000303/2008

--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Dante Ferrari y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Marcelo J. López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., R. I. y Otra s/ Adopción”** (Expte. 303 - Año 2008 CANE) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 139.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo LÓPEZ MESA, dijo:----------

--- Que a fs. 13 y vta., se presentan los Sres. S. G. D. M. y R. I. M., ambos por derecho propio, con el patrocinio letrado del Dr. G. L. L., solicitando la adopción plena del menor M. H. C., nacido el ** de agosto de 19** en la ciudad de Rafael Calzada, provincia de Buenos Aires, hijo de L. M. B. (fallecida) y de O. R. C. (ver fs. 8).

--- Expresan que ha transcurrido el plazo legal exigido por el art. 316 de la ley 24.779, que ejercen la guarda preadoptiva del niño desde el 06 de junio de 2007, según surge de la sentencia Nº 171 dictada en autos caratulados:”A.C.F. s/ guarda con fines de adopción “ (Expte Nº 82- 2007), que se encuentran agregados por cuerda.----------

--- A fs. 15 se da intervención al Equipo Técnico Interdisciplinario a fin de que realice un informe socioambiental en el domicilio de los pretensos adoptantes, el que obra agregado a fs. 20/24. Asimismo se da intervención al Ministerio Público y a la Asesoría Civil de Familia. A fs. 47 obra acta de audiencia prevista por el art. 321 inc. h) de la Ley 24.779. A fs. 65 obra dictamen favorable de la Asesoría de Familia, y a fs. 67 del Procurador Fiscal quien manifiesta que en virtud de la Ley 5057 y el instructivo Nº 03/03 P.G. no corresponde a ese Ministerio Fiscal emitir opinión al respecto. ----------

--- Que a fs. 68 quedaron los autos en estado de dictar sentencia, dictándose la sentencia de grado a fs. 73/75, previo agregarse a fs. 70/71 fotocopia de la sentencia Nº 587/08 de los autos caratulados:”ACF s/ Medida de protección de la menor C. B. y de los menores C. “ (Expte Nº 587- Fº 31- Año 2005).----------

--- Que en la sentencia de grado la Sra. Jueza otorgó la adopción simple del menor M. H. C., D.N.I. Nº **********, nacido el ** de agosto de 19**, inscripto bajo tomo I, Acta *** del año 2001, delegación del Registro Civil de Puerto Madryn, a los Sres. S. G. D. M., D.N.I. Nº ********** y R. I. M., D.N.I. Nº ********** con efecto retroactivo al 06 de junio de 2007 (Arts. 322 y concordantes del C.C.). Asimismo tiene presente lo resuelto en autos caratulados:”ACF s/ Medida de protección de la menor C. B. y de los menores C. “(Expte Nº 587- Fº 31- Año 2005), en relación a la modalidad de comunicación de M. con sus hermanos, y ordena oficio a la Dirección del Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia del Chubut con asiento en la ciudad de Rawson a los fines de la inscripción de la adopción del menor. Concluye regulando los

honorarios de los letrados intervinientes, conforme las pautas establecidas en la Ley Arancelaria.----------

--- Que en abono de su decisorio en primer lugar la magistrada efectuó un análisis en relación a la integración del niño al grupo familiar y la vinculación afectiva del mismo con los adoptantes, la cual considera positiva y estima que se encuentra cumplida la finalidad perseguida por el legislador al establecer un período mínimo de guarda, cual es posibilitar la adaptación del menor a su nuevo medio socio-familiar y permitir controlar judicialmente el desenvolvimiento de la relación paterno- filial, los que considera cumplidos.---------- ----------

--- Refiere que en relación a la preservación de su identidad (art. 7 y 8 de la CDN y art. 14 y 15 de la ley 4347) en la audiencia celebrada a fs. 21, se tomó conocimiento personal con los pretensos adoptantes y el niño, advirtiéndose una gran integración entre los mismos y abordándose entre otros temas el derecho a la identidad de M. y la importancia de mantener e instar el vínculo con sus hermanos. A fin de resolver la solicitud de adopción plena, hace referencia a lo dictaminado por la Asesoría de Familia y las sugerencias del Equipo Técnico interdisciplinario sobre la importancia de mantener e instar el vínculo del niño con sus hermanos. Sostiene que la adopción simple está prevista para que el mantenimiento de los vínculos de sangre pueda producir una ventaja actual o futura para el menor, opinando que debe resolverse en autos decretándose la adopción simple de M. H. C., a favor del matrimonio M.- D- M- . Cita doctrina y fallos que avalan esta postura. ---------- ----------

