mismo o lo mismo, y habiendo sido tomado del latín tardío *identitas*, formado según el modelo de “ens”: ser y “entitas”: entidad (Corominas, Joan; “Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico”, Ed. Gredos, Madrid, 1980, tº III, p. 437). Conforme la psicología tradicional, podemos identificarnos a nosotros mismos mediante el acto por el cual nos reconocemos como siendo los mismos, a pesar de todas las variaciones (“Gran Enciclopedia Rialp [Ger]”, Ed. Rialp, Madrid. 1981, tº XII, Voz “identificación”, por C. Monedero Gil, p. 337).”

“El derecho a la identidad personal, se ha dicho “es el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás elementos componentes de su propio ‘ser’” (D’Antonio, Daniel Hugo, “Derecho a la Identidad, Reforma Constitucional y Acciones de Estado”. Revista de Jurisprudencia Provincial, Año I, nº 4, p. 328), incluyendo sus atributos, calidades y pensamientos, en tanto se traduzcan en comportamientos

efectivos adquiriendo proyección social (conf. Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Astrea, Bs. As., 1992, pág. 113).”

“Partiendo de esta realidad, es posible reconocer que la identidad del individuo abarca diversas dimensiones (estática, dinámica y cultural -conf. Lorenzetti, Ricardo L., “Constitucionalización del Derecho Civil y Derecho a la Identidad Personal en la Doctrina de la Corte Suprema”, LA LEY 1993-D-678), y si bien asumimos que el origen es el punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, es inexacto predicar que la identidad de origen desplace en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración dual. No se trata de manifestaciones excluyentes, sino por el contrario, complementarias. La identidad genética conforma, junto con la que forja el devenir histórico de un individuo, un bloque fundante macizo, de configuración y consolidación progresiva (mi voto en C. 85.363, sent. del 27/03/2008; entre otras).”

“Referir la identidad sólo al origen deja de lado la parte relativa a la adaptación del individuo al medio externo, es decir, a su forma de relacionarse con el mundo que lo rodea. Su identidad personal resulta de un devenir y su origen biológico no puede confundirse con la identidad misma, que es aquello que va a determinar que sea lo que es y no otra cosa, resultando tan esenciales como aquél el posterior crecimiento, desarrollo y muerte a los efectos de conformar esa impronta personal (en tal sentido, Fernández Sessarego, Carlos, “El derecho a la identidad personal”, Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 115 y ss.). El individuo nace, crece, se desarrolla y muere a través de una secuencia de hechos y actos que delinean como un buril implacable su identidad.”

“Como podemos advertir, la identidad personal resulta de un devenir. Ésta, en consecuencia, va a estar dada por la “persistencia de un individuo como unidad viviente distinta y diversa de los demás a través de las modificaciones que se producen en el curso de la vida” (Merani, Alberto L., “Diccionario de Pedagogía”, Ed. Grijalbo, Barcelona, 1982, Voz “Identidad Personal”, p. 81).”

“La identidad, pues, se construye todos los días. Se relaciona con todos y cada uno de los episodios vividos por una persona a lo largo de su existencia. Por ello observamos que el concepto pedagógico la refiere a las modificaciones que un sujeto experimenta a lo largo de su vida, en tanto que el psicológico nos menciona una secuela de estados de conciencia que se suceden en ese



trayecto. Se integra con el pasado, el presente e incluso hasta con las expectativas futuras (conf. nuestro artículo “La identidad del niño ¿está sólo referida a su origen?”, JA, 1998-III-1006).”

“Así pues, al lado de la realidad biológica existe otra verdad, sociológica, cultural, social, afectiva, que también hace a la identidad de la persona humana y es de recibo por el derecho, desde una perspectiva dinámica, a partir de la incorporación constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22, Const. nacional). En efecto, tanto la identidad de origen como la dinámica, que hoy designa e individualiza al sujeto con nombre y apellido, hallan amparo en las garantías implícitas o innominadas previstas en el art. 33 de la Carta Magna, así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75 incs. 22 y 23 Constitución nacional; 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3, 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica; 16 y 24 del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), también en nuestra Constitución provincial (art. 12.2), y en las leyes de fondo, que reglamentan su ejercicio (arts. 1, 2, 3, 5, 11 y ccdtes., ley 26.061; etc.).”

“De esta forma, el nombre y el apellido, atributos de la personalidad, configurativos de ella como unidad sustancial del individuo, como concreción de su derecho a la identidad, de indubitada jerarquía constitucional, importan su designación exclusiva frente al resto de la comunidad, como condición única, individual e irrepetible de la persona, que la convierten en singular, separada y distinta de las demás.”

“En dicho marco, E. se presenta hoy y se identifica con el apellido R. Toda su vida ha girado en torno de dicha identidad. Así la conocen desde siempre en su familia, en la escuela (concurriendo actualmente al primer año del segundo ciclo), en el barrio, en su centro de vida (fs. 2/9, 11/2, 14/5). Y ha utilizado dicho nombre con la convicción de ser el que correspondía, por reconocerse hija de S. G. y A. R., a pesar de carecer de la debida partida de nacimiento.”

“Así pues, sabido es que el tiempo constituye un factor esencial al momento de hacer operativo el “interés superior del menor”. La exigencia de que ese interés

sea analizado “en concreto”, como también el situar que el “conjunto de bienes necesarios” para el menor se integre con los más convenientes en “una circunstancia histórica determinada”, responden al lugar e incidencia trascendental que el factor temporal tiene en la vida de los menores. Que la joven pretenda el reconocimiento de su identidad dinámica ejercida durante estos jóvenes 15 años impacta directamente en la percepción de lo que en el presente caso implica la tutela de su mejor interés. Sin duda alguna, la faz dinámica de su identidad le ha conferido a E. una proyección social que ha definido ya a esta altura el desenvolvimiento de su personalidad.”

“Por lo que no cabe aquí reducir el derecho a la identidad de la joven al conocimiento e identificación con sus propios orígenes. Si bien el dato biológico resulta sustancial, también la niña posee el derecho a mantener el nombre y apellidos que la han identificado públicamente en la faz dinámica y activa de su personalidad, pues se presentan -en el caso-motivos justos (en síntesis, el resguardo de la auténtica personalidad en formación de la joven) que así lo propician (arg. análogo. arts. 5, 6 y 15, ley 18.248; 29 inc. “d”, ley 26.413; 33 inc. “d”, ley provincial 14.078) en comunión con su superior interés (arg. arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los derechos del Niño; 1, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Constitución nacional; 2, 3 y ccdtes., ley 26.061; 1, 11, 15, 36.2 y ccdtes. Constitución provincial; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., ley 13.298), sin que ello importe en modo alguno aceptar la disponibilidad o libre arbitrio en la materia, sino conceder gravitación a ciertos hechos y circunstancias sin cuya valoración la aplicación irrestricta del principio ocasionaría perjuicios, que ninguna ley puede autorizar o avalar (en el mismo sentido, C.N.Civ., Sala I, in re “G.A.M. c. R.A.A. s. Filiación”, sent. del 13/03/2003), máxime cuando en el caso dicha actuación se muestra insusceptible de ocasionar perjuicio alguno a terceros.”

“El apellido conforma uno de los elementos del nombre de las personas físicas regulado por la ley 18.248. Como atributo de la persona se adquiere, en principio, por filiación y demuestra el estado civil. Sin embargo, tales afirmaciones no son absolutas ya que la superposición apellido-estado civil cede aquí frente a la función primordial del nombre, que es permitir la “identificación de la menor”.

(...)

“La solución que se propone se confirma asimismo a partir de la opinión que posee la niña respecto de la composición de su nombre como atributo y reflejo de su identidad (arg. arts. 1, 14 bis, 33, 75 inc. 22 y 23, y concs. Constitución nacional; 2, 3, 4, 5, 7, 8, 18, 41, 44 y concs. Convención sobre los Derechos del Niño; XVII, XVIII, XXIX, XXX y concs. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, 16, 29 y concs. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3, 17, 18, 19, 32 y concs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; 16, 23, 24, 26 y concs. del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10 y concs. del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 253, 255 y concs., Cód. Civil; 1, 2, 3, 5, 11 y concs. ley 26.061; 1, 12, 15, 36 y concs. Constitución provincial; etc.).”

“Opinión que debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez de los niños, para lo cual le es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole del derecho en juego (conf. análog. Ac. 78.728, sent. del 02/05/2002).”

“Habiendo asistido a la audiencia fijada al efecto (fs. 120), tuve oportunidad de tomar conocimiento de la persona de E., escuchando sus opiniones y percibiendo sus expectativas, las que aun no resultando vinculantes, me permitieron auscultar su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta es la que a todas luces resultaría más funcional en la armonización de todos los apreciables intereses puestos en juego (arts. 12, 13 y ccdtes., Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Constitución nacional).”

Como corolario, la conclusión a la que de manera expresa e inequívoca se arriba en el fallo es que si bien cierto es que de ordinario aparece deseable una correspondencia entre la filiación, el nombre y los documentos o papeles con los que se identifica una persona, en casos excepcionales es posible brindar al nombre una tutela diferenciada de la de la filiación, en aras de la preservación de la identidad dinámica de la persona.

Y si bien -reitero-el fallo cuyos párrafos más salientes me he permitido transcribir versaba sobre un supuesto fáctico distinto al que se presenta en autos, por lo que el mismo no constituye doctrina legal aplicable a este caso en los términos del art. 278 y conc. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, lo cierto es que la profundidad del análisis efectuado me lleva a propiciar adoptar tales conclusiones, por compartirlas en un todo, para dar respuesta al primer interrogante planteado.

ii. Sentado lo anterior, resta preguntarnos si en el caso existen justos motivos que autoricen el cambio de apellido en los términos del art. 15 de la ley 18.248. La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversos casos que presentaban ciertas analogías con la cuestión debatida en autos, pronunciándose en algunos casos a favor de la sustitución del apellido paterno por el materno, y en otros en sentido contrario (a favor: Tribunal de Familia n° 5 de Rosario, “K., S. y otro s/ modificación uso de nombre”, del 25/02/2011, con comentarios -entre otros- de Fernando Millán, “Reemplazo del apellido paterno a causa del abandono y violencia ejercida contra el hijo”, LA LEY 2011-C, 339 y DFyP 2011 (mayo), 71 y del mismo autor “Causas que admiten suprimir el apellido paterno. Dos precedentes de relevancia”, DFyP, 2011 (junio), 81; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Rosario, “A., M. E. s/ Solicitud de cambio de apellido”, del 17/04/2009, elDial.com - AA52F1; Cám. de Apel. en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala II, “M., L. L. c. M., A. N. s/ alimentos privación de la patria potestad”, del 22/04/2013; con nota de Sebastián Sabene, “Justos motivos para la modificación de un apellido”, LA LEY Gran Cuyo, 2014 (febrero), 20; CNCiv., Sala H, “L.C.F.G. s/ información sumaria”, del 10/03/2015, MJJ92059, con citas de doctrina y jurisprudencia; en contra: CNCiv., Sala M, “Domínguez, D.H. c. Domínguez, F.A. s/ Información sumaria”, del 15/02/2006, elDial.com - AA3243; CNCiv., Sala G, “N. A., F. y otro c. V., S. R. s/ privación de la patria potestad”, del 04/03/2008, elDial.com - AA46C4).

No es ocioso aclarar que en varios de los precedentes citados se había dispuesto la privación de la patria potestad respecto del padre abandonico, pero también se aclara -en algunos de esos fallos y sus comentarios- que esa sanción no produce per se modificación alguna en el nombre del menor, lo cual es de toda lógica no solo por no estar contemplado en la ley, sino también porque al menor puede interesarle seguir conservando el apellido con el que se

identifica y es conocido. A lo que podríamos agregar que el cambio de nombre tiene un asignado y procedimiento específico, previsto en el art. 17 de la ley 18.248, que se mantiene en el art. 70 del nuevo Cód. Civil y Comercial. De modo que así como el nombre puede tener cierta autonomía respecto a la filiación, también la tiene en relación a la patria potestad, lo que se traduce -en lo que aquí interesa- en que el hecho de no haberse deducido un planteo de privación de la patria potestad no se erige en un obstáculo para la procedencia de la pretensión.

Analizando las concretas circunstancias que alega la actora para solicitar el cambio de apellido, los hechos narrados en la demanda ya han sido reseñados “ut supra” -apartado I.a) del presente voto- por lo que a lo allí dicho remito.

En relación a las pruebas producidas en primera instancia, a fs. 88 obra un informe de la entrevista psicológica mantenida por la Psicóloga del Juzgado de Familia con la menor, el que da cuenta que “La niña no ha podido establecer un lazo filiatorio que la defina en el linaje paterno ya que su progenitor no ha ejercido la función paterna, ausente en su vida plenamente. En cambio fue el linaje materno y especialmente el abuelo materno quien ejerció en la vida de Milagros la función paterna, adquiriendo así sentido de pertenencia al apellido que éste último porta.”

A fs. 90/91 obra un informe social, en el que se refleja que la actora vive con sus abuelos maternos desde su nacimiento, y que su madre también vivió con ellos hasta que la niña tuvo seis años, oportunidad en que la madre formó pareja pero la niña pidió quedarse con sus abuelos ya que estaba muy apegada. La madre siempre estuvo de acuerdo con esta decisión y ha vivido cerca de este domicilio, actualmente vive enfrente. Se concluye que “El ambiente familiar se evalúa como contenedor, ya que la niña tiene cubiertas sus necesidades afectivas y materiales, donde los abuelos maternos han asumido la crianza a partir de los seis años de edad, cumpliendo acabadamente con esta tarea, con el contacto diario y permanente de su progenitora.”

En la audiencia de vista de causa (fs. 111/112) declararon como testigos varias personas que conocen a la menor y su grupo familiar, y todos son contestes en que la menor creció en el entorno de su familia materna, no tuvo contacto con

su progenitor, y -algunos de ellos- también manifiestan conocer a la menor por el apellido "R."

Una vez elevados los autos a esta instancia, y como ya fuera dicho, el tribunal tomó contacto personal con la menor, en una audiencia en la que también estuvieron presentes la Auxiliar Letrada del Tribunal Dra. M. F. C., la Perito Psicóloga Y. M. y la Sra. Asesora de Menores e Incapaces (conf. fs. 166). Lo allí escuchado me persuade de que la actora tiene un firme deseo de reemplazar el apellido paterno -que sólo tiene formalmente o "en los papeles"- por el materno, por sentirse abandonada por su progenitor y contenida por su familia materna.

Finalmente, es de destacar que la Perito Psicóloga Y. M. elaboró -a pedido de este tribunal- el informe obrante a fs. 167/169, en el que vierte sus apreciaciones sobre lo acontecido durante el transcurso de la audiencia y en una entrevista ampliatoria que la misma profesional requirió que se llevase a cabo. En las conclusiones de este informe se consigna lo siguiente: "Luego de lo escuchado en la audiencia en primera instancia (en referencia a la audiencia que se celebró ante este tribunal), como de lo vertido en el espacio pericial en un segundo momento, surge que M. de los M. desde su infancia se ha identificado a sí misma con el apellido materno R. así también es reconocida según lo expresado por su entorno socio familiar por el mismo apellido. Desde una dimensión individual es importante ver el sentido que adquiere el apellido para M. de los M. El deseo de cambio de apellido se ha sostenido a lo largo del tiempo sin desconocer la existencia de su padre biológico. / Es importante tener en cuenta el derecho a como alguien quiere ser nombrado, conociendo su realidad biológica. / Si bien no surgen indicadores de psicopatología en la actualidad se sugiere considerar la realización de un tratamiento psicológico para la tramitación psíquica de hechos de su historia que aún se encuentran sin elaborar."

A la luz de todo lo expuesto, entiendo que en autos ha quedado demostrado que el uso del apellido "B." por parte de la actora afecta su derecho a la identidad en su faz dinámica, cuyo concepto y fundamento normativo -legal, constitucional y convencional- ya ha sido desarrollado ut supra siguiendo el valioso precedente de la S.C.B.A. en causa C. 118.272.

Por otro lado, es importante tomar en cuenta la frase final del dictamen emitido por la Perito Psicóloga Y. M., en el que se afirma que "... no surgen indicadores de psicopatología en la actualidad...", lo cual sugiere que las mismas podrían producirse en el futuro de no adoptarse las medidas necesarias, una de las cuales puede ser la autorización judicial de cambio de apellido. De modo que podría verse potencialmente afectado otro derecho personalísimo, como es el derecho a la salud psíquica (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 5 inc. 1 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; C.S.J.N., "T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", del 11/01/2001, LA LEY, 2001-A, pág. 188 y sig.).

En esa misma línea, se señaló en uno de los antecedentes ya citados que "Enfocado el tema desde la relación paterno filial, se acepta que los comportamientos abandónicos o demostrativos de la falta de interés de los padres hacia sus hijos configuran formas de violencia psicológica que aquellos ejercen sobre éstos, con graves consecuencias para su crecimiento psicofísico y espiritual, e importan, a su vez, un agravio al derecho a la protección del que son titulares" (CNCiv., Sala "H", "L.C.F.G. s/ información sumaria", del 10/03/2015, MJJ92059, con cita de María Luz Pagano, "Pedido de supresión de apellido paterno por causa de abandono: respuesta jurisdiccional", Revista de Derecho de Familia, Abeledo Perrot, 2006-III, pág. 66).

Por todo lo dicho hasta aquí, encuentro debidamente acreditado que la utilización de su apellido paterno importa para la actora una afectación de su personalidad que configura un justo motivo para su reemplazo por el apellido materno (art. 15 de la ley 18.248 interpretado a la luz del art. 69 inc. "c" del nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación y de la normativa constitucional y convencional citada a lo largo de este voto).

En consecuencia, he de propiciar la revocación del decisorio en crisis y el reemplazo del apellido paterno por el materno, librándose desde la instancia de origen los oficios, testimonios y notificaciones que resulten necesarios para efectivizar dicha medida.

Si bien con ello se da respuesta al agravio y se agota el objeto del presente proceso, no podemos dejar de volver una vez más sobre la parte final del dictamen emitido por la Perito Psicóloga Y. M. (167/169), ya que nos consta su solvencia profesional y su compromiso con la función (doctr. art. 474 del Cód.

Proc. Civ. y Comercial). Recordemos que allí la profesional sugiere que la menor realice un tratamiento psicológico para la tramitación psíquica de hechos de su historia que aún se encuentran sin elaborar. Por lo tanto, propongo al acuerdo que se encomiende al letrado que representa a la parte actora que con la prudencia que las circunstancias exigen haga saber tal recomendación a la actora y a su progenitora.

Así lo voto.

Los doctores Comparato y Bagú adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.

2ª cuestión. — El doctor Louge Emiliozzi dijo:

Atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, propongo al acuerdo:

I. Admitir el recurso incoado por la menor M. de los M., y hacer lugar al pedido de reemplazo de su apellido paterno (“B.”) por el materno (“R.”), librándose desde la instancia de origen los oficios, testimonios y notificaciones que resulten necesarios para efectivizar dicha medida.

II. Encomendar al letrado que representa a la parte actora que con la prudencia que las circunstancias exigen haga saber a la actora y su progenitora la recomendación vertida en el dictamen pericial de fs. 167/169, donde se sugiere que la menor realice un tratamiento psicológico para la tramitación psíquica de hechos de su historia que aún se encuentran sin elaborar.

III. Sin costas en ambas instancias en atención a la naturaleza del proceso y por no haber mediado oposición (arts. 17 de la ley 18.248, 68 y 274 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), adecuando los honorarios del letrado interviniente y regulando los correspondientes a esta alzada del modo que quedará reflejado en la parte resolutive (art. 274 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 31 2do. párrafo de la ley 8904).

Así lo voto.

Los doctores Comparato y Bagú adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente sentencia

Por lo expuesto, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.; se Resuelve: I) Admitir el recurso incoado por la menor M. de los M., y hacer lugar al pedido de reemplazo de su apellido paterno (“B.”) por el materno (“R.”), librándose desde la instancia de



origen los oficios, testimonios y notificaciones que resulten necesarios para efectivizar dicha medida; II) Encomendar al letrado que representa a la parte actora que con la prudencia que las circunstancias exigen haga saber a la actora y su progenitora la recomendación vertida en el dictamen pericial de fs. 167/169, donde se sugiere que la menor realice un tratamiento psicológico para la tramitación psíquica de hechos de su historia que aún se encuentran sin elaborar. III) Sin costas en ambas instancias en atención a la naturaleza del proceso y por no haber mediado oposición (arts. 17 de la ley 18248, 68 y 274 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), adecuando los honorarios del letrado interviniente y regulando los correspondientes a esta alzada del siguiente modo: al Dr....., en la suma de pesos ... (\$ ...), por los trabajos en primera Instancia; y en la suma de pesos ... (\$ ...), por los trabajos en Alzada, todos más la adición de Ley (Arts. 12 y 14 Leyes 8455 y 10.268 e I.V.A. en caso de profesionales inscriptos), (art. 274 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, 31 2do. párrafo y 9 apartado I inc. 7 de la ley 8904). Notifíquese y devuélvase. En cuanto a la regulación de los honorarios practicadas, las notificaciones del caso deberán ser efectuadas en Primera Instancia, en su caso con la transcripción prevista por el art. 54 de la ley 8904. — Ricardo C. Bagú. — Esteban Louge Emiliozzi. — Lucrecia I. Comparato.

[Juzgado de Familia Nro. 1 de Tandil, “B., O. I. s/ Adopción. Acciones vinculadas”, sent. del 06/08/2020, Publicado en La Ley](#)

**Voces:** ADOPCION ~ ADOPCION PLENA ~ VINCULO ADOPTIVO ~ VINCULO DE FAMILIA

**Tribunal:** Juzgado de Familia Nro. 1 de Tandil(JFlia)(Nro1)

**Fecha:** 06/08/2020

**Partes:** B., O. I. s/ Adopción. Acciones vinculadas

**Publicado en:** La Ley Online;

**Cita Online:** AR/JUR/31045/2020

## **Sumarios:**

1 . El art. 611 del CCCN, que impide a los jueces conferir la adopción en casos de guarda de hecho, es anti-convencional, toda vez que esa norma ha sido puesta en vigencia para evitar situaciones de apropiación de menores en marcos ilegítimos o ilícitos, pero no es de aplicación a supuestos legítimos de relaciones basadas en la socio-afectividad, y, por lo tanto, contraría específicamente “el interés superior del niño”, consagrado en la CDN (art. 3).

2 . La propia naturaleza jurídica de la adopción, “el constituir un vínculo legal” es lo que le da la fuerza y la razón de ser a esta institución, pero su causa fuente no es la ley, sino la socio-afectividad, toda vez que solo cuando exista una relación de afecto, más o menos consolidada entre las partes involucradas: los adultos y los NNA, es que se habrá de justificar la decisión de conferir el marco legal a lo que en los hechos ya ha sucedido, porque en esa situación fáctica ya nos encontraríamos en presencia de una familia, a la que esta Jueza sólo les dará el reconocimiento legal.

3 . Una interpretación sistémica del art. 611 CCCN podría significar que la prohibición incluida, en el último párrafo, que desestima como adoptantes aquellas personas que detentaran una guarda judicial o a quienes se les hubiera delegado el ejercicio de la responsabilidad parenteral, lo serían sólo en casos de “entrega directa en guarda de NNA mediante escritura pública o acto administrativo” o cuando la entrega directa en guarda hubiera sido realizada por otros familiares del niño. Pero no hay conectores en la redacción gramatical que nos permitan afirmar, efectivamente, que el primer párrafo y el último tienen relación de causa efecto, y, al no distinguir, incurre en una generalización.

4 . Aun cuando, en este caso, los adoptantes no se encontraban inscriptos en el Registro Central de postulantes a guarda con fines de adopción, y no ha sido ni el juez ni su equipo técnico quienes los han seleccionado, pues la elección de los ellos ha partido de la propia niña en situación de adoptabilidad, quien los eligió como su familia abrigadora primero y luego los ha incorporado como sus padres. Es en base a la constatación previa de ese vínculo socio-afectivo, que ha dado origen a la integración de este grupo familiar, sin importar que carecían de certezas en cuanto a la factibilidad de lograr conferirle legalidad a ese vínculo, que se decide dar curso al proceso.

5 . Es aconsejable otorgar la adopción plena toda vez que los vínculos morales van más allá de las disposiciones legales, siendo indispensable y necesario brindar a niñas, niños y adolescentes un marco de seguridad jurídica.

**Texto Completo:**

Expte. N° 23870

**1ª Instancia.**- Tandil, agosto 6 de 2020.

Resulta: 1. Que en fecha 20/11/2019 en el marco de las actuaciones “B, O. I. s/ guarda de personas” Expte. N° 18.894 de trámite por ante este Juzgado, se decretó el estado de desamparo y adoptabilidad de O. I. B, quien luego de la adopción de una medida de abrigo, se encontraba bajo el cuidado de los Sres. A. A. A. E. y F. C. E. (referentes afectivos de la niña) en su hogar familiar, habiendo sido designada la primera como su guardadora (en el marco de lo normado por el art. 657 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

2. Que, conforme lo ordenado en la misma sentencia, no se requirió —como es habitual— el listado respectivo al Registro Central de Postulantes a Guarda con Fines de Adopción, atento el deseo de los propios guardadores de otorgar estabilidad y permanencia a la situación familiar generada a partir del alojamiento de O. en su domicilio, desde la adopción de la medida de abrigo y posterior guarda protectoria.

Fue solicitada, en consecuencia, la adopción de la niña a su cargo —en un primer momento, por la Sra. A., siendo luego acompañada por su esposo, el Sr. F.—, mediante presentación formal con el patrocinio letrado del Defensor Oficial, Dr. Leonel Calles; con lo que se dio curso al presente expediente.

3. Que los informes obrantes en la causa originaria de guarda —Expte. 18.894— dan cuenta del vínculo generado entre O. y todo el grupo familiar de la Sra. A., siendo pertinente destacar lo informado en fecha 18/04/2018 en cuanto a que: “La pareja expresa su deseo de continuar con la crianza de O. dado que no se imaginan sin ella y que la misma está integrada a la familia como otra hija. Por otro lado, refieren que les gustaría que O. continúe en contacto con sus hermanos. Finalmente refieren su predisposición a realizar lo que sea necesario en función del bienestar de O.”

4. Que en fecha 10/10/2019 se celebró audiencia de escucha directa de la niña O. ante la suscripta y en presencia del Sr. Asesor de Incapaces, en la que la

misma refiere: “que para ella estos son “su mamá y su papá”, que no quiere ver a “sus viejos”, y que quiere mantener el contacto con sus hermanos de sangre, pero que también considera a I. su hermana”.

Asimismo, en fecha 06/02/2020 compareció nuevamente O. ante la suscripta, en presencia del Dr. Martín Tripodi en calidad de Secretario de la Asesoría de Incapaces, manifestando que: “con relación a su apellido desea modificar el mismo reemplazando B. por F., que tiene conocimiento de lo que ello implica. En cuanto a sus nombres, expresa que los mismos no quiere cambiarlos.”.

5. Que a fin de dar cumplimiento a lo normado por el art. 598 Cód. Civ. y Com. de la Nación, se citó a audiencia ante la suscripta a la niña I. F., celebrándose la misma en fecha 05/02/2020 y surgiendo del acta que: “quiere a O. como una hermana, que está absolutamente de acuerdo con que sea adoptada por sus padres. Que comprende los alcances y efectos que implica este trámite. Que tiene más hermanos por parte de madre (2) y de padre (3) pero es la única hija de la pareja. Que el resto de los hermanos son todos mayores de edad”.

Que, en atención a las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio y el asueto dispuesto por la SCBA (conforme DEC. PEN 297/20 y Res. SC N° 380/20 y consec.) con motivo de la emergencia sanitaria (pandemia Covid-19), esta Magistrada dispuso obtener el consentimiento del resto de los hijos del matrimonio de pretensos adoptantes —todos ellos mayores de edad— mediante comunicación telefónica con ellos, efectivizada por Trabajador Social en turno de este Juzgado. Surgiendo de los informes presentados en consecuencia en fecha 08/05 y 19/06 del corriente, que los mismos se encuentran al tanto de la petición y la avalan completamente.

En tal sentido, señala el Lic. Cabana que: “el proyecto de adopción de la joven O. por parte de A. A. A. E. y F. C. E., es un proyecto que todos los miembros de la familia, convivientes y no convivientes, acompañan, apoyan y, por ello, dan su conformidad.”.

6. Que por intermedio de las presentaciones electrónicas de fechas 04/11/2019 y 03/07/2020, el Sr. Asesor de Incapaces se notificó del estado de autos y contestó las vistas que le fueran conferidas, avalando la continuidad del proceso hacia el dictado de la presente sentencia.

Asimismo, en fecha 23/07/2020 el Sr. Agente Fiscal señaló que considera que puede dictarse sentencia en autos haciendo lugar a la adopción peticionada.

Considerando: Primero: Dispone el Artículo 594.- Concepto. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

La suscripta coincide con quienes ven a la adopción como un proceso reparador. “La adopción puede tener los efectos terapéuticos que tiene toda relación humana profunda, al permitir que se establezca un vínculo estable con una o más figuras no rechazantes. El niño inserto en una familia acogedora, vinculado a sus padres, recobra un espacio que le permite establecer nuevos vínculos, repitiendo ahora un patrón de vinculación sano. La familia permite el ensayo de los diversos roles en un espacio protegido, seguro, y el ensayo implica la asimilación de experiencias buenas y malas, pudiendo aprender de ellas, repitiendo las buenas e inhibiendo los factores que produjeron las malas. Y así la adopción cumple su real función, que es la de permitir a los niños y a sus padres tener una familia, una familia de verdad, que difiere de las biológicas en la manera de ser conformada, pero no en sus funciones. En resumen, la adopción cumple un papel importante para el buen desarrollo psicológico de un niño, cuando permite que se establezca una relación vincular de amor. La adopción exitosa es la que constituye un remedio a las lesiones de un niño abandonado, y la adopción frustrada constituye para el niño una nueva lesión grave, de la cual la experiencia nos dice que no se recobrará jamás completamente (Soule, 1964, citado en Hermosilla 1989). (Mundaca, M. R., Gallardo Rayo I., y Díaz, P. A. (2000) “Factores Que Influyen en el Apego y la Adaptación de los Niños Adoptados”, Revista de Psicología, Universidad de Chile, Año Vol. IX, ps. 1/16).

Constituye, sin lugar a dudas, una institución protectora de niños, niñas o adolescentes, “ha sido creada para optimizar la vida de los niños y adolescentes y proporcionar un marco de afecto y seguridad al que los mismos tienen derecho” (conf. Graciela Medina, La Adopción, T I, p. 195 y ss.); resultando su finalidad superadora del desamparo al otorgar al niño, niña o adolescente un ámbito familiar y un hogar, imprescindibles para su formación integral, como así también resulta generadora de un vínculo filial análogo al de la filiación biológica.

“La adopción, para no ver perjudicados sus fines, ni caer en un desprestigio institucional que la torne indeseable para quienes pretenden acceder a ella, y a la postre inexistente como opción válida para encauzar sus sentimientos afectivos y solidarios, debe procurar seguridad jurídica para quienes conforman la unión naciente.” Ac. 79.931, “A., K. E. Adopción plena, del 22 de Octubre del 2003, voto del Dr. Pettigiani “Esta seguridad debe ante todo orientarse en función de los hijos, quienes son los primeros interesados en que el vínculo se consolide definitivamente por cuanto ya han sido objeto y sufrido las traumáticas consecuencias del abandono, y deben por lo tanto ser protegidos de toda situación de duda, que sí se genera frente a un vínculo claudicante marcadamente intermitente, cuando no totalmente abandonico, que se procura mantener artificialmente con sus padres naturales.” Ídem anterior” “la institución de la adopción... ha surgido como consecuencia de la existencia de la necesidad de legitimar una relación que involucra a personas que, bajo ciertas condiciones, se vinculan afectivamente, dotándolas de fijeza, procurando sustancialmente el bien del menor involucrado en ella” “...la mención que se hace en el Preámbulo a que el niño debe crecer para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad “en el seno de la familia” está referido también a la familia adoptiva, que no es de ningún modo menos familia que la biológica o natural, sino que por el contrario participa en igualdad de consideración y bondades con ésta, dado que el verdadero sustrato de la familia estriba en el afecto que vincula a sus miembros, y no en la yuxtaposición de individuos provenientes del mismo tronco biológico.” “...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” (...)” 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.” Corte Suprema de Justicia de la Argentina, sentencia del 02/08/2005, S.1801.XXXXVIII, S., C., s/ adopción.

