------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 17 días del mes de Mayo del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y de Minería del Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia a cargo del Dr. Daniel Luis Caneo y asistencia de los Dres. José Luis Pasutti y Fernando S.L. Royer, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**M., R. I. y Otra s/ Adopción**" (Expte. Nº 21.797-M-2009), y teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 231, de conformidad con las Acordadas N° 3.202 y 3.204, correspondió el siguiente orden para la emisión de los votos: Dres. Pasutti, Royer y Caneo.----------

------ Acto seguido, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es procedente el Recurso de Casación? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera cuestión el Dr. Pasutti dijo:----------

------ **I) ANTECEDENTES**.----------

------ **A.-** La Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Trelew a fs. 140/147, modificó la sentencia de Primera Instancia en lo tocante al carácter de la adopción concedida, dándole a la otorgada el de

plena, en los términos de los arts. 323, sstes. y cctes. del Código Civil.----------

------ **B.- <u>Casación de la Asesora de Familia e Incapaces Ad Hoc</u>**.----------

------ A fs. 154/192, interpuso contra dicha sentencia recurso extraordinario de casación fundado en los incs. “a” y “e” del art. 291 del C.P.C.C.----------

------ La Alzada declaró inadmisible la casación fundada en el inc. “a” y la concedió por arbitrariedad (fs. 194/195).----------

------ La casacionista puntualiza cinco agravios: 1.- Vicios en la Fundamentación: Motivación aparente. 2.- Vicios en los fundamentos de hecho. Valoración Parcial de los antecedentes de la causa. Invocación de prueba inexistente y contradictoria con las constancias de la causa. 3.- Prescindencia de prueba pericial decisiva para la solución del caso. Omisión de considerar los informes periciales del Equipo Técnico Interdisciplinario del Fuero. 4.- Repudio al Dictamen de la Asesoría de Familia e Incapaces. Falta de Motivación Fáctica y Jurídica que lo sustente. 5.- Vicios Normativos. Arbitrariedad en los efectos de la decisión. El apartamiento inequívoco de la solución prevista en la ley. Violación

de la Ley. Inconstitucionalidad del Art. 323 última frase del Código Civil. ----------

------ **C.- <u>Hechos del caso</u>**.----------

------ Para un mejor entendimiento y resolución del caso relataré los hechos trascendentes del mismo y los de las causas a el relacionadas: "A.C.F. s/ Medida de protección de la menor C. B. y de los menores CH." (Expte. N° 587 – Año 2005) y "A.C.F. s/ Guarda con fines de adopción" (Expte. N° 82 – Año 2007).----------

------ Es que, a fs. 15, se dispuso la agregación por cuerda del segundo de los expedientes individualizados en el párrafo precedente y las referencias al primero de ellos se repiten en el curso del proceso (ver fs. 25, 53, 54, 55, 56/59, 64, 65, 69), encontrándose agregados informes cuya producción fuera requerida en la medida de protección (ver fs. 30/32) y la sentencia interlocutoria N° 587/08 dictada en dicho trámite (ver fs. 70/72). Más aún, lo resuelto en el Expte. N° 587/2005 fue objeto de expresa valoración por la Jueza de Primera Instancia al dictar sentencia definitiva, la expresión de agravios vertida ante la Alzada por la recurrente textualmente expresa "Nos detendremos a analizar cada uno de los pilares tenidos en cuenta, a fin de relacionarlos con el derecho y con las circunstancias de hecho que surgen de los presentes autos y de los caratulados 'ACF s/ Guarda

con fines de adopción' (Expte. N° 82 Año 2007) y 'ACF s/ Medida de Protección de la menor C. B.' (Expte. N° 587 F° 31 Año 2005) ..." (ver fs. 116 vta., último párrafo) y la sentencia de Cámara al fundar su posición refiere a lo allí actuado (fs. 142 vta., 2do. párrafo).----------

------ Frente a tal íntima vinculación y continua referencia, llama la atención que la Cámara de Apelaciones haya resuelto el recurso sin tener a la vista éste último trámite (ver fs. 80 y ssgts.).----------

------ Nótese que el expediente fue incorporado al ser requerido por este Superior Tribunal mediante la providencia de fs. 200.----------

------ Tampoco tuvo en su poder la Alzada la filmación de la audiencia celebrada en Primera Instancia el 13/03/08 (fs. 47). La constancia de fs. 80 no da cuenta de la recepción de los videos y los mismos fueron requeridos a Primera Instancia en virtud de lo proveído por este Superior Tribunal a fs. 200 (ver fs. 202/205).------

------ 1.- **"A.C.F. s/ Medida de protección de la menor C. B. y de los menores CH." (Expte. N° 587 – Año 2005)**.----------

------ La medida en cuestión fue promovida el 19/08/05 por la abogada adjunta de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, en

protección de los menores C. B., E. M., M., M., M. (12, 10, 7, 5 y 4 años de edad respectivamente, fs. 1/2) y N. Ch. (1 año).----------

------ A la fecha el expediente acumuló cuatro cuerpos. Sólo individualizaré del mismo las porciones que resulten relevantes respecto de la cuestión a decidir en el presente proceso.----------

------ A fs. 16 y vta. obra informe socio ambiental elaborado por Lic. en Servicio Social del E.T.I., de fecha 23/08/05. Da cuenta que "... los hermanos son muy unidos y que C. es quien se encarga de la atención del bebé ...". El Lic. J. P. M. comenta que "de acuerdo a lo analizado en la reunión mantenida, no sería conveniente separar a los niños ya que funcionan en forma aglutinada. C. tiene un vínculo con su hermano bebé muy estrecho, siendo para él una figura fundamental".----------

------ A fs. 26/28 la Lic. en Psicología del E.T.I. puntualizó que C. refiere "le hice una promesa a mi mamá, ella me pidió que por nada del mundo me separe de mis hermanos y yo quiero cumplir esa promesa (t). Muestra preocupación hacia el estado de sus hermanos, temor a que se mueran de tristeza ante la separación". Observó que la adolescente tiene una actitud de protección hacia sus hermanos menores y un pacto de lealtad hacia la promesa materna; que N. se encuentra comunicado afectivamente con los integrantes del grupo; que M. permanece callada, no se expresa en

forma verbal y establece mayor comunicación con su hermano M. y que el "grupo de hermanos se organiza por medio de subsistemas de apoyo en su interior". El relato de la promesa y la preocupación de C. por cuidar de sus hermanitos se reiteró en el informe de fs. 63.----------

------ A fs. 54 la coordinadora del Servicio de Protección de Derechos del Niño y Adolescente, informó que el 25/11/05 los niños de la familia Ch. fueron albergados en el M. H., las razones por las que se tomó tal decisión y la situación de los niños.-

------ A fs. 67, el 06/12/05, la Jueza de Familia formalizó el alojamiento en el M. H. hasta tanto se designen los cuidadores domiciliarios que resulten necesarios para la atención permanente de los niños.----------

------ En el curso del trámite varias actuaciones refirieron a problemas de alcoholismo por parte del padre (v.gr. fs. 58/59, 63, 76), al escaso interés puesto de manifiesto en ver a sus hijos (ver fs. 66 vta., 98, 137, 151, 226), a las dificultades que se generaron cuando intentó hacerlo (ver fs. 71/72, 74/75, 76, 192/193), la existencia de maltrato (ver fs. 99, 142 vta.), de causas penales referidas a su vínculo con los dos niños mayores (ver v. gr. fs. 83) y de la resistencia de los niños a volver a vivir con su papá (ver v. gr.

fs. 113, 117). A su vez dan cuenta de que estuvieron institucionalizados por más de un año (ver v.gr. fs. 167)----------

------ En las distintas opciones de integración que se evaluaron en el curso del trámite, el informe de fs. 89, evacuado por la psicóloga y la Directora del M. H., valoró como altamente positiva la integración de los niños a un mismo grupo dado la necesidad de preservar sus vínculos y mantenerse integrados. Idéntica conclusión se reiteró a fs. 100. Ante el fracaso de esta alternativa se consideró la adopción como medida más propicia para estos chicos, aunque implicara la separación del grupo de hermanos, trabajándose desde lo psicológico este tema en el sentido de que no significa no vincularse mas (ver fs. 113, 117), favoreciéndose propuestas que facilitaran las visitas frecuentes y espontáneas entre los hermanos, el vínculo entre ellos (ver fs. 167).----------

------ Fue así que los niños empezaron a relacionarse con distintas personas, las que estuvieron de acuerdo con continuar el vínculo entre los hermanos, reconocieron que ese era un derecho de los niños y la importancia del mismo; incluso el padre, quien al principio mostró cierta resistencia, reconoció, posteriormente, como favorable la alternativa, siempre que se respete la vinculación entre los niños y con él (ver fs. 117, 119, 127/vta., 132, 200/201, 325/330, 356, 438/439). La importancia de mantener y alentar el vínculo y comunicación entre los hermanos fue puesta

continuamente de resalto por la Jueza de Primera Instancia (ver v. gr. fs. 134).----------

------ Los Sres. D. M. y M. fueron informados y aceptaron la necesidad de vincularse entre los hermanos e incluso con el padre desde el inicio de su relación con los niños (ver fs. 151).----------

------ A fs. 171/172 el informe socio ambiental practicado por el E.T.I., del 05/12/06, referido a la situación de M. y sus guardadores, explicitó que los Sres. D. M. y M. "están en conocimiento que M. tiene que tener vínculo son sus hermanos y han propiciado encuentros de los niños incluso con las otras familias con los que los niños se encuentran saliendo. No tienen dificultades para que los hermanos lo visiten en el domicilio". Entre otros elementos, se valoró como adecuada y positiva a la integración de M. por cuanto se permitió y favoreció el contacto con sus hermanos y su padre, el niño se encontró contenido, cuidado y no se le limitaron sus vínculos familiares. A su turno, el informe de fs. 198/199 observó que el matrimonio está dispuesto a respetar las visitas del padre del niño en caso que así M. lo solicitara y relató la situación vivida en el último encuentro.----------

------ Aún con posterioridad a su integración en distintas familias de guardadores los hermanos continuaron manteniendo visitas regulares, las que en un principio se concretaron de acuerdo a la

demanda de los seis (ver fs. 193, 194), y los niños manifestaron su deseo de continuar vinculándose (ver v.gr. fs. 196).----------

------ Las constancias del expediente dan cuenta de que luego comenzaron a surgir dificultades en la comunicación (fs. 305). Así, el informe obrante a fs. 313, explicitó que la vinculación entre los hermanos decayó progresivamente, observándose resistencias.--------

------ A requerimiento del Asesor Civil de Familia e Incapaces, se dio intervención al E.T.I. a fin de que efectúe acciones de articulación tendientes a lograr el acuerdo y sistematización de una modalidad de visitas entre los hermanos (fs. 315 y 316).----------

------ El E.T.I. recomendó que las visitas continúen en un espacio neutral, público, recreativo, con la presencia de todos los hermanos, bajo la supervisión del matrimonio conformados por los Sres. B. y R. y con una frecuencia mensual (ver fs. 322/324).----------

------ También a requerimiento de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces se confirió una nueva intervención al E.T.I., a fin de que luego de entrevistar a los niños y a los Sres. M. y D. M., sugiera la modalidad y frecuencia en que deberían efectuarse los encuentros entre los hermanos (fs. 336 y 337).----------

------ El informe requerido obra a fs. 361/363, señaló que M. muestra interés en mantener contacto con sus hermanos con quienes compartió vivencias previas y que recuerda con mucha alegría un encuentro donde compartieron un día de playa. En la síntesis evaluativa se lee "*De la evaluación efectuada se puede inferir que el matrimonio pretenso adoptante presenta interferencias emocionales que afectan o dificultan la posibilidad de asumir que M. tiene una historia vital previa que incluye la relación con sus hermanos sanguíneos como parte de la verdad de su origen. En lo actual se pudo observar cierta reticencia a la intervención institucional y posicionados con rigidez frente a lo externo. Se observa en los adultos cierta tendencia a la renegación de estos aspectos de la realidad, intentando de esta forma sortear sus propios sentimientos de inseguridad y temor, no elaborados aun, frente a la vinculación del niño con miembros de su propia historia de origen. En el niño se observa una necesidad que se manifiesta en forma espontánea de mantener el contacto con todos sus hermanos, refiriendo incluso deseos de compartir alguna actividad que los pueda relacionar en una situación de juego o placer. No se observaron en el niño conflictos relacionales con sus hermanos*". Sugirió una modalidad de comunicación.----------