--- Agrega la a quo que entiende que conforme surge de los antecedentes de autos, en el caso, el niño formaba con sus hermanos una familia hasta el momento de ser separados, existiendo entre ellos lazos fraternos muy definidos y que de cercenarse el derecho de contacto familiar y vinculación entre los mismo se afectaría el derecho a su identidad, que no solo comprende el conocimiento del propio origen, sino el reconocimiento de la existencia y pertenencia a una familia y desde luego a ser preservado junto al núcleo familiar, en la medida y bajo las formas que ello sea posible. Expresa que especialmente cuando se trata de relaciones familiares fraternales como la existente entre M. y sus hermanos, quienes sufren la pérdida de sus padres biológicos y son separados al ser integrados a grupos familiares alternativos, debe asegurarse a los mismos el derecho a vincularse. ----------

--- Manifiesta que por lo expuesto, concluye que la adopción que se decida debe serlo con efectos de simple, teniendo presente lo dispuesto mediante sentencia Nº 587/08 de los autos caratulados:"ACF s/ Medida de protección de la menor C- B. y de los menores C."(Expte Nº 587- Fº 31- Año 2005) en relación a la modalidad de comunicación de M. con sus hermanos. Cita jurisprudencia en torno a esta postura.- ----

--- Que fs. 78 dicha sentencia es apelada por los Sres. R. I. M. y S. G. D. M., quienes concedido el recurso a fs. 79, expresaron agravios a fs. 116/122.---------- ----------

--- Los apelantes se agravian de que la Sra. Jueza en su resolutorio les otorga la adopción simple de M., cuando en el escrito de inicio solicitaron la adopción plena. Entienden que las razones de la decisión de la Sra. Jueza se basan en tres aspectos: mantener vínculos de sangre, preservar la identidad y considerar el interés superior del niño. Realizan una crítica al concepto de familia que se utiliza en la sentencia diciendo que no es el actual, inclinándose por uno que consideran más acertado y ajustado a la realidad de la mayoría de las familias, el que transcriben. Efectúan un análisis de cada uno de los aspectos en que se basa la Sra. Jueza para su decisión, manifestando en relación a mantener el vínculo de sangre, que no surge de autos que antes de ser separado de sus hermanos M. haya formado una "familia", que de las constancias de autos surge que M. estuvo muy lejos de haber constituido con sus hermanos una familia, antes de ser separados, no que hubieran lazos fraternos bien definidos, que fueron niños que pasaron por experiencias muy negativas, con herramientas distintas, y que estas situaciones influyen en la dinámica y en la definición que cada uno de los hermanos haga de los lazos fraternos, remitiéndose al informe de la psicóloga obrante en autos. Citan doctrina y jurisprudencia que avalan su solicitud de adopción plena. -----

---

--- Aducen que otorgar la adopción plena a M. no implica suprimir los vínculos afectivos que el menor tiene con sus hermanos y que a una decisión judicial no se le puede dar tanto peso como para pensar que a través de ella se van a aniquilar los vínculos afectivos. ---

---

--- En relación a la identidad del niño sostienen que M. desde junio de 2007 "existe" y "permanece" en la familia conformada por los dicentes, que no es correcto referirse a los hermanos de sangre como la familia en la que él existe y pertenece y menos aún como núcleo familiar, que la Sra. Jueza le da sólo trascendencia a la identidad como faz estática y cuando la considera como faz dinámica solo tiene en cuenta la familia biológica y desecha el proceso de construcción de la "identidad" de M. que se viene gestando desde lo psicológico y desde lo social en el seno de su hogar, desarrollándose dinámicamente.---

---

--- Respecto del interés superior del niño, considerándolo como consecuencia de mantener los vínculos de sangre y de respetar la identidad de M., entienden que el mismo se halla más vinculado con la seguridad, equilibrio, estabilidad, afecto, etc., que le brindan como integrantes de su familia y no con los vínculos de sangre que se reducen a sus hermanos, algunos en guarda, otros institucionalizados. Que es aquí donde entra en juego el concepto de interés familiar, un interés humanizado y concretado en el propio interés del sujeto, interés familiar visto como la auténtica protección y defensa del interés del niño.----------

---

--- Destacan para tenerse en cuenta el informe de la psicóloga C. P. A., quien en base al conocimiento que tiene de M. se inclina por la adopción plena, por ser la que más seguridad le otorga al niño. Expresan los recurrentes su preocupación por los cuidados

que necesita en razón de su enfermedad, y que la adopción plena significa la creación de un vínculo de parentesco entre M. y sus familias biológicas, lo que representa seguridad, tranquilidad, equilibrio para toda la familia y en caso de que a ellos les ocurriera algo, el niño tendría una familia que continuaría atendiéndolo y cuidándolo, por lo que creen que el otorgamiento de la adopción plena responde más al interés superior del niño que una adopción otorgada bajo la modalidad de simple. Agregan que de la documental agregada con posterioridad a la sentencia surgen consideraciones a tener en cuenta respecto de la familia biológica del niño, y concluyen con jurisprudencia respecto de su postura, solicitando se revoque la sentencia de adopción simple, otorgándose la plena.----------