Es precisamente su propia naturaleza jurídica “el de constituir un vínculo legal” lo que le da la fuerza y la razón de ser a esta institución, pero su causa fuente no es la ley, sino la socio-afectividad, toda vez que solo cuando exista una relación de afecto, más o menos consolidada entre las partes involucradas: los

adultos y los NNA, es que se habrá de justificar la decisión de conferir el marco legal a lo que en los hechos ya ha sucedido, porque en esa situación fáctica ya nos encontraríamos en presencia de una familia, a la que esta Jueza sólo les dará el reconocimiento legal.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia: “Esta seguridad debe ante todo orientarse en función de los hijos quienes son los primeros interesados en que el vínculo se consolide definitivamente por cuanto ya han sido objeto y sufrido las traumáticas consecuencias del abandono, y deben por lo tanto ser protegidos de toda situación de duda, que sí se genera frente a un vínculo claudicante marcadamente intermitente, cuando no totalmente abandonico, que se procura mantener artificialmente con sus padres naturales.” (Juzg. 1ª Inst. Civil de Personas y Flia. N° 2 Salta, 12/04/2005, LA LEY NOA 2005, 1218).

La Corte Suprema de Justicia en fallo A. 418. XLI.A., F. s/ protección de persona, del 13 de Marzo del 2007 dice que: “... en un estudio de reciente aparición difundido por la Academia Nacional de Ciencias Norteamericana y llevado a cabo por un equipo interdisciplinario que incluyó al economista y premio Nobel James Heckman, se puso de relieve que las experiencias vividas por las personas a temprana edad no sólo afectan y modulan su futuro temperamento y comportamiento social como adulto, sino también sus habilidades cognoscitivas, la estructura de los circuitos o redes neuronales de su cerebro y su capacidad productiva o económica (Knudsen, Eric I., Heckman, James J., Cameron, Judy L. & Shonkoff, Jack P. “Economic, neurobiological, and behavioral perspectives on building America's future work - force”<sup>1</sup>) (Publicado en “Proceedings of the National Academy of Sciences).

Y hace algunos años, el Consejo Científico Nacional para el Desarrollo de la Niñez de Estados Unidos que agrupa a los científicos líderes en desarrollo infantil de ese país recordaba que la crianza como la existencia de relaciones estables con adultos responsables son esenciales para un crecimiento saludable de todo individuo desde el nacimiento mismo. “Los niños experimentan su mundo como un ambiente de relaciones, y éstas afectan virtualmente todos los aspectos de su desarrollo intelectual, social, emocional físico, de comportamiento y moral. En la calidad y estabilidad de los vínculos infantiles de los primeros años yace el fundamento de una amplia gama de experiencias posteriores que realmente importan confianza en sí mismo, salud

mental, motivación para aprender, logros escolares y académicos, habilidad para controlar impulsos agresivos y resolver conflictos en forma no-violenta, conocer la diferencia entre el bien y el mal, tener la capacidad para concretar vínculos causales y sustanciales y, finalmente, para poder ser él mismo un padre cabal. (...) En palabras del distinguido psicólogo Urie Bronfenbrenner: '... para desarrollarse normalmente, un niño requiere una actividad conjunta cada vez más compleja y progresiva con uno o más adultos que tienen a su respecto una relación emocional irracional. Alguien tiene que 'perder el juicio' por la criatura. Eso es lo primordial el principio, el final, siempre" (National Scientific Council of the developing Child, Harvard University 2004, Young children develop in an environment of relationships).

Segundo: 1) Principio de legalidad:

Dispone el art. 594 último párrafo: "La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código", mientras que el art. 597. Aclara que sólo pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad.

Por lo que, para poder otorgarse, deben darse cumplimiento con una serie de exigencias legales que se transforman en presupuestos básicos para su procedencia.

Al respecto la jurisprudencia ha afirmado: (el ordenamiento normativo) "impone al magistrado, entre los requisitos de ineludible cumplimiento para el otorgamiento de la guarda preadoptiva, la citación de los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento, bajo pena de nulidad. Esta citación tiende a resguardar el proceso adoptivo, y la declaración del estado de abandono no autoriza a soslayar su efectivo cumplimiento. Ello así, pues la ley expresa que, ante la situación de desamparo, no será necesario el consentimiento de los padres biológicos, pero de ningún modo permite omitir su debida citación. (Cám. Civil, Sala I, Quilmas, RSI-113-6, I, 08/06/2006, en autos: C. A., C. O. A., V. L. E. y T. C.A. s/ intervención").

Asimismo, se sostuvo que: "La comprobación de su estado de abandono y la declaración de tal estado, en su caso, contribuyen a otorgar seguridad sobre la desvinculación de aquél con la familia de origen y la futura inserción en otra, todo lo cual tiene por finalidad atender el interés del niño desamparado (art. 3



de la Convención de los Derechos del Niño). Ley 24.779; Ley 23.849 Art. 3 Cáb. Civil, Sala II, San Isidro, SI 95.084 RSD-105-4 S 18/05/2004, Juez Krause (SD) Carátula: S. s/ art. 10 ley 10.067).

Por las consideraciones expuestas, he de decir que la declaración judicial de adoptabilidad cumple, con relación a B O. I., con su finalidad, dirigida a evidenciar que se encuentra en condiciones de ser adoptada.

Ahora bien, además de la exigencia a las que he hecho mención, y que se han detallado también en la primera parte de esta sentencia (citación a los padres, escucha de O.) tanto el Cód. Civ. y Com. de la Nación como han determinado también un procedimiento para la selección de los adoptantes.

El art. 609, al disponer las Reglas del procedimiento a aplicar en la declaración judicial de estado de adoptabilidad, dispone que la sentencia debe disponer que “se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes”, disponiendo por su parte la ley 14.528, denominada ley de adopción de la Pcia. De Bs. As. en su art. 15 La declaración de la situación de adoptabilidad será comunicada al Registro Central de Aspirantes a Guardas con FI. de Adopción, en el plazo de veinticuatro (24) horas desde su dictado. La persona responsable o a cargo del Registro mencionado, deberá remitir al Juez de Familia, dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, el listado con los postulantes inscriptos”

El Registro de adoptantes que es el que regula la inscripción de los postulantes a guardas con fines de adopción fue creado por la SCBA en 1998, por acuerdo 1988. Y en el año 2012 con fundamento en “Que las circunstancias fácticas que rodearon el dictado de las Acordadas 2269 y 2707, ambas reglamentarias del Registro Central, han variado radicalmente merced a las modificaciones operadas en el ámbito nacional y provincial, motivadas en el cambio de paradigma que en materia de niñez y adolescencia se ha experimentado en los últimos años” la Suprema Corte bonaerense modifica las acordadas vigentes dictando la 3607, que con la modificatoria introducida por el Acuerdo 3868 se encuentra actualmente en plena vigencia.

Las normativas antes aludidas, que resultaron precisamente en la adecuación de la reglamentación existente del Registro de postulantes a guarda con fines de adopción, ha venido a imponer una legalidad con dos fines: la transparencia y la democratización del sistema.

Por una parte, como los Jueces sólo podemos elegir postulantes de los listados que nos envían, genera transparencia al sistema, se elimina el arbitrio y la arbitrariedad en el proceso de selección; pero también democratiza al mismo, atento que cualquiera sea el lugar de residencia de los postulantes y por lo tanto el Departamento Judicial en el que se inscriben, todos los postulantes que estén dispuestos a ser convocados de cualquier Juzgado de la provincia se habrán de encontrar en situación de igualdad a ser llamados para un proceso de vinculación adoptiva.

No tenemos ninguna duda que su reglamentación ha sido certera, y su implementación estricta, eficaz y eficiente.

Dentro de las normativas legales vigentes no podemos menos que considerar que el art. 611 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, dispone: “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño.

Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.”

Una interpretación sistémica del mencionado artículo podría significar que la prohibición incluida, en el último párrafo, que desestima como adoptantes aquellas personas que detentaran una guarda judicial o a quienes se les hubiera delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, lo serían sólo en casos de “entrega directa en guarda de NNA mediante escritura pública o acto administrativo” o cuando la entrega directa en guarda hubiera sido realizada por otros familiares del niño. Pero lamentablemente no hay conectores en la redacción gramatical que nos permitan afirmar, efectivamente, que el primer párrafo y el último tienen relación de causa efecto, y por el mencionado párrafo, al no distinguir, incurre en una generalización, que pudiera incluir la situación a quienes pretenden la adopción de O.

Ha dicho la Dra. Myriam Cataldi en su sentencia de fecha 15/07/2016, en los autos “L. G. M. s/ control de legalidad - Ley 26.061” que “La solución que plantea el art. 611 del Cód. Civ. y Com. de la Nación resulta estrecha, soslayando las relaciones afectivas honestas o genuinas y otros supuestos de relaciones socioafectivas que nada tienen que ver con las situaciones irregulares y/o delictivas que, de manera acertada, pretende prevenir el Cód. Civ. y Com. de la Nación. Lo cierto es que no prevé, ni siquiera a modo de excepción, las situaciones de hecho que nacieron, se desarrollaron y estuvieron marcadas por la socio-afectividad o identidad dinámica como claramente se dio en autos y por ello de adoptarse una postura, rígida, se restringe y lesiona el principio del interés superior del niño. La postura que mejor responde a aquel principio rector es aquella que defiende y respeta el vínculo socioafectivo”

Tengo el más absoluto convencimiento que toda norma debe aceptar su excepcionalidad, cuando las relaciones humanas, las circunstancias fácticas de cada una de los procesos de abrigo que culminan en la declaración de estado de adoptabilidad, de mantenerse el rigorismo formal, terminarían ser contrarias al interés superior del niño.

Ha dicho la SCBA con relación al Registro Central de postulantes a guarda con fines de adopción que el mismo “resulta un factor de singular valor a efecto de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presentan los niños en situación de adoptabilidad, pero constituye simplemente un medio instrumental, como tal ordenado a la consecución de un fin. De modo que en definitiva, el registro cumple una función de marcada importancia en cuanto rodea de ciertas garantías la entrega de criaturas en estado de abandono con destino a su futura adopción contribuyendo a desplazar prácticas ilícitas tales como el tráfico y la explotación de menores, pero no puede representar una especie de monopolio para determinar las personas que pueden adoptar un niño cuando obrar en su estricto apego produjere un perjuicio para el menor, contrario a su concreto interés superior.” (SCBA, C. 119702, 11/02/2016, “P. A. s/ guarda con fines de adopción”, juez Pettigiani, RC J 3/17).

Y es esta, precisamente, la situación de autos, donde la suscripta ha dispuesto, ya en la propia sentencia de estado de adoptabilidad, que no habría de requerir la remisión de los listados respectivos, convencida que ese no era precisamente el camino a seguir en el marco del “interés superior del niño”.

2) La socio-afectividad como causa fuente de las relaciones de familia:

Cabe señalar que: “...en la práctica no siempre las circunstancias fácticas se presentan lineales respetando los tiempos y el marco dado por el Cód. Civ. y Com. de la Nación y la ley 26.061, sino que existen circunstancias de hecho que son irregulares y que, por su condición de tal, obligan al juez interviniente a buscar soluciones creativas que respeten los principios estructurales en materia de niñez, consagrados a la luz del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos. (...) Para brindar respuesta a estas situaciones irregulares que se encuentran en contradicción a las previsiones rígidas contenidas en el Cód. Civ. y Com. de la Nación los jueces deben recurrir a los principios que imperan en materia de niñez y emprender un ejercicio hermenéutico que no puede ser ajeno a la noción de “socio-afectividad”. El análisis transversal de dicho concepto, sumado al respeto de los derechos humanos básicos de todo NNA abocado a cada caso particular, es lo que permitirá brindar respuestas que se ajusten a cada situación.” (Vittola, Leandro R., Guarda, situaciones irregulares y socio-afectividad, en Responsabilidad parental, Derecho y realidad, Dir. Grosman, Cecilia P., Coord. Videtta, Carolina A., ed. Rubinzal Culzoni, 2020, p. 451/452).

La socio-afectividad, en opinión de Krasnow Adrián N., es un término marco, que,” tiene un componente social y afectivo que no se asocia a parentesco. Su desarrollo y captación en la norma responde, en gran medida, al reconocimiento de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos afectivos significativos para la persona que en determinadas situaciones conviven o no con vínculos parentales” El despliegue de la socio-afectividad en el derecho de las familias, Revista de derecho de familia, 81,57.

Por su parte Marisa Herrera nos dice: “Pocos términos son tan gráficos o precisos apelándose simplemente a su denominación. Socio afectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A

la vez, ambas ideas interactúan entre sí” La noción de socio-afectividad como elemento “rupturista” del derecho de familia contemporánea, Revista de Derecho de Familia, 66/75.

El concepto de socio-afectividad nos viene dado del derecho brasilero, el Cód. Civil brasileño dispone en su art. 1584 que “La guardia, unilateral o compartida, podrá ser: § 5 Si el juez verificara que el hijo no debe quedar bajo la guardia del padre o de la madre, deferirá la guardia a la persona que demuestre compatibilidad con la naturaleza de la medida, considerados, de preferencia, el grado de parentesco y las relaciones de afinidad y afectividad”.

Pero no sólo el Derecho Brasilero se ha manifestado con relación a la socio-afectividad como causa fuente de derechos y obligaciones, sino también el Derecho argentino (aunque más tímida e incipientemente) por ej. en el art. 7° del dec. 415/2006 que reglamenta la ley 26.061 dispuso al definir a la familia o al núcleo familiar que “Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección”, por su parte también la jurisprudencia desde aquel fallo de la Justicia de Córdoba que en el 2010 al resolver favorablemente el pedido de la expareja lesbiana de la madre biológica, estimaba la necesidad de “distinguir el parentesco de sangre o legal, de aquel que se establece por la fuerza de los hechos (o los afectos) y que cuenta con una aceptación social que lo legitima, aun cuando desde el punto de vista normológico carezca de recepción” Juzg. Familia n. 4 Córdoba, 28/06/2010, “A. S. G. v. M. V. S. y otro s/ medidas urgentes”, RDF 2011-I-137 y ss., Albert Einstein, en una carta a su hija, le escribía: “Cuando los científicos buscaban una teoría unificada del universo olvidaron la más invisible y poderosa de las fuerzas. El Amor es Luz, dado que ilumina a quien lo da y lo recibe. El Amor es gravedad, porque hace que unas personas se sientan atraídas por otras. El Amor es potencia, porque multiplica lo mejor que tenemos, y permite que la humanidad no se extinga en su ciego egoísmo...”

Y parafraseando entonces al gran científico, diríamos que es esa fuerza, la que habrá de dar sentido a esta sentencia, porque la misma sólo puede ser explicada desde:

La historia de O.: O. y sus hermanos P. y E. son todos hijos de E. B y de M. E. P. P., y vivían en C. Tejedor hasta que se produce la separación de los progenitores. Según informes del S.L. de esa localidad, al entrevistar a la Sra. P. P., la misma manifestó que habían convivido aproximadamente unos 5 o 6 años y que E. se había llevado a O. y a sus hermanos, y desde 2012 ella no los había vuelto a ver. “Refiere que mantuvieron con el Sr. B. una relación de cinco o seis años, con graves situaciones de violencia entre ellos —no hacia los niños—, que motivaron sucesivas denuncias recíprocas, por lo que ella habría estado presa dos días, habría intervenido el Servicio Local de C. Tejedor, y los niños habrían permanecido con su padre.” Referido en la sentencia dictada en causa 19.006, y para la época en que fuera entrevistada, ya la madre, tenía dos hijos más y una nueva pareja.

Aproximadamente en el año 2015, por una nueva pareja, B padre se había trasladada con los hijos a la ciudad de Tandil, localidad en la que mudó su hogar varias veces: primero conviviendo con su, por entonces, pareja y los hijos de esta, siendo, precisamente la pareja la que se hacía cargo de asegurar la escolaridad y los controles de salud, pero con todo ello en el marco de dificultades para un cuidado con calidad de vida. En enero del 2017, terminada esa nueva relación de pareja, B se muda a primero a una pensión, luego a otra, y finalmente a una vivienda alquilada, recibiendo ayuda económica y acompañamiento diario desde varias organizaciones sociales, además de haber comenzado su intervención el S. L. P. P. D.

A pesar de las múltiples intervenciones, B. nunca logra posicionarse como adulto responsable, y como consecuencia distintos efectores advierten sobre la permanencia de los niños durante muchas horas sin el cuidado de ningún adulto, e incluso en la calle “carencias habitacionales, la exposición a situaciones de violencia y consumo excesivo de alcohol, y finalmente, la presencia de posibles indicadores de abuso sexual infantil” sentencia de la causa ya citada.

Del informe pericial realizado en abril del 2018, donde los integrantes del E.T. entrevistan a A. A. E. A., por entonces guardadora abrigadora, extraemos nuevos elementos de la historia de la joven.

B., luego de separarse de la pareja se muda cerca de la familia de A. y esto genera dos consecuencias: la primera es que y O. y la hija de A. se convierten

en amigas, la segunda que la vocación y su actitud servicial en el marco de la solidaridad social, hizo que A. comenzara a tratar de ayudar a B. a cumplir con su rol paterno, lo que permitió que la, entonces niña, hoy joven adolescente, pudiera permanecer conviviendo con su amiga y su familia. Esta situación parecía ser temporal, atento que B. no tenía en claro si habría de volver a su ciudad de origen, C. Tejedor. Pasado un tiempo, B. decide regresar a su ciudad de origen, mudándose con sus hijos. Sin embargo, O. decide llamarla a A. y comunicarle que no quiere irse de Tandil, y que querría volver a vivir con la familia que ya la había acogido.

Con intervención del órgano administrativo, se dispone una medida de protección, por la que O. podía convivir en el hogar de A. y su familia los fines de semana, y durante la semana, O. debía permanecer con su padre y sus hermanos. Esta decisión no puede sostenerse porque el progenitor, como ya lo he antedicho, no asumía su rol protector, y la niña andaba en la calle, expuesta a peligros, y no asistía a la escuela, lo que lleva al SLPPD a tomar a principios de julio del 2017 una medida de abrigo a favor de O., con quienes ya eran sus referentes afectivos: A. y su familia. Poco tiempo después, sus hermanos deben también, en el marco de una medida de abrigo, ser institucionalizados.

Pero como en toda convivencia, los inicios fueron difíciles, A. da cuenta en el informe ya mencionado de abril del 2018 “que el primer tiempo de la medida fue difícil y compleja la convivencia dado que la niña tenía hábitos y costumbres distintas a la de su familia y por otro lado no aceptaba límites”, pero es evidente eso no arredró a A. ni le impidió sostener su firme decisión de convertirse en la familia que, hasta entonces, O. no había tenido, y al inicio de abrigo, A. reconocía que “ en la actualidad funcionan como una familia y para ella y su pareja es como su hija, las niñas tienen una relación de afecto mutuo. Manifiesta que ella es cuidadosa con las niñas, las acompaña a todos lados y utiliza el diálogo para comunicarse con las mismas. Menciona que en su casa no hay diferencias en las niñas ambas reciben todo lo que pueden brindarles por igual.”

En el informe socio-ambiental de fecha 21/06/2019, leemos: “En las fiestas de Diciembre O. les anunció que desde el mes de enero los llamaría como “Mamá” y “Papá”, aseguran que, a pesar del anuncio, se dio de manera muy natural y que actualmente los llama de esa manera. - Comentan que están en

conocimiento de la situación de los hermanos de O. y están en contacto periódico con ellos. Están en conocimiento de que P. regresó al hogar, lo que le preocupa el contacto con la niña. También manifiestan preocupación respecto de la situación legal de O., ya que le han manifestado que deberán concurrir a un abogado, a fin de que puedan continuar con el cuidado de la joven como ellos desean. Esto les genera preocupación, por no tener los medios para afrontar el gasto, y no poder acceder a la Defensoría oficial, por haber sido estos representantes del progenitor de la joven oportunamente. La pareja asegura que O. está incorporada en la dinámica familiar. La Sra. A. manifiesta que la acompaña a todas las actividades de la joven. -

Apreciación profesional: De la entrevista en el domicilio, se puede deducir que la joven se encuentra contenida afectiva y efectivamente. - El espacio otorgado a la Joven parece ser propicio para su desarrollo Psico emocional. Las necesidades de la Joven están siendo cubiertas. - Los adultos cumplen funciones de cuidado y afecto, compartiendo el proyecto de criar y atender a O. Por ello, se considera que la Sra. A. y el Sr. F. son idóneos para el cuidado de O.”.

He de decir que todas las constancias de estos autos y del expediente de guarda, arrojan luz sobre la situación actual de O., reflejando la contención que le brindan los pretendidos adoptantes, toda vez que se han constituido como un grupo familiar que convive en óptimas condiciones, confiriéndole un hogar y la posibilidad de inserción en los círculos más cercanos que rodean a esa familia; así como también garantizan el acceso a la educación y recreación, y el respeto de su derecho a la identidad y sostenimiento del vínculo con sus hermanos biológicos.

Es en base a la constatación previa de ese vínculo socio-afectivo, que ha dado origen a la integración de este grupo familiar, sin importar que carecían de certezas en cuanto a la factibilidad de lograr conferirle legalidad a ese vínculo, que se ha decidido dar curso al presente proceso.

Finalmente, he de decir que conocer personalmente a los adoptados es deber indelegable que integra el criterio de esta Magistrada.

He tomado contacto personal con O., y si bien los elementos probatorios existentes para entonces eran sólidos, escucharla fue, sin lugar a dudas, lo que terminó de generar mi convicción.



O. no se presenta como una adolescente típica, es una joven, que seguramente los avatares de la vida, la han hecho madurar, que demuestra confianza en sí misma. Empezamos nuestra charla como lo hago habitualmente, hablando de generalidades. A O. le llamó la atención unos cuadros que enmarcan unas fotos que están colgadas en la pared que está a mis espaldas, y que es la pared que enfrentan los entrevistados, y me preguntó especialmente por una foto. Las tres fotos tienen como característica común que fueron tomadas por mi hijo menor, y una de ellas, aquella en la que O. fijara su atención, en una marcha de mujeres, esto devino en que le interesara saber si era feminista.

Esta joven, con esta personalidad marcada, es también la que me marcara que esta era su familia, que también reconocía como hermanos a P. y a E., y que de “sus viejos”, como se refirió a sus progenitores, no le interesaba nada y no quería tener contacto con ellos.

No pude menos que concluir que para O. esta, su familia de elección, es a la que ella se sentía integrada fuertemente por el afecto mutuo. Afecto que O. tiene hacia ellos, y sentimiento que, recíprocamente, A., C. y I. tienen hacia ella.

El análisis de la probatoria producida en autos, me llevan a la conclusión que las mismas resultan concordantes, contestes y precisas, formando mi convicción (art. 384 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), que los peticionantes han demostrado ser personas idóneas para desempeñarse como padre y madre de O., cuya adopción plena constituye el objeto de estas actuaciones.

Tercero: Que teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, los altos fines de protección y seguridad que animan a las disposiciones legales del caso, como así también interpretando que el instituto de la adopción no intenta una mera imitación de la naturaleza, sino que da lugar a la constitución de un vínculo legal sobre la base de un sentimiento plasmado sobre ciertos requisitos de orden material y moral, siendo, en definitiva, una forma de solución o respuesta social.

Habiendo analizado en profundidad la calidad de los pretendidos adoptantes, a quienes considero personas dotadas personal y jurídicamente de las calidades necesarias para asumir las funciones propias del caso y considerando además que la joven cuya adopción se intenta se adecua al nuevo estado de familia

que se procura constituir; es convicción de esta Jueza que, encontrándose cumplidos los recaudos legales del caso, se dan en los peticionantes las condiciones humanas y sociales adecuadas para entender en la crianza, educación y evolución de O. a cuyo cargo se encuentra, resultando procedente el otorgamiento de la adopción plena que motiva estas actuaciones, lo que desde ya dejó decidido.

Cierto es que en este caso los adoptantes, como ya lo he dicho, no se encontraban inscriptos en el Registro Central de postulantes a guarda con fines de adopción, y cierto es también que no he sido ni yo, ni mi equipo técnico quienes los hemos seleccionado, la elección de los adoptantes ha partido de la propia O., que los eligió como su familia abrigadora primero y luego los ha incorporado como sus padres. O. fue clara en la entrevista que mantuve con ella en presencia del Asesor, cuando me dijo que para ella A. y C. son su “mamá y papá”, y que además de P. y E. B. I. (hija de A. y de C.) es también su hermana.

Para Maturana, H, un filósofo chileno (2001) “El amor es la emoción que constituye el dominio de acciones en que nuestras interacciones recurrentes con otro hacen al otro un legítimo otro en la convivencia. Las interacciones recurrentes en el amor amplían y estabilizan la convivencia; las interacciones recurrentes en la agresión interfieren y rompen la convivencia” “Emociones y lenguaje en educación política” (p. 10).

Ello así, también, por cuanto resulta aconsejable otorgar la adopción plena toda vez que los vínculos morales van más allá de las disposiciones legales, siendo indispensable y necesario brindar a niñas, niños y adolescentes un marco de seguridad jurídica, y es en esa necesidad, y teniendo en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aseverado, al referirse a los sistemas judiciales de los países firmantes de los Tratados Derechos Humanos, que los mismos: “ debe(n) ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, 26 de septiembre del 2006).

Y es en ese “control difuso de la convencionalidad” que no puedo menos que tener presente que mi decisión debe ser garantía del interés superior de O. Ha dicho el Dr. Pettigiani en su voto en C. 118.781 “A., O. E. s/ Incidente” que, “Al

evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño (conf. ONU, Comité..., cit., párr. 71). El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección.” Y en su voto el Dr. De Lázari nos ha recordado que: “La “identidad” del niño se forma con un conjunto de elementos que incluye sus vínculos de sangre y también su historia, sus relaciones en el afecto, su cultura, sus experiencias vitales, el camino de su crecimiento, en definitiva, su “circunstancia” para luego agregar “En este reconocimiento de la socioafectividad en las relaciones del niño y adolescente es donde se destaca la importancia en el desarrollo del niño de aquellas personas que, sin tener con él un vínculo legal de parentesco, tienen una vinculación afectiva. En este sentido, refiriéndose a este concepto se precisa que “(...) Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección (...)” (art. 7 del decreto 415/2006 reglamentario del art. 7 de la ley 26.061; ver Burgués, Marisol B., “La integración de los principios y derechos del niño en el Código Civil y Comercial de la Nación”, JA, 2015-II, p. 18).

Y así, es que decido seguir los pasos dados por mi colega de la Justicia Nacional, la Dra. Myriam Cataldi, quien en autos ya citados dispuso: “Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 611 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en este caso concreto, por cuanto no ampara y ni exceptúa de la prohibición, el vínculo existente basado en una genuina relación de socioafectividad, en la que se está forjando el derecho a la identidad de la niña, en su faz dinámica, lo que atenta contra la regla constitucional según la cual, en decisiones que pueden afectar al niño, debe darse precedencia a su interés superior de conformidad con el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución

Nación, el que aquí involucra los “derechos del niño a la vida familiar” (art. 7.1 CDN), el derecho “a preservar su identidad (art. 8.1 CDN), el derecho a ser “protegidos y asistidos especialmente por parte del estado, cuando resulten temporal o permanentemente privados de su medio familiar” (art. 20.1. CDN) y el cumplimiento del debido proceso adjetivo en el procedimiento de adopción (art. 21 CDN).

Es convicción de esta Magistrada que la familia es el núcleo básico de la sociedad, un elemento indispensable y el medio natural para el pleno desarrollo de sus miembros. Es en este ámbito, donde los niños y/o adolescentes deben recibir protección, asistencia, valores, habilidades y aptitudes que les permitan poder desenvolverse plenamente en la comunidad. Por lo que, frente a la ausencia o imposibilidad de la familia biológica de conferirles un ámbito familiar adecuado, es el Estado quien debe procurar otras formas sociales que generen esa familia, que les pueda garantizar a esos niños, niñas y adolescentes su derecho humano a “crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...” (Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño).

Criterio éste seguido por la doctrina actual, entendiéndose que “cuando los progenitores evidencian con su conducta que el niño es para ellos algo no querido, mero resultado de un proceso biológico no deseado y lo abandonan, aniquilan renegando el nexo que los unía.” “Por otra parte, dada la soberbia egoísta de las argumentaciones que prescindiendo de estas realidades públicamente conocidas pretenden detractar a la adopción mostrándola como una institución que osa prescindir del orden natural, se hace necesario precisar que mediante ella no se trata de negar o disminuir la significación de todo cuanto el nexo biológico paterno filial implica, sino que se trata de reflexionar “a conciencia plena” sobre la entidad que esta realidad evidencia en los casos de abandono paterno y familiar, abuso, maltrato, violación, para procurar ordenar en justicia situaciones insoslayablemente injustas con respecto al menor que queda en indefensión inocente y que, por ello, como sujeto de derecho, reclama de éste una palabra proporcionada a su dignidad.” (Catalina Elsa Arias de Ronchietto, “La Adopción”, ps. 67/68, Ed. Abeledo-Perrot).

El texto del Cód. Civ. y Comercial dispone en su art. 621: “Facultades Judiciales. El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y

atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena...”; siguiendo dicha línea argumentativa legal, y haciendo mérito de la realidad en concreto de O., la forma legal que entiendo más beneficiosa es la que confiere la adopción plena.

Al mismo tiempo, se tiene particular consideración a la realidad biológica de la adolescente y en ese contexto, en la necesidad de otorgar a todos los actores de esta historia un marco jurídico de seguridad, es que, insisto, si bien la adopción plena aparece como la figura que, a criterio de la suscripta, mejor garantiza y supera el estado de incertidumbre jurídica, también es convicción de la suscripta que el derecho al régimen comunicacional, aún en dicho marco, debe resguardarse en relación a los hermanos biológicos.

Ese régimen comunicacional debe ser estatuido en forma flexible y consensuada, fuera de los estrados de este Juzgado, respetando la madurez progresiva de cada niño y sus propios deseos.

Por lo que esta Magistrada impetra a los adoptantes a sostener una actitud proactiva al mantenimiento y fortalecimiento del vínculo entre hermanos, teniendo en cuenta que ese régimen comunicacional se preserva por esta sentencia en beneficio de la joven O., cuya adopción se otorga y, también, de sus hermanos, lo que les permitirá entonces dar mejor comprensión a su realidad biológica y a su propia identidad.

Resulta imprescindible destacar que he merituado los extremos producidos en autos tomando como principio rector el Interés superior del niño, principio fundamental emanado de la Convención de los Derechos del Niño (arts. 3° y 21 CDN) como uno de los pilares de la decisión adoptada por esta sentenciante, para el otorgamiento de la adopción requerida.

Cuarto: En cuanto al cambio de nombre y apellido de la joven, debe ser llevado a cabo el mismo en virtud de lo dispuesto por el art. 623 y 626 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y conforme fuera expresamente solicitado por O. en audiencia ante la suscripta, de manera que como consecuencia de la adopción que se otorga, pasará a llamarse O. I. F.

Por todo ello, de conformidad con lo solicitado y lo normado por los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 594, 595, 596, 599, 615, 616, 617, 618, 619 inc. a, 620, 621, 623, 625, 626 y csec. del Cód. Civ. y Com. de la Nación; arts. 34, 163, 483 y c.c. del Cód. Proc. Civ. y Comercial; fallo: I. Declarar la anti-convencionalidad del art. 611 del Cód. Civ. y Comercial que impide que esta Jueza, de no declararla, confiera la adopción a los actores, toda vez que, en mi criterio, dicha norma que ha sido puesta en vigencia para evitar situaciones de apropiación de menores en marcos ilegítimos o ilícitos, no es de aplicación a supuestos legítimos de relaciones basadas en la socio-afectividad, y por qué dicha norma contraría específicamente “el interés superior del niño”, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño (art. 3). II. Hacer lugar a lo peticionado, y otorgar en favor de A. A. E. A. —DNI ...— y C. E. F. —DNI ...— la Adopción plena de O. I. B —DNI ...—, nacida el día 01/03/2005 a las 20.00 horas en C. Tejedor, Provincia de Buenos Aires (acta N° 15 del año 2005, Delegación C. Tejedor del Registro Civil y de Capacidad de las Personas); con efecto retroactivo al día 23/05/2018, conforme lo normado por el art. 618 del Cód. Civ. y Comercial; disponiéndose que la adolescente cambiará su nombre a O. I. F. III. Atento la necesidad de garantizar el derecho a la identidad (art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño), se determina que queda hecha expresa reserva del derecho a un régimen comunicacional con sus hermanos biológicos. IV. Procédase a la inscripción correspondiente en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, librándose el oficio del caso (art. 338, ley 24.779) en forma electrónica, conforme lo establece la Acordada N° 856/2019 de la SCBA. A tal fin, dejase expresa constancia que la inscripción de la presente se encuentra exenta en el pago de la tasa y/o arancel; todo ello, conforme lo previsto por el Código Fiscal de la Pcia. De Bs. As. arts. 336 inc. 4, ap. e y 25, 343 inc. 5 y cc. V. Comuníquese la presente al Registro Central de postulantes a guarda con fines de adopción para ser incluida en el portal de identidad. Notifíquese al Sr. Asesor de Incapaces EBELAUNZARAN@MPBA.GOV.AR y al Sr. al Agente Fiscal MGIROLLET@MPBA.GOV.AR. Expídase copia de este resolutorio para ser entregada a los adoptantes. Regístrese. — Silvia I. Monserrat.