------ A fs. 342, los Sres. B. y R. acompañaron informe elaborado por el Lic. R. A., psicólogo de dicha familia, quien sugirió seguir manteniendo la vinculación entre los hermanos, aunque afianzando el vínculo adoptivo en el sentido de pertenencia para que los roles puedan definirse claramente. Puntualizó que el tipo de vínculo

debe condicionarse a una frecuencia y estilo que permita la estabilización psicológica de N. y M..----------

------ A fs. 347, se encuentra agregada una nota remitida a la Jueza interviniente por C. B., en la que denunció dificultades con las visitas acordadas y en sus intentos de ponerse en contacto con los demás niños y señaló la importancia y la necesidad de continuar viendo a sus hermanos. Manifiestó textualmente "... yo acepté que ellos puedan integrarse con otras familias para que tengan la oportunidad de crecer mejor y no en el mini hogar. Pero siguen siendo mis hermanos ...". Dicha presentación motivó la realización de las audiencias de fs. 357 y fs. 369.----------

------ Habiendo sido escuchado en una audiencia, E. también destacó la importancia de mantener contacto con sus hermanos (ver fs. 360).----------

------ A fs. 370/376 obra agregado informe elaborado por la Lic. C. P. A., psicóloga de M. Ch.. Concluyó que *por el momento* "No se considera propicio establecer una frecuencia arbitraria de la vinculación de M. y sus hermanos. Siendo de fundamental importancia en este sentido respetar sus propios tiempos psíquicos".----------

------ En orden a avanzar en la posibilidad de un acuerdo con los guardadores y sobre la modalidad de comunicación entre los niños, a fs. 377 se confirió nueva intervención a la psicóloga del E.T.I., haciéndole saber expresamente que "de advertir alguna contraindicación de que los encuentros se lleven a cabo con una frecuencia mayor a la existente lo haga saber, indicando, si existieren, los recaudos que deben observarse al llevarse a cabo los mismos".----------

------ A fs. 383/vta., los Sres. M. y D. M. propusieron una modalidad de encuentros quincenales.----------

------ A fs. 392/396 obran informes elaborados por los Lics. R. A. y K. S., psicólogos de la familia B.-R.. El Lic. A. sugiere que el régimen de visitas que se desarrolla con una frecuencia mensual no se altere hasta obtener información de los respectivos profesionales tratantes, tanto de los niños institucionalizados, como N. y M., en cuanto a que están dadas las condiciones para que estos encuentros puedan ser positivos para todos los involucrados en la situación. La Lic. S. informa los efectos que produce en N. y M. la vinculación con sus hermanos.----

------ A fs. 399/vta. los Sres. R. y B. insistieron en la propuesta de encuentros mensuales.----------

------ A fs. 414/416 la psicóloga del E.T.I. concluyó que "De las entrevistas realizadas se puede destacar que los hermanos han compartido una historia y vivencias que han reforzado su unión y que todos desean continuar con la comunicación entre ellos".---------

------ A fs. 428/429 amplió el informe presentado. Señaló que tanto M. como N. "hablan acerca de sus otros hermanos evidenciando el mantenimiento de vínculos afectivos y de pertenencia hacia su red de origen ... La hermana mayor es como un sostén, hay una ligazón entre los hermanos que es mas histórica, con una paulatina integración a la pareja que los tiene a cargo. En lo actual los hermanos no están olvidados del resto, está la referencia interna a los otros hermanos. Se sugiere que el contacto entre los hermanos no se pierda, pero que el período sería conveniente que se acuerde entre los familiares a fin de que no se produzcan obstáculos".---------

------ A fs. 436/437, la Lic. R. amplió una vez más su informe, sobre los grupos evaluados recomendó "la continuidad de las terapéuticas comenzadas a fin de acompañar el vínculo afectivo entre padres e hijos adoptivos como brindar un espacio donde poder elaborar dudas, temores, fantasías, miedos, información acerca del origen, etc., que pueda llegar a interferir o interfieran actualmente en el desarrollo de los aspectos de la identidad de un niño como en su crecimiento emocional, favoreciendo a su vez esta elaboración la posibilidad de establecer acuerdos con otros familiares que den

continuidad a la comunicación de los hermanos en función de sus necesidades". Informó que los hermanos se están viendo dos veces por mes.----------

------ A fs. 449/452, la psicóloga del E.T.I., respecto a E., puntualizó que "Refirió que se encontraba con sus hermanos en un especio público (en una plaza con juegos) cada quince días durante una hora y media. Mostró fotos de los encuentros con sus hermanos, dialogando sobre los cambios que observa en ellos, manifestando su alegría y placer al encontrarse con ellos. Refirió que se ha sentido cómodo en los encuentros y que los adultos guardadores no han interferido en las interacciones entre sus hermanos y él. Expresó su conformidad con los encuentros fraternos, refiriendo su interés de encontrarse con sus hermanos con mayor frecuencia. Recordó que no fue invitado al cumpleaños de uno de sus hermanos no institucionalizado". En cuanto a los encuentros de E. con sus hermanos, sugirió la continuidad de los mismos, ya que favorecen el desarrollo emocional, relacional y familiar del adolescente, no teniendo estos encuentros fraternos consecuencias negativas para E., sino que positivas, y concluyó que tampoco este adolescente, por su personalidad, significa un factor negativo hacia sus hermanos.----------

------ A fs. 453/454 la Directora del M. H., Sra. A. G., y las Lics. en psicología y trabajo social, Sras. A. y M., puntualizaron que los

hermanos "se han encontrado una vez por mes y desde junio dos veces por mes, pero es una formalidad para cumplir lo dispuesto judicialmente ya que la calidad de la vinculación no es buena, no existe diálogo fluido; C. sigue siendo la que demuestra mayor interés", "El malestar que la vinculación provoca en los adultos se proyecta de igual manera en los niños. Seguimos sosteniendo la importancia de la vinculación entre los hermanos, pero pensamos que si no se modifica la calidad de la misma es nociva para los niños, quienes perciben los encuentros como situaciones estresantes y cargadas de malestar", si los adultos "no logran distenderse y aceptar que esto hace a la identidad e historia de los niños y a sus derechos, indirectamente los están perjudicando y a ellos también los hace sentir mal", "*En el día de ayer el Sr. M. se presentó en el M. H. muy enfadado solicitando hablar con la Sra. G. A. manifestando que C. no puede llamar ni ir a molestar a su domicilio; que ella quería un acuerdo Judicial y este se realizó estableciendo que los segundos y cuartos sábados de cada mes podrían verse, ellos ' están cumpliendo así que no me joda'. Se niega a conversar con la Trabajadora Social, A. M., dado que 'ella fomentó que C. haya ido al Juzgado'. Se le explica que C. sólo se acercó al domicilio, acompañada de la Flia M. a fin de entregarle a M. la invitación para su cumpleaños, y que no se creyó que podría generarles tal malestar. El niño no asistió, sólo hubiera venido si hubiera coincidido con los días acordados y que además M. no se encuentra bien de salud, que tiene stress, y que también lo han llevado a Buenos Aires al Hospital Garraham. Este no es el primer suceso de este tipo, ya que en otras oportunidades cuando C. ha*

intentado comunicarse o visitar al niño, también manifestaron su enojo en la institución. La Sra. R. también plantea que no desea que vayan a su casa sin avisar, dado que también C. fue a llevarles la tarjeta de cumpleaños, no obstante se comunicó telefónicamente con Trab. Social y después con C. manifestando que M. no quería venir al M. y acordó hacer un encuentro en una heladería, al que concurriría con la Flia. M.. Esto se concretó satisfactoriamente, asistiendo también M., se extendió por más de dos horas, ambos matrimonios entablaron muy buen diálogo y los niños disfrutaron del encuentro".----------

------ A fs. 459 la Dra. M. dio cuenta de lo conversado con C. respecto a la modalidad en que se desarrolla el régimen de comunicación.----------

------ A fs. 467/469, mediante sentencia interlocutoria registrada bajo el N° 587/08, se resolvió fijar un régimen de comunicación mínimo entre los hermanos C. B., M., M., M., N. Ch. y E. M..-------

------ A fs. 482 los Sres. R. y B. apelaron la sentencia dictada. Concedido a fs. 483 el recurso, expresaron agravios a fs. 489/494.---

------ A fs. 498/503 la Asesoría Civil de Familia contestó el traslado que le fuera conferido a fs. 495, celebrada la audiencia exigida por el art. 130 de la Ley III, N° 21 –antes ley 4347-, a la que no concurrieron ni M. ni M. (fs. 520) y contestada la vista conferida a

la Asesora Civil de Familia e Incapaces (fs. 522/527), la Sala A de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew resolvió revocar la resolución apelada y mantener el régimen de visitas entre hermanos existente con anterioridad a ella (fs. 529/530).----------

------ A fs. 588/vta. obra informe realizado por las Lics. M. y A., referido a la integración de C., E. y M. en la familia de sus guardadores -matrimonio H. y H.-. En lo que refiere a la vinculación con sus otros hermanos deja constancia que se comunicaron con la Sra. M. R. a fin de coordinar horarios de encuentros, que los mismos continúan siendo los sábados a las 10 hs., que el Sr. H. ofreció realizarlos en su domicilio, pero que los guardadores manifestaron no estar de acuerdo.----------

------ 2.- **"A.C.F. s/ Guarda con fines de adopción" (Expte. N° 82 – Año 2007)**.----------

------ A fs. 43/44, con fecha 15/02/07, la Dra. M. B., Abogada Adjunta de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, ejerciendo la representación directa de M. Ch., promovió la designación de los Sres. S. G. D. M. y R. I. M., como guardadores preadoptivos. Acompañó las constancias documentales de fs. 1/42, las que incluyen solicitud de ingreso al Registro de Pretensos Adoptantes, ratificación de la decisión de adoptar, informes efectuados por distintos profesionales del E.T.I. relativos a sus aptitudes como

pretensos adoptantes, a su vínculo con M. y a su evolución, certificados de antecedentes y de matrimonio, fotocopias de documentos de identidad, etc. y Acta N° 192/06 A.C.F.P.M., del 22/12/06, en la que consta que el Sr. O. R. Ch. prestó su consentimiento en los términos de los arts. 317 y 329 de la Ley N° 24.779.----------

------ Señaló que los pretensos adoptantes manifestaron estar dispuestos a facilitar la vinculación con el progenitor del menor (ver fs. 43 vta., 2do. párrafo).----------

------ El informe socio ambiental elaborado por el E.T.I., del 18/12/06, explicitó que los Sres. D. M. y M. conocen que M. tiene que vincularse con sus hermanos, han propiciado encuentros entre los niños incluso con las otras familias con los que se relacionan y no tienen dificultades para que los hermanos lo visiten en el domicilio. Los pretensos adoptantes relataron un encuentro de M. con su papá, señalaron que M. rechazaba tal vinculación, puntualizando la Sra. D. M. que dialogó con el Sr. Ch. explicándole que no es su intención desvincularlo de su hijo, sino hacerse cargo de la atención y crianza que el niño necesita. Concluyó que desde la integración de M. los Sres. D. M. y M. han asumido todas las responsabilidades de su cuidado, permitiendo y favoreciendo el contacto con sus hermanos y con su padre. Valoró que se encuentran dadas las condiciones para formalizar la integración de

M. al grupo familiar mediante una guarda, dado que no se observaban dificultades en dicha integración y el niño se encuentra contenido, cuidado y no se le han limitado sus vínculos familiares (fs. 8/9).----------

------ A fs. 46/vta., la Abogada Adjunta de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, dictaminó que podía otorgarse la guarda provisoria de M. a los Sres. D. M. y M..----------

------ A fs. 48, en la audiencia celebrada el 22/03/07, el Sr. O. R. Ch. reiteró que "presta su consentimiento para dar en adopción simple a su hijo M. H. Ch.", expresando que su letrada lo asesoró sobre los alcances jurídicos de la decisión adoptada, manifestó que su deseo era continuar en contacto con el niño y pidió verlo una vez por mes.----------