--- Corrido traslado a la Asesoría Civil de Familia e Incapaces a fs. 125, ésta se notificó a fs. 128 vta., no contestando. ---------- ----------

--- A fs. 134 se corre vista a la Asesoría de Familia e Incapaces a tenor de lo dispuesto por el art. 131 de la ley 4347, quien contesta vista a fs. 135/137, manifestando que el grupo de hermanos durante la convivencia con sus progenitores se encontraban muy unidos y juntos afrontaron la penosa vida que les proporcionaron los adultos responsables.----------

--- Que los adoptantes conocieron a M. en la Institución junto a sus hermanos, con quienes compartía juegos, las actividades cotidianas, las salidas con “familias amigas” y la ilusión de ser integrados en una familia todos juntos, que inclusive los recurrentes intentaron integrar a su hogar a M. (hermana de M.) sin éxito. Que en razón de ello, no sería prudente para los niños que se haga lugar a la adopción plena solicitada, ya que la misma trae aparejada el corte de los vínculos de sangre. ------

--- Viene a revisión de esta Sala exclusivamente el carácter con que fue concedida la adopción –simple- en estos autos, peticionando los recurrentes que se transforme en adopción plena la ya concedida. ----------

--- Pareciera una cuestión sencilla de resolver y debiera haberlo sido ya en la anterior instancia, si no fuera porque allí se ha errado el enfoque de este pleito. De hecho esta apelación nunca debió haberse tornado necesaria, porque debió haberse concedido la adopción con carácter pleno, conforme peticionaban los pretensos adoptantes, ya que nada obstaba para ello. ----------

--- Podría utilizar diez líneas para modificar el carácter del vínculo adoptivo reconocido, echando mano a algún concepto jurídico indeterminado, para no tener que hacer precisiones que no serán gratas; pero vistas las circunstancias del caso, creo que no cumpliría a cabalidad mi rol de juez, limitándome a ello.----------

--- El juez tiene por misión fundamental “decir el derecho” y hacer justicia en el caso concreto. Pero, en ocasiones, con eso sólo no basta y el juzgador se encuentra con el deber imperioso de marcar un desliz o cuestionar una tesitura, para evitar que un error siga cometiéndose. Ese es el caso que nos ocupa aquí. ----------

--- Mencioné recién a “las circunstancias del caso” concepto jurídico indeterminado al que algunas veces los jueces acuden para apartarse de una tendencia general o decir algo, sin precisar nada concreto. Las “circunstancias del caso” a veces son un cajón de sastre donde cabe cualquier situación. Pero en esta litis, las particulares circunstancias de este caso deben ser precisadas y ellas marcan el tono correcto de la solución a dar a esta cuestión. ----------

--- Y ¿cuáles son esas circunstancias? El niño adoptado es un niño que es portador de una maléfica enfermedad y su madre biológica ha muerto presa también de ella. Su padre biológico no se ha hecho cargo de él y hasta que el niño fue acogido en el seno de la familia de sus ahora padres adoptivos, vivía en una institución oficial junto con sus hermanos de sangre. Según han referido los padres adoptivos en audiencia ante esta Sala, el stress que le produce al niño las comparecencias judiciales le bajan las defensas y sufre en ocasiones progresiones de esa cruel enfermedad, que sus adoptantes se ven conminados a atender con especialistas, mayores gastos, etc. Y tanto el niño adoptado como sus padres adoptivos han pedido que se conceda la adopción con carácter pleno. ----------

--- Además, se dan en el caso dos de los supuestos arquetípicos que el ordenamiento civil (art. 325 C.C.) contempla como supuestos de admisibilidad para la concesión del vínculo pleno: orfandad del menor por parte de su madre y abandono de él por parte de su padre. Y no existe ni en la sentencia de grado, ni en la intervención de la Asesora Ad Hoc de familia e incapaces de fs. 135/137 un solo argumento concreto que demuestre la inconveniencia de ello para el niño. ----------

--- Un niño que carga con una cruel enfermedad, que se hallaba prácticamente en el desamparo, que ha encontrado dos padres adoptivos amorosos, que se preocupan por él y han hecho lo indecible –está documentado todo ello en la causa y otra conexa resuelta ya por esta Sala- para que el niño tenga una mejor calidad de vida y todos ellos pretenden que se conceda la adopción con carácter pleno. ----------