Juzgado de Familia Nº 5 de La Matanza, “C. M. D. L. A. C/ M. A. E. S/ ALIMENTOS”, sent. del 30/6/2020, Publicado en El Dial.

**Expte. Nº 115842035 - “C. M. D. L. A. C/ M. A. E. S/ ALIMENTOS” - JUZGADO DE FAMILIA Nº 5 DE LA MATANZA (Buenos Aires) – 30/06/2020 (Sentencia firme)**

San Justo, 30 de Junio de 2020.-

·····Proveyendo el ESCRITO ELECTRONICO (-----) de fecha 29-6-2020: Por recibida. Agréguese y téngase presente las declaraciones testimoniales y demás documental que en archivo adjunto se acompañan. Hágase saber que respecto de las declaraciones testimoniales deberán ser ratificadas, oportunamente.

Consecuentemente, pasen los autos a resolver:

**AUTOS Y VISTOS:** Vienen los autos a resolver el pedido de alimentos provisorios del niño por nacer conforme las constancias de autos y

**CONSIDERANDO:**

El artículo 664 del CCCN decreta: “El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado”.

El art. 664 del CCCN establece legalmente lo que era admitido por numerosos fallos (CNCiv., Sala I, 7/9/04, LL, 2005-B-215; ídem, Sala A, 17/12/84, LL, 1986-B-621, y Rep. LL, 1986-116, sum. 23; ídem, íd., 27/10/88, LL, 1989-B-127, caso 87.279, LL, 1995-D-853, sum. 112, y ED, 133-783, caso 41.727; ídem, Sala M, 29/6/99, JA, 2002-III-145, sum. 1; ídem, Sala H, 28/2/92, ED, 148-435, caso 44.485; ídem, Sala C, 27/11/97, ED, 179-14, caso 48.744; ídem, íd., 14/7/70, ED, 35-380, sum. 10; Juzg. Civ., Com. y Trab. San Cristóbal, 30/9/93, JA, 2005-III-1460, sum. 55.): la posibilidad de reclamar alimentos provisorios para el hijo no reconocido antes de que se establezca —en sede judicial— la filiación paterna.

En tanto, el art. 665 del nuevo Código, en el mismo supuesto (filiación extramatrimonial), nos dice que “la mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada”.

Al respecto, cabe señalar que los alimentos provenientes del embarazo se encuentran contemplados —dentro de la legislación iberoamericana— en los siguientes ordenamientos legales: Código Civil de España (art. 142); Código de Familia de El Salvador (art. 249); Código del Menor de Colombia (art. 133); Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay (arts. 9 y 97); Código de los Niños y Adolescentes de Perú (art. 92); Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Honduras (arts. 73 y 74); Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana (art. 130); Código de la Niñez y Juventud de Guatemala (art. 26, inc. c), Código de la Niñez y Adolescencia de Uruguay del 26/8/04 (art. 46).

En ese mismo ámbito, también lo contemplan diversas leyes de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Por su parte, la ley 26.061 reconoce —también, en el orden nacional— el derecho a los alimentos a la mujer embarazada (arts. 18 y 37, inc. c).

Si bien, se agrega que esta posibilidad de reclamar alimentos, en esas circunstancias, requiere la acreditación sumaria del vínculo invocado, tal como lo requería la jurisprudencia que aceptaba tal reclamo.

Que a su tiempo el artículo 550 del Código Civil y Comercial, autoriza la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos.

Lo dicho se encuadra en el principio constitucional procesal del derecho a la tutela judicial efectiva, que requiere que la sentencia dictada en el juicio de alimentos se cumpla en tiempo oportuno, pues los alimentos son siempre urgentes. Antes de la sanción del CCyC, se estructuraron diferentes estrategias para garantizar al acreedor alimentario la satisfacción de su derecho, tratando de recurrir a vías rápidas y lo menos complicadas posibles, algunas de las cuales han sido recogidas expresamente por el CCyC.

La fijación de alimentos provisorios se establece conforme a lo que "prima facie" surja de los elementos que hasta ese momento se hubieran aportado a la causa, sin que sea necesario que exista una prueba plena sobre el derecho que se invoca.



Ninguna duda cabe que la petición de alimentos provisorios a favor de los hijos debe ser encuadrada dentro del marco de las medidas cautelares, que requiere respuestas jurisdiccionales acordes a la materia de la que se trata.

Sabido es que los alimentos provisionales tienen por objeto subvenir sin demora a las necesidades imprescindibles, elementales y urgentes del reclamante, pues la espera hasta la finalización del juicio de alimentos, puede privarlo de los recursos imprescindibles para afrontar los rubros esenciales vinculados a la subsistencia, circunstancias que les confieren el carácter de medidas cautelares, resultando aplicables al punto las normas que regulan a esta (PROTECCIÓN ALIMENTARIA DEL HIJO NO RECONOCIDO Y DE LA MADRE EMBARAZADA EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, publicado en Especial para Utsupra. REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES NÚMERO 2. OCTUBRE DE 2019. Tema: "Distintos aspectos de la filiación". Director Claudio Belluscio. Coordinadora: Karina A. Bigliardi. ARTICULOS DE DOCTRINA. a.- Protección alimentaria del hijo no reconocido y de la madre embarazada en la filiación extramatrimonial. Por Claudio A. Belluscio).

RESUELVO:

Atento las constancias de autos, cabe durante su sustanciación, la fijación de una cuota provisorio (arts 550, 664, 665 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir del 1º de Agosto de 2015), en virtud de encontrarse acreditados prima facie los extremos invocados, la cual queda, en definitiva, condicionada a lo que oportunamente se resuelva en la sentencia (conf. Morello y otros Cos. Procesales comentados y anotados, Tº VII p.202; CNCiv. Sala C, El Dcho., Tº 117, pág.299). En consecuencia, de conformidad con lo solicitado y teniendo en cuenta los elementos de juicio ya incorporados, fijo en concepto de alimentos de carácter provisorio, la suma de Pesos nueve mil (\$9.000) y que deberá abonar el demandado, mientras dure la sustanciación de éste proceso.

Dichas sumas deberán depositarse del 1 al 5 de cada mes, en forma adelantada, en una cuenta a nombre de autos y a la orden del Juzgado, en el Banco de Pcia. de Buenos Aires, sucursal San Justo, Departamento Judicial de la Matanza.

Atento lo peticionado, líbrese Oficio Electrónico al Banco de la Provincia de Buenos Aires - Sucursal San Justo - a fin de que se proceda a la apertura de un cuenta en pesos, a la orden de esta Judicatura y como perteneciente a los autos de marras.- Asimismo, se le hace saber que deberá depositar en autos la primera cuota de alimentos provisorios, dentro del plazo de cinco días de notificada la presente, a la cuenta que se encuentre abierta a nombre de estos obrados. NOTIFIQUESE (Art. 135 del CPCC).

Todo ello previa caución juratoria que deberá prestar la accionante e incorporar a estos autos la letrada patrocinante (argumento artículo 195 y siguientes CPCC)

Así lo decido.-

Fdo.: Maite Herrán (Jueza)

En igual fecha se libró oficio. Cte.

**Citar:** elDial.com

-

AABEBA

Publicado el 24/09/2020

[Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Sala Civil y Comercial y de Familia, “S., M. P. c. L. C., A. F. M. s/ recurso de inconstitucionalidad”, sent. del 22/05/2020, Publicado en La Ley](#)

**Voces:** ALIMENTOS ~ CESE DE LA UNION CONVIVENCIAL ~ OBLIGACION SUBSIDIARIA ~ PROGENITOR AFIN

**Tribunal:** Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Sala Civil y Comercial y de Familia(STJujuy)(SalaCivComFlia)

**Fecha:** 22/05/2020

**Partes:** S., M. P. c. L. C., A. F. M. s/ recurso de inconstitucionalidad

**Publicado en:** La Ley Online;

**Cita Online:** AR/JUR/32429/2020

**Sumarios:**

1 . La sentencia que rechazo la pretensión alimentaria solicitada por la madre del menor en contra del progenitor afín debe confirmarse, pues la recurrente no ha logrado demostrar ninguno de los supuestos que se encuentran previstos en la ley para que proceda a favor de su hijo la prestación alimentaria luego del cese de la unión convivencial. Así ha quedado evidenciado que el menor tiene a sus dos padres -principales responsables de su cuidado y crianza-, y que el padre biológico del adolescente se encontraba cumpliendo con su obligación alimentaria, además de que la actora es propietaria de varios inmuebles y tampoco ha alegado ni ofrecido probar la imposibilidad de los parientes colaterales de contribuir con los alimentos, de fundamental importancia teniendo en cuenta la subsidiariedad de la obligación alimentaria del padre afín.

**Texto Completo:**

Expte. N° CF-15340/2018

San Salvador de Jujuy, mayo 22 de 2020.

La doctora Altamirano dijo:

La Sala Segunda del Tribunal de Familia, mediante sentencia dictada en fecha 07/11/2018, resolvió rechazar la demanda promovida por M. P. S. quien demandó en representación de su hijo I. A. G., por entonces menor y con una discapacidad neurológica (cfr. presentación en escrito de demanda; fs. 64 del ppal.) en contra de A. F. M. L. C.; impuso costas a la actora vencida y reguló los honorarios profesionales.

Para decidir de tal manera, y en lo que estrictamente interesa a la presente cuestión recursiva, el Tribunal en primer término expresó que, si bien el art. 676 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, debe ser satisfecha primeramente por quienes poseen un vínculo consanguíneo con el niño, niña o adolescente, coloca al progenitor afín en grado posterior de la obligación en línea recta y colateral.

Destacó que sólo a falta de los parientes antes mencionados o ante la falta de recursos o insuficiencia de ellos, será objeto del reclamo alimentario el padre o madre afín.

Agregó que dicha obligación del padre afín permanece durante la vigencia del matrimonio o unión convivencial, cesando al finalizar ésta, y manteniéndose sólo de manera excepcional cuando la ruptura entre el progenitor del niño y el afín genera un grave daño a aquél y, si durante el vínculo entre los adultos, el padre afín asumió el sustento del niño.

En tal sentido, manifestó que en este caso particular, no se dio ninguno de los supuestos para la existencia de la obligación alimentaria del progenitor afín, en razón que el menor tiene a sus dos padres, a quienes le caben todos los derechos y deberes como principales responsables del cuidado y la crianza; por lo que consideró que la pretensión argüida por la Sra. S. resulta improcedente.

Señaló que de los dichos de la actora surgió que M. Á. G. (padre biológico del adolescente) se encontraba cumpliendo con su obligación alimentaria y abonaba una suma mensual en tal concepto, pero que ello no alcanzaba para brindarle a su hijo la vida que llevaba antes de la ruptura de la convivencia con el demandado.

Advirtió que respecto a la incapacidad denunciada, de las pruebas ofrecidas surgió que en mayo de 2013 al menor se le diagnosticó Trastorno de Aprendizaje/Déficit de Atención.

De ello dedujo que I. A. G., antes del inicio de la convivencia de su madre con el Sr. L. C. ya padecía la patología indicada, por lo que no cabe responsabilidad alguna al demandado por el trastorno neurológico del menor.

Agregó que de las constancias de autos, surge que la actora y su hijo son propietarios de varios inmuebles y que, según los dichos del demandado muchos de ellos estarían alquilados, por lo que —concluyó— la madre puede hacer frente a la manutención del adolescente conforme su condición y fortuna.

Siguiendo el análisis de las pruebas, el sentenciante dijo que la Sra. S. no probó que los progenitores, ascendientes en línea recta, ni los hermanos se encuentren incapacitados para brindar los alimentos al menor; más aún, la actora es una profesional del derecho y el padre biológico contribuye con la manutención.

Concluyó que el deber alimentario deriva del ejercicio de la responsabilidad parental y son los propios progenitores los que deben cumplir con esa obligación sin escatimar esfuerzos o medios conducentes para cumplir con ello,

razón por la cual la actora no se encuentra exenta de bregar por la satisfacción de las necesidades elementales de su hijo.

En contra de este decisorio, a fs. 08/20 vta. de autos el Dr. Christian C. D. González, en nombre y representación de M. P. S. quien, a su vez, actúa en nombre y representación de I. A. G., deduce recurso de inconstitucionalidad. Si bien ello no se aclara en el escrito recursivo, surge de los propios términos de la demanda inicial (según se indicó en la nota al pie anterior) como así también de, por ejemplo, el primer punto del considerando de la sentencia recurrida, lo cual no fue objetado por la recurrente.

Se agravia expresando que el fallo en crisis resulta arbitrario y afecta las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio que asisten a su mandante.

Manifiesta que el juzicante rechazó la demanda arbitrariamente ya que a pesar de los argumentos esgrimidos y la profusa documental agregada, entendió que no se acreditó la imposibilidad o dificultad de los padres de cumplir con sus obligaciones alimentarias.

Afirma que se rechazó la cuota alimentaria a favor de un adolescente que padece una enfermedad crónica (Síndrome de Asperger) cuya atención demanda gastos en medicamentos, a la vez que también la mayoría de edad conlleva al aumento en las necesidades de vestimenta, alimento, esparcimiento, etc.

Insiste en el cambio de circunstancias al momento de convenir la cuota alimentaria primigenia (con el padre biológico), fundamentalmente en cuanto a las condiciones del alimentante y los gastos que importan mantener una familia; señalando que esa cuota alcanza sólo para solventar las necesidades básicas.

Argumenta que “ingresando al meollo del asunto diremos que el resolutorio se encuentra a nuestro criterio incorrectamente dictado y debe ser revocado dadas las singularidades que el caso bajo análisis presenta, entre ellas tres fundamentales a saber: la edad del niño, su discapacidad y el trato ostensible y efectivo de padre que durante años el demandado diera a aquél” (sic).

Alega que debe reconocerse el derecho de un menor a recibir alimentos de quien, sin ser su padre biológico, ha reconocido haberse comportado como tal tras tres largos años de convivencia junto a su madre, ya que quien asume una

conducta jurídicamente relevante no puede pretender luego que se tutele una situación incompatible con ella.

Considera aplicable el art. 676 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, más allá de los condimentos particulares que el caso en cuestión ofrece.

Expresa que el demandado ostentó durante años el título de verdadero padre y por un reconocimiento que él mismo realizó en tal sentido.

Asevera que son dos las fuentes convencionales y legales que permiten sostener su posición, una derivada del sistema protectorio de la niñez y otra de la tutela de la discapacidad.

Alude a la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (N° 26.061) y al art. 5° de la Convención sobre Derechos del Niño.

Destaca que, cuando se analizan las obligaciones que le corresponden a quien fuera el padre afín de un niño, se debe valorar el moderno principio jurídico de la socioafectividad; criterio que se utiliza para establecer la existencia del vínculo parental y se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana.

Sostiene que, ni el juzgador, ni el demandado demostraron y argumentaron razonablemente en dónde radica el grave perjuicio a los derechos del padre afín con la medida peticionada.

Advierte que “más allá de los derechos que crea lesionados el accionado, que merecen su consideración en sede judicial con el fin de que protejan sus intereses particulares o privados, también es cierto que frente a la pugna de aquella con los intereses ‘superiores’ del niño, es éste último el eje en el cual debe girar la aplicación de normas legales con el fin de lograr su adecuada protección” (sic).

Asegura que la situación califica como un verdadero daño, en tanto lesión a un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (art. 1737 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Entiende que el demandado incurrió en una clara estafa procesal al presentar un Poder irregular en el cual manifestó que no podía viajar por sus múltiples obligaciones y/o actividades, ni concurrir a audiencia alguna, y luego alegó su simple condición de jubilado.

Cuestiona que el Tribunal no advirtió las irregularidades que contiene el Poder otorgado por el Sr. L. C. a la Dra. Ana Lorena Madrid Cardozo para actuar en esta jurisdicción y tampoco observó la 'cláusula especial' que contiene dicho instrumento, por la que delega su representación para audiencias y otros actos en su mandataria, evitando con dicha cláusula presentarse en el proceso en arduo perjuicio de la parte más débil.

Además el judicante no sólo permitió que se subsane el Poder nulo y/o inexistente en esta etapa procesal, premiando al incumplidor de la cuota alimentaria dispuesta en forma provisoria, sino también, concedió beneplácito o privilegios a la parte demandada y a su letrada.

Reitera la violación a la Convención de los Derechos del Niño, a la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, y asegura que la posición adoptada por el sentenciante dejó de lado principios que indudablemente deben regir la toma de decisiones que involucren a niños.

Entiende que se debieron realizar todo los informes técnicos científicos y estudios colaterales para poder definir la situación psicológica del menor.

Sostiene que el juzgador omitió el análisis razonado de pruebas conducentes —prueba pericial— para la correcta solución de la litis, lo que lesionó el derecho de defensa de la parte que representa.

Opina que la sentencia que rechazó la demanda de alimentos debe dejarse sin efecto, dado que el análisis que efectuó el a quo de las constancias particulares de la causa se mostró unilateral e insuficiente; máxime cuando no valoró hechos y situaciones cuyo tratamiento era conducente para ajustar la solución al caso concreto.

Brinda mayores argumentaciones jurídicas a las que remito en honor a la brevedad. Cita doctrina; jurisprudencia; formula reserva del caso federal y peticiona.

Corrido traslado de ley, a fs. 46/51 comparece a contestarlo la Dra. Ana Lorena Madrid Cardozo, en representación de A. F. M. L. C. Solicita su rechazo por los argumentos que ofrece, a los que hago remisión a fin de ser breve, y se opone a la concesión del beneficio de justicia gratuita a favor de la parte recurrente.

A fs. 73/75 vta. hace lo propio la Dra. María Luisa Arias —Defensora Oficial de la Defensoría de Niñas, Niños, Adolescentes e Incapaces— y solicita se haga

lugar al remedio incoado por los fundamentos que expone, a los que remito para abreviar.

Cumplidos los demás trámites procesales, la Sra. Fiscal General Adjunto emitió dictamen, aconsejando rechazar el recurso de inconstitucionalidad (fs. 119/123 vta.) por lo que el mismo se encuentra en estado de resolver.

Comparto los argumentos dados por el Ministerio Público Fiscal, los que hago propios y doy aquí por reproducidos. Adelantando opinión, estimo que el remedio procesal tentado debe ser rechazado.

Es que, de ninguna manera advierto absurdidad o arbitrariedad en la sentencia recurrida; no percibo desacierto de gravedad extrema que justifique revisarla.

En tal sentido, este Superior Tribunal de Justicia, en su anterior integración, sostuvo al respecto que "...como es bien sabido, el recurso ante esta Corte debe bastarse a sí mismo y resulta insuficiente invocar como causal de arbitrariedad la disconformidad del recurrente con el fallo, deben precisarse las causales en que se funda el recurso, demostrándose con claridad y apoyaturas suficientes cuáles son los vicios que tornan arbitraria la sentencia y en relación no sólo a las constancias de la causa sino también se debe precisar el supuesto derecho violado (cfr. L.A. N° 38, F° 797/800, N° 332; Expte. N° 4438/94: "Rec. de Cas. José Francisco Miranda c. OSPAIL y otros"; CSN, Fallos: 194-221; 303:1848)" [del Voto de la Dra. De Langhe de Falcone en L.A. N° 53, F° 1945/1948, N° 652].

De la compulsa y estudio de los obrados, se extrae que la expresión de agravios propuesta por la quejosa trasunta una mera discrepancia con lo resuelto.

Ciertamente, situados en el contexto del caso concreto, considero que la solución a la que arribó el a quo en relación al rechazo de la pretensión alimentaria solicitada por M. P. S. en representación de I. A. G. y en contra del Sr. L. C., encuentra adecuada apoyatura en los fundamentos articulados en el fallo que se impugna.

En primer lugar, y en cuanto a la supuesta obligación alimentaria que pesaría sobre el demandado para con quien sería su hijo afín; cabe su rechazo.

Es que, "El Código regula la llamada 'familia ensamblada' [y en su Art. 672] define como progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Le otorga determinados



derechos y deberes a cargo de tales personas en beneficio de los hijos de su pareja —casada o no— con quienes convive. Esta denominación se utiliza con independencia de que el progenitor no conviviente haya fallecido o se lo haya privado de su responsabilidad parental. Es decir, no se trata de reemplazar al progenitor no conviviente, sino, por el contrario, de reconocer desde el plano normativo la ampliación de los lazos afectivos que un niño puede tener. Así, se trata de una figura que suma, adiciona y no que reemplaza o excluye” (conf. Ricardo Luis Lorenzetti, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”; Tomo IV, p. 459, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2015).

En tal sentido, “el lugar otorgado por la ley al cónyuge o compañero del progenitor que convive con el hijo, es dado desde su rol de diferente, de apoyo a la ley parental y no puede originar conflictos familiares, que, a su vez, provoque confusiones en el niño o adolescente, restando autoridad a la decisión de los padres. La idea del reconocimiento surge con una intención distinta, ‘el Código clarifica el lugar del progenitor afín: el nuevo cónyuge o conviviente del progenitor no es una figura sustituta capaz de lesionar la autoridad e identidad parental, sino que es una figura de referencia distinta” (1). Ahora bien, el Art. 676 del Cód. Civ. y Com. de la Nación especifica que la obligación del progenitor afín es “subsidiaria” y surge únicamente si los progenitores del niño están impedidos de procurarle alimentos; lo que en la especie no ocurrió.

La nota al artículo explica: “es necesario aclarar que quienes se encuentran obligados a prestar alimentos a sus hijos son los progenitores, derivando esta obligación de la titularidad de la responsabilidad parental (conf. arts. 658 y ss.). Para ello, no se requiere prueba alguna más que acreditar el vínculo entre el progenitor y el niño, es decir, entre alimentante y alimentado... Es sabido que el deber alimentario debe ser satisfecho en primer término por quienes poseen vínculo consanguíneo con el niño o niña” (2).

Más aún, “debe distinguirse la subsidiariedad de la obligación del progenitor afín del concepto de solidaridad. Existe solidaridad en las obligaciones cuando cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores su cumplimiento total, en razón del título constitutivo o de la ley; y hay subsidiariedad cuando existen otros obligados preferentes para exigir el cumplimiento de una obligación” (3).

Por ello, entiendo que “al ser una obligación alimentaria que tiene carácter subsidiario, para su admisión debería adoptarse un criterio más restrictivo que el que rige para la fijación de alimentos provisionales derivados de la responsabilidad parental. En este caso, los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora estarán dados por la acreditación sumaria de los extremos que demanda el art. 676 del Cód. Civ. y Com. En primer término, se deberá acreditar que el demandado ostenta u ostentó la calidad de progenitor afín en relación al beneficiario de la prestación, lo que importará como consecuencia la prueba de la convivencia o de la unión matrimonial entre el progenitor que tiene a su cargo el cuidado del hijo y el progenitor afín. Por otro lado, se deberá acreditar sumariamente que los principales obligados, es decir sus progenitores, no están en condiciones de hacer frente a la obligación, o bien demostrar la dificultad o imposibilidad de percibir la obligación alimentaria por parte de éstos. Por último, debería demostrarse, siquiera sumariamente, que el progenitor afín asumió durante la vida en común el sustento del niño. Probados estos extremos, estarían dadas las condiciones para el dictado de una medida cautelar como es la fijación de una cuota alimentaria provisoria a cargo del progenitor afín...” (4).

En tal sentido, es que me permito reproducir lo que al respecto dictaminó el Ministerio Público Fiscal, a saber: “los hechos jurídicamente relevantes tenidos en cuenta por el a quo a los fines de rechazar la pretensión alimentaria están dados por la ruptura de la unión convivencial; por no haberse demostrado que el pretendido padre afín se hizo cargo de l. —hoy mayor de edad— durante los tres años de convivencia, ello en el entendimiento de que la madre reclamante afirmó que lo sostenía con alquileres de propiedades y la cuota alimentaria que le daba el padre biológico. En relación, es de destacar que la actora no ha logrado demostrar la imposibilidad de hacerse cargo de su hijo (...) lo que me permite concluir junto al innegado hecho de que posee el título profesional de abogada, que la imposibilidad alegada no tiene cabida. Tampoco ha alegado ni ofrecido probar la imposibilidad de los parientes colaterales de contribuir con su obligación alimentaria establecida en el Cód. Civ. y Comercial, de fundamental importancia teniendo en cuenta la subsidiariedad de la obligación alimentaria del padre afín. El cambio sustancial de las condiciones de vida tampoco ha sido probado, ello teniendo en consideración que no se produjo en la causa un

informe de la asistente social, Laura Cruz, quien designada en la causa a fojas 404 no se hizo cargo de la función asignada, pese a lo cual la misma actora solicitó se den por finalizadas las actuaciones (fojas 482) consintiendo el llamado de autos para resolver (fojas 485)”.

Más aún, de los propios dichos de la accionante (v. fs. 85 vta. del Expte. principal) surge que el padre biológico de I. provee en forma voluntaria un aporte de \$3.200 para satisfacer las necesidades de su hijo.

Así, en el caso que nos convoca, la parte recurrente no ha demostrado ninguno de los supuestos que se encuentran previstos en la ley para que proceda a favor de su hijo adolescente la prestación alimentaria luego del cese de la unión convivencial.

A modo de conclusión, en lo que al punto refiere, diré que “la acotada regulación de la figura del progenitor afín en el Cód. Civ. y Comercial pone de resalto, una vez más, la confianza depositada por el legislador en la tarea del Juez, en quien delega la resolución de la universalidad de situaciones que pueden generarse a partir de la dinámica de estas nuevas formas familiares modernas” (5).

En cuanto al agravio que alude a la omisión por parte del Tribunal respecto a la producción de la prueba de la Perito Asistente Social ofrecida por la actora, cabe su rechazo desde que, y como lo expresó la Corte Suprema Justicia de la Nación: “la garantía de la defensa no ampara la negligencia de las partes. Quien ha tenido amplia oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable” (Fallos: 287:145; 290:99; 306:195, entre otros). Y ello así, toda vez que fue la propia recurrente quien pidió que se den por finalizadas las actuaciones en las condiciones en las que se encontraban (fs. 482) e, incluso, consintió el llamado de autos para sentencia (fs. 485); de modo que mal puede ahora quejarse por la ausencia de prueba que ella misma dejó de lado.

Por otra parte, cuadra destacar que la sola enunciación de violación tanto a la Convención de los Derechos del Niño y como a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad, sin demostrar cómo se verían vulnerados los derechos, convierten a la queja en una afirmación dogmática carente de eficacia recursiva.

Por ello, “entiendo a la figura del padre o madre afín, como prefiero llamarlo, sumamente valiosa. Pero en relación a la que se debe proceder con cautela, pues su existencia no desvirtúa los derechos y obligaciones que corresponden a los progenitores. En este caso, en cuanto a los alimentos, si bien el foco es que su responsabilidad proceda en miras de proteger el interés superior de NNA, no debe desvirtuarse el papel que ocupa y los alcances que le merecen. Será en cada caso la tarea del juez evaluar los alcances de este instituto” (6).

Consecuentemente, no es correcto afirmar que el interés superior del niño (7) no ha sido respetado en el caso bajo estudio, con lo cual opino que los agravios traídos a consideración ante este Alto Cuerpo, no deben prosperar por cuanto la sentencia atacada —estimo— resulta ser una derivación razonada del derecho vigente y aplicable, conforme las circunstancias de la causa.

Y con respecto a la insistente actitud de la accionante, en relación a las supuestas irregularidades existentes en el Poder para juicios otorgado por el demandado a la Dra. Ana Lorena Madrid Cardozo; es innegable su rechazo.

En tal sentido, pienso que se intenta renovar en esta instancia extraordinaria una cuestión de derecho procesal que ya fue subsanada en la anterior.

En tal sentido, el Superior Tribunal de Justicia —anterior integración— en sentencia registrada en L.A. N° 49, F° 4742/4744, N° 900, sostuvo: “...sabido es que los defectos de personería —en principio— siempre resultan subsanables, y al menos es lo que debe procurarse puesto que como también se sabe, no existen las nulidades absolutas en materia procesal, como regla... se ha dicho que la falta de personería es un vicio de la representación y de la capacidad procesal para estar en juicio, situaciones ambas que son posibles de saneamiento y que impiden atraparlas en un concierto demasiado formalista (Conf. Osvaldo Alfredo Gozaíni, “Excepción de falta de personería”, en Revista de Derecho Procesal 2003-1. Defensas y excepciones - I, página 77, Rubinzal Culzoni Editores, 2003)”; “una postura contraria, atentaría contra el derecho constitucional de defensa en juicio y se apartaría de la doctrina legal sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto rechaza todo rigorismo formal, contrario a la verdad jurídica objetiva”.

Así, y teniendo en cuenta que la parte accionante fue consintiendo —acto a acto— el avance del trámite principal bajo esas condiciones que ahora impugna; incluso, reitero, siendo que ella misma pidió que se den por

finalizadas las actuaciones en el estado en que se encontraban y luego consintió el llamado de autos para sentencia, no cabe otra solución que no sea tener por consentida la situación y desestimar la queja en cuestión.

Finalmente, en relación a la oposición efectuada por la Dra. Madrid Cardozo respecto al otorgamiento del beneficio de justicia gratuita a favor de la parte recurrente, entiendo debe rechazarse.

Es que, por un lado, de las constancias obrantes a fs. 189/191 y 203/205 del expediente principal surge que I. A. G. sólo registra la titularidad de dominio de dos pequeñas unidades funcionales (inmuebles).

Y, al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que “se ha concedido el beneficio de litigar sin gastos aun cuando los solicitantes no se encontraban en situaciones de indigencia y poseían bienes que no son reveladores —por si solos— del poder de pago necesario, como para afrontar los gastos de un proceso judicial” (Fallos: 315:1025 y 327:1032).

Además, no se puede soslayar las particularidades del caso y, mucho menos, pasar inadvertido que I. padece una enfermedad crónica, por lo que se encuentra en una situación de vulnerabilidad.

Así, en virtud de las circunstancias apuntadas, debe rechazarse la oposición efectuada por la Dra. Ana Lorena Madrid Cardozo y, en su mérito, concederse el beneficio de justicia gratuita en forma definitiva a la parte recurrente, en lo que respecta en las presentes actuaciones.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Christian C. D. González, en representación de M. P. S. quien a su vez actúa en nombre y representación de I. A. G.

Las costas se imponen a la recurrente vencida, conforme principio objetivo de la derrota (Art. 102 del CPC).

En cuanto a los honorarios profesionales por la presente instancia recursiva, corresponde regular los mismos de conformidad a las previsiones de la Ley N° 6112.

Teniendo en cuenta las etapas procesales cumplidas, la complejidad de la cuestión planteada y el resultado obtenido (arts. 16 y 17) juntamente con la calidad de parte vencedora y vencida (art. 29); y considerando que la aplicación del mecanismo previsto al efecto arrojaría un resultado inferior al monto de honorarios mínimos, estimo que debe estarse a éstos y así regularse a los

Dres. Christian C. D. González y Ana Lorena Madrid Cardozo, las sumas de \$ ... y \$ ..., respectivamente; siendo que este último importe equivale al ... % del salario mínimo, vital y móvil a la fecha (\$ ...) multiplicado por ... UMA (piso mínimo de honorarios para recursos extraordinarios; Art. 32 in fine) mientras que el primero representa el 70% del segundo (Art. 29). Dichas sumas devengarán intereses desde la fecha de la presente y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; con más el IVA, en caso de corresponder.

El doctor Jeneffes, adhiere al voto que antecede.

La doctora de Falcone dijo:

Remito a la relación de antecedentes efectuada por el juez Presidente de trámite.

Adhiero a los fundamentos como a la solución a la cual arriba, salvo respecto al agravio referido al beneficio de justicia gratuita, en cuanto estimo el mismo debe ser rechazado por los motivos que a continuación paso a exponer.

Tal como lo viene sosteniendo este Tribunal (L.A. N° 48, F° 120/121, N° 47, entre muchos otros) queda librada a la apreciación judicial “la determinación de la suficiencia o insuficiencia de los recursos del solicitante del beneficio de litigar sin gastos para hacerse cargo de las expensas del proceso (conforme Lino E. Palacio, “Derecho Procesal Civil”, T. I, p. 271, N° 117)” sin que “cuadre una interpretación estricta del instituto que desaliente su procedencia en todo supuesto en que no concurra una indigencia absoluta, pues ello equivaldría a una frustración a priori de las aspiraciones de justicia del peticionario” (CNCiv., Sala B, LA LEY, 1982-D, 403, fallo 81.248).

En este mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: “La concesión del beneficio de litigar sin gastos, queda librada a la prudente apreciación judicial, en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo del juzgador la verosimilitud de las condiciones de pobreza alegadas, pues, el legislador ha omitido referencias tasadas sobre dicho concepto, ya que por ser contingente y relativo, presenta insalvables dificultades para definirlo con un alcance genérico que abarque la totalidad de las circunstancias que puedan caracterizar a los distintos casos a resolver.”