------ A fs. 50/vta., el 20/04/07, se otorgó la guarda provisoria de M. Ch. a favor de los Sres. R. I. M. y S. G. D. M.. En dicha oportunidad, se le hizo saber a éstos últimos lo manifestado por el Sr. Ch. en la audiencia celebrada el 22/03/07 -consentimiento para una adopción simple, solicitud de mantener contacto-. Los Sres. M. y D. M., sin perjuicio de destacar la necesidad de contemplar el mejor interés de M. y de pedir que de llevarse a cabo las visitas se desarrollen en un ámbito ajeno y neutral al hogar familiar, de manera supervisada y consultando previamente sobre la

conveniencia y oportunidad de las mismas a los profesionales del E.T.I., manifestaron que, en principio, no se oponían a lo peticionado por el Sr. Ch..----------

------ A fs. 53/vta. la Abogada Adjunta de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, al contestar la vista que le fuera conferida a fs. 50, pto. 4), opinó que correspondía designar a los Sres. D. M. y M. como guardadores con fines de adopción respecto de M., computándose el plazo de la guarda preadoptiva desde el 11/10/06, fecha desde la cual el niño convive efectivamente con sus guardadores.----------

------ A fs. 57/59, la Lic. en Servicio Social del E.T.I., el 16/05/07, puntualizó que en relación a los hermanos de M. la Sra. D. M. "manifiesta que ha concurrido a jugar con N. y M., ellos perciben que tiene un acercamiento especial hacia su hermano menor ya que cuando permanecían juntos él refiere que estaba a su cuidado les ha expresado 'yo le enseñé a caminar'. Su hermana mayor lo visita en el domicilio y ella los deja que jueguen y dialoguen sin interferir. Lo que percibe es que M. se torna agresivo e inquieto durante la visita de su hermana y luego de ella. También tiene actitudes similares cuando habla por teléfono con ellas al M. H.. Ellos continúan dispuestos a favorecer la vinculación con sus hermanos, tanto en su domicilio como donde ellos se encuentren" (fs. 58 vta., 3er. y 4to. párrafo). Concluyó la Lic. en su informe que ambos miembros de la

pareja asumen para con el niño un rol materno y paterno y que pueden respetar la vinculación de M. con sus hermanos.----------

------ A fs. 61/62 vta. la Sentenciante de grado designa guardadores con fines de adopción de M. H. Ch. a los Sres. M. y D. M., guarda que dispone se extenderá por un año, con efecto retroactivo al 11/10/06. Tiene presente para la oportunidad en la que el Sr. Ch. inste el correspondiente incidente lo manifestado por el mismo en relación al régimen de comunicación con M., así como lo expresado por los guardadores en relación a este tema.----------

------ A fs. 63, el 19/08/07, los Sres. D. M. y M. aceptan el cargo.----

------ 3.- **Actuaciones en este expediente**.----------

------ En cuanto a estos actuados, a fs. 13/vta., los Sres. S. G. D. M. y R. I. M., quienes fueran designados guardadores con fines de adopción el 06/06/07, con efecto retroactivo al 11/10/06 (fs. 2), por su propio derecho, iniciaron demanda de adopción plena del menor M. H. Ch..----------

------ A fs. 20/24 obra agregado informe socio ambiental practicado por el Equipo Técnico Interdisciplinario, del 19/02/08. Contiene datos referidos a los Sres. D. M. y M., a M. y a la vivienda que ocupan. Efectúa una reseña familiar que involucra datos relativos a

la pareja de guardadores, a cómo nació y evolucionó el vínculo con M. y a las actividades que realiza el niño. Puntualizó textualmente que los guardadores “están en conocimiento que M. tiene que tener vínculo con sus hermanos y han propiciado encuentros de los niños incluso con las otras familias con los que los niños se encuentran saliendo. No tienen dificultades para que los hermanos lo visiten en el domicilio. Han tenido un encuentro en el Mini Hogar con el padre de los niños. Señalan que M. rechaza la vinculación con su padre. La sra D. M. expresa que ella ha dialogado con el sr Ch. explicándole que no es la intención de ellos desvincularlo de su hijo sino que hacerse cargo de la crianza y la atención que el niño necesita” (fs. 22, 6to. a 8vo. párrafo); “En relación a la vinculación con los hermanos la pareja expresa que se han presentado dificultades sobre todo con los hermanos mayores que permanecen en el M. H.. Por ese motivo decidieron en conjunto con el M. H. y la pareja que tiene a cargo a M. y a N. que los encuentros se realicen una vez al mes en un lugar público neutral. Según ellos señalan con quien M. tiene mayor acercamiento y apego afectivo es con N.. Ellos explican que con N. tiene un contacto mayor, una vez por semana aproximadamente, y de manera espontánea. La pareja presenta su desacuerdo en que deba tener contacto con todos los hermanos ya que a su entender a M. no le interesa dicho contacto y sí están de acuerdo, con que continúe con la vinculación con quien él tiene mayor apego. Se le explica que el contacto entre los hermanos mas allá del vínculo que se establezca, es una condición

necesaria ya que se ha de atender la necesidad de contacto de todos los hermanos. Ellos explican que hasta el momento han respetado esta condición aunque no han estado totalmente de acuerdo. En un momento de la entrevista se le consulta al niño como los llama a S. y a R., el niño explica que "mamá" y "papá", se le hace mención a sus padres biológicos, dando paso a esta denominación de mamá y papá a los sres D. M. y M. y el niño se sensibiliza e irrumpe en llanto expresando "quiero ver a N." reiteradamente. Ellos tratan de calmarlo expresándole que llamarán a N. para ver si regresaron de las vacaciones" (fs. 23 7mo. a 10mo. párrafo), "La pareja consulta si el presente trámite es una adopción simple o plena, se les indica que en este sentido consulten con su abogado. Ellos señalan que quisieran una adopción plena. Se les explica que en términos generales cuando hay hermanos se suele otorgar adopción simple que otorga idéntico vínculo legal padre e hijo" (fes. 23, anteúltimo párrafo).----------

------ Concluyó que "En relación a la vinculación con los hermanos, existe una relación diferenciada del niño con su hermano menor N. y con sus otros hermanos. La pareja si bien no está totalmente de acuerdo, acepta el contacto actual, son sus hermanos en un lugar público neutral una vez al mes, si así continúa establecido" (fs. 24, 8vo. párrafo).----------

------ A fs. 26 obra certificado médico del niño emitido por la Dra. S. F., Clínica Médica.----------

------ A fs. 27, obra certificado emitido por la psicóloga del niño, Lic. C. P. A., el que da cuenta del tratamiento psicológico en curso -inicio y frecuencia-.----------

------ A fs. 30/32, obra copia del informe agregado a fs. 361/363 del Expte. N° 587/05, emitido por la psicóloga del ETI.----------

------ A fs. 33/46, los Sres. M. y D. M. agregan documentación referida a distintas actividades que realiza M. e informes de profesionales que atienden su salud.----------

------ A fs. 47, obra acta de audiencia celebrada el 13/03/08 a la que asistieran los Sres. M. y D. M., su letrado, el menor M. H. Ch. y la Abogada Adjunta de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces. Tiene a la vista éste Superior Tribunal el registro fílmico de dicha audiencia. El acta da cuenta que se abordó extensamente lo relacionado al derecho de identidad del niño y a la importancia de mantener e instar el vínculo con sus hermanos.----------

------ A fs. 65, la Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia e Incapaces de Puerto Madryn, opina que debe decretarse la adopción simple de M. a favor de los Sres. M. y D. M..----------

------ A fs. 70/72, obra copia de la sentencia dictada en el Expte. N° 587/05, la que fuera registrada bajo el N° 587/08.----------

------ A fs. 73/75 la Jueza de primera instancia dictó sentencia otorgando la adopción simple de M. H. Ch. a los Sres. S. G. D. M. y R. I. M.. Fundó su opción en el interés superior de M., la existencia de lazos muy definidos entre los hermanos, la relevancia de mantener e instar el vínculo de M. con sus hermanos a fin de preservar su identidad, el que involucra el derecho a reconstruir la propia historia familiar y a mantener los vínculos familiares que determinan el estado de familia, la supervivencia del lazo fraternal aún ante situaciones como las presentes en el *sub lite*, la modalidad de comunicación dispuesta en el Expte. N° 587/05, lo sugerido por el ETI y lo dictaminado por la Asesoría de Familia. Entendió que toda vez que sea aconsejable mantener los vínculos familiares originarios debe optarse por la adopción simple y puntualizó que la circunstancia de que se conceda la adopción simple y no la plena que se requiere, no constituye un obstáculo para la correcta integración de un grupo familiar, pues la estructuración de una relación semejante a la paterno filial originaria no parece verse impedida por la subsistencia del parentesco del adoptado con su familia de sangre.----------

------ A fs. 78 los Sres. M. y D. M., por su propio derecho, apelaron la sentencia; expresaron agravios a fs. 116/122 y agregaron la documental de fs. 84/115 -historia clínica de M., resultados de estudios, informe de la pediatra del niño-, la que se incorporó según resolución de fs. 123.----------

------ El 11/06/09, se celebró la audiencia dispuesta a fs. 131, el acta labrada se limitó a señalar que concurrieron los apelantes y su letrada, el menor y la Asesora Ad Hoc de la Asesoría de Menores (fs. 133).----------

------ A fs. 135/137 la Asesora Ad Hoc de Familia e Incapaces contestó la vista que le fuera conferida a fs. 134. Afirmó que conforme surge de las constancias de los expedientes 82/07 y 587/05 M. y sus hermanos forman una familia, que a pesar de los compromisos asumidos por los adultos aparecieron conflictos con el régimen de comunicación lo que hizo necesario una decisión judicial que ordene las visitas y que con estos antecedentes no sería prudente para los niños que se haga lugar a la adopción plena solicitada, ya que la misma trae aparejado el corte de los vínculos de sangre.----------

------ **II) LA SENTENCIA DE LA CÁMARA**.----------

------ Para fundar la modificación de la sentencia de origen, el Dr. Marcelo López Mesa expresó que: 1) debió haberse concedido la adopción con carácter pleno, conforme lo peticionaban los pretensos adoptantes, ya que nada obstaba para ello; 2) el niño es portador de una "maléfica" enfermedad, su madre biológica murió, su padre biológico no se ha hecho cargo de él, vivía en una institución oficial junto a sus hermanos de sangre, tanto el niño adoptado como sus padres adoptivos han pedido que se conceda la adopción con carácter pleno; 3) se dan dos de los supuestos arquetípicos de los que contempla el art. 325, C.C. -orfandad por parte de su madre, abandono por parte del padre-; 4) no existe ni en la sentencia de grado ni en la intervención de la Asesora Ad Hoc un solo argumento concreto que demuestre la inconveniencia de la adopción plena para el niño; 5) el rol del ministerio público en este tipo de asuntos y de la misma ley no puede ser otro que facilitar la integración del menor en la familia adoptante, ese es el objetivo central y el interés superior a considerar es el del niño adoptado; 6) denegar la adopción plena en un caso como este contraría el sentido común; 7) el fallo de primera instancia se encolumna en una tendencia que descalifica a la adopción plena sin norma alguna que la respalde y contrariando en muchos casos el art. 19, C.N.; 8) se debe procurar facilitar la integración del niño en el seno de su nueva familia, 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, siendo la adopción plena, en casos como éste,

especialmente apta para lograr esa maravillosa trasmutación; 9) negar la adopción plena sobre la base de generalidades y abstracciones implica vulnerar el art. 19, C.N.; 10) en el caso la relación filiatoria adoptiva debe prevalecer por sobre la relación genética; 11) si en el caso no están dados los requisitos para conceder la adopción plena, no lo estarán en ninguno; 12) la misión del Juez es verificar si lo que los justiciables pretenden es legalmente factible, lícito y moral y, si se dan estas situaciones, la función judicial consiste en asegurar que los justiciables obtengan lo que perseguían al litigar y "... 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 ..." (fs. 144vta., 2do. párrafo); 13) "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" (fs. 144vta., 4to. párrafo); 14) "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 concreto, de este ideal de adopción plena será más difícil y habrá de extremarse el cuidado para concederla ... 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" (fs. 144vta. in fine / 145); 15) la equidad aplicada a este caso termina por demostrar que los padres adoptivos deben tener la oportunidad de reconstruir su vida juntos, en las condiciones que ellos pretenden y que a nadie lesionan; 16) "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" (fs. 145, último párrafo); 17) "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" (fs. 145vta., primer párrafo).----------

------ Votó en segundo lugar el Dr. Carlos Ferrari quien sostuvo que: 1) las razones en que la Jueza de primera instancia fundara la concesión de la adopción simple atienden más a una postura teórica

y principista que a los propios hechos sobre los que se asienta el caso bajo examen; 2) sin desconocer el derecho a la identidad, la magistratura no debe apartarse de los datos de la realidad 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 norma determinada; 3) menciona la sentenciante un "núcleo familiar" que en caso quedó fatalmente pulverizado a raíz del fallecimiento de la madre biológica y la posterior institucionalización y otorgamiento en guarda de los hijos a distintas familias, circunstancias que determinan la inevitable consecuencia de que los hermanos deban crecer en núcleos familiares diversos y separados entre sí; 4) el contacto entre los hermanos fue preservado hasta hoy, sin que fuera óbice para ello el otorgamiento de las guardas en miras de adopción; 5) no 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; 6) 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; 7) las disposiciones de la C.D.N. 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, favorezcan vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que suplan carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica; 8) 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; 9) en el caso, ante un cuadro de desintegración irreversible que ofrece la familia biológica aparece una familia adoptante que ha proveído todo lo necesario para la atención del menor sin descuidar el debido contacto con los hermanos biológicos de M.; 10) en la audiencia celebrada los adoptantes manifestaron 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; 11) corresponde a los jueces determinar cuándo el otorgamiento de la adopción simple o plena se compadece 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.----------

------ **III) EL RECURSO**.----------

------ A fs. 154/192 interpone casación la Asesora de Familia e Incapaces Ad Hoc, cuyos fundamentos fueron resumidos en el Pto.