--- Y frente a todas estas circunstancias del caso –debidamente documentadas-, solamente se opusieron generalidades y declamaciones para no conceder la adopción plena. Cuando leo la sentencia de grado en cuanto al carácter del vínculo concedido no encuentro un solo buen fundamento para negar a los adoptantes lo peticionado por ellos. Y cuando repaso la contestación del traslado del recurso de apelación por la Asesora ad hoc de menores de fs. 135/137 me acuerdo tanto de una aguda frase de quien fuera mi maestro de Derecho Civil Parte General en la Universidad de La Plata –un insigne camarista, además-: *“Sobre el tema motivo de la convocatoria se ha dicho mucho. Demasiado. No puedo evitar el recuerdo de cierto personaje que, si de hablar se trataba, tanto le daba hacerlo sobre la mayéutica socrática o el número kantiano, sobre el orteguiano raciovitalismo o la unamunesca cocotología... por más que el objeto de la conversación fuera el uso del calefactor o la importancia del pingüino en la zona austral”* (voto del maestro Roberto Ernesto Greco, en el acuerdo plenario de la CNCiv.,

de fecha 23/9/91, “Flores, Oscar J. c. Robazza, Mario O.”, en LA LEY 1991-E, 662 - DJ 1992-1, 385).----------

--- La montaña de párrafos que se han dedicado a una serie de abstracciones para decir que no a la adopción plena en autos, y soslayar las circunstancias concretas y particulares de este caso, debió dejarse para otros expediente donde el interés de los menores realmente ameritara una defensa tan enconada. ----------

--- Bien se ha dicho en un agudo artículo francés que el rol del ministerio público en este tipo de asuntos y el rol de la ley misma no puede ser otro que facilitar la integración del menor en la familia adoptante (cfr. BOULANGER, François, « Adoption plénière: rôle du ministère public et loi applicable au consentement à ladoption dun enfant étranger », en Recueil Dalloz 1991, sec. Jurisprudence, p. 105). Ese es el objetivo central. Y el interés superior a considerar es el del niño adoptado (cfr. VAUVILLE, Frédéric, « Il est de lintérêt de lenfant qui bénéficie dune vie familiale stable et épanouissante chez sa tante et tutrice de faire lobjet dune adoption plénière par celle-ci », Recueil Dalloz 1997, sec. Sommaires commentés, p. 278). ----------

--- Tradicionalmente se representa a la justicia con una venda sobre los ojos. Tengo para mí que en estos tiempos y frente a situaciones como las que aquí se tienen delante la justicia debe quitarse esa venda, para apreciar en su real extensión las situaciones que le llevan a resolución y, sobre todo, para contemplar el rostro de las personas involucradas en una litis y saber y querer escucharlas.----------

--- Y quitarse la venda de los ojos implica en este caso, como en otros, no fallarlo como si fuera un juego de ficciones librado a la habilidad ocasional de los litigantes, sino hacer justicia correcta en un caso donde las declamaciones y las abstracciones no solucionan los problemas humanos que están encorsetados en estos papeles. ----------

--- En “El Federalista”, Alexander Hamilton escribió que “las reglas de interpretación juridica son normas de sentido común, adoptadas por los tribunales para la inteligencia de las leyes” (Hamilton, A., “El Federalista”, LXXXIII). Derecho y sentido común tienen un relación inescindible. El derecho no puede contrariar el sentido común, so pena de transformarse en ilusorio, en arbitrario, o en irritante. Y denegar la adopción plena en un caso como este, contraría el sentido común. ----------

--- Ocurre que no estamos aquí fallando abstracciones sino realidades concretas y dolorosas, que tocan decisivamente la vida de los involucrados y frente a las cuales hay que ser muy prudente y respetuoso. Los jueces no son demiurgos que desde el Olimpo o desde el cielo de los conceptos puedan darse el lujo de pontificar. ----------

--- Y bien han enfatizado dos profesores franceses que las soluciones que se tomen en derecho de familia no es conveniente que ignoren la articulación del Código Civil con las necesidades de asistencia de los menores (Claire GEFFROY - Danielle DESGUE, «Ladoption plénière dun pupille de lEtat prononcée par le tribunal en cas de refus abusif de consentement du conseil de famille des pupilles», en Recueil Dalloz 1995, sec. Jurisprudence, p. 113).---------- El

fallo que reviso y la intervención de fs. 135/137 se encolumnan sin decirlo en una tendencia que descalifica a la adopción plena y que ha sentado sus reales en el derecho argentino –sin norma alguna que la respalde y contrariando en muchos casos el art. 19 de la Constitución Nacional- a partir de las “enseñanzas” de una autoproclamada jurista capitalina que ha enderezado contra la adopción plena mucho énfasis y pocos argumentos. ----------

--- Esta “tendencia” –por llamarla de algún modo- ha sido combatida con acierto, entre otros, por la Dra. Zulema Wilde, Profesora Titular de Derecho de Familia y Sucesiones de la UBA y camarista capitalina, quien ha postulado en un voto suyo que no corresponde una interpretación restrictiva respecto del instituto de la adopción plena (C. Nac. Civ., sala J, 23/12/1994 –“FORGUERAS, Natalia Laura s/ADOPCIÓN”, en AbeledoPerrot online).----------