Asimismo la nota al art. 108 del CPC reseña, “el Código no establece reglas absolutas, ni pautas rígidas, fija únicamente conceptos a los cuales debe ajustarse el magistrado, el que apreciando las pruebas producidas por el solicitante conforme a las reglas de la sana crítica (art. 16), debe decidir teniendo presente las circunstancias del caso”, y que, “no debe vincularse la concesión del beneficio a la necesidad de acreditar la indigencia o un estado de miseria o de verdadera pobreza. La ley sólo exige que se prueben “circunstancias” que, como la carencia de recursos, cargas de familia u otras semejantes, demuestren que a la persona le resulta ‘difícil’ sufragar los gastos y costas del proceso”.

Si bien existen precedentes de este Superior Tribunal en los cuales se ha concedido el beneficio, aun cuando quien lo solicitaba contaba con determinados bienes e ingresos, siempre hay que estar a las particularidades de cada caso. En el bajo estudio entiendo que no puede otorgarse en tanto I. A. G. cuenta con dos unidades funcionales ubicadas en pleno centro de la ciudad de San Salvador de Jujuy y una propiedad en la ciudad de Humahuaca tal como consta en las cédulas parcelarias (8).

Entonces, aún si asumiéramos el máximo de flexibilidad respecto a las exigencias para el otorgamiento del pretendido beneficio, no hay dudas que no estamos frente a un caso en el cual la parte no pueda hacer frente a los gastos del litigio. Entonces, basta ponderar la documentación acompañada en el Expte. principal para considerar improcedente el Beneficio de Justicia Gratuita, y en su mérito, admitir la oposición formulada por la contraria.

Así voto.

Por ello, la Sala I, Civil y Comercial y de Familia, del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, resuelve: 1°) Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Christian C. D. González, en representación de M. P. S. quien, a su vez, actúa en nombre y representación de I. A. G. 2°) Imponer las costas a la recurrente vencida. 3°) Regular los honorarios profesionales de los Dres. Christian C. D. González y Ana Lorena Madrid Cardozo en las sumas de \$ ... y \$ ..., respectivamente; importes que devengarán intereses desde la fecha de la presente y hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina; con más el IVA, en caso de

corresponder. 4°) Conceder el beneficio de justicia gratuita en forma definitiva a la parte recurrente para las presentes actuaciones. 5°) Registrar, agregar copia en autos y notificar por cédula. — Beatriz E. Altamirano. — Sergio M. Jenefes. — Clara A. De Langhe de Falcone.

(1) Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lloveras, Nora, “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2014, T. IV, p. 245.

(2) Conf. Ricardo Luis Lorenzetti, “Código Civil y Comercial Comentado”, Tomo IV, p. 373/374, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

(3) Conf. Mariana G. Callegari, Alejandro J. Sidero, “Derecho de Familia, Alimentos”, p. 197, Ed. LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

(4) Conf. Mariana G. Callegari, Alejandro J. Sidero, “Derecho de Familia, Alimentos”, ps. 200/201, Ed. LA LEY, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.

(5) Conf. Alimentos debidos a los hijos, p. 46 vta. eDial.com biblioteca Jurídica Online, Buenos Aires, 2018.

(6) Conf. “Alimentos a cargo del progenitor afín. Presupuestos”; Miriam Florencia Ricolfi, en página online Thomson Reuters, AR/DOC/429/2018.

(7) Contemplado en el Art. 3 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Art. 706 inciso b) del Código Civil y Comercial y art. 3 de la ley N° 26.061.

(8) Fs. 189/191 cédula parcelaria con matrícula A-58289: unidad funcional ubicada en calle Balcarce esq. Salta, fs. 192/193 cédula parcelaria con matrícula J-2403: propiedad ubicada en la ciudad de Humahuaca, fs. 203/205 cédula parcelaria con matrícula A-58288: unidad funcional ubicada en calle Balcarce esq. Salta, las tres a nombre de I. A. G.

[Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, “L. M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas”, sent. del29/09/2015, Publicado en La Ley](#)

#### **Relaciones al Código Civil y Comercial:**

Artículo 584 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 584 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994



(P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Alimentos - Obligación alimentaria a cargo de los guardadores en caso de desistimiento de la adopción - Progenitor afín y aplicación analógica de la ley - Límite temporal - Ruptura intempestiva de la relación de familia - Mantenimiento de la obra social - Interés superior del niño - Concepto de adopción. Artículo 594 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 594 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Alimentos - Obligación alimentaria a cargo de los guardadores en caso de desistimiento de la adopción - Progenitor afín y aplicación analógica de la ley - Límite temporal - Ruptura intempestiva de la relación de familia - Mantenimiento de la obra social - Interés superior del niño - Concepto de adopción. Artículo 624 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 624 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Alimentos - Obligación alimentaria a cargo de los guardadores en caso de desistimiento de la adopción - Progenitor afín y aplicación analógica de la ley - Límite temporal - Ruptura intempestiva de la relación de familia - Mantenimiento de la obra social - Interés superior del niño - Concepto de adopción. Artículo 618 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 618 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Alimentos - Obligación alimentaria a cargo de los guardadores en caso de desistimiento de la adopción - Progenitor afín y aplicación analógica de la ley - Límite temporal - Ruptura intempestiva de la relación de familia - Mantenimiento de la obra social - Interés superior del niño - Concepto de adopción. Artículo 676 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 676 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Alimentos - Obligación alimentaria a cargo de los guardadores en caso de desistimiento de la adopción - Progenitor afín y aplicación analógica de la ley - Límite temporal - Ruptura intempestiva de la relación de familia - Mantenimiento de la obra social - Interés superior del niño - Concepto de adopción. Artículo 1737 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 1737 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Alimentos - Obligación alimentaria a cargo de los guardadores en caso de desistimiento de la adopción - Progenitor afín y aplicación analógica de la ley -

Límite temporal - Ruptura intempestiva de la relación de familia - Mantenimiento de la obra social - Interés superior del niño - Concepto de adopción. **Voces:** ADOPCION ~ ADOPCION PLENA ~ ALIMENTOS ~ CARACTERES DE LA OBLIGACION ALIMENTARIA ~ COBERTURA MEDICA ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ~ DESISTIMIENTO ~ DESISTIMIENTO DEL PROCESO ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ GUARDA EN LA ADOPCION ~ INTERES SUPERIOR DEL NIÑO ~ OBLIGACIONES DEL ALIMENTANTE ~ SOLIDARIDAD FAMILIAR ~ VINCULO DE FAMILIA

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I(CCivyComSanMartin)(Salal)

**Fecha:** 29/09/2015

**Partes:** L. M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas

**Publicado en:** LA LEY 11/12/2015, 11/12/2015, 7 - LLBA2015 (diciembre), 1254 - DFyP 2016 (febrero), 04/02/2016, 51 - LA LEY 15/02/2016 , 5, con nota de Úrsula C. Basset; LA LEY 2016-A , 328, con nota de Úrsula C. Basset; RCCyC 2016 (febrero), 05/02/2016, 209

**Cita Online:** AR/JUR/54081/2015

### **Hechos:**

Luego de transcurridos casi cinco años desde el otorgamiento de la guarda con fines de adopción de dos niños de 3 y 7 años, los pretensos adoptantes solicitaron el desistimiento de la acción. La sentencia, luego de admitir la pretensión, fijó una cuota alimentaria en favor de los menores y ordenó el mantenimiento de su obra social. Apelado el decisorio, la Cámara lo modificó en cuanto estableció un límite temporal a la obligación alimentaria.

### **Sumarios:**

1 . Un matrimonio al que se le otorgó la guarda con fines de adopción plena de dos niños y que, luego de cinco años de hacerlos sentir como parte de una familia, el desistimiento de la acción, está obligado a cumplir con una obligación alimentaria, pues, si bien no son padres biológicos ni adoptivos, en tanto no se dictó sentencia de adopción plena, que sería irrevocable con efectos a la fecha

de la guarda —arts. 624 y 618, Código Civil y Comercial—, se los puede considerar “padres solidarios” o “progenitores afines”, con lo cual la solución se justifica en la “solidaridad familiar”

2 . La obligación alimentaria que, por motivos de solidaridad familiar, debe cumplir un matrimonio a favor de dos niños respecto de quienes desistieron de la adopción plena, cuando sólo faltaba el dictado de la sentencia, no puede extenderse más allá del lapso en que cuidaron de ellos, o del otorgamiento de la guarda a otra persona, lo que ocurra primero, ya que, conforme los lineamientos receptados en el Código Civil y Comercial en materia de alimentos, sería arbitrario no establecer un coto a la prestación alimentaria, conforme lo previsto el art. 676, última parte de la normativa citada.

3 . Concedido el desistimiento de la acción respecto de la petición de adopción plena de dos niños y el cese de la guarda luego de transcurridos cinco años desde su otorgamiento, corresponde fijar una obligación alimentaria a cargo de los pretensos adoptantes y el mantenimiento de una obra social similar de la que eran beneficiarios, ya que, más allá de las razones que los motivaron a tomar esa decisión, la ruptura intempestiva de la relación de familia que mantenían con aquéllos debe encontrar una solución justa en consecuencia del perjuicio que indefectiblemente causaron —art. 1737, Código Civil y Comercial—; máxime cuando durante ese tiempo los niños perdieron la probabilidad objetiva de ser parte de otra familia.

4 . En un caso donde los pretensos adoptantes le otorgaron a dos niños durante cinco años de guarda un analógico trato de posesión de estado —art. 584, Código Civil y Comercial— para luego solicitar el desistimiento de la acción de adopción, el juzgador se ve obligado a tomar medidas que atribuyan efectividad al interés superior del niño, pues es este el eje en el cual debe girar la aplicación de las normas legales —arts 2 y 3, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 3, ley 26.061—.

5 . La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que les procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no les pueden ser proporcionados por su familia de origen, según el concepto establecido en el art. 594 del Código Civil y Comercial de la Nación.

### **Texto Completo:**

**2ª Instancia.**— San Martín, septiembre 29 de 2015.

1ª ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.— El doctor Lami dijo:

Dictada sentencia a fs. 222/228, la Juez de grado resolvió tener presente el pedido de desistimiento de la acción y del derecho efectuado por el matrimonio A-B, hasta tanto los niños se encuentren con sus derechos restablecidos en una nueva situación de guarda, desafectando a los guardadores, de los deberes de cuidado y de convivencia.

Asimismo, fijó una cuota alimentaria a favor de los niños, proveniente del sueldo de la Sra. A y ordenó al matrimonio mantener la obra social del Poder Judicial de Nación a favor de los niños. Contra la resolución de la instancia anterior, apelaron los Sres. A-B a fs. 234, cuyo memorial luce a fs. 242/249.

Allí solicitan que se revoque íntegramente el resolutorio atacado, teniéndose presente el desistimiento de la acción y del derecho respecto a la petición de adopción de los niños L.M.B. y L.M.A., y el cese de la guarda desde el día en que fue solicitado (fs. 163/164).

Entienden los recurrentes que la decisión de la Juez únicamente ha expresado su voluntad, debido a que no se encuentra fundamentada en normativa legal alguna. Manifiestan que al no existir en la actualidad una relación jurídica, no se les puede exigir una obligación alimentaria basada en un vínculo de familia (fs. 243 vta. punto b).

Se quejan, que no se los haya recibido de manera privada para explicar los motivos internos y/o personales del desistimiento de la presente acción, determinando a su juicio, la falta de rol activo de la Juez que impone la Convención sobre los Derechos del Niño, y la falta de intervención eficaz de la Asesora de Menores.

Asimismo, plantean que el Servicio Local ha desprotegido a los niños, no ha fortalecido las relaciones familiares, provocando por parte de los ex guardadores, un efecto contrario, o sea, cansancio moral y abatimiento espiritual, que los llevó a la decisión de desistir de la acción.

Atribuyen la frustración de la adopción a la totalidad de los integrantes que han participado en el trámite. Entrando a un análisis pormenorizado de los antecedentes que surgen de la causa, se observa que la Dra. Irma Alicia Domínguez, titular del Juzgado de Menores N° 2 de Corrientes Capital, otorgó la guarda provisoria con fines de adopción de los niños L.M.B. L.M.A. a los ahora ex guardadores con fecha 23 de abril de 2010. Los adoptantes retiraron a los niños del hogar "Amanda" en la Provincia de Corrientes, para llevarlos a vivir con ellos a su casa en la ciudad de XXXXX.

Tras la realización de varios informes solicitados por la Juez otorgante de la guarda preadoptiva, (fs. 6, 78 y 94), con fecha 12/05/2011 el matrimonio que tenía a los niños bajo su cuidado, inició el proceso de Adopción con el fin de emplazar en el estado de hijo a ambos niños.

Durante el transcurso de los años 2011 y 2012, se aportaron pruebas en el expediente con el fin de conseguir el dictado de la sentencia de adopción plena que hasta el momento había sido una guarda con fines de adopción.

Tomó intervención la Sra. Asesora de Incapaces (fs. 111), se realizaron evaluaciones, por parte de una psicóloga (fs. 115), de la asistente social (fs. 117), se acompañaron testimonios de los Sres. G.P. y F.D.C. (fs. 129 y 131 - cuyas ratificaciones obran a fs. 134 y 135), todas ellas favorables a los fines del otorgamiento de la Adopción perseguida por los ahora apelantes.

Ahora bien, es necesario encuadrar el agravio concreto de los recurrentes por el cual vienen las actuaciones a esta instancia. Ello es, que la Juez de grado haya fijado una cuota alimentaria a favor de los niños y el mantenimiento de la obra social de la cual son beneficiarios. Sabido es, en la cuestión a resolver, y preciso destacar, que en lo atinente a los juicios donde se encuentran involucrados niños, en lo concerniente a las relaciones de familia, prima su interés superior. Se ha dicho que "Cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el "interés superior del niño" adquiere la fuerza de una gestión normativa.

Si en un primer momento la lectura de cuál es dicho interés se nutre de la historia singular, más tarde su reproducción en los discursos judiciales forja reglas capaces de llenar los vacíos de la ley o de neutralizar la aplicación de ciertos preceptos. Es decir, la pauta se convierte en un poderoso instrumento

de creación que alimenta el cambio legal" ("Los derechos del niño en la familia - Discurso y realidad", GROSMAN, Cecilia P. Ed. Universidad 1998, p. 24).

Sentado ello, se ve necesariamente obligado el juzgador, a tomar medidas que atribuyan efectividad a este interés superior del niño, y de esta manera, la intromisión estatal es la que asegura la protección de sus derechos, frente a los daños causados o que puedan causarle, los miembros de la familia de la cual forman parte.

No puede leerse de manera aislada el espíritu rector de la Convención sobre los derechos del niño, que en su artículo tercero contempla "el interés superior del niño", ya que al ser incorporado en nuestra carta magna por el art. 75 inc. 22, otorgándole jerarquía constitucional, goza de las garantías constitucionales que fueren necesarias instrumentar -en el caso las más ágiles y fáciles-, para efectivizar el goce de sus derechos ante cualquier situación que les cause un perjuicio o lesión.

La Convención sobre los derechos del niño (art. 3) le otorga una "consideración primordial" al interés superior del niño cuando se trate de medidas que tomen los tribunales.

Ello debe leerse conjuntamente con lo normado en la ley 26.061, la cual le da obligatoriedad en cualquier decisión judicial (art. 2) y extiende el significado de interés superior del niño: "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley" (art. 3).

A su vez, es de suma importancia destacar que en el art. 195 inc. f) de la ley 26.061 expresamente se contempla que "Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Ahora bien, no queda duda que más allá de los derechos que crean lesionados los apelantes, que merecen su consideración en sede judicial con el fin de que se protejan sus intereses particulares o privados, también es cierto que frente a la pugna de aquéllos con los intereses de los niños, son estos últimos el eje en el cual debe inescindiblemente girar la aplicación de normas legales con el fin de lograr su adecuada protección.

Una vez definido el eje en donde se encuentra obligado a mirar el Juez en cuanto a los conflictos en donde participan niños, debo centrar la atención en

las vivencias particulares que surgen de las constancias de autos, que hayan afectado a la dignidad e integridad personal de los niños.

Aquí se trata de una guarda con fines de adopción, en la cual han transcurrido casi cinco años, desde su otorgamiento (23/04/2010) hasta el dictado de sentencia de primera instancia (05/02/2015) en donde cesa la guarda y se tiene presente el desistimiento de la acción de adopción.

En el lapso en el que los niños vivieron con el matrimonio A-B, los chicos tenían conocimiento (desde los 3 a los 8 años uno y desde los 7 a los 12 años el otro aproximadamente) que habían dejado el hogar de niños en donde vivían, en la provincia de Corrientes, para formar una familia, compuesta por una mamá y un papá, que luego de un año de convivencia querían adoptarlos. Los chicos fueron desarraigados del hogar de niños en donde vivían (en la Pcia. de Corrientes), para ser acogidos en el hogar de los pretensos adoptantes en otra Provincia (Buenos Aires), en donde habían preparado una habitación adecuada a su llegada y sus necesidades (fs. 149/151). También presentaron a los niños como "hijos" ante la familia y círculo social (testimonios de amigos de fs. 139 y 131) (dándoles frente a terceros un analógico trato a la posesión de estado - art. 584 Cód. Civil y Com.). Esta situación en la que se encontraban los niños, que formaba su nueva identidad, perduró en el tiempo, haciéndolos sentir parte de una familia, con una madre y un padre de quienes recibían el trato de "hijos" y a quienes reconocían como "padres". Asimismo, el matrimonio que pretendía la adopción plena se encontraba a la espera del dictado de la sentencia judicial que hiciera que ese vínculo afectivo, se transformara en jurídico. Quienes detentaban la parentalidad con respecto a los niños y habían solicitado a fs. 138 el 24/09/2013 y a fs. 143 con fecha 9/06/2014 el dictado de sentencia de adopción plena (la cual es irrevocable, art. 323 Cód. Civil anterior y art. 624 Cód. vigente), la cual tendría efectos a la fecha que otorgó la guarda (art. 322 Cód. vigente y art. 618 Nuevo Cód. Civil), a fs. 163 con fecha 27/10/2015, pretendían regresar los niños desistiendo de su petición.

De haberse dictado sentencia con antelación a la presentación del escrito de fs. 163 (desistimiento de la adopción), cabría únicamente la figura del abandono, con las consecuencias legales correspondientes a los padres.

A esta altura de desarrollo, si bien es cierto que no se ha dictado sentencia, por lo tanto no puede decirse que haya un vínculo filial (legal) entre los pretensos

adoptantes y los niños, se ha llegado -a mi criterio- a un punto tal (tanto temporal como procesal), en donde sólo restaba la decisión final del otorgamiento de la adopción.

En tal contexto, las consecuencias de un desistimiento son aún más gravosas, debido a que en todos estos años les han hecho sentir a los niños que habían encontrado una familia que les brindara el cariño, contención y cuidados esperados de los padres, que tanto ansiaban, con todo lo que implica pertenecer a un grupo familiar.

Si bien es complejo definir el término "vínculo", los niños han pasado un tiempo considerable en el seno de esta familia, que es muy difícil que pueda desconocerse la existencia de un vínculo sano, recíproco o estable, de identidad a esta familia, ya que durante casi cinco años, sus "padres" cubrieron sus necesidades afectivas y materiales.

En el caso de hijos biológicos, puede no haber certeza si son consecuencia de un embarazo planeado, pero en cambio hay certeza absoluta que quien tiene el deseo de adoptar a un niño, tiene la voluntad de emplazarlo en el estado de hijo. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen (Concepto art. 594 Cód. Civil en vigencia).

De tal modo que el inicio de las presentes actuaciones, se encuentra basado únicamente en la voluntad de los solicitantes, quienes manifestaron el deseo de que los niños que adoptan sean sus hijos, más allá que no se haya dictado sentencia que así lo disponga; ese era el propósito. La situación en la que se encuentran los niños actualmente, habiendo vuelto a vivir en un hogar de niños pero en otra provincia, teniendo en cuenta el conjunto de padeceres y sufrimientos sentimentales que les ha causado desprenderse de su entorno familiar, debe ser tenido primordialmente en cuenta al utilizar las herramientas legales y tomar decisiones para que aunque sea en alguna manera intenten ser paliativas de la situación de vida que les ha tocado atravesar debido a la ruptura intempestiva del vínculo con quienes querían adoptarlos.

En sintonía con lo antedicho, que contempla el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del niño en su primer inciso que "Ningún niño será objeto



de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación" y en su segundo inciso "El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

Así está claro que son situaciones personales las que han llevado al matrimonio a desistir de la adopción de los niños, cuyos motivos considero no deben ser juzgados. Sin embargo, las razones privadas cualesquiera que sean que hayan motivado a los adultos a tomar esa decisión, no justifica que deba soslayarse el interés que prevalece en las situaciones en donde se encuentran en juego intereses de los niños. La decisión de los actores fue la de desistir de la adopción, y entiendo que no puede decirse en este caso de un "fracaso adoptivo" al que aluden, atribuyendo culpas a diferentes agentes u operadores que han intervenido a lo largo del proceso, cuando ha sido la voluntad de los Sres. A-B la que ha dado fin al juicio.

Más allá de lo que puedan considerar los actores en la esfera de su intimidad, la decisión de la ruptura intempestiva de la relación de familia que mantenían con los niños con quienes convivieron por años, debe encontrar una solución justa en consecuencia del perjuicio que indefectiblemente les han causado. Para que haya un daño basta con que se lesione un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona (...) (art. 1068 última parte del Cód. Civil anterior en concordancia con lo normado en el art. 1737 Cód. Civil vigente).

Y tan sólo de observar el contraste entre la situación en la que se encontraban los niños viviendo dentro de una familia con un papá y una mamá, y de la que se encuentran actualmente, permite ver palmariamente que han sido afectados sus intereses. Por otro lado, mientras los niños se encontraban al cuidado de los ahora apelantes, han perdido la "probabilidad objetiva" de poder ser parte de otra familia que los acoja, siendo que es de público conocimiento la gran cantidad de personas que se encuentran inscritas en el registro central de guardadores con fines de adopción que anhelan adoptar un niño.

En cuanto a los caracteres del derecho alimentario, entiende Gustavo A. Bossert que (...) "Estos datos de la realidad, que están en la base de la estructura social, son los que permiten advertir la existencia de un deber moral de solidaridad entre los miembros de un grupo familiar, al menos los más

próximos. Y éste es el fundamento de los textos legales que erigen en obligación civil el deber moral de asistencia entre ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges e incluso, entre un cónyuge y los progenitores e hijo del otro." Es más, al reconocer la ley la obligación alimentaria fundada en los vínculos de familia, no hace sino reconocer la existencia del deber moral de solidaridad existente entre parientes (...) ("Régimen jurídico de los alimentos", Ed. Astrea 2006, p. 2). También se ha receptado jurisprudencialmente la figura del "padre solidario" o "progenitor afín" justificado en la solidaridad familiar como fuente de obligación alimentaria (inclusive a favor de una persona mayor de edad), en donde el cambio de situación puede ocasionar un daño en la vida del pretense adoptado por parte de quien ocupara el rol de padre afectivo y proveedor durante la infancia del niño (Tribunal Colegiado de Familia N° 5, Rosario, Santa Fe, Expte. N° 1425/11 - "BPT s/ Guarda preadoptiva" 10/05/2012). Basándome en la realidad del caso, el cese de la manutención económica ocasionaría un daño en la vida de los niños, que durante casi cinco años cubrían sus necesidades y si bien los alimentantes no son padres biológicos ni adoptivos, se los puede considerar "padres solidarios" o "progenitores afín" justificado en la "solidaridad familiar".

No hay que dejar de lado que en el actual Cód. Civil se ha receptado jurisprudencia en la materia, y prevé la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, con carácter subsidiario, el que cesa si se disuelve el vínculo conyugal o se produce la ruptura de la convivencia. La norma contempla que "Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia".

La gravedad del caso traído a estudio, en el cual los dos niños han sufrido la pérdida inicial de su madre de sangre y luego la pérdida de sus padres guardadores con fines de adopción tras casi cinco años de convivencia en familia, es motivo suficiente para considerar que han creado un vínculo familiar inclusive más cercano que el que contempla el nuevo Cód. en artículo 676, ya que los adoptantes les han dado trato de hijos propios a los alimentados.

Ahora bien, con respecto a la última parte del artículo transcrito, estimo que sería arbitrario no fijar un plazo por el tiempo de deba realizarse la prestación alimentaria. Conforme los lineamientos receptados en el nuevo Cód. Civil, en materia de alimentos, parece razonable establecer un coto a la obligación alimentaria por parte del matrimonio. Considero que la obligación de prestar alimentos a los niños no puede superar el plazo razonable de cinco años, que es el lapso que los guardadores han cuidado de ellos, siendo coherente que no pueda superar la cantidad de años de la obligación, el período que los han tenido en guarda (Conf. art. 676 última parte del Cód. Civil).

Por lo que considero adecuado que la obligación alimentaria, cese al cabo del plazo estipulado en el párrafo anterior o con la guarda de los niños otorgada a otra persona, lo que ocurra primero. Por los fundamentos expuestos y con los alcances expresados, a la primera cuestión, voto por la afirmativa.

El doctor Sirvén votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión.— El doctor Lami dijo:

Atento el resultado de la votación a la cuestión anterior, corresponde: I) confirmar la resolución apelada en cuanto hace lugar al cese de la guarda, al desistimiento de la acción, del derecho y a la obligación alimentaria por parte de la Sra. A., del 30% de su sueldo II) modificar en relación a los fundamentos expuestos estableciendo un límite temporal a la obligación alimentaria a favor de los niños la cual cesará al cabo de cinco años o con la guarda otorgada a otra persona, lo que ocurra primero, III) mantener la cobertura de una obra social similar en sus prestaciones a la de XXXXX, si no les fuera posible reincorporar a los niños en tal entidad. El costo destinado a tal fin deberá estar comprendido dentro del 30% de la obligación alimentaria IV) comunicar mediante oficio al Registro Unico de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (Conf. Ley Nacional 25.854/2004 - Adherido por ley 13.326) en los términos del Anexo 1 Art.13 inc. g) del Acuerdo N° 3607/2012 SCBA relativo al Reglamento del Registro Central de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción.

Costas a los apelantes. Difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad procesal (art. 31 del Dec. Ley 8904/77). Así lo voto.

El doctor Sirvén votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Por lo expuesto I) se confirma la resolución apelada en cuanto hace lugar al cese de la guarda, al desistimiento de la acción, del derecho y a la obligación

alimentaria por parte de la Sra. A, del 30% de su sueldo II) se modifica en relación a los fundamentos expuestos estableciendo un límite temporal a la obligación alimentaria a favor de los niños la cual cesará al cabo de cinco años o con la guarda otorgada a otra persona, lo que ocurra primero, III) se mantiene la cobertura de una obra social similar en sus prestaciones a la de XXXX, si no les fuera posible reincorporar a los niños en tal entidad. El costo destinado a tal fin deberá estar comprendido dentro del 30% de la obligación alimentaria.— Carlos R. Lami.— Manuel A. Sirvén.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, “S., V. M. s/ materia a categorizar”, sent. del 29/11/2016, Publicado en La Ley

**Relaciones al Código Civil y Comercial:**

Artículo 676 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 676 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC Revocación guarda preadoptiva. Progenitor afin. Solidaridad familiar. Obligación alimentaria. Plazo **Voces:** ALIMENTOS ~ GUARDA EN LA ADOPCION ~ PROGENITOR AFIN ~ SOLIDARIDAD FAMILIAR

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III(CCivyComMardelPlata)(SalaIII)

**Fecha:** 29/11/2016

**Partes:** S., V. M. s/ materia a categorizar

**Publicado en:** DFyP 2017 (abril) , 135, con nota de Paula Gianni; RCCyC 2017 (octubre), 03/10/2017, 207

**Cita Online:** AR/JUR/77344/2016

**Sumarios:**

1 . Quien fue guardadora de un menor debe abonar a este una cuota alimentaria por el mismo plazo por el que ejerció su guarda, pues, si bien no llegó a ser su madre adoptiva, sí ha existido un vínculo socioafectivo que se fue

formando a partir de que asumió voluntariamente la obligación de cuidarlo, cuya interrupción ha causado un daño en la vida de aquel, por lo que deber considerada como una “madre solidaria” o “progenitora afín”.

### **Texto Completo:**

**2ª Instancia.**- Mar del Plata, noviembre 29 de 2016.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 114/126? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora Zampini dijo:

I. Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo hacer cesar la guarda con fines de adopción ordenada a fs. 944/950 y fijar una cuota alimentaría a favor de la niña. V. M., S. a cargo de la Sra. A. V. P., por el monto de pesos cuatro mil (\$4000) mensuales, hasta nueva resolución, la que deberá dictarse una vez que otra familia asuma el cuidado material de la adolescente. Finalmente también le ordena el mantenimiento de la cobertura de una obra social de similares características a la que contaba.

II. Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 132 por la Sra. A.V. P., por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. H. D. G., fundando su recurso a fs. 134/148 con argumentos que merecieron respuesta de la Asesora de Incapaces a fs. 151/156.

III. Luego de efectuar un extenso relato de los antecedentes de la causa, agravia a la recurrente que, en la sentencia apelada, la a quo resuelva imponerle una obligación alimentaría. Señala que el plazo de guarda pre-adoptiva está previsto para exponer en un periodo de tiempo, la idoneidad de los guardadores y probar y calificar la relación existente entre los pretendos adoptantes y el niño, y siendo que la convivencia con V. duró menos de un año, en el cual se hicieron todos los intentos razonables para afianzar el vínculo, no resulta ajustado a derecho que se le obligue a cubrir una cuota alimentaría hasta que otra familia asuma su guarda. Cita jurisprudencia y doctrina en apoyo a su tesis.

Sostiene que si bien el decisorio en crisis califica a su pedido de cese de guarda de intempestivo, dicha calificación es infundada pues no solo se detallaron los motivos específicos de la decisión sino que se habían adelantado las dificultades que existían en la vinculación con la menor.

Argumenta que “De ninguna manera, la manifestación de cese fue intempestiva, ni sorprendió al Juzgado, ni a la Sra. Asesora de Menores, ni al resto de los operadores intervinientes. Por ello, es que la Sra. Jueza de Grado comete un error al manifestar en la sentencia recurrida, como argumento de la resolución, que la Sra. P. realizó una manifestación intempestiva al momento de solicitar en una audiencia el cese de la guarda...” (textual).

Señala que tampoco resulta ajustado a derecho que la denominada “solidaridad familiar” resulte la causa de la obligación alimentaria, ya que ello no posee sustento alguno pues no existe vínculo jurídico entre la niña y la guardadora.

Expresa que en caso de autos no se dan ninguno de los supuestos que enumera el art. 676 del Cód.Civ.yCom. como para plantear una analogía del carácter y la gravedad que se ha aplicado en el fallo en crisis, en razón de que no existe entre las partes relación jurídica alguna y a su vez “el codificador impuso la figura del progenitor afín suponiendo la preexistencia de una pareja conyugal entre el progenitor (conviviente o no con el menor) y el que ocupará el lugar de padrastro o madrastra. Por ello el art. 676 del Cód.Civ.yCom. establece como primera característica de esta obligación alimentaria, la subsidiariedad. es decir, que los obligados principales siguen siendo los progenitores del hijo” (textual).

Señala que en base a la naturaleza del art. 676 del Cód.Civ.yCom. y la causa fuente del instituto, resulta una obviedad de que en esta causa exista preexistencia de una pareja, como para ubicar a la Sra. P. como un progenitor afín a los fines alimentarios. Asimismo, entiende que tampoco se encuentra cumplido el requisito de la subsidiariedad, toda vez que el estatuto aplicado encuadra en una relación entre adultos respecto a hijos preexistentes, el cual no es el caso de la guarda con fines de adopción.

Expresa que “(...) aunque la sentencia recurrida no lo mencione así, vivo la fijación de una cuota alimentar y el sostenimiento de la obra social para la niña V. M. S. como la exteriorización de la aplicación de una sanción. Esa sanción no encuentra sustento en la legislación vigente, que no prevé sanción alguna para el desistimiento de la acción de adopción” (textual).

En segundo término, se agravia del plazo por el cual deberá prestar la obligación alimentaria, pues se ha dejada condicionada la obligación “a dos

factores: hasta una nueva resolución, sin indicar a qué tipo de resolución se refiere ya sea de adoptabilidad o de guarda de hecho o de guarda con fines de adopción; y que dicha resolución deberá dictarse una vez que otra familia asuma el cuidado material de la adolescente: esta es otra condición totalmente atemporal, en contradicción con la normativa citada por el mismo (art. 676 Cód.Civ.yCom.)” (textual).

Sostiene que la ley establece una limitación en el tiempo y dicha duración es proporcional a la duración de la vida en común, no habiendo sido tratado este punto en el decisorio en crisis, aunque más no sea para justificar su apartamiento.

Finalmente se agravia del monto fijado como cuota alimentaría, pues entiende que resulta excesivo y desproporcionado, pues no se ha valorado debidamente el caudal económico de la persona alimentante. Señala que no resulta real que sus ingresos alcancen la suma de \$40.000 mensuales, sino que por el contrario los mismos oscilan en la mitad del monto afirmado por la jueza de grado, por lo que la obligación impuesta afecta directamente el 20% de sus ingresos.