B. A fs. 210/214 los Sres. R. I. M. y S. G. D. M. hacen uso del derecho que les acuerda el art. 293 del C.P.C.C..----------

------ **IV) DICTAMEN DEL SR. DEFENSOR GENERAL**.----------

------ A fs. 215/221 el Sr. Defensor General se pronuncia de conformidad con lo dispuesto por el art. 293 del código adjetivo. Mantiene y hace propia la casación interpuesta. Deja a salvo su opinión sobre el pedido subsidiario de declaración de inconstitucionalidad del art. 323, última frase, del C.C.. Señala que en una legislación como la vigente en nuestra República en materia de adopción, donde a la vez conviven una -la plena- que da fin a los vínculos de parentesco sanguíneo del adoptado y otra -la simple- que los deja incólumes, es absolutamente innecesario solicitar, para el caso en particular, la declaración de inconstitucionalidad de una norma que legisla sobre uno de los datos distintivos por antonomasia entre una y otra. Entiende que lo que aquí está en juego es cuál de las dos adopciones que conviven en nuestro sistema legal es la adecuada al caso y no la inconstitucionalidad del dato distintivo de la plena. Afirma que la sentencia contradice la doctrina sentada por este Tribunal en autos “V.F.M. s/ Adopción Simple” (Expte. N° 19520-V-2004), se desentiende de los nuevos paradigmas del “cuerpo constitucional supranacional”, al relegar el reconocimiento de los derechos que se posan en cabeza del niño respecto de sus hermanos biológicos y en la de éstos respecto del

niño lo transforma de sujeto de derechos en objeto de protección, lo que implica una clara negación de su derecho a la identidad, a sus relaciones familiares y a mantener contacto con estas relaciones. Puntualiza que se verifica en la sentencia un apartamiento injustificado de los dictámenes técnicos sin causa fundada, que la sentencia de primera instancia se ajustó al marco de lo dispuesto por los arts. 330 y 321, inc. "i" del C.C. y que el niño no sólo debe ser escuchado sino al mismo tiempo entendido, interpretado. Argumenta que la sentencia se equivocó en el análisis de instituciones del derecho civil, como la adopción simple y plena, ciñéndose únicamente a los contenidos del Código Civil, sin armonizarlos con los textos de la Carta Magna. Invoca que la sentencia se desentiende absolutamente de los derechos de los niños y de sus hermanos, cuyos vínculos biológicos son aniquilados sin exponerse razones atendibles que justifiquen semejante decisión. Denuncia contradicciones entre lo aquí resuelto y la decisión tomada por la misma Sala en el Expte. N° 587/2005. Cita jurisprudencia, funda en derecho y mantiene reserva del caso federal. Peticiona se haga lugar al recurso de casación interpuesto.--

------ **V) DICTAMEN DEL SR. PROCURADOR GENERAL**.------

------ A fs. 226 y 228 emite dictamen el Sr. Procurador General. Opina que corresponde ingresar en el tratamiento y resolución de la cuestión de fondo. Considera que existiendo la posibilidad de

encuadrar legalmente el vínculo bajo el régimen jurídico de la adopción simple resulta innecesario avanzar sobre el control de constitucionalidad del art. 323, última parte, C.C., motivo por el cual entiende que el planteo de inconstitucionalidad debe ser rechazado.----------

------ **VI) ANÁLISIS**.----------

------ I.- La definitividad de la sentencia atacada es evidente, no sólo por cuanto la decisión recurrida es la que pone fin al proceso, sino también por cuanto lo resuelto posee una incidencia crucial en la vida actual y futura de M. y determina la configuración de un agravio no susceptible de reparación ulterior, por lo que no es menester abundar en mayores consideraciones al respecto.----------

------ II.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho: “la doctrina de la arbitrariedad no cubre la disconformidad del apelante con las conclusiones del a-quo ni tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que se reputen tales, sino que sólo atiende a la exigencia constitucional de que aquellas sean fundadas y constituyan una derivación del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa” (Conf.: Fallos, 298:30; 302:836; 1030; 303:770 y otros, S.T.J.CH., S.I. N° 25/S.R.E./09).--

------ La valoración o ponderación de las pruebas componen el derecho a la prueba. Es que, aunque se reconociese completamente el derecho de las partes de deducir y asumir todas las pruebas relevantes, se trataría de una garantía ilusoria y meramente ritualística cuando no fuese asegurado el efecto de la actividad probatoria, o sea la evaluación de la prueba de parte del juez en sede de decisión. La Corte no ha dejado fuera de su control la forma en que se lleva a cabo esa valoración, que se entronca, además, con el deber de motivar las sentencias. La regla de la cual parte es que la apreciación y valoración de la fuerza de convicción de la prueba producida constituye una materia propia de los jueces de la causa y ajena, por principio, a la instancia extraordinaria. Sin embargo, esa libertad tiene un límite: la arbitrariedad (Conf..: Augusto M. Morello, R. Rosales Cuello, "Práctica del Recurso Extraordinario", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, págs. 204 y ssgts.; en igual sentido S.T.J.CH., S.I. N° 66/S.R.E./09).----------

------ La excepción se viabiliza cuando el quejoso logra demostrar el desvío lógico del razonamiento, aquel error palmario y fundamental constitutivo del absurdo; por cuanto "la "arbitrariedad" -como género- o absurdo -como especie-, que autorizan a revisar la valoración de las pruebas, es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; y tal vicio lógico se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente

contradictorias entre sí" (Conf.: S.T.J.CH., S.D. N° 16/S.R.E./06, con cita de S.D. N° 34/S.R.E./00).----------

------ Existe arbitrariedad si se omite una adecuada compulsa de las actuaciones y se desconoce la existencia de un dictamen pericial necesario para la adecuada ponderación, pues en tal caso lo resuelto no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (C.S.J.N., Fallos, 325:2593). También se configura tal circunstancia de excepción cuando el sentenciador no analiza constancias de la causa, ignora numerosas pruebas producidas conducentes a la solución del litigio y solo concluye con el apoyo de una elaboración teórica conceptual y dogmática (Fallos, 325:3110); o si realiza un examen fragmentario y parcializado de la prueba y prescinde de la consideración de elementos conducentes (Fallos, 311:1227; 315:29; 326:2135, entre muchos otros).----------

------ Si bien en principio los jueces no están obligados a ponderar una por una y de modo exhaustivo todas las probanzas agregadas al expediente sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundamentar sus conclusiones (Fallos, 308:584, entre muchos otros), cabe obviar esta doctrina si, al resolver, se incurrió en una defectuosa consideración de las pruebas (Fallos, 308:1375), sin integrarlas ni armonizarlas en su conjunto, con menoscabo de la

verdad material y de los derechos de las partes (Fallos, 308:584; 326:2135).----------

------ En lo que respecta específicamente a la materia en análisis, la C.S.J.N. tiene dicho que si bien las discrepancias de las partes con la interpretación que formulan los jueces de la causa de los principios que rigen el instituto de la adopción resultan ajenas a la instancia extraordinaria por remitir al examen de cuestiones de hecho y de derecho común y procesal, cabe dejar de lado dicho criterio cuando la sentencia atacada incurre en un apartamiento de las normas aplicables, de las circunstancias particulares del caso y de la prueba ofrecida (Fallos, 330:642; en similar sentido Fallos, 328:2870).----------

------ Examinados los términos de la sentencia a la luz de los agravios que, a título de arbitrariedad, se invocan y del relato que se efectúa de la plataforma fáctica del caso, surge patente que el Tribunal de Alzada no tuvo a la vista, al momento de sentenciar, elementos apropiados que resultaban conducentes para decidir y cuya valoración era indispensable a los fines de resolver -Expte. N° 587/05; filmación de la audiencia de la que da cuenta el acta de fs. 47-, formando de hecho parte de los fundamentos de la decisión.----

------ El art. 21, ap. a) de la Convención de los Derechos del Niño impone a las autoridades competentes determinar la viabilidad de

la adopción con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables, y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que permita formar convicción sobre su procedencia. Desde tal perspectiva la doctrina ha sostenido que aún el principio dispositivo cedería, para dar paso a una actividad oficiosa, limitada –desde luego- por el principio de legalidad (Conf.: C.S.J.N., "G., M. G.", Fallos, 331:2047, LaLeyOnline, del dictamen del Procurador General).----------

------ En el orden interno, el art. 321 del C.C., inc. e, establece que el juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir, las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes.----------

------ En tal sentido, debió la Alzada haber requerido la totalidad de los antecedentes vinculados a fin de resolver la cuestión propuesta, máxime cuando tenía claro conocimiento de la medida de protección en trámite por haberle sido requerida su intervención en tal expediente.----------

------ Se desconocieron de plano los múltiples informes del E.T.I., apartándose de los mismos, si bien no formalmente si en sustancia. Ni siquiera se hizo mención a ellos.----------

------ Aún cuando muchos forman parte del Expte. N° 587/05, el que, como ya señalé, no se tuvo a la vista al tiempo de resolver, ni siquiera se valoró el agregado a fs. 20/24 del presente trámite, en el que la psicóloga del E.T.I. refiere que explicó a los Sres. D. M. y M. "... que el contacto entre los hermanos mas allá del vínculo que se establezca, es una condición necesaria ..." y a la par puntualiza las dificultades en la vinculación puestas de manifiesto por la propia pareja y el desacuerdo evidenciado con que M. frecuente a sus hermanos (ver fs. 23).----------

------ Frente a tal expresa constancia, recomendación del E.T.I. del sostenimiento del vínculo y puntualización de las dificultades habidas a fin de sostenerlo, modifica el carácter de la adopción resuelta en primera instancia y la transforma en una adopción plena sin hacerse cargo de lo dispuesto por el art. 323 del C.C., ni de las dificultades informadas por el E.T.I. y los desacuerdos patentizados.----------

------ Se afirma dogmáticamente que el contacto entre los hermanos siempre fue preservado y que el otorgamiento de la adopción plena no se erige como un peligro o atentado virtual contra el derecho del menor a mantener un contacto asiduo con sus hermanos biológicos. Tal afirmación conceptual, si bien en principio aparece como compatible con la recomendación del Equipo Técnico Interdisciplinario en el fondo no lo es, no sólo a la luz de las

circunstancias que surgen del análisis de la prueba producida a lo largo de este trámite y de la medida de protección, que ya cuenta con cuatro cuerpos de extensión, sino principalmente a la luz de los efectos que la norma de fondo prevé para la adopción plena (art. 323, C.C.).----------