--- Napoleón Bonaparte dijo una vez durante los debates del Código al que le dio su nombre que “La adopción es una ficción que remeda la naturaleza, ... una especie de sacramento destinado a establecer los sentimientos y los afectos de la filiación y de la paternidad entre dos individuos extraños uno del otro” (cfr. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, « Réflexions pour dindispensables réformes en matière dadoption », en Recueil Dalloz 1991, sec. Chroniques, p. 209).----------

--- Respecto de esta expresión se ha dicho que “más allá de la historia fluctuante del derecho de la adopción, sus normas deben siempre ser puestas en armonía con la finalidad actual de la institución, que es darle una familia a un niño” (cfr. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, « Réflexions pour dindispensables réformes en matière dadoption », en Recueil Dalloz 1991, sec. Chroniques, p. 210). Si ello es así, las decisiones que se tomen en esta materia deben procurar facilitar la integración del niño en el seno de su nueva familia y evitar trastornos y desencantos. Y, consecuentemente, debe procurar que el vínculo deje de ser ficticio o gramatical y pase a ser todo lo verdadero que sea capaz de tornarlo el afecto de los involucrados. Y la adopción plena en casos como este es especialmente apta para lograr esa maravillosa trasmutación, de ficción en realidad cotidiana, de aspiración en satisfacciones concretas de padres e hijo adoptivo. ----------

--- Asimismo, es dable destacar que en el derecho argentino vigente existe la adopción plena, que este es uno de los supuestos en que ella procede, y que tanto los adoptantes como el adoptado se han expresado en audiencia ante esta Sala a favor de ella; amén de ello, no existe ningún argumento para denegárselas. En tal situación, negar la adopción plena sobre la base de generalidades y abstracciones implica tanto como vulnerar el art. 19 de la Constitución Nacional que, aplicado al caso, expresa que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohibe. ----------

--- La relación genética del menor con otras personas normalmente coincide con la relación jurídica con ellos. Pero en ocasiones, como cuando existe un vínculo adoptivo, ello no ocurre. Y entonces, no existe una regla preestablecida e inmuetable sobre cuál

de estas relaciones debe prevalecer sobre la otra. Serán las circunstancias de cada caso, las que permitirán dar respuesta a ese interrogante y, por tanto, en ocasiones prevalecerá la relación genética con otras personas y la adopción será simple y en otras, como en este caso, deberá prevalecer la relación filiatoria adoptiva y, entonces, la adopción se concederá necesariamente con carácter pleno. ----------

--- En un buen comentario suyo, el Prof. Eduardo Sambrizzi, ha sostenido que “los supuestos reseñados no pueden sino llevar a la conclusión de que el derecho al emplazamiento filiatorio con fundamento en la relación genética no tiene un carácter absoluto, pudiendo, en consecuencia, ser pospuesto en razón de otros derechos o principios que, ya sea en general o en el caso particular, han sido considerados preferentes” (SAMBRIZZI, Eduardo A., “Preeminencia de la filiación adoptiva por sobre la filiación genética con fundamento en el interés superior del menor”, JA 2006-II-32). Esto último ocurre arquetípicamente en este caso y así debe resolverse. ----------

--- Frente a un problema humano tan lacerante para los involucrados -personas que han sufrido mucho y que sienten que quieren integrar una familia completa y, en su concepción, el vínculo debe ser pleno, para que el hijo se integre plenamente a su familia- el derecho no puede oponer rigideces innecesarias y abstracciones carentes de real sentido.- ----------

--- Recuerdo en casos como éste aquella frase del maestro Carbonier: “El derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta. Se nos parece en ocasiones como algo sinuoso, caprichoso o incierto, durmiéndose o eclipsándose, cambiando al azar y a menudo rehusando el cambio esperado. Imprevisible, tanto para el buen sentido como para el absurdo. ¡Derecho flexible! Para amarlo hay que comenzar por ponerlo al desnudo. Su rigor no es más que afectación o impostura. Rigor, rigidez. Rígido como la justicia era en otros tiempos una comparación corriente en los medios populares, que podía referirse lo mismo que a un pedazo tieso de bacalao, a una colada helada o a una iniquidad evidente...” (CARBONIER, Jean. El derecho flexible. Madrid, Editorial Tecnos, 1974, p. 12). ----------

----Extremar tanto la exigencia para concederla es, de rondón, sustentar la desaparición de la adopción plena del universo jurídico argentino. Si en este caso no están dados los requisitos para concederla, no lo estarán en ninguno. ----------

--- Y pretender que en ningún caso se puede conceder la adopción plena es, además de contrariar la ley vigente, hacer tabla rasa con las circunstancias de cada caso y con las expectativas de los justiciables. Las personas no concurren a los estrados judiciales por deporte ni, normalmente, viven el tránsito por las instancias procesales con alegría y desparpajo, sino todo lo contrario. La regla es que las personas, sobre todo, quienes no están acostumbradas a transitar por los tribunales y en alguna ocasión deben hacerlo, por ejemplo, para cumplir su sueño de ser padres, padecen el proceso judicial, sus formalismos, sus tiempos, etc. ----------