IV. Antecedentes de la causa:

a) A fs. 78 surge el informe de la Consejera de Familia, Dra. P. R., de fecha 28/05/2015 donde hace saber la existencia de un legajo de aspirantes a guarda con fines de adopción perteneciente a la Sra. A. V. P.;

b) A fs. 80 y fs. 81/vta. surgen informes de la perito psicólogo y de la Lic. Trabajadora Social las que dictaminan que la Sra. A. V. P. cuenta con las habilidades adecuadas para ejercer las funciones inherentes al rol materno.

c) A fs. 82 obra glosada resolución del 29 de mayo de 2015 que resuelve declarar apta a la Sra. A. V., P. como aspirante a guarda con fines de adopción.

d) A fs. 83 surge acta del 03/06/2015 donde la Sra. P. manifiesta ante la Consejera de Familia, Dra. P. R., que acepta iniciar una vinculación de tipo cautelar —guarda simple— con la niña V. S., asumiendo el riesgo emocional que ello conlleva.

e) A fs. 86/vta. surge acta de la audiencia celebrada el 30/06/2015 ante la jueza de grado donde la menor V. S. manifiesta que quiere irse a vivir con la Sra. P., y esta última relata las distintas actividades que han compartido con la niña y el grupo familiar de la Sra. P.

f) A fs. 93/99 se encuentra glosada la resolución de la a quo, del 9 de octubre de 2015, en la cual se le otorga a la Sra. A. V. P. la guarda judicial con fines de adopción de V. M. S.

g) A fs. 104 surge audiencia del 23/06/2016 entre la Sra. P., la Sra. jueza de grado, la Consejera de Familia e integrantes del equipo técnico del Juzgado de Familia, en la cual la guardadora manifiesta que quiere que la menor se vaya de su casa.

h) A fs. 105 se encuentra glosada el acta de actuación del 24 de junio de 2016, en la cual la Consejera de Familia, Dra. R. y el secretario, Dr. D. S., conjuntamente con el Lic. C. y la secretaria de la Asesoría de Incapaces N° 3, Dra. C. R., informan sobre el contacto personal mantenido con la menor V. S. y se le hace saber el cese de la guarda.

i) A fs. 107/113 surge escrito de la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. A. V., en el cual solicita se fije cuota alimentaria a favor de su representada, V. S. y a cargo de la Sra. A. P., guardadora preadoptiva.

j) A fs. 114/126 surge resolución de la jueza de grado que resulta aquí apelada.

V) Pasaré a analizar los agravios planteados:

V. a) Primer agravio: sanción u obligación alimentaria.

En primer lugar debo señalar que la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 5°) y la forma en que se ha concretado este mandato en la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061, y su reglamentación, el decreto 415/2006, art. 7, evidencian un concepto amplio de familia. Además de los progenitores, incluye a las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentescos de consanguinidad o afinidad, con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad.

Así el art. 7 del dec. 415/2006 establece que podrán asimilarse al concepto de familia "...otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencial y protección...", como podrían ser los guardadores con fines de adopción (Cfr. Kemelmajer de Carlucci - Herrera - Llovera; Tratado de Derecho de Familia. Según el Cód. Civil y Com. de 2014, t. IV, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; 2014, p. 226).

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño en varios artículos menciona otras categorías en las que se encuadra la figura de los guardadores:



“otras personas que cuidan de él” (art. 23), “personas que sean responsables del mantenimiento” (art. 26) y “personas encargadas del niño” (art. 27).

Al mismo tiempo cuando se analizan las obligaciones que le corresponden a quien fuera la guardadora de una niña, debe valorarse el moderno principio jurídico de la socioafectividad, que es aquel elemento necesario de las relaciones basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.

Este criterio socioafectivo —como bien señala la Dra. H.— se torna hoy al lado de los criterios jurídicos y biológicos, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental y se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana (cfr. Herrera, Marisa; Socioafectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante? en obra colectiva: Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, t. I, Dir. Fernández, S., Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2015, pág. 977; en similar sentido: Pérez Gallardo, Leonardo; Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato ¿una ecuación lineal?, en RDyF N° 51, septiembre 2011, Abeledo-Perrot, Bs. As., ps. 261 y 262; González de Vicel, Mariela, Guarda de hecho y adopción, pub. en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1, Derecho de Familia - I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2016, pág. 328).

Trasladando estos conceptos al agravio de la Sra. P., en cuanto a que no existe solidaridad familiar para imponerle una obligación alimentaría, entiendo que no le asiste razón.

Si bien es cierto que la recurrente no llegó a ser madre adoptiva de la menor V. S. sí ha existido, durante el lapso de un año, un vínculo socioafectivo que se fue formando a partir del día en que la Sra. P. asumió voluntariamente la obligación de ser la guardadora de la niña y que a partir de la decisión asumida por la guardadora se ha visto interrumpido ocasionando un daño en la vida de la menor, por lo que se debe considerar a la guardadora como “madre solidaria” o “progenitora afín”.

Asimismo, a partir de ello también considero que resulta ajustado a derecho la aplicación analógica efectuada por la jueza de grado respecto de la obligación alimentaría del padre afín que estipula el art. 676 del Cód. Civ. y Com.

Es que si bien el trato del progenitor afín es asimilable al de un padre, el de la guardadora que asumió el cuidado de la niña con la específica finalidad de emplazarse en el estado de familia de progenitora es superior, pues se crea — en estos casos de guarda— un vínculo inclusive más cercano que el del progenitor afín, porque la guardadora le ha dado a la niña un trato de hija propia (cfr. Duprat, C. - Fernández, S. - González de Vicel, M. - Herrera, M.; Adopción, pub. en Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014; t. V-B, Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2016, p. 93).

Por otra parte, es importante destacar que en el art. 3 inc. f) de la ley 26.061 expresamente se contempla que “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros...”.

Ante lo cual, no queda duda que más allá de los derechos que crea lesionados la recurrente, que merecen su consideración en sede judicial con el fin de que se protejan sus intereses particulares o privados, también es cierto que frente a la pugna de aquélla con los intereses “superiores” de la niña, es esta última el eje en el cual debe girar la aplicación de normas legales con el fin de lograr su adecuada protección.

A partir de ello, y de los agravios expuestos por la Sra. P., me encuentro ante dos intereses en pugna, por un lado y tal como expone la ex guardadora, esta no tiene actualmente un vínculo jurídico con la niña, pero por otro lado, es innegable la situación de vulnerabilidad en la que la decisión unilateral de la adulta, de dar por concluida la guarda, afecta a la menor V. S.

En tal sentido nuestro Máximo Tribunal Provincial ha sostenido —en un caso de similares características al de autos—, que “...mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significa desproteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad...” (S.C.B.A., in re “A., F. A., A., E. J., A., O. E. Art. 10, ley 10.067”, p.úb. en LA LEY del 26/07/2016, p. 4, con comentario de Fernández, S., La protección de derechos del niño. Visibilidad lo... ¿visible? Infancias en penumbras).

Finalmente, en relación al agravio de la Sra. P. en el cual sostiene que su decisión de dar por concluida la guarda no ha resultado intempestiva, considero que tampoco le asiste la razón

El cese de guarda efectuado en la audiencia del 23 de junio resultó intempestiva, pues no solo no surge de autos ninguna presentación previa por parte de la guardadora que alertara a la jueza o a los demás operadores el desenlace de esta situación, sino que además es la propia Sra. P. quien en la audiencia manifiesta que "...su intención es cesar la guarda con fines de adopción con V.. Que en realidad no ha logrado generar un vínculo de madre con V. que ella lo venía trabajando con su psicóloga pero no dijo nada al Juzgado. Que su intención es el egreso inmediato de V. de su casa..." (ver fs. 104, el resaltado me pertenece).

Conforme con todo lo expuesto, y ante la decisión de ruptura intempestiva de la relación de familia o de "progenitora afín" que mantenía la Sra. V. P. con la niña V. S., con la cual convivió un año, entiendo que —sin hacer una valoración de lo que pudo considerar la apelante en su esfera íntima para tomar tal decisión— la solución adoptada en el decisorio en crisis resulta ajustada a derecho como consecuencia del perjuicio que indefectiblemente le ha causado a V. tal ruptura; esta situación califica como un auténtico "daño" en tanto lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (art. 1737 Cód. Civ. y Com.).

Como bien señala la Cámara de Apelación Civil y Comercial de San Martín, en casos donde existe una ruptura intempestiva de la guarda se le genera a la niña una pérdida de chance pues "(...) mientras los niños se encontraban al cuidado de los ahora apelantes, han perdido la "probabilidad objetiva" de poder ser parte de otra familia que los acoja, siendo que es de público conocimiento la gran cantidad de personas que se encuentran inscriptas en el registro central de guardadores con fines de adopción que anhelan adoptar un niño." (Cám. Apel. Civ. y Com., Sala I, San Martín in re "L., M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas" del 29/09/2015, púb. en DFyP 2016 (febrero) del 04/02/2016, pág. 51; LA LEY BA 2015 (diciembre), p. 1254, cita online: AR/JUR/54081/20159).

En definitiva, entiendo que la voluntaria asunción del rol de guardadora por parte de la Sra. P. no puede ser dejada de lado unilateralmente y de forma intempestiva por ésta través del alejamiento físico de la niña, ya que tal investidura debe ser asumida con responsabilidad, pues la guardadora constituyó en ese periodo de tiempo un pilar trascendental en la vida de V. y si

permitiéramos sin más que las figuras que cimientan la vida de los niños y adolescentes cumpliendo roles vitales para éstos queden sujetas a la simple voluntad de quienes asumen dichas funciones, importaría desconocer el interés superior de los más vulnerables (arts. 3 de la CDN, 3 de la ley 26.061; cfr. Lamm, E. - Molina de Juan, M., Alimentos en las nuevas formas familiares, en obra colectiva: Alimentos, T. I, Dir. Kemelmajer de Carlucci- Molina de Juan, Edit. Rubinzal - culzoni, Sta. Fe, 2014, p. 381).

Por las razones expuestas se rechaza el agravio traído a esta instancia (arts. 3, 5, 23, 26, 27 y cccts de la CDN; 3, 7 y cccls. de la ley 26.061, 672, 676 y c cccls. del Cód. Civ. y Com.).

V. b) Segundo agravio: plazo de la obligación alimentaría.

Entiendo que en este agravio le asiste razón a la recurrente, ello en razón de que resulta arbitrario fijar un plazo indeterminado por el que deba realizarse la obligación alimentaría.

Ello en razón de que a partir de los lineamientos receptados en el nuevo Cód. Civ. y Com., en materia de alimentos y los que establece el art. 676 in fine, parece razonable establecer un límite temporal a la obligación alimentaría que debe asumir la Sra. V. P.

Ante lo cual considero que la obligación de prestar alimentos a la niña no puede superar el plazo razonable de un (1) año, que es el lapso que la guardadora ha cuidado de V., siendo coherente que no deba superar la cantidad de años de la obligación, el período que la ha tenido en guarda (Cfr. art. 676 in fine del Cód. Civil y Com.).

En consecuencia, entiendo adecuado que la obligación alimentaría de la Sra. A. V. P., cese al cabo del plazo de un año, contado desde la fecha de la resolución del cese de la guarda (8 de agosto de 2016) o con la guarda de la niña otorgada a otra persona, lo que ocurra primero.

V. c) Tercer agravio: monto de la cuota alimentaría.

En primer término debe valorarse que la extensión de la cuota ordinaria de alimentos no solo comprende los rubros de alimentación, vivienda y educación, sino que además también abarca los gastos de asistencia y gastos por enfermedad, vestimenta —el que varía según las edades de los alimentados—, esparcimiento y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio (cfr. art. 659 del Cód. Civ. y Com.).

Establecido lo anterior, discutida la cuantía de la cuota alimentaría fijada por la Sra. Juez de grado, corresponde verificar si la misma se encuentra ajustada a derecho (argto. arts. 375, 384, 385/ 393, 647 y conds. del CPC; arts. 658, 659, 660, 661 y conds. del Cód. Civil y Com. de la Nación; Conf. Aída Kemelmajer de Carlucci-Mariel Molina de Juan, obra cit., t. II, p. 45 y ssgtes.; Belluscio, Claudio, obra citada, p. 325 y ss.; Jurisp. esta Sala, causa N° 152.868, RSD-131-13 del 20/08/2013).

Todo ello sin dejar de tener en consideración que el quantum alimentario no debe constituir una ecuación matemática, resultando indispensable la ponderación justa y equilibrada de todas las circunstancias que justifican el monto de la cuota evitándose, de tal modo, que la cuantía de esa pensión revista carácter arbitrario (arts. 658, 659, 660, 661 y conds. del Cód. Civil y Com. de la Nación; Jurisp. esta Sala, causa N° 156.779, RSD 15/15 del 19/02/2015; SCBA, Ac. 117.566, sent. del 23/12/2014).

Es dable resaltar, al respecto, que en sub lite se ha producido prueba directa que permite corroborar las circunstancias atinentes a la fijación del monto de la cuota alimentaría.

Así, de la comunicación de modificación del legajo de aspirantes a guarda con fines de adopción surge que la Sra. V. P. ha denunciado que a noviembre de 2014 percibía por su actividad profesional un ingreso mensual de \$20.000 (ver fs. 79).

Por otra parte de la entrevista que mantuvo la recurrente con la perito trabajadora social, Lic. P. F., surge que la Sra. P. se desempeña como odontóloga, desarrollando su profesión en una clínica propia (ver informe a fs. 81).

Como resultado de ello y valorando que la capacidad económica de la Sra. V. P., como consecuencia del proceso inflacionario en el cual se encuentra inmerso nuestro país, a la fecha es mucho mayor a la que denunció hace dos años atrás; entiendo que el monto de la cuota alimentaría mensual fijada por la jueza de grado (\$4000) se encuentra ajustada a derecho (arts. 658, 659 y conds. del Cód. Civ. y Com. de la Nación; 375, 384, 394, 474 y conds. del CPC).

Respecto al pago de la obra social, en tanto no fue objeto de recurso en el agravio relacionado con el “monto de la cuota” debe mantenerse valorándose

que la juez de grado deberá establecer pautas para la justificación mensual de su pago.

En cuanto al destino de los fondos que se obtengan en concepto de “alimentos”, la juez podrá establecerlos previo dictamen de la Asesora de Incapaces.

Así lo voto.

El doctor Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — La doctora Zampini dijo:

Corresponde: I) Rechazar los agravios traídos a esta instancia por el apelante de fs. 132, respecto de la imposición de la cuota alimentaria y su monto, y hacer lugar al agravio del plazo de la obligación alimentaria y, en consecuencia, modificar parcialmente, la sentencia recurrida con los alcances fijados en el punto V. b) II) Imponer las costas de Alzada a la recurrente, quien sólo deberá asumir los honorarios de su propia letrada, ya que no hay contraparte con quien distribuirla (art. 68 del CPC). III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

Así lo voto.

El doctor Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se rechazan los agravios traídos a esta instancia por el apelante de fs. 132, respecto de la imposición de la cuota alimentaria y su monto, y se hace lugar al agravio del plazo de la obligación y, en consecuencia, se modifica parcialmente, la sentencia recurrida con los alcances fijados en el punto V. b). II) Se imponen las costas de Alzada a la recurrente quien sólo deberá asumir los honorarios de su propia letrada, ya que no hay contraparte con quien distribuirla (art. 68 del CPC). III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del CPC). Devuélvase. — Nélide I. Zampini. — Rubén D. Gérez.

[Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, “A., O. E. s/ vulneración de derechos”, sent. del 12/07/2016, Publicado en La Ley](#)

**Relaciones al Código Civil y Comercial:**

Artículo 676 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 Artículo 676 - NACI - Cód. Civil y Comercial (P.L.N.) / Ley 26.994 (P.L.N.) - 9999-12-31 CCC **Voces:** ALIMENTOS ~ CUOTA ALIMENTARIA ~ ENTREGA DE LA GUARDA ~ GUARDA DEL HIJO ~ GUARDA EN LA ADOPCION ~ GUARDADOR

**Tribunal:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II(CCivyComMoron)(Salall)

**Fecha:** 12/07/2016

**Partes:** A., O. E. s/ vulneración de derechos

**Publicado en:** LA LEY 03/10/2016 , 7, con nota de María Magdalena Galli Fiant; LA LEY 2016-E , 442, con nota de María Magdalena Galli Fiant; RCCyC 2016 (octubre), 19/10/2016, 81

**Cita Online:** AR/JUR/47937/2016

**Hechos:**

El juez decretó el estado de adoptabilidad de una menor y dispuso que quienes habían ejercido su guarda hasta ese momento le abonaran una cuota alimentaria por el plazo en que la habían tenido bajo su cuidado, o hasta el momento en el que fuera otorgada la guarda a otra persona. La Cámara confirmó la resolución.

**Sumarios:**

1 . Quienes fueron guardadores de un menor deben abonarle una cuota alimentaria luego de concluida la guarda, pues asumieron dicho rol voluntariamente y contribuyeron a insertar a la niña en una situación fáctica de la que no pueden desligarse abruptamente sin que se adopten las medidas necesarias para evitar que en la transición aquel sufra daños o se ponga en peligro su subsistencia y desarrollo.

**Jurisprudencia Relacionada(\*)****Ver Tambien**

[Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, “L. M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas”, 29/09/2015, LA LEY 11/12/2015, 7; AR/JUR/54081/2015.](#)

(\*) Información a la época del fallo

### **Texto Completo:**

Causa N° F8-1784-2016.

**2ª Instancia.**- Morón, julio 12 de 2016.

¿Es ajustada a derecho la resolución apelada?

El doctor Ferrari, dijo:

#### I. Antecedentes

1) La Sra. Juez Titular del Juzgado de Familia Nro. 8 Departamental a fs. 314/323 vta. resolvió decretar la legalidad de la medida de abrigo adoptada con fecha 7 de julio de 2015 respecto de la niña O. E. A., decretar su estado de adoptabilidad, requerir del Registro de Aspirantes a guarda con fines de adopción un nuevo listado de postulantes y fijar una cuota alimentaria en favor de la niña en la suma de \$ 3000 mensuales (escolaridad y salud) que deberán abonar los cónyuges Sres. M. R. D. B. y F. B. perdurando dicha obligación por idéntico plazo en que el matrimonio ha tenido a O. bajo su guarda (dos años y cinco meses), salvo que sea otorgada en guarda a otra persona, en cuyo caso cesará su obligación automáticamente. Dicha cuota tendrá carácter retroactivo y deberá abonarse desde la interposición formal del reclamo (10/07/2015) conforme art. 641 del ritual.

2) Contra tal forma de decidir se alzaron a fs. 394/404 vta. los ex guardadores de la niña, los Sres. D. B. y B. interponiendo recurso de apelación; el mismo fue concedido en relación a fs. 406, tercer párrafo, y se fundó con el memorial de fs. 394/404, replicado a fs. 407/408 vta..

3) A fs. 438vta., se llamó “Autos”, providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.

#### II. Las quejas

En primer lugar los recurrentes realizan una serie de manifestaciones referidas a las actuaciones llevadas a cabo en autos desde antaño, de su relación con O., de la inacción de los organismos intervinientes en su momento, de los términos referidos en el informe presentado por la Lic. L., de su falta de



conocimiento de ciertos actos, del derecho de O. a ser oída, de los vínculos de la niña con su familia biológica y de la utilización de ciertos términos utilizados en la resolución apelada.

Específicamente se refieren al tema de los alimentos que fueran establecidos en su contra y a favor de la niña, alegando que no son miembros de su grupo familiar y que la relación con O. no puede asemejarse a lo mencionado en el art. 676 del CCC.

Entienden que no corresponde que se fije cuota alimentaria a su respecto y menos aún un retroactivo, manifestando que, en caso de prosperar esa cuota, deberá ser entregado al Hogar Siand, mencionando, además que al momento de la apelación, la niña se encontraba con el matrimonio M. -C.

A los términos de la fundamentación recursiva cabe remitirse *brevitatis causae*.

### III. La solución desde la óptica del suscripto

En primer lugar, y para ir despejando las temáticas a decidir, resulta oportuno dejar sentado que es la parte dispositiva de una decisión judicial lo que deviene apelable para los justiciables y que los conceptos vertidos en los considerandos, no resultan —por sí solos— cuestionables vía apelación, sino en función de la decisión final.

Concretamente, y por regla, no son los “Considerandos” los que generan agravio a las partes, sino aquello que se decida en la parte dispositiva de las sentencias (Barbado, Analía R., Algunas precisiones acerca de la legitimación del vencedor para apelar, LA LEY 1989-B, 539; Podetti, Ramiro J., Tratado de los recursos, cit., p. 126; Sup. Corte Bs. As., 21/12/2011, “Quiñones, Juan Joaquín contra Zega, Juan Carlos. Daños y perjuicios”, in extenso en sitio web del tribunal; Cód. Civil y Com. Junin, 04/03/2008, “Piñero, Zunilda Julia c. Braco, Sandra P. y otros s/ Incidente de inclusión como heredera de nuera viuda s/hijos”, Juba sumario B1600238).

Por ello, todas las manifestaciones insertas en los Considerandos de la resolución en crisis (en cuanto a los términos allí vertidos —que los apelantes consideran agraviantes—) y que fueran minuciosamente detallados en su memorial, no generan agravio —en el sentido técnico jurídico del art. 242 del Cód. Proc. Civ. y Comercial— que amerite su abordaje por este Tribunal; ello, claro está, sin perjuicio de lo que los apelantes pudieran actuar a su respecto por la vía y forma que corresponda.

Asimismo, corre la misma suerte todo lo referido por los apelantes respecto de la —según ellos— inacción de los organismos intervinientes oportunamente, en lo cual ha entendido nuestra Suprema Corte conforme Resolución de fecha 6 de abril de 2016 (C120.713), resolución conocida por los recurrentes conforme lo manifestado en su memorial de agravios a fs. 395, primer párrafo.

Entonces, la única cuestión donde esta Alzada entiende que hay un interés legítimo para alzarse por parte del matrimonio D. B. -B. y en la cual la Cámara ha de intervenir, resulta ser la imposición de la cuota alimentaria a su respecto y a favor de la niña O., en las condiciones ya referidas en el punto I, apartado 1).

Es que, como el interés es la medida de la acción, el agravio es la medida del recurso (esta Sala en causa nro. 46.663 R.S. 330/02) y, según se ve, lo único que le genera agravio (en el sentido técnico procesal del art. 242 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) a los quejosos es la ya mencionada decisión en materia de cuota alimentaria.

En dicho camino y en torno a los argumentos traídos por los recurrentes respecto de la imposición de la cuota, resulta determinante reflexionar sobre la relación entre los ex-guardadores y la niña.

Cabe aclarar que, en esta oportunidad, no me detendré en aspectos procesales o decisiones judiciales que no tienen por finalidad dar claridad a la cuestión de la fijación de la cuota alimentaria.

A su respecto, de la atenta y detallada lectura de las presentes, nos encontramos con que la niña O. fue institucionalizada conforme la resolución de fs. 17 con fecha 14 de julio de 2005 con 4 años de edad.

A fs. 65/66 se agrega un informe del Servicio Zonal de Moreno donde se pone en conocimiento que el día 26 de septiembre de 2012 se presenta allí el matrimonio D. B. -B., donde se relata que los mismos, referidos a O., a raíz del vínculo que se fue gestando con el correr del tiempo es que “...sienten el deseo que la niña pueda ser recibida en el seno de su familia, por lo tanto comienzan a averiguar cómo acceder a la posibilidad de obtener una guarda con fines de adopción”, “...la pareja ha solicitado al Servicio Zonal de Morón... la autorización de realizar paseos y alojarla en su hogar los fines de semana a efectos de iniciar el proceso de vinculación...”.

Posteriormente, a fs. 68/69 vta. —con fecha 15 de noviembre de 2012— se presenta el matrimonio referido solicitando la “guarda judicial e la niña” relatando que conocieron a O. en el Hogar, que tienen “un lazo afectivo que nos une” y a fin de “...brindarle una mayor contención teniendo en la actualidad una autorización para retirarla los días viernes y reintegrarla los domingos”.

Del informe de fs. 93/94 realizado por el Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, en el año 2012, surge que “La pareja se muestra afectuosa con intenciones de obtener la guarda de la niña... actualmente proyectan viajar a la Provincia de Córdoba... queriendo compartir con O. estas vacaciones, además de ocuparse del aspecto de salud de la niña, con consultas de pediatría y odontología. El matrimonio tiene firmes deseos de obtener la guarda de O. proyectando para ella una familia que la contenga y acompañe en su crecimiento”.

Así es como a fs. 102/3 con fecha 25 de febrero de 2013, el Juzgado interviniente otorga la guarda de O. al matrimonio D. B. -B..

A fs. 112/vta. —10 de junio de 2013— la Sra. D. B. informa que “la niña O. A. actualmente concurre al colegio Instituto Adventista de Morón... continuando con sus clases particulares de violín y con los tratamientos odontológicos y controles clínicos de rutina... posee como cobertura social OSDE” y “...continúa visitando con frecuencia el Hogar Siand debido al vínculo afectivo...”.

Asimismo, ha solicitado en varias oportunidades autorización de viaje para compartir visitas familiares en el país vecino de Uruguay —fs. 116, 125, junio y septiembre de 2013—.

Agrego que a fs. 120/122 el Servicio Zonal de Morón, con fecha 25 de junio de 2013, solicita se decrete el estado de adoptabilidad de O. “entendiendo esta instancia la referencia afectiva significativa que la niña O. A. ha establecido con el matrimonio M. F. B. y R. M. B. D., se priorice a los mismos en cualquier decisión que atañe el estado de derechos de la niña de referencia”.

En la audiencia celebrada el día 7 de noviembre de 2013, tanto la niña como sus guardadores expresaron que quieren seguir con la guarda —fs. 135—.

Hasta aquí considero que la niña O. recibió durante su convivencia con el matrimonio guardador, trato familiar, que si bien no se acredita ningún lazo biológico o legal para su existencia, los hechos denunciados por los mismos involucrados lo acreditan: salidas previas a la guarda, lazos afectivos que

dieron origen a que el matrimonio bregara por conseguir la guarda de la niña, preocuparse por su salud, por su educación, propiciar contención, afectos y un proyecto de familia, solicitar autorizaciones para viajes al extranjero para conocer a la familia extensa, vacaciones, preocuparse por mantener los lazos afectivos de la niña con el Hogar de Niños.

Es más, a pesar de la aparición de “problemas respecto a la relación que mantienen con O.”, en julio de 2014, como grupo familiar conviviente, los ex guardadores solicitan orientación psicológica tanto para la menor como para los ellos.

Todo ello me lleva a la convicción del trato familiar recibido por parte de O. en el seno del hogar del matrimonio recurrente.

Ahora bien, no soslayo de manera alguna lo manifestado por la Sra. Juez del Fuero Penal —oportunamente a cargo— a fs. 142, último párrafo, al responder el informe solicitado por la Suprema Corte a fs. 140, segundo párrafo, pero ello se contrapone contundentemente con todo lo referido al trato dado por el matrimonio guardador a la niña O.

Ello sentado, considero que ese trato familiar otorgado a la niña durante dos años y cinco meses, más allá de las dificultades presentadas en el último tiempo, habilita a encuadrar la relación en el caso del progenitor a fin, como lo ha hecho la Sra. Juez de Grado en la resolución que aquí llega apelada.

En este camino, coincido ampliamente con el criterio sentado por la Cámara de San Martín que recientemente ha dictado un fallo de aristas similares al presente, de la misma manera que lo sostiene la Asesora de Incapaces interviniente en su dictamen de fs. 407/408 vta. al contestar la vista conferida del memorial ya referido.

Al respecto, se ha dicho que “Ahora bien, es necesario encuadrar el agravio concreto de los recurrentes por el cual vienen las actuaciones a esta instancia. Ello es, que la Juez de grado haya fijado una cuota alimentaria a favor de los niños y el mantenimiento de la obra social de la cual son beneficiarios. Sabido es, en la cuestión a resolver, y preciso destacar, que en lo atinente a los juicios donde se encuentran involucrados niños, en lo concerniente a las relaciones de familia, prima su interés superior. Se ha dicho que “Cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el “interés superior del niño” adquiere la fuerza de una gestación normativa.

Si en un primer momento la lectura de cuál es dicho interés se nutre de la historia singular, más tarde su reproducción en los discursos judiciales forja reglas capaces de llenar los vacíos de la ley o de neutralizar la aplicación de ciertos preceptos. Es decir, la pauta se convierte en un poderoso instrumento de creación que alimenta el cambio legal” (“Los derechos del niño en la familia - Discurso y realidad”, Grosman, Cecilia P. Ed. Universidad 1998, p. 24).

Sentado ello, se ve necesariamente obligado el juzgador, a tomar medidas que atribuyan efectividad a este interés superior del niño, y de esta manera, la intromisión estatal es la que asegura la protección de sus derechos, frente a los daños causados o que puedan causarle, los miembros de la familia de la cual forman parte.

No puede leerse de manera aislada el espíritu rector de la Convención sobre los derechos del niño, que en su artículo tercero contempla “el interés superior del niño”, ya que al ser incorporado en nuestra carta magna por el art. 75 inc. 22, otorgándole jerarquía constitucional, goza de las garantías constitucionales que fueren necesarias instrumentar —en el caso las más ágiles y fáciles—, para efectivizar el goce de sus derechos ante cualquier situación que les cause un perjuicio o lesión.

La Convención sobre los derechos del niño (art. 3) le otorga una “consideración primordial” al interés superior del niño cuando se trate de medidas que tomen los tribunales.

Ello debe leerse conjuntamente con lo normado en la ley 26.061, la cual le da obligatoriedad en cualquier decisión judicial (art. 2) y extiende el significado de interés superior del niño: “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley” (art. 3).

A su vez, es de suma importancia destacar que en el art. 195 inc. f) de la ley 26.061 expresamente se contempla que “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros. Ahora bien, no queda duda que más allá de los derechos que crean lesionados los apelantes, que merecen su consideración en sede judicial con el fin de que se protejan sus intereses particulares o privados, también es cierto que frente a la pugna de aquéllos con los intereses de los niños, son estos últimos el eje en el cual

debe inescindiblemente girar la aplicación de normas legales con el fin de lograr su adecuada protección.

Una vez definido el eje en donde se encuentra obligado a mirar el Juez en cuanto a los conflictos en donde participan niños, debo centrar la atención en las vivencias particulares que surgen de las constancias de autos, que hayan afectado a la dignidad e integridad personal de los niños.

Aquí se trata de una guarda con fines de adopción, en la cual han transcurrido casi cinco años, desde su otorgamiento (...) hasta el dictado de sentencia de primera instancia (...) en donde cesa la guarda y se tiene presente el desistimiento de la acción de adopción.

En el lapso en el que los niños vivieron con el matrimonio A-B, los chicos tenían conocimiento (...) que habían dejado el hogar de niños en donde vivían, en la provincia de Corrientes, para formar una familia, compuesta por una mamá y un papá, que luego de un año de convivencia querían adoptarlos. (...) Esta situación en la que se encontraban los niños, que formaba su nueva identidad, perduró en el tiempo, haciéndolos sentir parte de una familia, con una madre y un padre de quienes recibían el trato de “hijos” y a quienes reconocían como “padres”. Asimismo, el matrimonio que pretendía la adopción plena se encontraba a la espera del dictado de la sentencia judicial que hiciera que ese vínculo afectivo, se transformara en jurídico. (...)

De haberse dictado sentencia con antelación a la presentación del escrito de fs. ... (desistimiento de la adopción), cabría únicamente la figura del abandono, con las consecuencias legales correspondientes a los padres.

A esta altura de desarrollo, si bien es cierto que no se ha dictado sentencia, por lo tanto no puede decirse que haya un vínculo filial (legal) entre los pretendidos adoptantes y los niños, se ha llegado —a mi criterio— a un punto tal (tanto temporal como procesal), en donde sólo restaba la decisión final del otorgamiento de la adopción.

En tal contexto, las consecuencias de un desistimiento son aún más gravosas, debido a que en todos estos años les han hecho sentir a los niños que habían encontrado una familia que les brindara el cariño, contención y cuidados esperados de los padres, que tanto ansiaban, con todo lo que implica pertenecer a un grupo familiar.

Si bien es complejo definir el término “vínculo”, los niños han pasado un tiempo considerable en el seno de esta familia, que es muy difícil que pueda desconocerse la existencia de un vínculo sano, recíproco o estable, de identidad a esta familia, ya que durante casi cinco años, sus “padres” cubrieron sus necesidades afectivas y materiales.

En el caso de hijos biológicos, puede no haber certeza si son consecuencia de un embarazo planeado, pero en cambio hay certeza absoluta que quien tiene el deseo de adoptar a un niño, tiene la voluntad de emplazarlo en el estado de hijo. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen (Concepto art. 594 Cód. Civil en vigencia).