------ Más aún, la sentencia contraría en algún punto el pronunciamiento interlocutorio que dictaran en el curso del Expte. N° 587/2005, relativo al régimen de comunicación requerido por la hermana mayor, en el que si bien redujeron la frecuencia de las visitas fijadas en primera instancia señalaron que "... tampoco es posible afirmar que una menor frecuencia en las visitas implique no resguardar las relaciones con la familia de origen de los menores dados en guarda. Por el contrario, puede suceder que sea una *forma de preservar para un futuro más o menos inmediato esas relaciones*, si, actualmente y en razón de las especiales circunstancias por la que atraviesan cada uno de los hermanos, es inconveniente para algunos de ellos aumentar la cantidad de los encuentros ..." (fs. 530, Expte. N° 587/2005). Es que, habiendo ya sido necesario fijar un régimen de comunicación para hacer efectivo el contacto, no comprendo desde qué lugar afirman luego los mismos jueces que la adopción plena no afectaría el vínculo que el menor tiene con sus hermanos, cuando uno de sus efectos precisamente es extinguir dicho parentesco (art. 323, C.C.).----------

------ No me olvido de la expresa sanción que el art. 82 de la Ley III, N° 21 –antes Ley N° 4347-, prevé para los supuestos en que el tribunal resuelva en sentido adverso al sustentado por el Equipo Interdisciplinario sin fundar su apartamiento. Ahora bien, entiendo que en el caso no se dan los presupuestos que determinan tal sanción de nulidad. Es que, lo que advierto en el pronunciamiento en crisis es una parcial y arbitraria valoración de los hechos, de la prueba y de las normas aplicables que llevaron al Tribunal al error de creer que su sentencia está en consonancia con la opinión sustentada por el E.T.I..----------

------ Se observa en el pronunciamiento dictado un examen fragmentado y parcial de las constancias que rodean el caso, el que lleva al Tribunal de Alzada a dictar sentencia con apoyo en elaboraciones teóricas, conceptuales y dogmáticas.----------

------ Tales vicios tienen relevancia decisiva, motivo por el cual el fallo presenta graves defectos de fundamentación que lo invalidan como acto jurisdiccional e imponen su descalificación, conforme a la doctrina de la Corte en materia de arbitrariedad de sentencias (Fallos, 311:1438; 312:1150; 326:2135, entre otros), mas que tornarlo nulo en virtud de lo dispuesto por el art. 82 de la Ley III, N° 21.----------

------ No puedo dejar de puntualizar que más allá que las deficiencias ya apuntadas resultan sobradamente suficientes para abrir la competencia de este Tribunal, se observa también una errónea aplicación de la norma que, al menos en los fundamentos del primer votante, aparece como decisiva y dirimente en la posición asumida.----------

------ En efecto, el Dr. López Mesa funda su decisión en que la diferencia entre la adopción simple y la plena radica en el apellido del adoptado. Textualmente expresa "No debe olvidarse que la diferencia entre la adopción simple y la plena es nada menos que el apellido del menor" (fs. 145 último párrafo).----------

------ Tal consideración constituye un evidente error de derecho, por cuanto, más allá de los matices que puedan trazarse, tanto la adopción simple como la plena imponen al adoptado el apellido del adoptante (arts. 326 y 332, C.C.).----------

------ También se encuadra en tal categoría la afirmación relativa a que "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" (del voto del Dr. López Mesa, fs. 145 primer párrafo), ya que se contrapone con lo expresamente dispuesto por el art. 323 del C.C. en el sentido que la adopción plena "... Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de

origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales ...".----------

------ En consecuencia, concluyo que la sentencia resulta arbitraria por una notoria e insuficiente fundamentación fáctica, una errónea fundamentación normativa y por ignorar pruebas conducentes para resolver el proceso. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ III.- He de ingresar ahora en la consideración de la cuestión de fondo traída a resolver.----------

------ El punto de partida de dicho análisis, impuesto por el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, debe ser necesariamente el interés superior del niño involucrado en el presente proceso.----------

------ La citada Convención no sólo vuelve sobre dicho interés en repetidas oportunidades (arts. 9.1 y 3, 18, 20.1, 37.c y 40.2.b.iii), sino que lo hace con una muy particular significación y alcance en la presente materia al establecer que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (art. 21). En palabras del Comité de los Derechos del Niño: "cuando se

provea la adopción, ‘el interés superior del niño será la consideración primordial’ (art. 21), no sólo ‘una consideración primordial’ (art. 3)” (Conf.: C.S.J.N., 16/09/08, “G., M.G.”, Fallos, 331:2047, con cita de Observación General N° 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005, CRC/C/GC/7/Rev. 1, párr. 36.b, LaLeyOnline).----------

------ El interés superior del niño no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho, sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso (Conf.: Fallos, 328:2870, voto de los Dres. Carlos S. Fayt, E. Raúl Zaffaroni y Carmen M. Argibay). La función de los jueces es resolver teniendo en cuenta el principio emergente del art. 3° de la Convención sobre los Derechos del niño y aplicarlo a la luz del caso concreto.----------

------ En oportunidad de emitir mi voto en la causa “V., F. M. s/ Adopción Simple”, Expte. N° 19.520-V-2004, S.D. 09/S.R.E./05, puntualicé que dicha regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. El niño, desde el punto de vista del derecho es una persona con intereses

diferenciados que pueden coincidir con, pero no se reducen a los de sus mayores.----------

------ Tal criterio es mantenido por la Corte en las causas "M.D.H. c/ M.B.M.F.", 29/04/08, Fallos, 331:941, en "A.F.", 13/03/07, Fallos, 330:642, "Antinao, Celia c/ D. C., M. A. – D., G. N.", 17/04/07, Fallos, 330:1671 y "S.,C. s/ Adopción", 02/08/05, Fallos, 328:2870.----------

------ El principio 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 para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto (Conf.: C.S.J.N., 02/08/2005, "S., C.", Fallos, 328:2870, LaLeyOnline).----------

------ En el orden interno, se encuentra también consagrado por el art. 321, inc. i, del Código Civil, norma que al fijar las reglas que deben observarse en el juicio de adopción dispone que el juez o tribunal deberá valorar, en todos los casos, el interés superior del

menor. En el ámbito local se encuentra receptado en el art. 6° de la Ley III, N° 21 (antes Ley N° 4347).----------

------ Ello así, son múltiples los informes, obrantes en el presente proceso y en los que se encuentran vinculados al mismo, que a la par de valorar la predisposición, amor y generosidad de los adoptantes valorizan el vínculo de M. con sus cinco hermanos.-------

------ Los mismos ya fueron detallada y extensamente individualizados por lo que remito al relato que efectuara al reseñar los antecedentes (ap. I.C.-), ahora sólo he de identificar la ubicación de los que considero mas relevantes, remitiendo en su contenido a lo ya transcripto y a la lectura de las respectivas fojas del trámite.----------

------ La plataforma fáctica del presente trámite da cuenta que:--------

------ 1) Insisten los informes practicados por diversos profesionales en que M. tiene que tener vínculo con sus hermanos (fs. 8/9 Expte. N° 82/07; fs. 89, 100, 113, 117, 167, 342, 414/416, 428/429, 436/437 y 453/454 Expte. N° 587/05) y los adoptantes han manifestado conocer, aceptar y propiciar tal vínculo (fs. 8/9, 50/vta., 57/59 Expte. N° 82/07; fs. 151 , 171/172, 198/199 y 383/vta. Expte. N° 587/05; fs. 20/24 Expte. N° 303/08).----------

------ 2) Se valoró como positivo para la integración de M. en esta nueva familia el hecho de que no se hubiera limitado y se pudiera respetar el vínculo con sus familiares (fs. 8/9 y 57/59 Expte. N° 82/07; fs. 171/172, Expte. N° 587/05).----------

------ 3) La relación de M. con sus hermanos era muy estrecha, unida y fuerte. Los hermanos se apoyaban entre ellos (fs. 16/vta., 26/28, 63, 414/416 y 428/429, Expte. N° 587/05).----------

------ 4) M. y sus hermanos manifestaron su voluntad y necesidad de verse (fs. 57/59 Expte. N° 82/07; fs. 196, 360, 361/363, 414/416 y 449/452, Expte. N° 587/05; fs. 20/24, Expte. N° 303/08).----------

------ 5) El vínculo entre los hermanos ha experimentado dificultades (fs. 305, 313, 315, 316, 322/324, 336, 337, 361/363, 347, 357, 369, 453/454 y 467/469 Expte. N° 587/05; fs. 20/24, Expte. N° 303/08).----------

------ Contrastados tales antecedentes con la sentencia recurrida es evidente que se desentiende de una parte importante de la historia y de la vida de M., sus cinco hermanos, y trasluce una mirada preocupada por el interés y los deseos de los padres adoptivos, sin evaluar si el mismo resulta o no totalmente compatible con el de M., que es de superior rango.----------

----- Tal mirada podría considerarse contrapuesta a las exigencias del art. 8 de la Ley III, N° 21 (antes Ley N° 4347) que establece que los niños y adolescentes desempeñan una función activa en la sociedad y nunca serán considerados meros objetos de socialización, control o prueba.----------

------ La Alzada, se limitó a enunciar el principio rector del interés superior del niño mas no concretó su aplicación al caso o, si se quiere, lo hizo desde una visión parcializada del asunto, omitiendo ponderar valiosas circunstancias vitales de M.. **ASÍ LO VOTO**.------

------ IV.- Es en el marco del interés superior de M. y de las concretas circunstancias de hecho presentes en el trámite en el que correspondía analizar y determinar el tipo de adopción que resulta pertinente otorgar, encuadramiento ausente en la sentencia recurrida y marco en el cual he de emprender el análisis de la cuestión de fondo planteada.----------

------ Ello así, resolver en función del interés superior de M. importa analizar qué derechos suyos y de qué modo se verán afectados por la decisión a tomar. Es que, de conformidad con la Observación General N° 5 (2003) elaborada por el Comité de los Derechos del Niño, todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y

los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuesta o existente, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.----------

------ Los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños (Conf.: C.S.J.N., Fallos, 331:941; 312-371).----------

------ Como ya lo señalara, el presente caso revela que M. es uno de seis hermanos, que compartió con ellos intensas circunstancias que sin duda dejaron una huella indeleble, que en un primer momento se trató de integrar a los seis hermanos juntos en un grupo familiar, que ante el fracaso de tal alternativa fue que se buscaron otras posibles integrándose a distintos hermanos con distintos guardadores, que los hermanos entre sí poseen vínculos muy fuertes producto de la historia compartida, que necesitan, por múltiples razones, conservar la relación, compartir encuentros, los que son reclamados con más intensidad por unos que por otros pero que todos en algún punto reclaman, y que en el contacto entre los hermanos se han experimentado dificultades las que llevaron a la necesidad de tener que fijar un régimen de comunicación.----------

------ Frente a tales circunstancias, lo cierto es que, insisto, la adopción plena otorgada por la Alzada confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, deja el adoptado de pertenecer a su familia biológica y extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales (art. 323, C.C.).-

------ Esto implica que para el futuro, ni M., ni sus hermanos respecto de él, podrán reclamar la fijación y el cumplimiento de un régimen de comunicación entre ellos si se interrumpe el actualmente vigente.----------

------ Subrayo, el presente trámite y la medida de protección vinculada al mismo ya revelan dificultades en los encuentros entre los hermanos (v. gr. ver fs. 305, 313, 315, 316, 322/324, 336, 337, 361/363, 347, 357, 369, 453/454 y 467/469 Expte. N° 587/05; fs. 20/24, Expte. N° 303/08), las que a la luz de las circunstancias puntualizadas al relatar la plataforma fáctica del proceso podrían verse agravadas de confirmarse el carácter pleno de la adopción conferida.----------

------ Es por ello que estoy convencido de que la adopción simple, la que en la relación paterno filial y fraterna confiere al adoptado la posición de hijo biológico (art. 329, C.C.), es la mejor alternativa para M..----------

------ No pierdo de vista ventajas que podría argumentarse la adopción plena posee por sobre la simple. Sin perjuicio de ello, M. ya se encuentra completa y armoniosamente integrado en su nueva familia, no advierto dificultades en ese sentido. Tuvo la suerte de encontrar padres desinteresados y generosos, que se preocupan por él, lo contienen y le brindan afecto. Tiene también la suerte de tener cinco hermanos biológicos. Esa es su realidad y su historia. Y, lo que el expediente ha evidenciado es el riesgo y la concreta posibilidad de que ese contacto con sus hermanos se pierda, se desvanezca, ante lo cual la adopción plena se presenta como un camino que muy probablemente permitirá y garantizará que se consolide tal peligro.----------