--- Si las personas se presentan a juicio es porque esperan obtener algo que para ellos y desde su punto de vista es valioso. Y la misión de un juez no es crear obstáculos artificiales a las expectativas y pretensiones de la gente, ni permitir que instancias inferiores los creen, sino verificar si lo que los justiciables pretenden es legalmente factible, si es lícito y si es moral. Si se dan estas condiciones, la función judicial consiste en asegurar que los justiciables obtengan lo que perseguían al litigar. ----------

--- Analizada la cuestión traída no encuentro una sola norma, una sola prueba, un solo argumento convincente y definitivo que justifique negar a los actores lo que persiguen con tanto ahínco. La juez de grado y la funcionaria actuante a fs. 135/137 han dedicado varios párrafos a pretender convencer a los padres adoptivos de que la adopción plena no es necesaria. Pero, en cambio no han dado un solo buen argumento concreto ni fundamento legal que vede concederles la adopción plena. ----------

--- Como se dijera en un fallo santafesino, lo principal es el ser humano y sus necesidades; esto es lo que debe proteger y amparar la ley, en vez de poner al hombre en situación de rendirse incondicionalmente ante normas que a través de una lectura desajustada de su finalidad pueden no ser las idóneas para solucionar un caso o no ser aplicadas debidamente al caso (Cám. Civ. y Com. Santa Fe, sala 3ª, 21/12/95, “T., J. A. y otra, adopción plena”, JA 1996-I-36, del fallo de 1ª instancia). ----------

--- En un país como este donde tantos derechos se declaman, resulta que a la gente se le cercena el ejercicio de derechos tan esenciales como el de ser padre –y sentirse padre plenamente, por ejemplo viendo cómo el hijo adoptivo lleva su apellido- inventando cortapisas no establecidas legalmente o extendiendo interpretativamente al infinito las que pudieran existir. ----------

--- Y no podemos olvidar que "el Derecho no es un fin en sí mismo y no tiene carácter natural. Es más bien un instrumento, una invención humana, que deberíamos procurar moldear y utilizar inteligentemente para alcanzar propósitos que van más allá del Derecho: una cierta paz, una cierta igualdad, una cierta libertad. El Derecho no es más -ni menos que una técnica -cada vez más compleja-, pero siempre notablemente deficiente para la resolución -de hecho, no siempre justa de los conflictos sociales" (Manuel Atienza, "Derecho y argumentación", Universidad Externado de Colombia, serie de teoría jurídica y filosófica del Derecho, N° 6, p. 17). ----------

--- Y en este caso no existe ningún óbice para la concesión de la adopción plena. Bien se ha dicho que la adopción plena fue creada para una hipótesis ideal: un matrimonio sin hijos que toma a un menor de padres desconocidos. A medida que nos alejamos, en el caso en concreto, de este ideal la adopción plena será más difícil y habrá de extremarse el cuidado para concederla (conf. C.N.Civ. Sala A, 22/3/94, E.D. del 1/7/94). En el caso que nos ocupa estamos bastante cerca de esta situación ideal, ya que la madre biológica del menor adoptado ha fallecido y el menor se encontraba institucionalizado. Y no conceder la adopción con carácter pleno carece en el caso de buenos fundamentos, porque el vínculo que el menor tiene con sus hermanos –en

trámite de adopción por otros guardadores- no se verá afectado por el carácter del nuevo vínculo filiatorio. ----------

--- Y, además, si el carácter pleno de la adopción satisface las expectativas y necesidades espirituales, psicológicas, afectivas, de padres e hijo y no existe ningún óbice legal para ello ¿por qué no satisfacer sus expectativas? ¿a título de qué puede un juez inmiscuirse en la vida familiar, en una situación tan dramática como la que tenemos presente, sin ley que lo vede y sin moral que se comprometa, para juzgar en base a tecnicismos y declamaciones abstractas si la adopción plena es o no más eficiente que la simple en este caso?. ----------

--- El juez no debe explicar los impedimentos con que tropiezan las partes de un litigio, sino que debe procurar removerlos, si sus pretensiones son lícitas, morales y no afectan antijurídicamente a terceros. Y como en autos nada de ello ocurre, no veo fundamento alguno para negar el carácter pleno de la adopción tramitada en esta causa. ----------

--- Se ha juzgado agudamente que el juez no sólo está motivado por el respeto a la ley, sino también lo guía la idea de justicia, que para poder dar al caso el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancias, debe ir a la búsqueda de la equidad, que es la que de alguna manera completa a la justicia (Cám. Civ. y Com. Santa Fe, sala 3ª, 21/12/95, “T., J. A. y otra, adopción plena”, JA 1996-I-36, del fallo de 1ª instancia). -------