De tal modo que el inicio de las presentes actuaciones, se encuentra basado únicamente en la voluntad de los solicitantes, quienes manifestaron el deseo de que los niños que adoptan sean sus hijos, más allá que no se haya dictado sentencia que así lo disponga; ese era el propósito. La situación en la que se encuentran los niños actualmente, habiendo vuelto a vivir en un hogar de niños pero en otra provincia, teniendo en cuenta el conjunto de padeceres y sufrimientos sentimentales que les ha causado desprenderse de su entorno familiar, debe ser tenido primordialmente en cuenta al utilizar las herramientas legales y tomar decisiones para que aunque sea en alguna manera intenten ser paliativas de la situación de vida que les ha tocado atravesar debido a la ruptura intempestiva del vínculo con quienes querían adoptarlos.

En sintonía con lo antedicho, que contempla el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del niño en su primer inciso que “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación” y en su segundo inciso “El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

Así está claro que son situaciones personales las que han llevado al matrimonio a desistir de la adopción de los niños, cuyos motivos considero no deben ser juzgados. Sin embargo, las razones privadas cualesquiera que sean que hayan motivado a los adultos a tomar esa decisión, no justifica que deba

soslayarse el interés que prevalece en las situaciones en donde se encuentran en juego intereses de los niños. La decisión de los actores fue la de desistir de la adopción, y entiendo que no puede decirse en este caso de un “fracaso adoptivo” al que aluden, atribuyendo culpas a diferentes agentes u operadores que han intervenido a lo largo del proceso, cuando ha sido la voluntad de los Sres. A.-B. la que ha dado fin al juicio.

Más allá de lo que puedan considerar los actores en la esfera de su intimidad, la decisión de la ruptura intempestiva de la relación de familia que mantenían con los niños con quienes convivieron por años, debe encontrar una solución justa en consecuencia del perjuicio que indefectiblemente les han causado. Para que haya un daño basta con que se lesione un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona (...) (art. 1068 última parte del Cód. Civil anterior en concordancia con lo normado en el art. 1737 Cód. Civil vigente).

Y tan sólo de observar el contraste entre la situación en la que se encontraban los niños viviendo dentro de una familia con un papá y una mamá, y de la que se encuentran actualmente, permite ver palmariamente que han sido afectados sus intereses. Por otro lado, mientras los niños se encontraban al cuidado de los ahora apelantes, han perdido la “probabilidad objetiva” de poder ser parte de otra familia que los acoja, siendo que es de público conocimiento la gran cantidad de personas que se encuentran inscritas en el registro central de guardadores con fines de adopción que anhelan adoptar un niño.

En cuanto a los caracteres del derecho alimentario, entiende Gustavo A. Bossert que (...) “Estos datos de la realidad, que están en la base de la estructura social, son los que permiten advertir la existencia de un deber moral de solidaridad entre los miembros de un grupo familiar, al menos los más próximos. Y éste es el fundamento de los textos legales que erigen en obligación civil el deber moral de asistencia entre ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges e incluso, entre un cónyuge y los progenitores e hijo del otro.” Es más, al reconocer la ley la obligación alimentaria fundada en los vínculos de familia, no hace sino reconocer la existencia del deber moral de solidaridad existente entre parientes (...) (“Régimen jurídico de los alimentos”, Ed. Astrea 2006, p. 2). También se ha receptado jurisprudencialmente la figura del “padre solidario” o “progenitor afín” justificado en la solidaridad familiar



como fuente de obligación alimentaria (inclusive a favor de una persona mayor de edad), en donde el cambio de situación puede ocasionar un daño en la vida del pretense adoptado por parte de quien ocupara el rol de padre afectivo y proveedor durante la infancia del niño (Tribunal Colegiado de Familia N° 5, Rosario, Santa Fe, Expte. N° 1425/11 - "BPT s/ Guarda preadoptiva" 10/05/2012). Basándome en la realidad del caso, el cese de la manutención económica ocasionaría un daño en la vida de los niños, que durante casi cinco años cubrían sus necesidades y si bien los alimentantes no son padres biológicos ni adoptivos, se los puede considerar "padres solidarios" o "progenitores afín" justificado en la "solidaridad familiar".

No hay que dejar de lado que en el actual Cód. Civil se ha receptado jurisprudencia en la materia, y prevé la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, con carácter subsidiario, el que cesa si se disuelve el vínculo conyugal o se produce la ruptura de la convivencia. La norma contempla que "Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia".

La gravedad del caso traído a estudio, en el cual los dos niños han sufrido la pérdida inicial de su madre de sangre y luego la pérdida de sus padres guardadores con fines de adopción tras casi cinco años de convivencia en familia, es motivo suficiente para considerar que han creado un vínculo familiar inclusive más cercano que el que contempla el nuevo Cód. en artículo 676, ya que los adoptantes les han dado trato de hijos propios a los alimentados.

Ahora bien, con respecto a la última parte del artículo transcrito, estimo que sería arbitrario no fijar un plazo por el tiempo de deba realizarse la prestación alimentaria. Conforme los lineamientos receptados en el nuevo Cód. Civil, en materia de alimentos, parece razonable establecer un coto a la obligación alimentaria por parte del matrimonio. Considero que la obligación de prestar alimentos a los niños no puede superar el plazo razonable de cinco años, que es el lapso que los guardadores han cuidado de ellos, siendo coherente que no

pueda superar la cantidad de años de la obligación, el período que los han tenido en guarda (Conf. art. 676 última parte del Cód. Civil).

Por lo que considero adecuado que la obligación alimentaria, cese al cabo del plazo estipulado en el párrafo anterior o con la guarda de los niños otorgada a otra persona, lo que ocurra primero (Cód. Civil y Com. San Martín, sala 1ª, 29/09/2015, “L. M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas”, LA LEY BA 2015 (diciembre), 1254-LA LEY 2016-A, 328, RCCyC 2016 (febrero), 209).

Comentando el fallo, la doctrina se ha ocupado de señalar que, con muy buen criterio, la Cámara priorizó el interés de los niños por sobre el interés de los ex guardadores (Ignacio, Graciela, “La frustración de una adopción ¿justificar lo injustificable?”, DFyP 2016 (febrero), 64).

Así también que el derecho a desistir de la adopción no puede ser ejercido abusivamente y, si lo fuera, ello genera las condignas responsabilidades del caso (Ignacio, Graciela, “La frustración de una adopción ¿justificar lo injustificable?”, DFyP 2016 (febrero), 64).

Indicando que el desistimiento no obsta a que se les pueda exigir una obligación alimentaria a quienes desarrollaron el rol de guardadores, sino que, de lo contrario, se convalidaría la liviandad de dejar a los niños desamparados, no pudiendo permitirse que dicho desistimiento traiga aparejadas necesidades materiales a los niños (Delli Quadri, Priscilla, “Alimentos a favor de los niños en una adopción frustrada, en vista del nuevo Cód. Civil y Comercial”, ED. Del 04/02/2016, p. 6).

Y que mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significa desproteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad (Alvarez, Atilio, “Responsabilidad civil por frustración de guardas preadoptivas”, ED, del 04/02/2016, p. 1).

Por cierto, la cuestión puede ser mirada no ya desde el vértice alimentario sino desde el ángulo del resarcimiento del daño causado (ver, al respecto, el meduloso estudio de Ursula Basset en “Cese intempestivo de la guarda preadoptiva ¿responsabilidad civil o alimentos?”, LA LEY 2016-A, 328).

A mi modo de ver, ambos carriles no se superponen, sino que transitan independientemente.

Una cosa es la prestación alimentaria (vinculada con la subsistencia) y otra, bien diversa, es el resarcimiento (pleno, integral) del daño causado.

Lo que aquí tenemos para decidir —pues así se lo ha solicitado— es la cuestión alimentaria, no el resarcimiento del daño, por lo que nuestras potestades quedan circunscriptas de este modo.

Así posicionados, y tal lo adelantado, he de decir que comparto totalmente los fundamentos del fallo antes transcrito.

En efecto, según lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 27:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados”.

En suma, toda decisión estatal debe tener por norte la regla del art. 27.1, en consonancia con lo establecido por el art. 3 de la misma Convención y el mandato de eficacia que subyace al mismo.

A este respecto, la Sala tiene dicho que el interés superior del niño (art. 3º, inc. 1º, CDN) debe ser entendido como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías de la infancia (art. 3º, ley 26.061), y que

para nuestra Corte Suprema configura una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a proteger a la persona menor de edad, en tanto proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio a ellos.

Además de funcionar como un derecho sustantivo y un principio interpretativo fundamental, el interés superior del niño es semejante a un derecho procesal que obliga al Estado a introducir disposiciones para garantizar que esa pauta sea considerada” (“Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, Silvia Eugenia Fernández —directora—, “Principios rectores del Debido proceso de Infancia”, Martín Alesi —autor—, Tomo III, pág. 2408).

Desde esta Sala se ha dicho que “el artículo 3° párrafo 1° de dicha Convención es claro al establecer que en las medidas concernientes a los niños que tomen, entre otros organismos, los tribunales una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño. Al respecto hemos dicho en esta Sala que “existe un único objetivo en estas cuestiones minoriles que es el interés superior del niño comprometido en cada situación que se presenta” (esta Sala en causa nro. 47.026, R.S. 314/02). Aunque, bien se expone doctrinariamente, que el concepto de “interés superior del niño” es un término flexible, toda vez que permite y a su vez exige que —en cada caso puntual— se lo califique y redefina, atendiendo a las particularidades de la situación, dependiendo —en cada caso— de circunstancias específicas; esta particularidad —se dice también— llevará a los órganos de aplicación a asumir la importantísima tarea de “descubrir” qué curso de acción llevará a la defensa del interés superior del niño en cada caso particular; aclarándose que lo que la Convención establece es que resulta obligatoria para esos agentes la búsqueda que lleve a ese “descubrimiento” de qué es lo que mejor resguarda ese interés superior del niño (Martínez Ruiz, Analia en AAVV, Ines M. Weinberg, directora. Convención sobre los derechos del niño, p. 101)” (causas nro. 52.888 R.S. 820/05, 54.725 R.S. 744/06; 54.779 R.S. 145/97).

Esta arista que conlleva el interés superior del niño no puede perderse de vista en la búsqueda de una solución acorde a la satisfacción de dicho principio, pensando exclusivamente en los beneficiarios de su aplicación: niñas, niños y adolescentes.

O, dicho de otro modo, en cada supuesto que se tenga que decidir por parte del órgano jurisdiccional es menester detenerse para ponderar, en el caso concreto (y de acuerdo con sus específicas circunstancias, art. 171 Const. Pcial.) cuál será el curso de acción que mejor satisfaga y resguarde aquel interés (esta Sala en causa nro. 22831 R.S. 80/16).

Ahora bien, volviendo a lo específico del caso, los guardadores ¿ingresan en la categoría de responsables del que nos habla el aludido art. 27?

Estimo que sí.

Es que, teniendo en cuenta la específica situación en que se encuentra aquí la adolescente, debemos buscar en nuestro ordenamiento jurídico la norma que de solución al tema.

Puntualmente, no existe ninguna previsión específica.

Con todo, y como lo hemos visto, a nivel jurisprudencial la situación aquí planteada se ha asimilado con la prevista por el art. 676 del CCyCN.

Y, a mi juicio, ostenta suficiente grado de analogía como para acudir a la misma solución, por eso comparto el fallo ya citado de la justicia local. Me explico.

El art. 672 de dicho cuerpo legal denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

Y el art. 676 determina que la obligación alimentaria (subsidiaria y limitada) del progenitor afín al disponer que “la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

Como se ve, ante la ruptura de la convivencia “si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial”.

¿Cuáles son los puntos de apoyo para la operatividad de la norma?

En definitiva, si buceamos en la esencia del artículo —y lo interpretamos en clave convencional y constitucional (arts. 1 y 2 CC y CN)— lo fundamental es que:

1) el cambio de situación pueda ocasionar un grave daño al niño o al adolescente; y 2) se haya asumido, durante la convivencia, el sustento del niño o adolescente.

La norma, en definitiva, va en procura de una solución última (de allí su carácter subsidiario), extrema y limitada, colocando sobre determinada persona (el progenitor afín) una obligación asistencial, procurando evitar —en definitiva— el grave daño al niño —o al adolescente— que pudiera derivarse de la ruptura de la convivencia.

Como se ve, la cuestión se mira desde el ángulo del resguardo y protección a la persona en situación de vulnerabilidad, lo que es lógico si se tiene en cuenta lo dispuesto por la ya recordada Convención sobre los Derechos del Niño y, especialmente, la primordial consideración de su bienestar (art. 3).

Es que, en definitiva, está en juego su propia subsistencia y desarrollo pleno.

Y, en tal contexto, pasa a segundo plano la filiación del hijo del otro conviviente. Nótese, en tal sentido, que la norma del art. 676 del CC y CN no hace ningún distingo en cuanto al motivo del cese de la convivencia; dicho cese podría, por ejemplo, obedecer al fallecimiento del progenitor del niño o adolescente (art. 523 inc. a CC y CN) que, así, desaparecería de la ecuación. Lo cual reafirma mi postulado en el sentido de que lo que la norma busca es resguardar la situación del alimentado.

No parece, entonces, que la solución que deba adoptarse en casos como el presente difiera de aquella prevista por el art. 676 del CC y CN.

Lo relevante, en definitiva, es la protección de la persona alimentada y el mantenimiento del status quo derivado de su inserción en determinado grupo familiar; inserción que se dio a raíz de una conducta libremente adoptada por los adultos guardadores, quienes —insisto— emplazaron a la niña en un determinado estado fáctico-familiar, determinante de su situación de vida y que —a mi juicio— no puede ser abruptamente cortado.

Luego, ante circunstancias así, el Estado (que otorgó la guarda a quienes, libremente, concurrieron a solicitarla) no puede desentenderse de la situación.

Incluso, una interpretación —elástica— de la parte final del art. 1° del CC y CN (el comportamiento —usos, prácticas y costumbres— como fuente de derechos) converge en el mismo sentido pues, en definitiva, en el seno familiar el comportamiento —reiterado y unívoco— del matrimonio guardador genera concretas expectativas en la niña, de las que no pueden los guardadores desligarse sin asumir las condignas responsabilidades ulteriores.

También converge en el mismo sentido —si se quiere como pauta interpretativa— el deber jurídico que pesa sobre toda persona (jurisdicción y guardadores inclusive) de evitar daños o disminuir el tenor de los ya causados (art. 1710 CC y CN).

Sentado todo ello y, como lo vengo diciendo, el interés que debe resguardarse (el prioritario) es el de la menor, por sobre el de los guardadores: en el primer caso, está en juego su subsistencia y desarrollo pleno (en una etapa particularmente sensible de la vida: la adolescencia); en el segundo, una cuestión meramente patrimonial.

De este modo, si fueron los guardadores quienes —voluntariamente— asumieron dicho rol y contribuyeron a insertar a la niña en una determinada situación fáctica (estudios, salud, alimentación, esparcimiento, etc.) no pueden, abruptamente, pretender desligarse de dicha situación, sin que — paralelamente— se adopten las medidas necesarias para evitar que —en lo limitado de dicha transición— se produzcan daños o se ponga en peligro el desarrollo o la subsistencia de la adolescente.

Así lo ha dispuesto la Sra. Juez de Grado en el fallo apelado, es lo que —a mi juicio— resguarda el mejor interés de la adolescente y, por ello, entiendo que la fijación de alimentos debe confirmarse.

Finalmente, el estudio de la cuota alimentaria en cuestión responde a lo dispuesto por la Suprema Corte Bonaerense en su resolución de fecha 6 de abril del corriente año donde dispone que “el organismo interviniente deberá brindar concreta respuesta al pedido de prestación alimentaria formulado por el Servicio Local, el que deberá ser adecuado a los requerimientos de O.” y en ese camino es que esta Sala comparte la necesidad de establecerla en beneficio de la niña.

Asimismo, en otro orden de ideas y en lo tocante a la retroactividad, la decisión no refleja más que la aplicación de lo establecido por el art. 641, último párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Y en lo atinente al planteamiento que anuncian acerca del destino de la cuota, ello no es un agravio en sí, sino un aviso de lo que harán, con el que —por cierto— habrán de ocurrir por la vía y forma que corresponda.

Por todas estas razones entiendo que deberá rechazarse el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes y confirmar la resolución apelada en lo que fuera materia de agravios.

#### IV. Conclusión.

Si mi propuesta es compartida se deberá rechazar el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes y confirmar la resolución apelada en lo que fuera materia de agravios; sin costas de Alzada, atento lo novedoso de la cuestión (art. 68, segunda párrafo, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta por la afirmativa

El doctor Jordá, por iguales consideraciones y fundamentos a los expuestos precedentemente, adhiere votando en el mismo sentido que el doctor Ferrari.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes y se confirma la resolución apelada en lo que fuera materia de agravios. Sin costas de Alzada, atento lo novedoso de la cuestión (art. 68, segundo párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese. Comuníquese la presente Resolución a la Suprema Corte por vía Electrónica. Remítase encomendándose a la Instancia de Origen las pertinentes notificaciones. — Felipe A. Ferrari. — Roberto C. Jordá.

[Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros, “L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación”, sent. del 07/02/2020, Publicado en La Ley](#)

**Voces:** CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO ~ DERECHOS DEL MENOR ~ DERECHOS PERSONALISIMOS ~ FILIACION ~ GRUPO FAMILIAR ~ NIÑO ~



PADRE DE SANGRE ~ PROTECCION DE LA FAMILIA ~ RESPONSABILIDAD PARENTAL ~ VINCULO DE FAMILIA

**Tribunal:** Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros(JCivFliaySucMonteros)

**Fecha:** 07/02/2020

**Partes:** L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación

**Publicado en:** SJA 25/03/2020, 25/03/2020, 75 - DFyP 2020 (junio) , 87, Con nota de Elena Mendoza; LA LEY 19/06/2020 , 6, Con notas de Ursula C. Basset y Marisa Herrera y Andrés Gil Domínguez; RCCyC 2020 (julio) , 107, Con nota de Gabriela Yuba; RDF 2020-IV , 332, Con nota de César Julio Gómez;

**Cita Online:** AR/JUR/132/2020

**Sumarios:**

1 . El Estado debe reconocer a la familia conformada por una niña, su padre jurídico- no biológico, su padre biológico-no jurídico —con quienes convive— y su madre, en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva- biológica-originaria, y a la luz de lo establecido por el art. 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre.

2 . La niña cuya filiación se reclama en el caso tiene razón en negarse a optar entre quien es su padre jurídico y su padre biológico, porque ambos cumplen con la función de padre; ambos ejercen plenamente las funciones parentales, le dan amor y se encargan de su cuidado; con ambos vive y comparte.

3 . Es un derecho intrínseco, esencial, individual y personalísimo de una niña a continuar en la conformación familiar y parental que tiene y que disfruta (serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista): esto es, ser hija de su padre jurídico y su padre biológico, con quienes vive, tal cual ella la describe y la experimenta.

4 . El Estado no puede limitar la opción de una niña de asumir y disfrutar de dos padres —el legal y el biológico, con quienes convive—, porque esa elección constituye su biografía personal, su libertad individual —en sentido amplio— y su propia dignidad.

5 . El derecho autónomo de una niña de “no elegir entre dos padres” —el legal y el biológico, con quienes convive— lleva implícito el derecho a que se reconozca a su familia en la constitución que tiene y que existe; y, como derivación directa de ello, se debe evitar que, por reconocer a un padre un mejor derecho que a otro, se derive en una forzada desintegración de los lazos familiares preexistentes; y, en consecuencia, la injerencia estatal no solo es ilícita sino con un claro sentido de injusticia.

6 . Las bases biológicas y las connotaciones jurídicas que se relacionan con la filiación y la parentalidad entre una niña, su padre jurídico y su padre biológico no son excluyentes para que se constituya ese sentimiento único, sino excepcional, de intimidad, de amor, de confianza y comprensión recíproca que se adquiere a través de interfuncionamientos prolongados entre el niño y el adulto. Ambos son sus padres y ella se siente hija de ambos, se autopercibe como hija de ambos.

7 . Una niña tiene el mismo derecho que los/ as otros/as niños/as (ciudadanos/as argentinos/ as) a que se reconozca y garantice la pluriparentalidad o diversaparentalidad derivada de los vínculos afectivos y biológicos preexistentes (filiación biológica y filiación socioafectiva), a partir de los cuales la niña tiene su desarrollo desde la primera infancia.

8 . El art. 558 del Cód. Civ y Com., en cuanto reconoce solo el modelo binario en la filiación, constituye —en este caso— una franca transgresión a los estándares internacionales en vigencia y, específicamente, al deber del Estado en el reconocimiento, protección y garantías de los derechos del niño (CDN).

### **Texto Completo:**

**1ª Instancia.-** Monteros, febrero 7 de 2020.

Esta sentencia (decisión final en este proceso) se desarrollará en las siguientes partes: I. Antecedentes del caso (resumen de los elementos agregados y del procedimiento), II. El relato de la historia. La decisión final y las explicaciones que desarrollo para llegar a esa solución (análisis completo y detallado de las circunstancias del caso y los argumentos jurídicos y no-jurídicos que —entendiendo— aplican para la resolución), III. El fallo: es la parte titulada como "Resuelvo", en donde hago conocer técnica y precisamente mi decisión y sus alcances (es decir, qué implica).

Anticipo que no voy a escatimar ni tinta ni empeño para desarrollar esta decisión. Pues el Estado —en este caso el Poder Judicial— está obligado a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que disponga y del esfuerzo para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de las personas (1).

Antes de pasar a desarrollar cada punto que dijera en el primer párrafo —alejándome de todo formato rígido y tradicional que tenemos los jueces y las juezas para escribir los fallos, sin que tales formas hoy merezcan tanto valor— me permito citar una reflexión del libro *El Principito*, que enseña: "Solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible para los ojos [...] Los ojos son ciegos. Hay que buscar con el corazón" (2). Y es que para poder dar una solución jurídica a este caso —pues a decir verdad [el caso] ya está resuelto por la vida misma y mucho antes de esta sentencia— no solo tuvimos que mirar más allá de la apariencia, sino también tuvimos que deshacernos de nuestros prejuicios y estereotipos para conectar realmente con las personas que participan en esta historia. Especialmente con J. de 9 años, que es no solo la protagonista sino quien conquistara la solución.

En definitiva, es la niña la que mostró qué era —y sigue siendo— "lo esencial de este caso" [como *El Principito*], y al mismo tiempo exige [al Estado] echar una mirada a su vida con todos los sentidos.

A continuación, despliego cada punto.

I. Antecedentes del caso:

Este expediente (conjunto de documentos) se inicia con la demanda (petición ante la justicia) que presenta el Señor R. L., con el propósito de lograr el reconocimiento legal como padre de J. S.

Por esa acción judicial, lo que pretende R. L. es la impugnación de la filiación (3) paterna del Señor J. S., quien figura como padre de J. en el acta de nacimiento.

El escrito de demanda está agregado en las páginas 02 a 06. Como se puede observar, el Señor L. realiza su presentación con el patrocinio (asistencia jurídica) del Dr. Jorge Rubén Molina, MP ... CAS, y constituye domicilio a los fines de las notificaciones de este proceso en el Casillero N° 210 de este Centro Judicial. Indica que es el padre biológico de J. S., y es por eso que dirige la demanda en contra del Señor J. S., quien reconoció a la niña como su

hija. Luego expone —brevemente— la historia de vida que tuvo con la Sra. L. C. (mamá de J.) y señala que se casó con ella meses después que nació la niña.

En la página 11 y 12 se agregan el acta de nacimiento de la niña y el acta de matrimonio entre L. y C.

Con todo ello, y por lo que pretendía inicialmente el Sr. L., dispongo enviar el expediente a la Señora Agente Fiscal de este Centro Judicial para que opine sobre la incorporación de la Señora L. C. a este proceso, pues esta última no había sido inicialmente convocada por el accionante (como codemandada). Ver página 15.

El Agente Fiscal (4) emite su dictamen (opinión técnica), en el cual considera que debe incluirse en este expediente a la Señora L. C. y a la niña J. S. por entender que la participación procesal de ambas es necesaria.

En consecuencia, según decreto del 01 de febrero de 2018 (página 21), dispongo enviar copia de la demanda al Sr. S. y a la Sra. C. Asimismo, ordeno correr vista (que tome conocimiento del estado del expediente) a la Defensora de Niñez de este Centro Judicial, quien representa complementariamente a la niña.

En ese ínterin, el Señor L. se presenta con otro abogado, el Dr. Roberto Charcas y constituye domicilio procesal en casillero N° 251.

En las páginas 34 a 38 agregamos la contestación que hace el Señor J. S. Este último se presenta con el patrocinio de la Dra. Ingrid Lausberg MP ... CAT, y constituye domicilio en casillero N° 292. En dicho escrito, solo plantea la excepción de prescripción y la caducidad (5) de los plazos legales para interponer su reclamo. Sustenta su argumento en lo dispuesto en el artículo 593 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación). De esa pieza procesal, puede leerse que la paternidad biológica de R. L., no fue ni un hecho ni un aspecto controvertido por J. S.

Del planteo de prescripción se ordena correr traslado (es decir que R. L. sepa y diga algo respecto del planteo de S.). Ver página 39.

En la hoja 41, R. L. responde a las cuestiones de esos plazos vencidos, y refiere que todo eso es contrario a los derechos que se consagran en la Convención de los Derechos del Niño.

Por otro lado, la Sra. L. C. no contesta demanda. Tampoco se presenta en este juicio.

Con todo ello solicito nuevamente la intervención de la Sra. Agente Fiscal. Al mismo tiempo, en la página 51 dispongo correr vista a la Defensoría de Niñez para que emita opinión técnica en relación a los planteos sobre la identidad de la niña, y las cuestiones procesales planteadas en el expediente.

A la par, y a los fines de garantizar los derechos de fondo y de forma (es decir los que ya se estaban ventilando sobre la identidad de J. y su derecho a participar activamente en este juicio) dirijo oficio al Colegio de Abogados del Sur, a fin que proponga a algún profesional preferentemente especializado en materia de infancia, que pudiera asesorar y asistir técnicamente a la niña si ella lo quisiera. En la página 55, es agregada la contestación del oficio por parte de las autoridades del Colegio de Abogados del Sur, informando sobre la propuesta de dos profesionales: las Dras. F. d. I. B. y N. d. V. E. Sin embargo, la niña no tomó contacto con ninguna de esas profesionales.

En la página 57, es agregado el dictamen de la Defensoría de Niñez y Adolescencia.

En la hoja 59 ordeno convocar formalmente a J. a participar en este proceso haciéndole, saber que tiene derecho a expresar su opinión y a tener asistencia técnica (abogado del niño). Que para ello contaba con dos abogadas propuestas por el Colegio de Abogados del Sur, para el caso que ella lo quisiera y así lo decidiera.

Dado que la niña reside en la zona de Amaicha del Valle (lugar alejado de este Juzgado y en zona de montañas —Valles Calchaquíes—) y que su traslado hasta mi oficina podría significar una barrera territorial y temporal (por el diligenciamiento de cédulas) disuasoria del acceso efectivo a la justicia, dispongo que la entrevista con J. fuera en su lugar de residencia (6), y que el traslado sería de esta jueza conjuntamente con el actuario del juzgado, profesional del Gabinete Psicosocial, y el Ministerio de Niñez (página 66).

En efecto, el día 20 de mayo de 2019, se lleva a cabo la entrevista con la niña en el lugar donde ella habita, con la colaboración del Lic. Marcelo Paz Aparicio (psicólogo del Poder Judicial), y la Sra. Silvina Giuliani en representación de la Defensoría de Niñez del Poder Judicial. Es importante destacar, que la charla se realizó con total sujeción a las disposiciones de la Convención de los

Derechos de los Niños (en adelante CDN) y a la Ley 26.061 sobre Protección Integral de la Niñez. En ese sentido, se le explicó a la niña en términos sencillos el motivo del encuentro, cuál era la razón para charlar sobre el asunto que se trataba en el expediente. Luego de esas explicaciones y darle la información que nos pidiera, le preguntamos si podíamos continuar con la entrevista. Ella aceptó. En esa oportunidad, J. contó cómo está conformada su familia. Nos explica que tiene dos -2- papás: J. y R. Que su mamá vive en otro lado. Que tiene cuatro hermanos más, tres mujeres y un varón. Una hermana por parte del papá J., otra hermana por parte del papá R., más una hermana y un hermanito de meses por parte de la mamá. Que ella vive parte del tiempo con J. (a quien llama "papito") y parte del tiempo con R. (a quien llama "papá"). Que comparte tiempo con sus hermanas y hermanito. También expresó su preocupación, pues le "habían dicho que tenía que conversar con la jueza para elegir entre sus dos papás y que ella no quería hacerlo" (sic). Continua diciendo que ella quiere tener a los dos papás. Que quiere seguir llamándose J. S.

Luego se le informó sobre el derecho que tiene a resguardar el acta [el papel donde escribimos lo charlado] en privado para que se preserve lo conversado, o bien que se agregue al expediente y pueda ser conocidos por otras personas. Con total claridad y contundencia nos pidió que la agreguemos al expediente.

Frente a lo charlado con J., es que ordeno librar oficio a la Lic. Valeria Rivero, quien se desempeña en el área de Servicios Locales de la Dirección Infancia, Niñez y Familia (en adelante DINyF) de Amaicha del Valle, para que envíe informe completo y detallado sobre las intervenciones que realizaron en relación a la niña y a su grupo familiar; y del mismo modo convocar a una audiencia en el marco del artículo 38 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Tucumán (en adelante CPCCT) a ambas partes, es decir, al Señor L. y Señor S. (p. 75).

En la página 86, y por medio tecnológico se presenta J. con la Dra. Gabriela Gómez Peña, del Centro de Acceso a la Justicia de Amaicha del Valle. Mediante dicha pieza procesal, la niña junto con su abogada solicita que se respete el derecho de identidad en el doble aspecto: dinámica y estática. La Dra. Gabriela Gómez Peña reitera textualmente el pedido de J. diciendo que "no quiere elegir entre ambos padres, que ella tiene los dos y que a los dos los quiere. Que quiere seguir llamándose J. S.". Luego, la abogada asienta y

justifica tales pretensiones en los derechos fundamentales y constitucionales de la niña.

En la página 97, es adjuntada el acta de audiencia que se hiciera con el Sr. L. el día 12 de junio de 2019. En ese momento R. L. es acompañado por otro abogado, el Dr. Diego Eduardo Vals, quien solicita representación de urgencia, sin revocar el poder conferido al Dr. Charcas. No se presenta el Sr. S., ni la profesional patrocinante, Dra. Ingrid Lausberg, a pesar de estar notificados (hoja 83). Una vez que comienza la audiencia, se le explica al Señor L. el rol protagónico de la niña en este proceso, y se le hace conocer su opinión y petición. R. L. manifiesta que "es consciente de la voluntad de su hija". Finalmente, el Ministerio de Niñez solicita que se dicte sentencia. Así fue dispuesto en el mismo momento, previo pago de la planilla fiscal (hoja 97 vta.). En la página 98 se practica planilla fiscal, es decir, los gastos generados por el uso del servicio de justicia.

En las páginas 101 a 103, el Dr. Vals acompaña recaudos legales (bonos profesiones, boleta de aportes establecidos por la ley 6059, requisitos que todos los abogados deben cumplir al momento de iniciar o de presentarse en un juicio). En la página 107 bis es acompañada tasa de justicia por pago de planilla fiscal.

Desde la página 117 a 122 es agregado el informe detallado de la Licenciada Valeria Rivero, quien se desempeña para la DINAyF en la localidad de Amaicha del Valle. De dicho informe surge el resultado de las intervenciones que hiciera con la familia de la niña.

En las páginas 124 y 125, es adjuntado el dictamen de la Señora Agente Fiscal de este Centro Judicial. En dicho instrumento, concluye la titular del Ministerio Fiscal que: "[...] a fin de tutelar sus vínculos afectivos, respetando la construcción de su identidad dinámica de la niña, y contando esta con la madurez suficiente como para decidir sobre su identidad de origen, entiende este Ministerio Público Fiscal que S.S. puede hacer lugar a las presentes en base al pedido de la niña, con ajuste a las Convenciones de fondo y en forma". Con estos elementos queda este expediente en condiciones de resolver, correspondiendo ingresar en el tratamiento de lo solicitado por la niña y por las partes adultas intervinientes en este proceso.

Los hechos y acreditaciones de autos:

La demanda: R. L. pide que se desplace a J. S. como padre de J. El Sr. R. L. afirma que es el padre biológico de la niña.

La contestación de la demanda: J. S. no discute la paternidad biológica de R. L. El hecho no está controvertido. Solo pide que se rechace la demanda por haber vencido los plazos concedidos por la ley para iniciar la acción judicial.

La participación procesal y protagónica de la niña en el proceso. Participación con asistencia técnica (figura del abogado del niño) (7): J. S. reconoce como padres a los dos. Conoce su origen biológico y su origen legal. Solicita que se respete su identidad tal cual se configura en la realidad sin que tenga que elegir (desplazar de la función paterna) entre sus padres. Señala que los quiere a los dos en los papeles. Finalmente solicita mantener su nombre tal cual figura en el acta de nacimiento.