------ Ello así, estoy convencido de que el otorgamiento de la adopción plena puede favorecer y provocar efectos indeseables como lo sería la pérdida del contacto de M. con sus hermanos, más allá de las buenas intenciones que en tal sentido posean los padres adoptivos de M., las que en honor a la verdad han pasado por momentos críticos (ver fs. 453/454, Expte. N° 587/05), pues aún cuando esté en toda su intención mantener dicho contacto, ante la negativa de los restantes guardadores, habrán perdido la acción para exigirlo.----------

------ Ante tal potencial peligro, el que lejos está de ser hipotético, siendo que se ha evidenciado como concreto y palpable en el curso del proceso, el primordial interés de M. exige optar por la adopción simple en vez de la adopción plena.----------

------ El solo hecho de que M. mantenga contacto, aunque sea esporádico con sus hermanos, o incluso con alguno de ellos, y que desee seguir manteniendo ese contacto, así lo exige.----------

------ Aún más, la existencia de los hermanos no varía ni aún ante el dinamismo que presentan las relaciones de familia, puede incluso que no tengan contacto hoy, a pesar de su expresa voluntad puesta de manifiesto, pero quiera tenerlo el día de mañana y no se le puede vedar definitivamente la posibilidad de arrepentirse y querer retomar la vinculación.----------

------ Es criterio sostenido por la C.S.J.N. que el art. 330 del C.C. sólo establece como recaudo para la adopción simple el hecho de que ésta sea más conveniente para el menor que la plena, vale decir, basta la sola conveniencia del mantenimiento del vínculo con la familia biológica (Conf.: C.S.J.N., “T. A. D.”, 15/02/00, L.L., 2000-C-422 y ssgts.), conveniencia que ya he fundado en los párrafos precedentes.----------

------ No puedo omitir señalar que nuestro máximo Tribunal Nacional advirtió que queda totalmente desvirtuada la misión específica de tribunales especializados en asuntos de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar. En tal sentido indicó que no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa a fin de apreciar si corresponde ejercer la facultad privativa del tribunal de otorgar la adopción con el carácter de simple si así lo impone la conveniencia para el menor (Conf.: C.S.J.N., "T. A. D.", 15/02/00, L.L., 2000-C-422 y ssgts.; en similar sentido, "S., C.", 02/08/2005, Fallos, 328:2870, "A.F.", 13/03/07, Fallos, 330:642, LaLeyOnline).----------

------ Y, en el caso, las múltiples circunstancias relatadas hablan no solo de la conveniencia sino de la necesidad de M. de mantener la relación con sus hermanos biológicos, lo que desaconseja la extinción del parentesco con su familia de sangre y persuade de que se confiera una adopción simple. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ V.- Tales consideraciones, por sí solas, serían suficientes para modificar lo resuelto en la instancia antecedente. Sin perjuicio de ello, considero relevante destacar que otro derecho involucrado en el análisis es a la identidad, el que posee igual rango supralegal.------

------ De conformidad con lo dispuesto por el art. 8º, inc. 1º, C.D.N., “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”.----------

------ Tal norma tiene su correlato interno en lo dispuesto por el art. 11 de la Ley N° 26.061, norma ésta que también manda preservar las relaciones familiares, y en el ámbito local en lo dispuesto por los arts. 13, 14, 15 y 18 de la Ley III, N° 21 (antes Ley N° 4347).-------

------ Y, en el presente caso, los lazos de sangre de M. con sus hermanos se presentan como vitalmente involucrados en la efectiva concreción de su derecho a la identidad.----------

------ Por más dolorosa que se muestre su historia previa a la dicha de conocer a sus actuales padres adoptivos, lo cierto es que M. vivió muchos años con sus hermanos y compartió con ellos innumerables circunstancias que forman parte de su identidad.----------

------ A modo de ejemplo, son los propios padres adoptivos quienes relatan que le enseñó a caminar a su hermano N. o que con él dormía en la misma cama en el M. H., relato ante el cual se apuntó la posibilidad de que fuera C. quien a su vez le hubiera enseñado a

caminar a M. (filmación de la audiencia celebrada el 13/03/08).------
---

------ En el caso, la familia biológica fue el ámbito en el que transcurrieron varios años de la vida de M., y si bien se presenta como evidente lo positiva que ha sido su incorporación en la familia adoptiva, es no solo imposible de borrar su primera historia vital, sino que tal pretensión resultaría ilusoria, inconveniente e inadecuada, a la luz de lo opinado por los distintos profesionales que dictaminaran en el curso del proceso.----------

------ Afortunadamente la historia trágica de M. tiene como correlato la cara esperanzadora de una nueva familia, que lo contiene, protege, cuida, quiere y educa, pero aún dentro de su triste inicio M. tiene la dicha de contar con cinco hermanos, los que forman parte de su verdad afectiva y biológica.----------

------ Entiéndase bien, no sostengo que el vínculo biológico deba ser preservado por encima de todo, como ya lo dije es la conveniencia del niño lo que determina la elección y, en el caso, distintos profesionales han señalado la necesidad de preservar la relación de M. con sus hermanos, sin que se halla alegado y mucho menos probado que la misma suponía un daño para el niño.----------

------ Mantener el vínculo con sus hermanos le permitirá reconstruir su historia, conocerla cabalmente, analizarla y procesarla, lo que seguramente se proyectará ineludiblemente en la calidad de su futuro.----------

------ En tal sentido, la C.S.J.N. ha insistido en diversos pronunciamientos en que la alternativa más saludable para todos los involucrados en casos como el de autos, especialmente para el menor, es acudir al llamado triángulo adoptivo, con acompañamiento profesional, en el cual sus hermanos biológicos podrán mantener una relación con M. con continuidad (Conf.: C.S.J.N., Fallos, 328:2870, entre otros).----------

------ VI.- Por todo lo expuesto opino que la sentencia recurrida desconoció el principio constitucional en virtud del cual en los procesos de adopción el interés superior del niño será *la* consideración primordial.----------

------ Y, al tratarse de la vida de una persona menor, la utilización ciega de la letra de la ley, huérfana de otra compañía que avale la prudencia de la decisión, en función de lo más conveniente para ese pequeño en particular, tiñe la actuación jurisdiccional de arbitrariedad.----------

------ Los textos positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en estos asuntos en los que el interés del niño -de rango superior-, opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquél (Conf.: C.S.J.N., "M. D. H. c/ M. B. M. F.", Fallos, 331:941, LaLeyOnline).----------

----- A la par que omite considerar aspectos relevantes, se encuentra ausente en la sentencia de Cámara toda valoración real sobre los beneficios del cambio resuelto.----------

------ Al no haber brindado razones que aconsejen la modificación en la adopción conferida en primera instancia, fundadas en el mejoramiento de la situación de M., la decisión tomada implicó considerar absolutos ciertos principios y ante el conflicto del interés superior del niño con el de sus padres adoptivos, darle preeminencia a este último.----------

------ Es por ello que considero que la sentencia recurrida debe ser revocada para mantener la adopción con el carácter con que fuera otorgada por la sentencia de primera instancia. **ASÍ LO VOTO**.-----

------ VII.- Ante tal conclusión resulta innecesario el tratamiento del planteo subsidiario inconstitucionalidad del art. 323, última frase,

del C.C., criterio con el que por otra parte coincidieran el Sr. Defensor General (fs. 215/221) y el Sr. Procurador General (fs. 228).----------

------ VIII.- Por lo demás y solo a mayor abundamiento considero pertinente señalar que ya hay antecedentes jurisprudenciales que han hecho lugar a la conversión de la adopción simple en adopción plena ante la modificación de las circunstancias que sustentaron una adopción simple -en el caso, arribo a la mayoría de edad del adoptado, quien manifestara no tener intención alguna en mantener los vínculos sanguíneos- (Conf: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, 03/03/2005, “Z.M.I.”, LLBA 2005 (agosto), 851, LaLeyOnline).----------

------ IX.- Finalmente me siento obligado a introducir dos consideraciones. La primera, relativa a la innecesariedad de volver a escuchar a M. por ante este Tribunal. La segunda referida a los términos en que fue emitido el pronunciamiento cuestionado.---

------ IX.a.- M. fue escuchado en sucesivas oportunidades en los distintos procesos en trámite, no sólo por los jueces que a su turno fueran tomando intervención, sino también por los diferentes profesionales, integrantes de equipos técnicos y aún ajenos a los mismos, a los que se les requiriera su opinión ya sea por la judicatura o por los padres adoptantes.----------

------ Ello así, se encuentra plenamente satisfecho el derecho de M. a ser oído.----------

------ A más de ello, existe debida y detallada constancia de su voluntad, no sólo en diversos informes escritos, sino también en la filmación de la audiencia de la que da cuenta el acta de fs. 47, los que valoré detalladamente.----------

------ Sólo un déficit observo y es de la audiencia que se celebrara por ante la Cámara. El acta labrada a fs. 133 ninguna constancia posee de lo dicho por M. o por sus padres, ni siquiera la más mínima, sin perjuicio de lo cual lo allí manifestado fue valorado por la Alzada al tiempo de decidir, adjudicándole un contenido que la Asesora de Menores controvierte.----------

------ Si bien corresponde a los Jueces decidir no incorporar al acta manifestaciones que puedan comprometer la intimidad o poner en peligro el mejor interés del niño, tal decisión no puede ni debe extenderse a todo el contenido de la audiencia, máxime cuando luego, en la sentencia, se valora lo expresado. Es que, de tal modo, se generan controversias insuperables y los fundamentos dados por el Juez no pueden ser contrastados. Sin perjuicio de lo expuesto, tal déficit no es obstáculo para que resuelva por cuanto la restante prueba ya descripta explicita las vivencias, necesidades y deseos de

M. y son múltiples los dictámenes que opinan sobre lo que para él resulta más conveniente.----------

------ Por otra parte, el art. 26 de la Ley V, N° 108 -antes Ley N° 5442- establece que se procurará evitar la reiteración de las comparecencias del menor ante los órganos de la Administración de Justicia, a lo que se suma que el informe glosado al Expte. N° 587/05, evacuado por la psicóloga del E.T.I., explicita que los entrevistados manifestaron que M. está muy ansioso por la culminación de los trámites judiciales y que visualizan como no beneficioso el proceso de seguimiento judicial dado que el mismo por este procedimiento ha recurrido a algunos síntomas regresivos esporádicos (ver fs. 362, 2do. párrafo).----------

------ A su vez, el art. 130 de la Ley III, N° 21 –antes Ley N° 4347- resulta aplicable a las Cámaras de Apelaciones mas no a este Superior Tribunal, y la C.S.J.N. ha dicho que no es imperativo que se consulte directamente la voluntad del menor, pues el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, exigencia satisfecha por la intervención del Asesor de Menores (Conf.: C.S.J.N., 14/06/1995, “W. E. M. c. O. M. G.”, L.L. 1996-A, 260, Fallos, 318:1269), criterio que para este caso, dadas las condiciones en que llega a su resolución, comparto.---------

------ IX.b.- En consonancia con la observación que hiciera la C.S.J.N. al pronunciarse en Fallos, 330:642 creo que una mención especial merece el modo en que se pronunciara el primer votante.---

------ Nuestro máximo Tribunal Nacional señaló que la formulación de airosos enunciados -más propios de un ámbito académico que judicial-, como la existencia de reproches, en el caso sobre la actuación que le cupo ya sea a la Jueza de primera instancia o a la Asesora Ad Hoc de Familia e Incapaces, no condicen con la mesura y serenidad de espíritu que deben gobernar la actuación de la magistratura en la excelsa misión de impartir justicia y de colaborar con ella; máxime en casos como el de autos, en que se hallan en juego derechos particulares de la más alta sensibilidad y relevancia que, a su vez, interesan a la sociedad en su conjunto.----------

------ La administración de justicia "supone una tarea en que los elementos más elevados del espíritu, la inteligencia, la cultura, la ecuanimidad y todo lo demás, son puestos a contribución para prevenir diferencias, aplacar resquemores, restablecer situaciones vulneradas, reprimir inconductas, en una palabra, para hacer imperar las normas de distributiva y armónica cooperación, que es fuente de coeducación, prenda de paz y base de esfuerzos conjugados que permiten la unidad y el engrandecimiento del conjunto y de todos" (Fallos, 330:642).----------