--- Y la equidad aplicada a este caso, termina por demostrar que los padres adoptivos que tantos sacrificios han hecho y hacen por un menor de salud quebrantada, de un pasado de desdicha y abandono, y ese menor que ha vivido situaciones que debe dejar atrás, deben tener la oportunidad de reconstruir su vida juntos, en las condiciones que ellos pretenden y que a nadie lesionan. ----------

--- Y no somos los jueces quienes en casos como éste, donde los dolores ya han sido demasiados, quienes estemos autorizados a explicarle a los justiciables con aire doctoral qué y cómo deben sentir o dedicar esfuerzos -que mejor sería dedicar a otros casos- en convencerlos en que persiguen un objetivo que desapasionadamente pudiera no ser tan trascendente. ----------

--- No debe olvidarse que la diferencia entre la adopción simple y la plena es nada menos que el apellido del menor. Y para muchos padres adoptivos –y para muchos menores adoptados también- es muy importante que padres e hijo tengan el mismo apellido. Dentro de ese criterio se ubican los actores de autos y el menor adoptado, nada menos. Y oirlo, en los términos de la legislación protectoria de la minoridad, en este caso significa conceder la adopción plena en este caso.----------

--- La regla de la libertad y el principio de reserva, consagrados por el art. 19 de la Constitución Nacional, hacen que en este caso no pueda privarse a los recurrentes de lo que la ley no les priva: su derecho a obtener una adopción plena del hijo que sienten suyo. ----------

--- Lo expuesto con anterioridad, demuestra la pertinencia de modificar el fallo apelado en lo tocante al carácter de la adopción concedida, la que se concederá con carácter pleno, en los términos de los arts. 323, sstes. y cctes. del Código Civil. ----------

--- Sin costas ni determinaciones curiales, en razón de litigar los adoptantes recurrentes con asistencia oficial. ----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA.----------

--- **A ESTA MISMA CUESTIÓN**, dijo el Dr. Ferrari: ----------

----I. La detallada reseña efectuada por el Dr. López Mesa, tanto respecto de los hechos y antecedentes que informan el caso cuanto de los planteos expuestos en esta sede por la parte apelante, me permiten abordar sin más trámite el tratamiento de las cuestión traída a decisión de la alzada. En consecuencia, hallándose satisfechas las exigencias rituales en esta materia (arts. 163, inc. 3° y 164, C.P.C.C., a continuación me expediré acerca de lo que es materia concreta de pronunciamiento en la especie.----------

--- II. Al afrontar esta tarea, tras un detenido examen de los hechos y de los elementos probatorios obrantes en la causa, debo anticipar que comparto plenamente el criterio expuesto en el versado voto del colega preopinante, cuyas consideraciones han calado con profundidad en las aristas fácticas y jurídicas del asunto sometido a jurisdicción. Poco será, por tanto, lo que podré agregar al respecto. Sin embargo, por exigencia del art. 169 de la Constitución Provincial, brindaré a continuación las razones jurídicas que me llevan a coincidir en la solución propuesta para el caso, a riesgo de incurrir en una inevitable reiteración de conceptos.----------

--- III. Los motivos que inspiraron la decisión de la *a quo* para preferir la adopción simple y no la plena fincaron en un criterio de preeminencia del vínculo biológico, al considerar que resultaba “aconsejable mantener los vínculos familiares originarios”. Tuvo en cuenta que hasta el momento de ser separados, el menor y sus otros hermanos mantenían entre sí “lazos fraternos muy definidos y que de cercenarse el derecho de contacto familiar y vinculación entre los mismos se afectaría el derecho a su identidad, que no sólo comprende el conocimiento del propio origen, sino el reconocimiento de la existencia y pertenencia a una familia y desde luego a ser preservado junto al núcleo familiar, en la medida y bajo las formas que ello sea posible” (fallo, fs. 74).----------

--- Con franqueza, opino que este fundamento atienden más a una postura teórica y principista que a los propios hechos sobre los que se asienta el caso bajo examen. Sin desconocer el llamado “derecho a la identidad” -de rango supra constitucional, al que alude el art. 11 de la ley 26.061- conforme al cual cabe garantizar a los menores el derecho al conocimiento de quiénes son sus padres y a la preservación de sus relaciones familiares, la magistratura no debe apartarse de los datos de la realidad, a fin de asegurar la justicia del caso concreto, para no incurrir en formalismos interpretativos que, desatendiendo las circunstancias particulares del caso, conduzcan a desvirtuar los fines tutelares que inspiraron la sanción de una determinada norma. En tal sentido, la

misma Corte Suprema de la Nación ha puntualizado que "cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional" (CSJN - 23/11/2004 – La Ley Online).--------