\*Los informes de la DINAyF: dan cuenta de la realidad socioafectiva de la niña. La composición de un modelo familiar diferente a lo tradicional. Todos los miembros de ese grupo familiar (ambos padres, madre, abuelos y abuelas, hermanas/o de la niña) conocen el origen biológico y legal de J. La niña y los demás miembros de la familia tienen no solo las necesidades básicas satisfechas, sino resguardados sus derechos fundamentales: a la vida familiar (8) en el contexto socioafectivo reinante (cuidados parentales compartidos entre dos padres, comunicación con la madre, vínculos fraternos garantizados, educación y salud).

Opinión del Agente Fiscal: aconseja que el caso se resuelva en perspectiva de los derechos de la niña. Que frente al derecho fundamental de identidad de la niña y los pedidos expresados por ella, los plazos de caducidad más la inconstitucionalidad planteados por J. O. S., no amerita tratamiento alguno. Considera que no existe conflicto en torno a la identidad de la niña, toda vez que ella conoce los roles de cada padre y su procedencia biológica. Aconseja respetar la identidad dinámica de la niña y su derecho a mantener la conformación familiar tal cual se refleja en la realidad. Finalmente entiende que el pedido de la niña debe ser admitido.

## II. Un caso. Una historia

El caso y la historia del caso:

Esta sentencia es para J. S., y sus dos papás: R. L. y J. S. A partir de ahora, voy a nombrarlos por el primer nombre a cada uno de ellos.



J. tiene una historia interesante. Ella es una niña de 9 años y vive en Amaicha del Valle, Tucumán. Concorre a la escuela N° 10 de Amaicha. Pasó a cuarto (4°) grado. Le gusta la matemáticas y quiere ser maestra cuando sea grande. Durante la semana vive con su papá J. (S.), su hermana N. (S.) de 11 años, y doña H. —hermana de J.—. Los fines de semana vive con su papá R. (L.) y su hermana H. (L.).

La mamá de J. se llama L. y vive en otro sitio. Allí —en la casa de su mamá— también tiene dos hermanos más pequeños. Ellos se llaman L. y N., ambos son muy chiquitos —nos cuenta J.—.

J. sabe que ella es hija biológica de R. Pero que, cuando nació fue reconocida por J. De todas maneras, ambos se comparten como auténticos papás de ella. Comparten todo. Ella reside tiempo en ambas casas, la del papito J. y la del papá R. Así los nombra ella. Su vida y la vida de los papás se organiza de esa manera (acta de audiencia de fecha 20/05/2019).

J. conoce perfectamente su origen. Vive conforme siente, es decir, que J. y R. son sus papás. Disfruta de su familia y de esa forma de vivir.

Actualmente J. y R. —ambos— se encargan del cuidado y la crianza compartida de J. A ello se suma, la misma tarea (cuidado y educación) que cada padre tiene de sus otras hijas.

J. comparte ambas familias y tiene vínculos no solo parentales sino fraternos fuertemente afianzados en el amor y el apego familiar (padres, madre, hermanas y hermano).

En definitiva, ella siente (pues así lo manifestó) que es hija de J. y R. De uno tiene el apellido y el afecto, y del otro reconoce que es su padre biológico e igual afecto. Vive con los dos. Comparte con ambas familias. Vivencia sus lazos de afecto con hermanas/o, tíos/as y abuelo/as cotidianamente. En la charla con J., ella nos explicó todo esto y de una forma tan simple como real.

Y en la misma charla, le preguntamos a J. si ella siente que tiene los dos papás, y nos dice que sí. Luego avanzamos sobre estos puntos, y le preguntamos si quiere tener a los dos papás en los papeles, como los tiene en la vida real, a lo que responde que sí.

Y eso —debo admitir que fue la pretensión más simple, pero más significativa y reveladora que tengo para resolver— me exhorta (y exhorta al Estado) a una

reflexión profunda. A mirar lo esencial y no ser ciega ante la realidad de esta familia —al decir del Principito—.

A lo que jurídicamente podría traducirse en la necesaria humanización de la Justicia y el proceso (9). El régimen civil y comercial en vigencia reconoce dicha humanización o constitucionalización de la ley, pues así lo dejaron plasmado los redactores del Código Civil y Comercial Común en los fundamentos del Anteproyecto (10).

A partir de ahí, entonces me pregunto:

-¿Podría el Estado desoír la voz de J. y su consecuente petición de "no elegir entre sus padres" (J. y R.)?

-¿Acaso J. tiene algo o a alguien que elegir en este proceso?

-¿A quién se le ocurre que una hija elija entre dos padres a quienes ella ama?

-¿Podría el Estado —en el actual sistema normativo— legalizar o legitimar que J. tenga que posicionarse en alguna elección? (entre J. y R.)

-¿Puede el Estado "elegir" por ella entre sus padres?

-¿Cabría la posibilidad de desplazar a uno de ellos, ya sea por inexistencia de vínculo biológico o por el mero vencimiento de plazos legales?

-¿Existe algún orden público capaz de impedir la continuidad del ejercicio real y efectivo de la paternidad por parte de R. y J.?

-¿Podría resolverse la "cuestión del padre" (11) en un laboratorio y mediante una prueba de ADN, en el que se confirme el origen biológico de J.? O bien ¿podría resolverse "la cuestión del padre" por el solo transcurso del tiempo —supuestamente por inacción—?

-¿Qué tanto poder tiene el Estado para disponer —en esta historia— cuál de los dos señores es el verdadero padre? ¿el legal o el biológico?

Todas las respuestas fueron en sentido negativo. Y en consecuencia no caben las elecciones. Pues lo esencial es otra cosa. Solo desde el amor y el apego se construye la parentalidad (paternidad y maternidad). Es una creación diaria. Pues es necesario contar con el deseo y la demanda de aquellos que pretenden un hijo/a (12). En esta historia puede advertirse que —desde la primera infancia de J.— ambos padres articularon ese deseo.

Por su lado, la niña se nombra, se constituye e identifica como hija de ambos.

La familia de J. en la conformación que tiene (dos padres y una madre), debe ser no solo reconocida como una realidad preexistente sino que debe ser protegida y legitimada ante la sociedad y ante la ley (13) (14).

Dicho eso, ahora me dirijo a J. para decirte: "J. tenés razón cuando decís que no querés 'legir entre tus dos papás'". Tenés derecho a conservar a los dos, al papá R. y al papito J. También tenés razón al no permitir a los grandes —y admiro tanta valentía— que te exijan ese tipo de elección. No hay nada que elegir. Vos no tenés que elegir entre J. y R. Porque según lo que hablamos y me hiciste saber, es que sentís que los dos son tus papás. Listo, eso es lo importante. Y así lo voy a escribir en esta sentencia. Te anticipo que voy a reconocer legalmente ese derecho a tener a tus papás en los papeles (a los dos) y a reconocer el derecho a vivir de esa forma y en familia. Esto quiere decir, que voy a hacer que el Estado registre en tu acta de nacimiento a R. además de J. y L. A los tres: con lo cual vos vas a tener en los papeles (acta) dos papás y una mamá. Y con eso, ellos tres tienen los mismos derechos y obligaciones (ellos con vos y vos con ellos). Básicamente las obligaciones de ellos tres son: cuidarte, acompañarte en la vida, y asegurar tu bienestar físico y económico (alimentos, vivienda, estudios, etc.). Entre ellos deben organizarse para cuidar de vos (autorizaciones recíprocas cuando vos salgas de viaje fuera del país o si decidieras casarte antes de los 18 años, derechos de comunicación con vos, cuidados personales, y esas cosas, ¿sabes?...). Esto es una explicación sencilla, pero, todo está descripto en la ley y te la voy a detallar más abajo para que la leas si querés, para cuando quieras y necesites hacerlo (15). Eso ya queda en vos.

Para poder hacer todo eso que te digo más arriba, es que necesariamente debo precisar algunas cosas, y a partir de ahí explicaré cómo voy a proteger tus derechos y el de tus papás: R. y J.

Veamos:

- El origen biológico de J. no fue controvertido. (R. afirma ser padre biológico. J. no lo niega, solo aduce el vencimiento del plazo legal para la acción intentada).
- La niña conoce su procedencia biológica (es hija de R.).
- La familia nuclear (padres/niñas/hermanas y madre) y la familia ampliada (tíos y abuelos) funcionan en base a los lazos afectivos, biológicos y legales.

(Reconocen la coexistencia de ambas fuentes filiales en J.: biológica y socioafectiva).

-R. pretende ser emplazado legalmente como padre.

-J. intenta no ser desplazado como padre.

-J. pide que se reconozca el derecho a conservar a sus dos papás.

-Básicamente (J., J. y R.) coinciden en que desean preservar las relaciones familiares que tienen y sienten. Ser padres de J.

Y J. ser hija de ambos.

Así las cosas, y tal cual funciona en la realidad, entiendo que J. tiene razón en negarse a optar entre ellos. Porque en las condiciones que surgen del expediente, ambos cumplen con la función de padre. Ambos ejercen plenamente las funciones parentales. Ambos le dan amor y se encargan de su cuidado. Con ambos vive y comparte. Tanto J. como R. se desempeñan como sus auténticos papás.

Esa es la historia de este caso. Esa es la realidad. Quizás este tipo de familia no fue siquiera concebida por quienes hacen las leyes (legislador), y si se la imaginó pues no le puso nombre. Sin embargo, no tener "un nombre para este tipo de familia" (16) no significa que no exista. Lo que ocurre es que yo [en la investidura del Estado] tampoco puedo ignorarla al momento de resolver. Es más, debo "nominarla". Debo ponerle nombre a "eso diferente", pues el derecho de las familias es respetuoso de la diversidad (17). Es otro tipo de familia que merece trato igualitario ante la ley (18). Debo reconocer y proteger la multiculturalidad que en este caso se esboza.

Avancemos: en cuanto a la denominación de este tipo de familia. Algunos estudiosos (19) del derecho le llaman multiparentalidad o pluriparentalidad. Lo que significa que una persona puede tener más de dos progenitores (sean padres o madres). No voy a entrar en una disquisición en el orden lingüístico. Solo pretendo nombrar a este "otro tipo de familia", y entonces voy a llamarla la familia pluriparental (20), simplemente en alusión a la diversidad de progenitores (no hay solo 2, hay más).

En ese sentido considero, que es un derecho intrínseco, esencial, individual y personalísimo de J. a continuar en la conformación familiar y parental que tiene y que disfruta (serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista). Tal cual ella la describe y la experimenta. Ese es su autoproyecto de vida (21).

Entrometerme en eso —su vida— e impedir a cualquiera de los papás de J. que sigan funcionando como tal (como su auténtico papá) sería una verdadera torpeza e imprudencia jurídico-estatal.

Tal como lo adelantara voy a reconocer el derecho de J., de J. y de R., a que todos encuentren sus nombres inscriptos en el acta de nacimiento de la niña. Voy a ordenar que se registre (se agregue) a R. L. como padre de J. S., conservando desde ya la inscripción de J. S. también como padre de la niña. A la par, voy a mantener la inscripción de L. C. como su madre —por supuesto—. A su vez, la niña continuará con el apellido S., pues así se nombra, se reconoce y desea seguir llamándose (así lo expresó al momento de nuestra charla/audiencia y luego en la presentación por escrito). Esto es lo que se conoce como el derecho a la identidad en su faz dinámica y el impacto de la apertura al afecto como valor jurídico (22).

En definitiva es respetar y legalizar la opción de vida de esa familia. Quiere decir además, que ambos (J. y R.) serán legalmente los padres de J., y que uno y otro tienen la misma responsabilidad y derechos frente a la ley (23). Quiere decir que J. no tiene que elegir entre ellos.

A esto lo voy a explicar y fundar desde el plano jurídico. Esto se llama argumentación. Ahí voy a explicar con más detalles jurídicos y no-jurídicos, qué cosas hago valer para proteger los derechos de J., J. y R. Quizás para J. hoy —al momento de escribir esta sentencia— sea un poco más difícil comprender la totalidad de lo que escribo, pero no descarto que cuando crezca —tal vez— mantenga interés en releer este papel (sentencia) y entienda cada vez más el alcance de estas líneas (integridad del fallo) y las leyes que invoco para resguardar sus derechos en este momento.

A los Señores J. S. y R. L., les adelanto que intentaré exponer de la forma más clara posible los fundamentos de mi decisión, explicando la legislación y los conceptos, que considero aplicable para la resolución de este caso. Pero, si aun así, quedara algún término sombrío o incomprensible, será tarea de los profesionales que los acompañan (Dra. Ingrid Lausberg, Dr. Diego Valls y Dr. Roberto Charcas) agradecerlos con más explicaciones.

Y, para el caso que no estuvieran de acuerdo con la decisión que tomo, pues tienen otras vías para fundar tales circunstancias y pedir la revisión.

Fundamentos de la decisión judicial

#### A- Argumentos jurídicos y aspectos axiológicos (24)

Avanzo en esta argumentación, haciendo conocer que resulta un espinoso — pero interesante— ejercicio tener que evidencia y justificar ante esta familia en particular y ante la sociedad en general, que los derechos que reclaman J., R. y J. (ser padres e hija) constituyen garantías esenciales. Incluso, que tales derechos fueron reconocidos mucho tiempo atrás por los Tratados Internacionales (25).

En estos casos, el Estado (mi función en el Poder Judicial) está obligado a desarrollar una tarea de interpretación holística de las normas que conforman el Sistema Reglamentario Nacional. Esto quiere decir, que debo tomar la actual legislación familiar e interpretar sus mandatos a la luz de las pautas que indican los textos internacionales (Tratados Internacionales en los que Argentina es parte). El Derecho Constitucional-Convencional de familia es el resultado del cruce entre Derecho Humanos y Derecho de Familia y el escenario obligado sobre el cual se debe realizar cualquier análisis jurídico (26).

De la misma manera tengo que reconocer que, además de la riqueza normativa con la que contamos, también es cierto que J. y sus papás lograron —con este caso y su historia— quitar aquellas creencias culturales y sociales por las que se entendía que las familias biológicas tienen una sola forma de instituirse, es decir, en el siguiente binomio: 1 madre + 1 padre= 2 progenitores.

Notoriamente, ellos (J. y sus papás) nos demostraron que existe más de un modelo familiar. Y el suyo es otro. Distinto. Propio. Genuino. Válido entre sí, para el resto de los miembros de la familia, y para la comunidad en general.

Y esa es la razón por la que la ley debe protegerlos, concediéndole los mismos derechos que a los otros modelos familiares.

Como dije anteriormente, la argumentación de esta sentencia y la realidad sobre la que se apoya, es un ejercicio jurídico que tiene su anclaje en las fuentes de derecho y la interpretación de la ley según los estándares de los Derechos Humanos (artículos 1, 2 y 3 del Código Civil y Comercial Común — en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación—) (27).

En este aspecto y para ahondar en los fundamentos de mi decisión, me permito seguir los pensamientos del filósofo Confucio (28), quien enseñaba: "saber que es lo justo y no hacerlo, es la peor de las cobardías". Lo justo es que J. no elija entre sus padres, pues su subjetividad e identidad como hija se construye a

partir de la presencia de ambos —J. y R.—. Cobarde sería escudar una solución jurídica en normas rígidas y carentes de valoraciones humanitarias.

La interpelación legal de J. al Estado por y para el reconocimiento de sus derechos civiles y sociales (derechos humanos fundamentales) es no solo justa sino legítima y merecen amparo legal.

Igualmente adhiero a lo que nos enseña el jurista Gil Domínguez cuando expresa que una compleja combinación de elementos jurídicos y no jurídicos, permitirá comprender el derecho como un fenómeno público, social e histórico advirtiendo que la interpretación es una operación de naturaleza social que adquiere sentido y legitimación en el contexto de una cultura. La estructura abierta del lenguaje Constitucional Convencional posibilita construir una subjetividad, a partir de la escucha del deseo de las personas, y nos conduce necesariamente a una sociedad plural y tolerante; donde el pensamiento monocromático —como una suerte de expulsión a los que portan una construcción biográfica distinta— no tiene cabida (29).

Es decir, que a esta historia y el fenómeno jurídico que nos revela, lo tomo desde la perspectiva de sus tres elementos esenciales: conducta, norma y valor (Teoría Trialista del Mundo Jurídico) (30). Sin pretender dar inicio al campo de la Filosofía del Derecho, solo he de señalar —para que los destinatarios de esta sentencia comprendan mejor, y además fue un compromiso asumido para con ellos —que para el Derecho las conductas son comportamientos humanos; las normas (las leyes) son descripciones de las conductas; y el valor se refiere a la justicia— que como valor que es— nos permite apreciar (valorar) las conductas y las normas.

En este caso, esta teoría se refleja en el siguiente modo:

-Las conductas: de J. y R. en la función paterna y la conducta de J. como hija de ambos.

-Las normas: J. es el padre reconociente de J. pues figura en el acta de nacimiento. La niña lleva su apellido y se identifica como tal. R. es el padre biológico de J., cumple la función paterna en los hechos. La niña conoce su origen y tiene vínculos afectivos y convive con ambos. (Artículos: 80, 240, 243, 246, 248, 258, 269 y concordantes del Código Civil Argentino [derogado];

-La valoración: ¿qué sería "lo justo" en el caso que tengo a resolver?

Ahora sí, me introduzco directamente en lo que me interesa describir, principalmente para que J., R. y J. sepan cuáles son las normas jurídicas y los aspectos no jurídicos que he tenido en cuenta para llegar a mi decisión final. Qué elementos y condiciones juzgo (valoro) como legal y razonable en sus pedidos.

Me explico:

B. La obligación del Estado y los derechos esenciales a proteger:

-Para J.: la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión. El derecho al nombre, a la personalidad jurídica y a la dignidad. Su interés superior. El derecho a participar en el proceso, a peticionar al Estado y exigir "no elegir entre sus padres". Su opinión como razón central de esta decisión. El derecho al mismo trato ante la ley.

-Para J. y sus padres: la protección de esa familia. El reconocimiento del amor como elemento constitutivo de la función paterna de ambos. La relevancia de la filiación socioafectiva.

-Para este caso (historia de vida) en particular: la declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Comercial Común y el reconocimiento de la pluriparentalidad como un derecho constituyente de la dignidad personal (de cada uno de ellos) y la identidad familiar (para este grupo).

A continuación, paso a desarrollar cada uno de esos derechos, a señalar dónde se encuentran ubicados, y lo que cada de ello y todos conjuntamente implican.

B.1 - El interés superior de J., la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión. Derecho al nombre, a su personalidad jurídica y su dignidad. (Todos esos derechos están enunciado en: la Convención sobre los Derechos Humanos (31): artículos 1, 2, 3, 8, 11, 17, 18, 24, 25 y concs.; la Convención de los Derechos del Niño (32): artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 18 y concs.; la Constitución Nacional (33) artículos 14 bis, 16, 28, 75 inc. 22 y concs.; el Cód. Civ. y Com. de la Nación (34), artículos 1, 2 y 3)

-¿Qué se entiende por el superior interés de J.? La confluencia con otros derechos esenciales.

La jurisprudencia nacional (35) ha concebido al interés superior del niño 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, analizado en concreto (...). Una definición aproximativa caracteriza al interés del niño como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un niño dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto. Al respecto, hemos sostenido que el interés superior del niño excluye toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (del voto del Dr. Pettigiani).

En esa línea de pensamiento —del mismo modo— importantes maestros del derecho, han dicho que el concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar "en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida" (36).

La ley 26.061 dice, al respecto, en su art. 3: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a- Su condición de sujeto de derecho; b- El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c- El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d- Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e- El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f- Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Habiendo esbozado el concepto, considero que en el caso concreto de J., su mejor interés se sintetiza en: a) reconocer y garantizar su derecho a mantener

los dos padres que en la vida personal (íntima y familiar) tiene y disfruta; b) reconocer que es un derecho de J. "filiarse (37)" como hija de J. por el vínculo afectivo y legal que los ensambla, e hija de R. por el vínculo biológico y afectivo que también los ensambla; c) proteger la familia de J. en la forma que está conformada y los vínculos jurídicos-biológico-afectivos que los ubica en esa (su) relación paterno/filial; d) abstener al Estado de cualquier injerencia ilícita en su vida privada so pretexto de aplicar normas internas en vigencia que impliquen transgredir el máximo bienestar de la niña, y en consecuencia vulnerar los estándares convencionales dominantes.

Todo aquello no es más que revalidar y consolidar en el marco de este proceso judicial el régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales de J. Y tal como lo establece la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), reconocer que los derechos esenciales de la niña (identidad, protección de su nombre, protección de su familia y de los lazos parentales existentes) no nacen del hecho de ser nacional de nuestra República Argentina, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno.

B 1.1 La confluencia del superior interés de J. con otros derechos (un núcleo duro de Derechos Humanos)

Ese interés superior también se relaciona con los siguientes derechos (que son considerados como la estructura vertebral del sistema de Derechos Humanos): la integridad personal, la libertad de pensamiento y de expresión de J. Derecho al nombre, a su personalidad jurídica y su dignidad. Explico.

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 5 reconoce expresamente el derecho a la integridad personal, física y psíquica, cuya infracción "es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y [...] cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta". Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "La Corte") ha sostenido en otras oportunidades que la mera amenaza de que ocurra una conducta prohibida por el artículo 5 de la

Convención, cuando sea suficientemente real e inminente, puede en sí misma estar en conflicto con el derecho a la integridad personal (38).

En el caso de J., esa afectación de derechos estuvo materializada cuando se mostró intimidada al momento de la audiencia, porque le dijeron que "tenía que elegir entre sus padres". Claramente, advierto que —en ese contexto— pudo haber atravesado momentos de angustia y total incertidumbre no solo por la decisión a la que podría enfrentarse, sino de los resultados que tal decisión podría aparejar.

En este punto, es importante garantizar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión de J., cuando dice "no quiero elegir entre mis dos papás". Este derecho incluye —según el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (39)— el no ser molestado a causa de las propias opiniones, lo que implica el derecho de investigar y recibir información, y el derecho de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión (el contenido del acta de audiencia de la página 73).

En el caso de J. —al momento de la audiencia— se habló de sus derechos y se amplió información. Estaba presente el Ministerio de Niñez y el profesional del Gabinete Psicológico de este Centro Judicial. Además, también concurrieron los profesionales de la Oficina de Acceso a la Justicia dependiente del Gobierno Nacional. En ese momento la niña expresa su más grande reclamo "no quiero elegir entre mis papás, los quiero a los dos" (40). Luego inscribe formalmente esta pretensión por intermedio de su abogada, la Dra. Gabriela Gómez Peña (en la figura del abogado del niño).

De este modo, es deber del Estado —en mi función jurisdiccional— desempeñar un papel central para el respeto y garantía de los derechos humanos en general, y de los de protección judicial y debido proceso en particular (en este expediente principalmente para J.) (41).

Es aquí, donde cabe la garantía de la libertad de expresión de J. y corresponde que se garantice el "derecho a no elegir entre sus papás", y que no sea importunada (molestada) por esa forma de sentir y de vivir. Reconociendo que la niña, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (42).

Esto se enlaza directamente con el "derecho a la identidad de J., a su personalidad jurídica y a su dignidad".

Lo explico:

Entendemos que la identidad y la identificación (individual y familiar) está compuesta por aquellos elementos (nombre, nacionalidad, sexo, género, datos genéticos, etc.) que permite diferenciar a las personas humanas. Es un derecho fundamental y es un atributo de la personalidad (43); en tanto que, según su autoproyecto de vida, el ser humano puede construir y fijar su identidad personal, puede exigir el reconocimiento de su individualidad y ser tratado como distinto y distinguible.

Esto comprende y se relaciona directamente con la identificación y el reconocimiento afectivo que tiene J. con ambos padres. Con ellos la une el afecto, además del lazo legal con uno y el lazo biológico con el otro. Concretamente en esta historia, J. vive y disfruta de dos padres: J. y R., más la mamá L. Esa y no otra, es su realidad, su identidad familiar y la construcción de su vida cotidiana. Situación que tanto la sociedad como el Estado deben respetar y abstenerse de cualquier intromisión en su proyecto de vida personal y familiar (CDN, Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...).

Al respecto la Corte Interamericana recuerda —en la Opinión Consultiva 24/2017— que la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana entendida como ser racional, esto es, el reconocimiento de su dignidad. Es así como ese Tribunal ha señalado en otras oportunidades que ese valor es consustancial a los atributos de la persona, y es, en consecuencia, un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (44). Por añadidura, debe entenderse que esa protección se encuentra establecida de forma transversal en todos los derechos reconocidos en la Convención Americana.

En relación con lo anterior, la Convención Americana contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todas las personas deben ser tratadas como iguales, en tanto son fines en sí mismos

según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida. Además, la Convención Americana también reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas —ha sostenido la Corte— se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública (45).

Por otra parte, la misma la Corte ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona (46).

Aplicado todo aquello en el caso J.: considero que el reconocimiento de la dignidad (de su dignidad y personalidad) lo constituye la posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. Es decir, al proceso subjetivo de constitución individual (se reconoce y se ubica como hija de R. y de J.).

En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona, es decir, que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención de los Derechos Humanos (47).

Es decir, el Estado no puede limitar la opción de J. de asumir y disfrutar de dos padres, porque esa elección constituye su biografía personal, su libertad individual —en sentido amplio— y su propia dignidad (48).

B 1.2 - La voz de J. en el proceso. Garantías mínimas judiciales: derecho a participar en el proceso, ser oída y que su opinión sea tenida en cuenta (CADH,

artículos 8, 25 y concs., CDN art. 12, CN artículo 18, 75 inciso 22, Cód. Civ. y Com. de la Nación artículo 706 y concs.)

Como es sabido, los textos internacionales conceden garantías judiciales a los niños (49). Específicamente el art. 12 de la CDN (50) les reconoce el derecho a participar y expresar libremente su opinión.

Vengo haciendo hincapié en lo que dijera J. al momento de nuestro encuentro (audiencia del artículo 12 CDN y luego cuando lo expone por escrito en las páginas 87 a 89). Su pedido de "no elegir entre sus padres" fue no solo preciso, sino también acorde a su desarrollo en todas sus facetas personales —nivel educativo, cognitivo, emotivo, psicológico y social— (principio de la autonomía progresiva (51)). En este aspecto considero que ese sentimiento, esa idea que ella señala, decididamente es la que cuenta en este proceso y es el eje rector de esta decisión (52). El solo hecho que J. tenga 9 años, no me permite rechazar o desatender su sentir (opinión + emociones) (53).

Es así que, "No elegir entre dos padres", lleva implícito el derecho a que se reconozca a su familia en la constitución que tiene y que existe. Y como derivación directa de ello, me obliga a evitar que por reconocer a un padre mejor derecho que a otro, conlleve una forzada desintegración de los lazos familiares preexistentes. Y en consecuencia, la injerencia estatal no solo es ilícita sino con un claro sentido de injusticia.

Ese derecho a no elegir entre sus dos padres es un derecho autónomo de J. ejercitado por ella misma. Es el derecho a crecer y desarrollarse en condiciones de igualdad, a expandir sus potencialidades y contribuir al desarrollo en sociedad.

Para cerrar este apartado voy a recordar que en casos como este (la historia de J. y sus dos papás), los niños son la centralidad (54). Esa centralidad implica tres cosas: a) reconocer a la niña (J.) titular de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y partir de la lógica del desarrollo integral de los NNA; b) reconocer su capacidad para ejercer sus derechos de forma independiente en función de su edad y madurez; c) reconocer y promover su derecho a participar y a que su voz y opinión sean tomada en consideración en la petición que hacen sus padres como en la decisión que me corresponde tomar, y que decididamente la afectará.

B 1.3 - La protección de la familia y de la vida familiar (CADH artículo 1,2,17; CDN artículos 1, 2, 4, 6, 7, 8, 9, 16; CN artículo 14 bis y 16)

La familia y el escenario social. La deconstrucción de un único concepto de familia.

Se afirma (55) que en la sociedad occidental estamos siendo testigos, desde hace décadas, de cambios y transformaciones económicas estructurales, en el modelo de producción y reproducción, ideología y valores desde la revolución industrial que han supuesto e incidido necesariamente en alteraciones en la organización familiar, en la movilidad social y en la protección de derechos individuales. Todo ello sin duda, ha condicionado y afectado al concepto de familia y a su funcionamiento. Continúan diciendo, que este nuevo panorama nos muestra un caleidoscopio de situaciones diferentes donde conviven elementos de estructuras anteriores con otros nuevos y donde encontramos:

- Parejas separadas, familias reconstituidas, familias monoparentales, familias de parejas homosexuales, familias de parejas abiertas o poliamorosas.

- Tendencia a la idealización y mistificación en la forma de vivir la maternidad/paternidad, rechazo de la misma, así como a la no diferenciación de funciones parentales.

- Acceso a la maternidad/paternidad desde técnicas novedosas de concepción y reproducción asistida.

- Multiplicidad de modelos de crianza que conviven unidos o de forma simultánea.

- Mayor libertad para elegir maneras de organizarse en la familia y modelos educativos diferentes.

- Parejas y personas solteras que se plantean como opción elegida no ser padres/madres.

- Etcétera.

Concluyen (56) refiriendo que la institución familiar es una construcción social, sujeta a necesarias variaciones conforme a una diversidad cultural en continua evolución y transformación. Por tanto, esta construcción social se encuentra sujeta a modas, ideologías imperantes que son cambiantes según modelos, criterios y pautas de conducta, pudiendo interferir e incidiendo de forma variable, en las diversas formas de vivir las maternidades/paternidades, evolucionando a veces, en un vaivén de movimientos pendulares, concibiendo

escenarios y situaciones vitales diferentes con respecto a generaciones anteriores.

No obstante (desde cualquier ciencia) partimos de la idea común de que la familia, dentro de cualquier modalidad y para cualquier individuo que nace, es lugar de pertenencia y de sostenimiento.

En el Sistema Interamericano de Derechos, la familia encuentra protección especial en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre (57), el artículo 17 de la CADH (58); artículo 8 de la CDN (59), Opinión Consultiva N° 17/02 y 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A partir de tales normas internacionales, la Corte ha sentado el criterio que el concepto de familia es amplio, obligando a los Estados a no distinguir entre los modelos familiares a la hora de proteger este seno social.

Ejemplo de ello fueron los siguientes pronunciamientos:

"Además, este Tribunal ha señalado que 'el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño [...] (60)."

"La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (61)."

"La Corte ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, ha afirmado que implica el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, así como también que los Estados tienen obligaciones positivas a favor del respeto efectivo de la vida familiar. El Tribunal también ha reconocido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia (62)."

"Además, es pertinente recordar que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez,



debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia. Por ello, la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar solo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los 'lazos familiares' pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño. Por consiguiente, en el desarrollo de la presente consulta en el marco de la situación de las personas migrantes, la Corte utilizará en un sentido amplio el término 'progenitores' de la niña o del niño empleado en la consulta formulada a la Corte, comprendiendo en él a quienes efectivamente constituyen parte de la familia de la niña o del niño y, por lo tanto, son titulares de la protección a la familia acordada en los artículos 17 de la Convención y VI de la Declaración Americana. En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que 'el término 'familia' debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local' [hay nota], de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable 'a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha (63)."

Ciertamente la familia nuclear de J. no responde al "modelo tradicional", es decir, 1 madre + 1 un padre = 2 progenitores (tipo binario de la familia biológica o por naturaleza).

Por el contrario, en el caso de J., ambos padres defienden el deseo de ser "reconocidos legalmente como tal" y en la vida de su hija. Todo acredita que ambos padres, se encargan del cuidado personal y afectivo de su hija. En ese escenario natural es en el que se desarrolla y se satisfacen las necesidades emocionales de la niña. En ese espacio familiar están dadas las condiciones apropiadas para que ella alcance un nivel de vida óptimo, y desarrolle su pleno potencial (64).

Bajo estas condiciones, la protección de esta familia es un elemento destacado en la protección de los derechos del niño (de J.), pues constituye el derecho "a su familia", a contar con ambos padres en sus registros de identidad y a ser cuidada por ellos (65).

No tiene por qué ni por quién elegir.

Por el contrario, es mi deber como Estado promover y propiciar un apoyo adecuado a estas personas que conforman esa familia (66) para que puedan cumplir con sus responsabilidades parentales en el cuidado y la crianza de su hija, y a su vez a la hija para que pueda crecer en ese núcleo natural y originario, para que de ese modo quede garantizada la protección de sus derechos (67).

B 1.4 - La pluriparentalidad: el elemento constituyente de la identidad familiar y dignidad personal. El deseo y el afecto de los padres como los componentes estructurantes de la función paterna. La biología y el amor como causa fundante de la vinculación parental (paternidad). (CADH artículos 1,2, 17,19 y conchs.; CDN artículos 1, 2, 4, 8, 16 y conchs.; CN artículos 28, 31, 75 inc. 22).

La noción de parentalidad, si bien surgida en el campo de la clínica psicoanalítica, ha sido trabajada desde diversas disciplinas, obteniendo un lugar en el campo educativo y en el jurídico, hasta volverse un término del lenguaje cotidiano asociado a diferentes sentidos (68).