------ También considero implausible el adjetivo utilizado para calificar la enfermedad del niño involucrado, el que puede ser leído con un alcance que quizás no fue el deseado, siendo que el Camarista que votara en primer término no debió perder de vista el dato sensible que estaba adjetivando, máxime cuando la sentencia puede ser leída por su principal destinatario, M..----------

------ En igual sentido, considero inadecuado que el primer voto del fallo contenga, entre líneas, disputas o celos académicos. No es éste el ámbito para tales enfrentamientos.----------

------ Finalmente, estimo en principio desaconsejable la introducción de citas en idioma extranjero, las que en el caso de ser necesarias deberían limitarse a lo estrictamente indispensable, v.gr. individualización de la obra que se cita, no sólo a la luz de lo dispuesto por el art. 116 del código adjetivo, sino también en virtud de lo establecido por el art. 7° de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V, N° 108, antes Ley N° 5442).----------

------ Es que, el Juez debe redactar sus resoluciones de modo tal que puedan ser comprendidas por el hombre medio de nuestra sociedad. La sentencia no es un trabajo de doctrina, por lo que el Juez no debe emplear el pronunciamiento para hacer gala de su

erudición en la materia (Conf.: Gustavo Caramelo, "El proceso de la sentencia y la sentencia del proceso", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007-2, págs. 57 y ssgts.).------

------ A la misma primera cuestión el Dr. Royer dijo:----------

------ 1.- Concuerdo con el detalle de los antecedentes de la causa que efectuó mi colega preopinante.----------

------ De conformidad con lo exigido por el art. 21, ap. a) de la Convención de los Derechos del Niño y lo dispuesto por el art. 321, inc. e, del C.C., para resolver en conflictos como los planteados en el *sub lite* es necesario considerar la totalidad de los antecedentes que precedieron a la adopción y a la guarda, lo que exige analizar, no sólo el trámite que nos ocupa, sino también los Exptes. N° 587/2005 y 82/2007.----------

------ 2.- Las razones que expuso el colega que me precede en el voto para explicar por qué, en el caso particular, no corresponde que citemos a M. y a sus hermanos a una nueva audiencia, son fundadas.----------

------ El código adjetivo no prevé su celebración en el trámite del recurso extraordinario, no fue requerida por ninguna de las partes intervinientes en el proceso, M. fue escuchado en diversas

oportunidades y se tienen numerosos antecedentes que dan cuenta de su historia y de su voluntad, intervenciones y constancias todas que han garantizado su derecho a ser oído (art. 12, C.D.N.). He tenido acceso a la filmación de la audiencia celebrada por ante la primera instancia, la que he mirado y analizado en detalle. Sumo a ello que quienes cuidan de M. han manifestado posibles efectos negativos en la salud del niño derivados de la reiteración de comparecencias ante el Poder Judicial, lo que por expresa manda legal debo procurar evitar (Conf.: art. 26 de la Ley V, N° 108, antes Ley N° 5442).----------

------ Convocar a una nueva audiencia, a más de poder acarrear algún efecto negativo en M., a la luz de la cantidad de elementos para valorar a mi disposición, las circunstancias de hecho planteadas y las sucesivas veces en que el niño ya fue oído, no sólo por Jueces y Asesores sino también por distintos profesionales -psicólogos y asistentes sociales-, sería, en el *sub exámine*, redundante y superfluo.----------

------ Es que observo que con claridad y de modo autónomo los niños y adolescentes han expresado su opinión en las instancias anteriores, existiendo sobradas constancias de la situación personal y familiar del grupo de hermanos, la que en el caso no se aprecia que pueda haber variado ni que, aún cuando parcialmente se

hubieran modificado, tal cambio pueda afectar en su esencia la decisión a tomar.----------

------ 3.- A fs. 207 este Tribunal declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto. En el nuevo examen que actualmente realizo no puedo mas que ratificar tal decisión.----------

------ Habiendo analizado las circunstancias de hecho planteadas en el presente proceso y en los íntimamente vinculados, los distintos dictámenes emitidos por los Equipos Técnicos y los fundamentos dados por los Jueces de segunda instancia, no puedo mas que concluir que el decisorio en crisis no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias de la causa resultando, en consecuencia, arbitrario (Conf.: Fallos, 302:836; 1030; 303:772; 310:676, entre muchos otros, S.T.J.CH., S.I. N° 25/S.R.E./09).----------

------ En la sentencia de Cámara observo afirmaciones dogmáticas que se contraponen con las circunstancias de hecho probadas -v.gr. que las condiciones que pretenden los padres adoptantes a nadie lesionan o que el niño adoptado pidió se conceda la adopción plena-; observo también fundamentos que se contraponen con expresas previsiones normativas -v.gr. que la diferencia entre la adopción simple y la plena es nada menos que el apellido del menor y, subsumible quizás en ambas categorías, que no 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-.----------

------ La sentencia dictada no solo equivoca el análisis de instituciones del derecho civil como la adopción simple y la plena y omite considerar expresos efectos de ésta última (arts. 323, 326 y 332, C.C.) sino que, como consecuencia de dicho error en la aplicación de la norma y de la falta de valoración de circunstancias de hecho acreditadas -v.gr. dificultades concretas ya acaecidas en el cumplimiento del régimen de comunicación-, se desentiende de la voluntad expresamente manifestada y del mejor interés de M. y de sus hermanos, encuadrando, en consecuencia, en la causal casatoria prevista por el art. 289, inc. "e", de la Ley XIII, N° 5. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ 4.- Ya lo dije al pronunciarme en la S.D. N° 09/S.R.E./05, es ardua la tarea de la Cámara de Apelaciones, cuyos Jueces deberán convertirse a veces en un Juez Laboral, otras en uno Comercial o en uno Penal o Civil y dentro de esta especie en un Juez de Familia, lo que les exige aplicar principios y procedimientos diferentes.----------

------ Desplegar el rol de Juez de Familia demanda abrir los ojos y los oídos a la interdisciplina, estar atento a lo que los Equipos Técnicos sugieren, a sus recomendaciones y a sus razones, trabajar

con ellos, siendo que por imposición legal el apartamiento de sus dictámenes debe ser fundado bajo pena de nulidad (art. 82, Ley III, N° 21, antes Ley N° 4347).----------

------ El proceso de familia exige un magistrado con imperio que acompaña y entrena a toda una comunidad en crisis (en el caso los padres adoptantes y M., pero no sólo ellos, sino también sus hermanos y aún las familias en las que se integraron éstos últimos) para que el derecho de todos sea mejor respetado. Su autoridad, su capacidad para imponer límites y renuncias, para sugerir caminos y orientaciones, para rescatar y poner en primer plano los derechos de las personas más débiles, proviene de su función de servidor de la ley, modernamente ejercida. Sólo es útil un juez que se instale con su imperio en medio de la crisis de la familia y que la apoye, acompañe y entrene en el proceso de organización o reorganización en que se encuentra. Solo este proceso es el que garantizará la efectividad del derecho de cada uno de los miembros de la familia dentro de ella (Conf.: Eduardo José Cárdenas, "Reflexiones sobre lo interdisciplinario y lo intersistémico, con aplicación a los juzgados de familia y otras instituciones", Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, N° 3, 1990, págs. 73 y ssgts.).----------

------ De ello se desprende que el Juez de Familia debe trabajar con un equipo interdisciplinario. Y, no se trata de cuerpos de

profesionales a los cuales se remite el caso para que dictaminen y produzcan una prueba, sino de expertos que en conjunto con el juez analizan el caso y diseñan una estrategia (Conf.: Eduardo José Cárdenas, Art. Cit., pág. 75).----------

------ Frente a tal paradigma, los Jueces de la instancia antecedente omitieron siquiera tener a la vista las opiniones vertidas en el Expte. N° 587/2005, las que insistían en la importancia de preservar el vínculo entre los hermanos. Y, al resolver como lo hicieran, no avizoraron como posible consecuencia de su sentencia que, a contrario de lo recomendado, sirviera como instrumento para obstaculizarlo.----------

------ Como el colega que me precediera en el voto, observo en la sentencia un fragmentado análisis de los antecedentes pertinentes y una decisión basada en afirmaciones dogmáticas que se contrapone con expresas constancias de los expedientes y que, en apariencia, se muestra respetuosa de las opiniones de los Equipos Técnicos pero en sustancia se opone. Esto me lleva a considerar preponderante la arbitrariedad en la valoración de los hechos, prueba y normas aplicables, por sobre la nulidad respecto de la que podría conjeturarse, con base en lo dispuesto por el art. 82 de la Ley III, N° 21 (antes Ley N° 4347). **ASÍ LO VOTO**.----------

------ 5.- La lectura del Expte. N° 587/2005 -"A. C. F. s/ Medida de protección de la menor C. B. y de los menores CH."- revela la presencia de un grupo de seis hermanos, muy unidos, que funcionan en forma aglutinada (fs. 16/vta.), que se organiza por medio de subsistemas de apoyo en su interior (fs. 26/28), que ha compartido una historia y vivencias que reforzaron su unión, siendo el deseo de todos continuar con la comunicación entre ellos (fs. 414/416, 361/363 y 196, entre otras).----------

------ Fue sobre la base de tal situación de hecho que, ante el fracaso de la integración de los seis niños en un mismo grupo que se buscaron otras alternativas relacionando a los niños con distintas personas, pero siempre resaltándose la necesidad y la importancia de continuar el vínculo entre los hermanos, de lo que fueran específicamente informados los Sres. D. M. y M. desde el inicio de la relación, siendo que el hecho de que no se limitara el contacto familiar fue valorado como positivo al tiempo de evaluar al mencionado matrimonio (fs. 151 y 171/172, entre otras).----------

------ Las constancias del expediente también muestran que fueron surgiendo dificultades en la vinculación entre los hermanos, observándose resistencias (fs. 305, 313 y 361/363), las que llegaron al extremo de generar enojos y reproches por el hecho de que C. fuera a la casa de M. a entregarle una invitación para su cumpleaños al que finalmente el niño no asistió, solo hubiera ido

"si hubiera coincidido con los días acordados" para el régimen de comunicación (fs. 453/454).----------

------ El Expte. N° 82/2007 -"A.C.F. s/ Guarda con fines de adopción"- explicita que los Sres. D. M. y M. conocen que es necesario que M. se vincule con sus hermanos (fs. 8/9) y son concientes de la profundidad y fortaleza del vínculo –ellos mismos relatan que M. cuenta que le enseñó a caminar a su hermano menor- (fs. 57/59).----------

------ En el presente trámite obran constancias en igual sentido (ver fs. 20/24, 70/72).----------

------ Para que quede absolutamente claro, el contexto en el que corresponde decidir otorgar una adopción simple o plena (art. 330, C.C.), teniendo por norte el interés superior del menor (art. 321, inc. i, C.C.), incluye a M. como uno de seis hermanos, que compartieron fuertes vivencias, que se necesitan y reclaman espacios comunes, que forman parte no sólo de su identidad biológica sino también de su historia y de la construcción de su futuro, que diversos profesionales han destacado la conveniencia de conservar la vinculación, frente a todo lo cual ya han experimentado serias dificultades, las que determinaran que la hermana mayor requiriera la fijación de un régimen de comunicación en el marco de la medida de protección.----------

------ En ese contexto, la expresa consecuencia legal establecida por el art. 323 del C.C. para la adopción plena, cual es que el adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales, la excluye como opción válida.----------

------ Al igual que mi colega votante, no advierto sobre qué bases puede concluirse que la adopción plena no pone en peligro el vínculo de M. con sus hermanos cuando lo priva de toda legitimación activa para exigir verlos, o pasiva si alguno de sus cinco hermanos quiere continuar en contacto con él.----------

------ Desde otra perspectiva, aunque sin duda menos relevante, tampoco advierto qué agravio -a excepción del límite en los derechos hereditarios previsto por el art. 333 del C.C., razón que me animo a descartar como fundante de la apelación- le generaba a los padres adoptantes la sentencia de primera instancia para apelarla por su propio derecho. Es que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 329 del C.C. la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico y ésta, al igual que la plena, impone al adoptado el apellido del adoptante (arts. 332 y 326, C.C.).----------