----Menciona la sentenciante un "núcleo familiar" que en el caso, quedó fatalmente pulverizado a raíz de los desgraciados hechos ya reseñados por el Dr. López Mesa. El fallecimiento de la madre biológica, la posterior institucionalización y otorgamiento en guarda de los hijos a distintas familias, son circunstancias que exhiben una situación tan dolorosa como irreversible, y determinan la inevitable consecuencia de que los hermanos deban crecer en núcleos familiares diversos y separados entre sí. Sin embargo, el contacto entre ellos ha sido preservado hasta hoy, sin que fuera óbice a ello el otorgamiento de las guardas en miras a la adopción. Por otra parte, tampoco puede apreciarse que el otorgamiento de la adopción plena se erija como un peligro o atentado virtual contra el derecho del menor a mantener un contacto asiduo con sus hermanos biológicos.---------- ----------

----En punto a la "verdad biológica", un señero fallo de la Corte Suprema de la Nación ha señalado que las normas vigentes "imponen que en toda decisión de autoridad administrativa o judicial en asuntos concernientes a los niños debe darse atención principal a su superior interés (arts. 3.1 y 21 1er. párr. C.I.D.N., y art. 321 inc. i del C.C.)", destacando que "la verdad biológica no es un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de 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" (C.S.J.N., 02/08/2005 - S., C. s/ Adopción" - Fallos: 328: 2870).------ ----------

----Acerca de este aspecto, en un interesante artículo, el Dr. Eduardo E. Zannoni tuvo ocasión de puntualizar que el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones familiares (art. 8. 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño) "tiene por finalidad... proteger a los niños de toda injerencia que pudiese conducir a sustraerlos ilegítimamente de su familia o de cualquier otro modo alterar su identidad filiatoria". Mas a renglón seguido el tratadista señala que "las disposiciones de la Convención no impiden que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una "verdad biológica" considerada apriorísticamente. O que, por el contrario, favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que suplan carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica". En síntesis, según lo enseña el pretigioso jurista, "lo que ha de privilegiarse es *el acceso al conocimiento de la realidad biológica*, conocimiento que no depende de reconocimientos o acciones judiciales incompatibles con el desplazamiento" (autor cit., "Adopción Plena y Derecho a la Identidad Personal" – LA LEY, 1998-C, 1179).----------

--- Estos acertados conceptos hallan más que adecuada aplicación en el caso que nos ocupa. Ante el cuadro de desintegración irreversible que ofrece la familia biológica, aparece la solución de una pareja adoptante que ha prodigado un amor y una entrega admirables para paliar la situación de desamparo en que se encontraba el menor luego del fallecimiento de su madre. Desde hace dos años, los postulantes han proveído todo lo materialmente necesario para atender a la delicada situación de salud del menor, sin retaceos ni altibajos, con el afecto y la dedicación que podría esperarse de los padres más amorosos y protectores. Y todo ello sin descuidar el debido contacto con los hermanos biológicos de M.. Asimismo, cabe tener en cuenta que en la audiencia celebrada ante este Tribunal, ellos han manifestado su propósito de preservar esa relación biológica, puesto que no la sienten como un desmedro ni obstáculo a la calidad de sus relaciones paternales con el niño.----------

--- Por lo demás, en última instancia compete a los jueces determinar cuándo el otorgamiento de la adopción simple o plena se compadecen mejor con la conveniencia y el interés superior del niño, y en la especie no existen obstáculos legales que impidan acordar la modalidad solicitada por los aquí peticionantes.-------- ----------

----En vista de lo expresado, sumado a los ilustrativos conceptos ya vertidos por el colega de primer voto, comparto la solución propuesta en el sentido de modificar la decisión apelada, otorgando a los postulantes la adopción plena del menor, con las formalidades de ley y en los términos de los arts. 323, siguientes y concordantes del Código Civil. Sin costas.---------- ----------

----Voto entonces a esta cuestión por la NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó: ---------- ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente: ----------

--- 1) MODIFICAR el fallo apelado en lo tocante al carácter de la adopción concedida, dándose a la ya concedida el carácter de adopción plena, en los términos de los arts. 323, sstes. y cctes. del Código Civil. ----------

--- 2) Sin costas ni determinaciones curiales, en razón de litigar los adoptantes recurrentes con asistencia oficial. ----------

--- 3) Regístrese y notifíquese. ----------

--- Tal mi voto. ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari expresó: ----------

----Tal como lo he adelantado, comparto la resolución propuesta por el señor Vocal preopinante, votando en sentido idéntico.----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por licencia del Dr. Carlos A. Velázquez (art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550).---------- ----------

----Trelew, de agosto de 2009.----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ---------- ---- -----

----MODIFICAR el fallo apelado en lo tocante al carácter de la adopción concedida, dándose a la ya concedida el carácter de adopción plena, en los términos de los arts. 323, sstes. y cctes. del Código Civil. ----------

----SIN IMPONER COSTAS ni determinaciones curiales, en razón de litigar los adoptantes recurrentes con asistencia oficial. ----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase.---------- ----------

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.009 – SDC.- Conste.- ----------

PAULO EDUARDO KÔNIG
SECRETARIO DE CAMARA