La sociología del derecho ha propuesto tres maneras de identificar la parentalidad; "Refiere un componente biológico (que alude al genitor/a), un componente doméstico (con el que identifica a la persona que educa en el día a día al infantil sujeto) y un componente genealógico cuando el título con el cual se inscribe cada descendiente en un sistema simbólico de parentesco es designado por el derecho. Repartidos o coincidiendo estos componentes en la/s misma/s persona/s, hoy se corresponden con realidades que son

nominadas como monoparentalidad, coparentalidad o pluriparentalidad según las presentaciones o recomposiciones que las realidades familiares adquieren en su devenir" (69).

Se afirma que la parentalidad se trata de construcciones, transformaciones y permanencias a través de las cuales se deviene padre o madre desde el punto de vista psíquico (70). Igualmente se afirma que estas funciones no se corresponden con el sexo biológico (madre/padre) ni implica ubicarlas en dos personas, cada función por separado. Estas pueden ser alternadas, compartidas o fijas entre las personas a cargo de la crianza. De esta manera la categoría permite ir más allá de la dicotomía ancestral que circula en la distribución de las funciones de acuerdo al sexo biológico (71).

Parentalidad y filiación se implican mutuamente. Ambas nociones se asientan sobre la base de reconocimiento recíproco. Sin embargo, considerando los vínculos paterfilial en su devenir se puede decir que, partiendo de niveles arcaicos de relación, va dando lugar a una discriminación y al reconocimiento tanto de lo común como de lo diferente de cada uno de los términos (72).

Concluyo que todo aquello que explican las ciencias es lo que ocurre concretamente en el caso de J., R. y J. Ya que entre ellos existe un verdadero compromiso en el ejercicio de la paternidad. Ambos cumplen con el "ahijamiento" de la niña. Esa es una realidad que atraviesa la paternidad más allá de cuál sea el origen biológico de J.

A su vez, la niña no solo conoce su origen, sino que logra identificarse con ese entorno. Ella también se instala en el lugar de hija (proceso de subjetivación).

Entiendo que J. como R. legaron su genealogía afectiva y biológica a su hija. Ambos alojaron a esa hija (filiación afectiva, legal y biológica). Uno y otro asumen su crianza y promueven un espacio de calidez y apoyo a su desarrollo personal (expresión del deseo de constituirse como padres).

Podríamos preguntarnos ¿Cuál es el padre para esta niña? el biológico que engendra a la niña, el legal que dona su apellido o ambos que la reconocen como su propia hija y a quienes ella "demanda" como padres.

Hace tiempo Herrera resaltó la necesidad de repensar de manera crítica el principio binario a la luz de la filiación biológica (73), a lo que yo agregaría —en este caso en particular— la posibilidad de repensar el mismo principio a la luz

de la filiación socioafectiva, por el hecho de afiliarse/ahijarse simplemente por amor.

En este caso singular, considero que las bases biológicas y las connotaciones jurídicas que se relacionan con la filiación y la parentalidad entre J., J. y R., no son excluyentes para que se constituya ese sentimiento único, sino excepcional, de intimidad, de amor, de confianza y comprensión recíproca que se adquiere a través de interfuncionamientos prolongados entre el niño y el adulto (74).

Trayendo a este texto lo que reflexiona Gérez Ambertin en su artículo sobre "Los avatares del padre" (75), cuando dice "¿qué de aquel cuyo lugar posibilita el soporte de filiación y genealogía en tanto encadena al sujeto a una historia que lo inscribe en la serie generacional?", me atrevo a pensar que en el caso de J., no cabe el binarismo exigido por la ley (artículo 558 Cód. Civ. y Com. de la Nación), y como efecto de eso, excluir a cualquiera de los padres en la inscripción de la hija, sería simplemente contrario a la justicia (en tanto valor), a la razón, y al derecho (Constitucional y Convencional).

Ambos son padres: J., el padre jurídico-no biológico, y R., el padre biológico-no jurídico.

J. siente que es hija de ambos (así lo expresó). Se ubica en ese lugar y se autopercibe como hija de ambos.

Sería inexacto pensar que la identidad biológica podría desplazar la identidad socioafectiva que el propio dinamismo de la vida a forjado en ese vínculo parental. Es una identidad dual con equivalente jerarquía legal y social.

B 1.5 - El derecho a la no discriminación: el derecho de J. a ser tratada de igual manera ante la ley y adecuar su historia a la legislación internacional (CADH artículos 1 y 2, CDN artículos 2 y 4; CN artículos 16, 19, 28, 33 y 75 inc. 22; Cód. Civ. y Com. de la Nación artículos 1, 2, 3)

El principio de igualdad y no-discriminación se considera como una de las bases fundamentales del sistema de protección de derechos humanos y uno de los pilares de cualquier sistema democrático.

Tanto la Declaración como la Convención de los Derechos Humanos fueron inspiradas en el ideal "que todos los hombres nacen libres en dignidad y derechos" (76) y la Convención de los Derechos del Niño considera este principio como uno de los 4 principios fundamentales sobre los que se asienta.

El artículo 2 de la CDN establece la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado una doble concepción del derecho a la igualdad y a la no discriminación: una relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria; y otra relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (77). Es decir, el sistema interamericano no solo recoge una noción formal de igualdad, limitada a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas de diversa naturaleza que busquen la equiparación en el acceso a derechos y a la igualdad de oportunidades (78).

La aplicación de estos principios en el caso de J. y sus papás, conlleva a que se conceda el mismo trato que a otros ciudadanos extranjeros y argentinos a los que se les reconoció el derecho a la "triple filiación".

Veamos:

En Brasil existen dos antecedentes, uno en el Supremo Tribunal de Brasil del año 2016 (79), por el cual una niña fue reconocida por el esposo de su madre y cuidada por él como si fuese su hija biológica durante más de veinte años. El progenitor de la joven, comprobado su estatus de padre biológico, reclamó inscribirla como hija. El Supremo Tribunal Federal de Brasil reconoció los derechos de ambos padres. El otro antecedente brasileiro es el de Porto Alegre en 2015 (80), por el cual las integrantes de una pareja homosexual promovieron una acción declaratoria de multiparentalidad respecto de un menor de edad dado a luz por una de ellas y un amigo de la pareja. Es decir, solicitaron que el menor fuese registrado a nombre de las dos mujeres y el hombre. El pedido fue rechazado por mediar imposibilidad jurídica. Los peticionarios apelaron y la Cámara admite su recurso y ordena la inscripción solicitada.

En Argentina también existen otros ciudadanos que obtuvieron el reconocimiento a gozar de más de 2 vínculos filiales.

Uno de esos casos es el de A. (la identidad del niño se preserva) que fue el primer bebe en Argentina y en América Latina en contar con la triple filiación (81), el otro de F. (82) a quien le fue reconocido el mismo derecho por medio de la justicia porteña.

También contamos con el antecedente de Mar del Plata del año 2017 (83), por el cual una pareja del mismo sexo y la madre biológica de una menor interpusieron una demanda a fin que se le reconozca a la niña su triple filiación que había sido denegada por el Registro Provincial de las Personas. El juez hizo lugar a lo peticionado.

Lo que caracterizó los precedentes nacionales, es que la fuente de la filiación múltiple fue la volitiva (es decir el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida).

Sin perjuicio de ello, considero que el tratamiento ante la ley de estos ciudadanos (niños que cuentan con más de dos progenitores) debe ser a la luz del principio de igualdad y no discriminación, resultando prohibido al Estado diferenciar entre las fuentes de la filiación y el consecuente derecho a la "triple filiación" o "pluriparentalidad" que deriven de ellas.

En este caso, entiendo que tengo la obligación de crear condiciones de igualdad real y efectiva para J. ante la coexistencia y preexistencia de más de dos vínculos parentales en la constitución natural y originaria de su familia (84). Dichos lazos (biológico y socioafectivo) son inseparables e interactúan, influyendo uno con otro. La identidad de J. (en su doble aspecto estática y dinámica) se construye a partir de tales relaciones parentales, las cuales no pueden considerarse aisladamente.

Como corolario de lo dicho, J. tiene el mismo derecho que los otros niños/as (ciudadanos argentinos) a que se reconozca y garantice la pluriparentalidad o diversaparentalidad (85) derivada de los vínculos afectivos y biológicos preexistentes (filiación biológica y filiación socioafectiva), a partir de los cuales la niña tiene su desarrollo desde la primera infancia.

C.- Nombre y filiación:

Tal como lo expresara J. tanto en el marco de la audiencia (mayo de 2019) como en su presentación formal (hoja 87/89), su decisión es mantener el nombre tal cual se encuentra inscripto en el acta de nacimiento.

Tavip afirma que el nombre con el que las personas somos reconocidas tiene una serie de influjos psicológicos, sociológicos y jurídicos que nos marcan como seres humanos, como individuos y nos abarcan en nuestra integralidad (86).

En el caso de J., ella se autopercibe con el apellido S., y el hecho que mediante esta sentencia pueda existir un cambio en su filiación (a partir de ahora es la pluriparentalidad o diversaparentalidad), ello no implica que necesariamente deba modificarse el nombre de la niña, ya sea por agregación de otro apellido o alternación de órdenes.

La pretensión de J. en mantener su nombre tal cual es (prenombre y apellido), debo respetarla y avalarla porque de esa forma se permite decir quién es, identificándose de esa forma de designación ante ella misma, frente al Estado y a los demás individuos con quienes interactúa en sociedad (87).

La composición del nombre de la niña en la que se mantenga el apellido S. y no se agregue el apellido L., es otra vertiente de la identidad dinámica.

Mantener el apellido S. sin agregar un segundo apellido es reconocer otro derecho personalísimo de la niña: derecho al nombre, cuya contracara es la obligación del Estado no solo de protegerlo sino de brindar las medidas necesarias para facilitar el registro de la persona tal cual se percibe (dignidad humana) (88).

Sobre este aspecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha expresado que, si bien la Convención Europea no contiene ninguna referencia explícita sobre esta temática, el nombre y los apellidos hacen parte de la vida privada y familiar de todo ser humano puesto que constituyen un medio de identificación personal y un vínculo a una familia, los cuales se encuentran protegidos por el artículo 8 de dicho instrumento. De la misma manera, ese Tribunal ha expresado que la vida privada abarca aspectos de la identidad personal y social de los seres humanos y que el hecho de que puedan existir intereses públicos en regular el uso de los nombres no es suficiente razón para eliminar la materia del alcance del derecho a la vida privada y familiar contenido en el artículo 8 de la Convención (89).

En consecuencia, entiendo que la pretensión de J. debe ser admitida y su nombre será conservado tal cual está inscripto en el acta de nacimiento, sin agregación de otro apellido, pues solo con uno (S.) es la forma que la niña se

determina y que le da sentido a su existencia, así como a la realización más pura de su derecho a la identidad y a su mejor interés (90).

D.- Declaración de inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación:

El artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la fuente de la filiación. Sin embargo, luego del recorrido que vengo haciendo en el análisis de los derechos fundamentales en juego tanto de J. como el de sus padres, todo los cuales provienen del Sistema Internacional de Derechos Humanos y de la regla de reconocimiento convencional (art. 28 CN), entiendo que la disposición contenida en el artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en cuanto reconoce solo el modelo binario en la filiación) constituye —en este caso— una franca transgresión a los estándares internacionales en vigencia, y específicamente al deber del Estado en el reconocimiento, protección y garantías de los derechos del niño (CDN).

Insisto, en este caso particular, tanto J. como sus progenitores (J., R. —y L.—) tienen el derecho de disfrutar no solo de la compañía mutua entre padres e hija, sino del reconocimiento de esa identidad familiar como una identidad diferente al modelo binario tradicional, pues es un elemento cardinal de la vida familiar de J., y la norma interna que obstaculiza dicho disfrute y derecho alcanza una injerencia ilícita en los términos de la CADH y CDN.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA) ha sostenido que, en virtud de la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que, sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos o vayan en detrimento de los avances "progresivos" que se han ido realizando en el país en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en este caso de la niñez (91). Así, el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos y al avance en su disfrute, y simultáneamente asume la prohibición de reducir los derechos vigentes, y los niveles de acceso, goce y protección conseguidos, sin una justificación suficiente y fundamentada.

La obligación que asumo de adoptar una decisión razonablemente fundada, supone que el inmovilismo y la inactividad no son aceptables (prohibición de regresividad o retroceso) (92).



De acuerdo a lo expuesto, el artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación para este caso no responde a las reglas de reconocimiento constitucional y convencional en vigencia. Con lo cual deviene inconstitucional.

Cierro esta sentencia —rompiendo las formalidades conocidas— con la enseñanza que nos dejara El Principito: "Solo se ve bien con el corazón. Lo esencial es invisible para los ojos [...] Los ojos son ciegos. Hay que buscar con el corazón".

En esta historia J. nos descubre su corazón ("No quiero elegir") y nos demuestra lo esencial, lo básico: el amor filial ("los quiero a los dos"). J. nos enseña que el amor debe ser incondicional, jamás debe representar un peso para quien lo recibe.

Ante eso, la Justicia no puede ser ciega.

Tanto El Principito como J. (representantes de la niñez) ilustran la capacidad de sentir, de creer, de imaginar, de soñar (93), y buscan comprender y ser comprendidos por el mundo que les rodea. Interpelan una sociedad tolerante.

Costas y honorarios:

Costas: Las costas son los gastos que las partes están obligadas a asumir durante la tramitación del proceso. El principio general es la imposición de costas al vencido, conforme surge de la regla contenida en el artículo 105 del CPCCT. La excepción a este principio está dada por la misma norma, en sus incisos 1, 2 y 3. En este caso concreto, al tratarse de una situación de significativa complejidad, considero que existe mérito suficiente para apartarme de la regla general. Además, la intervención del juez es una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes, y en definitiva se busca dirimir el conflicto conforme sea lo que mejor convenga a los niños/ as y adolescentes. A su vez, estamos en presencia de un proceso de familia no patrimonial, con lo cual, no puede imponerse las costas con fundamento en el principio de la derrota. Dicho esto, estimo que las costas en este proceso deben ser distribuidas por su orden.

Honorarios: En relación a los honorarios del Dr. Jorge Rubén Molina MP ... CAS, del Dr. Roberto Charcas MP ..., Dr. Diego Eduardo Valls, MP ..., y de la Dra. Ingrid Lausberg MP ..., se difiere pronunciamiento hasta tanto acompañen los letrados, constancia de inscripción ante AFIP debidamente actualizada y firmada.

Por todo lo antes desarrollado y explicado (94) resuelvo: 1. Garantizar el derecho a la dignidad personal de J. S., y en consecuencia receptor el derecho a "no elegir entre sus papás", como resultado de ello garantizar el derecho a crecer en la familia conformada por sus dos padres: J. S. DNI ... y R. L., DNI ... Personal. 2. Reconocer a la familia conformada por J. S., J. S., R. L., y L. C. en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica-origenaria, y a la luz de lo establecido por el artículo 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre. Personal. 3. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, puesto que, en el caso particular, esa norma no supera el test de constitucionalidad en vigencia alterando el principio de progresividad cimentado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte integrante (art. 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). Personal. 4. Hacer lugar al pedido de R. L. DNI ... y en consecuencia reconocer su derecho a estar emplazado como padre de su hija J. S., DNI ... Personal. 5. Conservar el emplazamiento de J. S., DNI ... como padre de su hija J. S., DNI ... Personal. 6. Ordénese al Registro Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad de Catamarca, bloquear el acta de nacimiento N° ... de la niña J. S., DNI ..., inscrita en el tomo N° ..., año ..., debiendo en su caso emitir nueva adecuando su formato —según leyes locales y nacionales— en la que se inscriba en el cuerpo de ese instrumento a: R. L. DNI ... como padre de la niña, sin que se desplace la inscripción de J. S. DNI ... como padre y de la Sra. L. C., DNI ... como madre de la niña. Absténgase dicho Registro utilizar las marginales del instrumento para cumplir esta manda judicial, es decir, inscribir la filiación de la niña en el sentido ordenado. Igualmente deberá mantenerse el número de documento de identidad originario, es decir el siguiente: DNI ... Asimismo el Documento Nacional de Identidad de la niña (DNI) deberá consignar la triple filiación asignada por esta sentencia. A tales fines expídase nuevo ejemplar. Líbrese Oficio Ley 22.172. 7. Invitación para J.: "Quiero volver a invitarte a charlar conmigo, ya que esta decisión es fruto de haberte escuchado, cuando me hiciste ese pedido tan importante para vos, y por eso también es una respuesta muy importante. Para eso podés venir al juzgado aquí en Monteros cualquier día por la mañana, o si vos querés me avisas y yo voy hasta Amaicha, así te explico todo lo que aquí está escrito, y vos me cuentes que te

parece, también voy a invitar a tus padres para que les explique personalmente lo que significa esta decisión. Otra opción es que puedes llamarme a mi teléfono celular, aquí te lo paso, ...". Cédula adecuada para NNA. 8. Invitación para R., J. y L.: "Soy la Dra. Mariana Rey Galindo, jueza de este juzgado, sin perjuicio de que sus abogados puedan notificarles e informarles de lo que resolví, quisiera dejar abierta una invitación para que vengan a verme si así lo desean y cuando ustedes lo decidan, y en ese momento pueda explicarles personalmente de que se trata esta sentencia (decisión por escrito), el sentido que tiene la misma, y las razones por las que tomé esta decisión. La misma invitación le hice a J. La ley les concede este derecho a recibir información en forma clara y sencilla. Esta invitación es una opción de ustedes, y quedan invitados por mí". Personal. 9. Costas: Distribuir las costas generadas por la presente acción en el orden causado, atento la materia involucrada y la manera en que se resuelve la cuestión (conforme artículo 105 del CPCCT). 10. Diferir honorarios del Dr. Jorge Rubén Molina MP ... CAS, del Dr. Roberto Charcas MP ..., Dr. Diego Eduardo Valls, MP ..., y de la Dra. Ingrid Lausberg MP ..., conforme a lo considerado. 11. Vista a la Sra. Agente Fiscal de este Centro Judicial. 12. Vista a la Defensoría de Niñez, Adolescencia y Capacidad Restringida de este Centro Judicial. Hágase saber. — Mariana J. Rey Galindo.

(1) Convención de los Derechos del Niño (artículo 4), Convención Americana de los Derechos del Hombre (artículo 2).

(2) Antoine de Saint-Exupéry, "El Principito"

(3) Diccionario de la Real Academia Española: 'Conjunto de los datos identificativos de un individuo' y, en especial, 'procedencia de una persona respecto de unos determinados padres'. Otro: "La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico". <https://es.wikipedia.org/wiki/Filiacion>.

(4) Órgano que actúa en los casos en que se encuentre comprometido el orden público y en los previstos por las leyes especiales (Ley Orgánica del Poder Judicial y sus modificatorias)

(5) Instituto jurídico por el que un derecho se extingue o, si se quiere, muere a consecuencia del transcurso del plazo legalmente establecido para su ejercicio sin que este se hubiera ejercitado.

(6) Acciones positivas relacionadas a la exigibilidad y acceso a la justicia para los niños, niñas y adolescentes. Adaptación y adecuación de las formas procesales a favor de la infancia, exigido por la CIDH en el informe “Hacia la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, noviembre 2017.

(7) Convención de los Derechos del Niño (artículo 12), Pacto de San José de Costa Rica (artículo 8: Debido proceso legal), Constitución Nacional (artículo 18 y 75 inciso 22), Ley 26.061 (artículo 26: Garantías mínimas procesales), Ley provincial 8293 (artículo 25).

(8) Pacto de San José de Costa Rica (artículo 17), Convención de los Derechos del Niño (artículos 3, 6, 7, 8 y ccds.), Constitución Nacional (artículo 14 bis), Informe de la Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) del año 2013 “El derecho a vivir en familia”.

(9) El Derecho, como todas las demás ciencias humanas ha experimentado desde las primeras décadas del siglo XX profundos cambios a partir de una nueva concepción del ser humano, este ha dejado de ser un instrumento para convertirse en un fin en sí mismo, provocando el desapego a las doctrinas individualistas, patrimonialistas y formalistas que, por siglos, han inspirado y dominado la escena jurídica. <http://www.saij.gob.ar/mario-masciotra-funcion-social-juez-codigo-civil-comercial-nacion->

(10) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: Aspectos Valorativos: ... En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

(11) Término acuñado por Marta Jerez Ambertín en “Avatares del padre”, Actualidad Psicológica, Diciembre 2006, p. 6.

(12) Gerez Ambertín, Marta op. cit.

(13) La actual legislación civil y comercial propone cambios trascendentales no solo de redacción sino de adaptación de los tratamientos, de modificación y propuesta de nuevas figuras, de dialogo de fuentes internas con las internacionales de Derechos Humanos (Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2015)

(14) Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 74/133, del 18/12/2019) por la que reconoce que la familia tiene la responsabilidad primordial en el cuidado y la protección de los niños, de manera que redunde en el interés superior de estos, y que los niños, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, deben crecer en el seno de una familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Igualmente insta a todos los Estados partes a que intensifiquen sus esfuerzos para cumplir las obligaciones que les impone la Convención sobre los Derechos del Niño de preservar la identidad del niño, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como reconoce la ley, de proteger a los niños en cuestiones relativas al registro de nacimientos, las relaciones familiares.

(15) Código Civil y Comercial Común, Libro II, Título IV, Título V, Título VII; Libro V. y toda legislación concordante con la filiación biológica. Derechos alimentarios, de comunicación, sucesorios, patrimoniales, etc.

(16) En el Código Civil y Comercial Común se reconoce la familia constituida tradicionalmente (conformada a partir del vínculo matrimonial o de pareja), ensamblada, uniparental.

(17) Ballarin Silvia, “El derecho las familias como derecho del otro en condiciones de vulnerabilidad”, Revista de Derechos Familia y de las Personas N° 11, Diciembre 2019, Thomson Reuter, p. 13.

(18) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial Común. Aspecto Valorativo: ... Código para una sociedad multicultural. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad

también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

(19) De La Torre, Natalia - Silva, Sabrina A. "Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología. Publicado en: RDF: 2017-VI, 13/12/2017, 310. Cita Online: AR/DOC/4218/2017

(20) Pluriparentalidad fue el término que adoptó aprobado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca 2015, por la Comisión N° 6 Familia: "Identidad y filiación". Aunque solo se la concibiera para la tercera fuente filial incorporada al CCC, que es la voluntad procreacional.

(21) Constitución de la República Argentina, artículo 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

(22) La concepción multifacética e interdisciplinaria de la identidad repara en la importancia del tiempo y el afecto en desarrollo el intersubjetivo de la persona, a lo que el derecho no debe hacer oído sordo. El paradigma Constitucional-Convencional nos impone considerar los contextos socioafectivos en los cuales se construye la identidad filiatoria. El nuevo articulado abre la puerta del mundo jurídico al amor, como valor autónomo y capaz de producir efectos jurídicos en el reconocimiento de las relaciones tal cual son. (Daniela A. López y Sabrina A. Silva, "Comisión N° 14 Identidad y Filiación", Jornadas Derecho Civil 2015, Bahía Blanca. <https://jndcbahiablanca2015.com>)

(23) Deberes de alimentos y cuidados personales. Derechos de comunicación. Derechos hereditarios. Y todos los que la legislación nacional y supranacional conceda como consecuencia de la filiación biológica.

(24) Definición de la Real Academia Española (RAE): El aspecto axiológico o la dimensión axiológica de un determinado asunto implica la noción de elección del ser humano por los valores morales, éticos, estéticos y espirituales.

(25) Cód. Civ. y Com. de la Nación, artículos 1, 2 y 3. La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. Convención Americana de los Derechos del Hombre y Convención de los Derechos del Niño.

(26) Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación: "...Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes...La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir una deducción. De todos modos, queda clara y explícita en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte

(27) Con relación a los tratados internacionales, cabe señalar que todos los que ha suscripto el país y resultan obligatorios, deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo 1 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Fundamentos del Proyecto del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

(28) Reconocido pensador chino. Vivió en el 551 A.C. Su filosofía recibe el nombre de confucianismo.

(29) Gil Domínguez, Andrés, Estado constitucional de derecho, psicoanálisis y sexualidad, Bs As, Ediar, p. 17 y ss.

(30) Goldschmidt, Werner "La teoría Trialista del mundo jurídico", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967.

(31) En adelante CADH.

- (32) En adelante CDN.
- (33) En adelante CN.
- (34) En adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación.
- (35) Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires, causa C. 99.273, “F., M. B. contra R., L. Venia supletoria”, fecha 21/05/2008.
- (36) Kuyundjian de Williams, Patricia, “El traslado del menor a otra provincia y los derechos del progenitor no conviviente. Pautas”, RDF 2004-I-135; íd., Grosman, Cecilia, Los derechos del niño en la familia, Universidad, Bs. As., 1998, ps. 23 y ss.
- (37) Real Academia Española: 1. tr. Tomar los datos personales de alguien; 2. prnl. Inscribirse o hacerse inscribir en el asiento militar; 3. prnl. afiliarse.
- (38) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Masacre de Santo Domingo c. Colombia”. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012
- (39) Párrafo 2 del artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, vigente desde 1976. Artículo 13 de la CADH.
- (40) Derecho de la niña a expresar libremente su opinión en los procesos que la afecten (art. 12 CDN y artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos), derecho a la preservación de las relaciones familiares y la identidad personal (art. 3, 6, 7 y 8 de la CDN), derecho a la integridad personal (art. 5 y 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
- (41) Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
- (42) Pacto Internacional de Derechos Humanos: Preámbulo, artículos 1, 2, 10 y conchs.
- (43) Art. 11 y 18 de la Convención de Derechos Humanos, art. 7 y 8 de la CDN.
- (44) OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 12, y Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 123.
- (45) Caso I.V. c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149; Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 194, y Caso Comunidad Campesina



de Santa Bárbara c. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 200.

(46) Caso I.V. c. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 152; Caso Fernández Ortega y otros c. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 129, y Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) c. Costa Rica, párr. 143.

(47) Opinión Consultiva 24/2017, p. 45.

(48) CADH, artículo Artículo 11.2: “Protección de la Honra y de la Dignidad. [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. Artículo 18: “Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”

(49) La Comisión de los Derechos del Niño, utiliza la palabra “niño” para referirse indistintamente a todas las niñas, niños y adolescentes, entendiendo por estos a todas las personas menores de 18 años cumplidos, conforme el concepto utilizado por la CDN y el corpus iuris internacional en la materia

(50) CDN Artículo 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

(51) CDN: Artículo 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

- (52) El deber de protección hacia la niñez con carácter especial, adaptado y reforzado, reconocido en los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, y en la CDN, se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones especiales del niño quien, debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas personales —a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social—, depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos. CIDH, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de los NNyA”, informe 2017, op. cit.
- (53) conf. Burrows, David, A child’s understanding, Law Family, 1994, vol. 24, p. 579, cit. por Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho constitucional del menor a ser oído”, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 167.
- (54) Hacia la garantía de los derechos niños, niñas y adolescentes”, Informe de CIDH, Noviembre 2017.
- (55) Grupo de Perinatilidad SEPYPNA <https://www.seypna.com/documentos/>
- (56) Grupo de Perinatilidad, op.cit.
- (57) Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 16: 1...,2..., 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
- (58) CADH: Artículo 17. Protección a la Familia: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2..., 3...,4...5.
- (59) CDN: Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2....
- (60) CortelDH. Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala. Sentencia del 25 de mayo de 2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.
- (61) CortelDH. Caso Atala Riffo y niñas c. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012.
- (62) CortelDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Mapuche) c. Chile. Sentencia del 29 de mayo de 2014.
- (63) Corte Interamericana de Derechos, Opinión Consultiva N° 21/14.
- (64) CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes..., opt. cit., p. 153

- (65) Artículo 8 de la CDN.
- (66) Artículo 17 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.
- (67) CIDH, Informe sobre el Derecho del niño y la niña a la familia, cuidados alternativos, octubre 2013.
- (68) Paolicchi, Graciela; Bozzalla, Lucía; Sorgen, Eugenia; Bosoer, Eliana; Nuñez, Ana; Maffezzoli, Mabel; Botana, Hilda; Pereyra Bentivoglio, Cecilia; Metz, Miriam, "Parentalidad y constitución subjetiva", Investigaciones en psicología, Facultad de Psicología-UBA, 2017, p. 59.
- (69) Thery, I. -1998-. Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Éditions: Odile Jacob
- (70) Houzel, D. -1999-. Les enjeux de la parentalité. Toulouse: Editions Éres, citado por Paolicchi Graciela, y otras en "Parentalidad y constitución subjetiva".
- (71) Rotenberg, E. -2014-. Parentalidades. Interdependencias transformadoras entre padres e hijos. Buenos Aires, Lugar Editorial.
- (72) Paolicchi, Graciela, opt. cit., p. 60.
- (73) Herrera Marisa, De la Torre Natalia, Fernández Silvia "Derecho Filial. Perspectivas contemporáneas de las tres fuentes filiales", Thomson Reuther, LA LEY, Buenos Aires, 2018, p. 88.
- (74) Eiguer, A. -2007-. Homoparentalidades, afiliación y vínculo filial. Rotenberg, E. & Agrest Wainer, B.(Comp). Homoparentalidades. Nuevas familias. Buenos Aires: Lugar editorial.
- (75) Gerez Ambertin, Marta "Los avatares del padre", Actualidad Psicológica, Diciembre 2006.
- (76) Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Preámbulo. Los principios generales de no discriminación e igualdad están reconocidos en los artículos 1 y 24 de la CADH, y el artículo 16 de la Constitución Nacional Argentina.
- (77) CIDH, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo e hijas c. Chile, párrafo 80.
- (78) CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, informe noviembre 2017.
- (79) Supremo Tribunal de Brasil, autos A. N. c. F., 2016. Publicado en: RDF 2017-VI, 297, RDF 2017-VI-297; Cita Online: BR/JUR/1/2017.

(80) Tribunal: Cámara 8va de Apelaciones en lo Civil, Porto Alegre(CamApCivPortoAlegre)(Octava). Fecha: 12/02/2015. Partes: L. P. R.; R. C.; M. B. R. s/ acción civil declaratoria de multiparentalidad c.Publicado en: RDF 2015-VI, 14/12/2015, 207. Cita Online: BR/JUR/1/2015

(81) Fue registrado en Mar del Plata. Lleva los apellidos de sus dos madres, unidas en matrimonio igualitario, y el de su padre biológico. <https://www.infobae.com/2015/04/23/1724315-anotaron-al-primer-bebe-triple-filiacion-la-argentina/>

(82) La Justicia porteña reconoció la triple filiación de un nene de seis años. Se trata del primer caso en la Ciudad de Buenos Aires, y es el segundo del país. El niño, Furio Carri Dillon Ros, es el hijo de la periodista Marta Dillon, la cineasta Albertina Carri y el diseñador Alejandro Ros. <http://www.laizquierdadiario.com/Se-reconocio-el-primer-fallo-de-triple-filiacion-en-Argentina.>

(83) Juzgado de Familia N° 2 de Mar del Plata (JFamiliaMardelPlata)(Nro2). Fecha: 24/11/2017. Partes: C. M. F. y otros s/ materia a categorizar. Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/103023/2017.

(84) El Estado está obligado a promover el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes provenientes de los grupos más excluidos y desfavorecidos, y aquellos en situación de vulnerabilidad o en desventaja en el ejercicio de sus derechos, tanto los civiles, políticos como los económicos sociales y culturales. OEA, indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, OEA/Ser.L/XXV.2.1/GT/PSSI/doc.2/11, 11 de marzo de 2011, párr. 44, véase también párrafo 63. Ver análisis relacionado a este tema asimismo en CIDH, Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser.L/V/II.132, 19 de julio de 2008, párr. 48, véase también párrs. 53 y 55.

(85) Término que solo utilizo para hacer referencia a lo contrario al binomio parental existente en la ley nacional (art. 558 CCYCN), sin que ello implique que tenga otras implicancias jurídicas o no-jurídicas.

(86) Tavip, Gabriel E. La autopercepción como determinante del nombre de las personas y su proyección en los NNA, Publicado en RDF: 87, 59. Cita Online: AR/DOC/3549/2018.

(87) Tavip, G. E. op. cit.

- (88) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 24/17.
- (89) TEDH Sentencias Stjerna c. Finlandia, párr. 37, y Guillot c. Francia, No. 22500/93, Sentencia de 24 de octubre de 1993, párrs. 21 y 22.
- (90) Convención Americana de Derechos Humanos (art. 3 y 18), CDN (art. 3, 7 y concs.).
- (91) CIDH, Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, párrafo 6.
- (92) CIDH, Hacia la garantías de derechos de niños, niñas y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, Noviembre 2017.
- (93) Imaginar, generalmente con placer, una cosa que es improbable que suceda, que difiere notablemente de la realidad existente o que solo existe en la mente, pero que pese a ello se persigue o se anhela.  
<https://www.wordreference.com/definicion/so%C3%B1ar>
- (94) Albergó la esperanza de haber logrado la claridad y simpleza lingüística pretendida, sin menoscabar lo estrictamente técnico.