------ 6.- Antiguamente, las legislaciones cuando reglamentaban la adopción, lo hacían en interés del adoptante o de su familia ("procurar un hijo a quien no tiene ni espera tener descendencia") dice Eduardo I. Fanzolato, en "La Filiación adoptiva", edit. ADVOCATUS, 1998, Córdoba, pág. 19, ignorando o relativizando al máximo el interés del adoptado y la función protectora y asistencial que esta institución cumple actualmente respecto de los menores. Más en la concepción moderna, también nos ilustra el autor citado en pág. 22 y siguientes, "a comienzos del presente siglo la institución se revitaliza frente a la necesidad de solucionar una de las consecuencias más desgraciadas de las guerras mundiales que asolaron nuestro planeta. Se imponía atender a la protección de menores huérfanos y abandonados a raíz de los conflictos bélicos. Si bien la infancia abandonada y la minoridad en peligro material y moral siempre existió, las ideas individualistas y liberales inspiradoras de las codificaciones del siglo pasado, dejaban libradas su atención a la beneficencia de los particulares; pero las guerras mundiales dejaron secuelas socio familiares desoladoras: infinidad de hogares deshechos y miles de huérfanos, de niños abandonados, a quienes la necesidad empujaba, desde la más temprana edad, a la mendicidad, a la prostitución o al delito. Los estados no podían permanecer impávidos frente a esta dramática situación, confiados en la beneficencia particular, y pronto se advirtió que la adopción de menores era el instrumento jurídico adecuado para atender o paliar estas desgracias; y así la institución se revigoriza, pero con un

sentido moderno, ya que se abandona la idea de la adopción como institución destinada a dar al adoptante un heredero forzoso, o a perpetuar su apellido, o su título de nobleza, y se resalta la función social protectora y asistencial de la adopción con relación al adoptado" (Conf.: S.T.J.CH., S.D. N° 09/S.R.E./05).----------

------ En consonancia con dicha evolución, el art. 3.1 de la C.D.N establece que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", su art. 21 no solo refuerza sino que profundiza esta directiva al señalar que "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea *la* consideración primordial ...".----------

------ En el orden interno dicho principio encuentra su consagración en el art. 321, inc. i, C.C. y en el art. 6° de la Ley III, N° 21 (antes Ley N° 4347).----------

------ Ese es el eje, el del mejor y superior interés de M. y aún de sus hermanos, que dirime la controversia y determina la adopción a otorgar, e, insistiendo con un razonamiento que ya insinuara, no advierto que la sentencia de primera instancia haya sido recurrida con tal designio final, es más, ni siquiera fue apelada en

representación de M., sino por los Sres. M. y D. M. por su propio derecho (ver fs. 78 y 116/122) y el agravio supuestamente referido a su interés superior aparece fundado en apreciaciones subjetivas de los padres adoptantes, las que no se hacen cargo de las recomendaciones vertidas por los distintos equipos técnicos (fs. 120 vta./122).----------

------ La seguridad que le otorga a M. la adopción plena, en los aspectos que preocupan a los padres adoptantes -salud, tranquilidad, equilibrio, atención y afectos- no dista mucho de la que le confiere la adopción simple. Las conjeturas que introducen los padres adoptantes al recurrir ante la Alzada son solo hipotéticas, no existen elementos de convicción que a futuro -ni aún ahora, excepto por la limitación de aporte económico dado su edad- habiliten a colocar a los hermanos de M. en la situación en la que los ubican a fs. 121 vta., primer párrafo, como incapaces de brindar cualquier tipo de ayuda y serán ellos -los padres adoptantes- quienes sin duda abrirán el camino para que M. genere con la totalidad de su familia adoptiva vínculos sólidos y fuertes, que trasciendan el acotado límite de las obligaciones legales y en los que pueda confiar con absoluta tranquilidad.----------

------ 7.- En la jurisprudencia ha ido creciendo en los últimos años el concepto de “triángulo afectivo”, un modo pragmático de mantener el vínculo del menor con su familia biológica, aún cuando se

otorgue la adopción a la pareja con quien el niño convive. En dichos casos se invocó la preservación del "triángulo afectivo" como modo de resguardar el interés superior del menor que señalan la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el art. 321, inc. i, del C.C. en específica referencia al juicio de adopción. En definitiva, en este difícil tema de los afectos cruzados, la jurisprudencia se orienta a soluciones humanas, realistas, que preservando los nobles sentimientos, tienden a colocar, por sobre toda afirmación dogmática, lo que es mejor para el menor (Conf.: Gustavo A. Bossert, "El triángulo afectivo en la adopción", Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, "La Familia en el nuevo derecho", Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, t. II, págs. 85 y ssgts.).----------

------ La doctrina ha entendido que la implementación de los principios de la C.D.N. en la interacción familiar requiere el pleno reconocimiento del hijo como un individuo autónomo, que tiene derecho a acceder, a ejercitar y a obtener la ayuda y colaboración necesarias para mantener y preservar el vínculo con las personas que resulten para él familiarmente significativas (Conf.: Adriana M. Wagmaister, "El acceso de los niños a las personas familiarmente significativas como derecho humano", Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Op. y t. cit., págs. 283 y ssgts.).----------

------ Los padres adoptivos de M. deberán brindarle una familia donde pueda realizarse plenamente como persona, lo que incluye el respeto por su origen, principio de su identidad, y exige que promuevan el vínculo con sus hermanos, lo faciliten e impulsen. A ellos les incumbirá acompañarlo en la elaboración de su historia y ayudarlo a mantener el vínculo con sus afectos previos, necesidad que no sólo él demanda sino también el resto de sus hermanos y que no se ha probado afecte su bienestar. Deberán aceptar el hecho de que M. tiene un pasado, estar alerta y ser sensibles a los momentos en los que necesite indagarlo, crear ocasiones para ello.--

------ Sin duda esta tarea no será fácil y, en algunos aspectos, puede resultar problemática, problemas que deberán enfrentar y sortear y no tratar de evadir. La tarea de los padres adoptantes puede ser mucho más compleja que la de los padres biológicos. Si se empeñan con romper con el pasado de su hijo, sea éste familia de origen o instituciones, atentan seriamente contra la integridad de su autoimagen (Conf.: Marta Albarracín, “Adopción: Nuevo Orden”, Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo Perrot, N° 7, 1992, págs. 89 y ssgts.)---------

------ En este contexto, en el derecho argentino es la adopción simple la única capaz de resguardar este vital interés de M. de mantener el contacto con personas que son para él “familiarmente

significativas", pues la adopción plena lo priva de toda herramienta jurídica para hacerlo.----------

------ La adopción simple será la prevista para los casos en que el mantenimiento de los vínculos de parentesco con la familia de sangre del adoptado pueda producir una ventaja actual o futura para el menor, o si otras razones también implicadas en las circunstancias que hacen a los lazos de familia, autorizan a determinar que es inconveniente suprimir los vínculos de sangre (Conf.: Lidia B. H., Luis A. Ugarte, Jorge A. Iriarte, "Juicio de adopción", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pág. 256, con cita de CNCiv., Sala B, 5/5/83), ventaja que tengo la convicción no debe medirse en términos patrimoniales sino espirituales y morales.----------

------ 8.- Además, la C.D.N. tutela las relaciones familiares, vislumbrándolas como un elemento componente del derecho a la identidad.----------

------ Con igual alcance se encuentran resguardadas por el art. 11 de la Ley N° 26.061.----------

------ La identidad familiar no sólo se ampara en forma vertical hacia arriba asegurando la vinculación de los padres con sus hijos, sino que también es horizontal. El adecuado resguardo de la

identidad familiar desde esta perspectiva horizontal, impide que distintos hermanos puedan ser entregados para la adopción de diferentes familias bajo el sistema de la adopción plena, porque ésta importa la desvinculación jurídica de los hermanos entre sí y ello es antijurídico cuando el amparo de la identidad familiar, como consecuencia de la identidad biológica, psicológica y social, reclama como complemento necesario esa identidad jurídica que resultaría cortada en el caso de la adopción plena (Conf.: Alejandro Molina, "Los hermanos sean unidos", Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo – Perrot, N° 7, 1992, págs.51 y ssgts.).----------

------ En la actualidad, la evaluación judicial al otorgar una adopción plena debe ser muy cuidadosa, en razón de que el principio del interés superior del menor está vertebrado por factores más complejos que en épocas anteriores (Conf.: Lea Levy, "Régimen de Adopción. Ley 24.779", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 116), los que en el *sub examine* la descartan como alternativa valiosa.--------

------ En conclusión, por las razones que desarrollara desde el ap. 5 al presente, considero que el interés superior de M. y de sus hermanos exige, dadas las actuales circunstancias, otorgar una adopción simple. **ASÍ LO VOTO**.----------

------ 9.- La conclusión a la que arribara en el apartado precedente vacía de contenido el planteo introducido por la casacionista, relativo a la inconstitucionalidad del art. 323, última frase, del C.C., por lo que ninguna consideración resulta necesario efectuar al respecto.----------

------ 10.- Plenamente de acuerdo estoy con la observación que efectuara el Dr. Pasutti en el ap. IX.b de su voto respecto del modo en que se pronunciara el primero de los jueces votantes de la Cámara de Apelaciones.----------

------ 11.- Finalmente, considero también absolutamente pertinente la consideración que a mayor abundamiento introdujera el colega preopinante en el ap. VIII.----------

------ A igual cuestión, el Dr. Caneo dijo:----------

------ De acuerdo a los votos emitidos por los Dres. Pasutti y Royer, los que conforman la voluntad de la Sala Civil del Superior Tribunal de Justicia, no emitiré pronunciamiento según lo dispuesto en el art. 1º del Acuerdo Extraordinario Nº 3.555, en concordancia con los arts. 2º y 3º de la Ley Provincial Nº 5.475 y el Acuerdo Nº 3.202.----------

------ A la segunda cuestión el Dr. Pasutti dijo:----------

------ Tal como he votado la primera cuestión propongo al acuerdo: 1°) CASAR en lo principal la sentencia de Cámara de fs. 140/147 y confirmar la adopción simple conferida mediante la sentencia de Primera Instancia de fs. 73/75, manteniendo la imposición de costas y regulación de honorarios resuelta en segunda instancia; 2°) IMPONER las costas por la intervención ante éste Tribunal en el orden causado (arts. 69, 70 y concs. Ley XIII N° 5, antes arts. 68, 69 y concs. del C.P.C.C.); 3°) REGULAR los honorarios correspondientes a la Dra. C. C., en mérito a la calidad, extensión, eficacia de la labor profesional cumplida y al resultado obtenido, en un 25 % de los que a su favor han sido fijados por su intervención en Primera Instancia (art. 13, Ley XIII, N° 4, antes Ley N° 2.200).- ----------

------ Entiendo pertinente puntualizar que, atento el modo en que fueran impuestas las costas y regulados los honorarios por la intervención ante la Alzada, resulta innecesario introducir modificación alguna al respecto, por cuanto lo allí resuelto se ajusta al actual resultado del proceso. A su vez, debido a la índole de la cuestión debatida, teniendo en cuenta las distintas posiciones asumidas, el modo en que prosperaran, las razones por las que se modificara la sentencia de Cámara y lo dispuesto por el código adjetivo, las costas por la intervención ante este Tribunal

corresponde imponerlas en el orden causado (arts. 69, 70 y concs. Ley XIII N° 5, antes arts. 68, 69 y concs. del C.P.C.C.).----------

------ A la segunda cuestión el Dr. Royer dijo:----------

------ Tal como voté a la primera cuestión, concuerdo con la que propiciara el Dr. Pasutti.----------

------ A la misma cuestión el Dr. Caneo dijo:----------

------ Reitero la reserva formulada en el tratamiento de la primera cuestión.----------

------ Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente.----------

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

------ **1°) CASAR** en lo principal la sentencia de Cámara de fs. 140/147 y confirmar la adopción simple conferida mediante la sentencia de Primera Instancia de fs. 73/75, manteniendo la imposición de costas y regulación de honorarios resuelta en segunda instancia.----------

------ 2°) **IMPONER** las costas por la intervención ante éste Tribunal en el orden causado (arts. 69, 70 y concs., Ley XIII N° 5, antes arts. 68, 69 y concs. del C.P.C.C.).----------

------ 3°) **REGULAR** los honorarios correspondientes a la Dra. C. C., en mérito a la calidad, extensión, eficacia de la labor profesional cumplida y al resultado obtenido, en un 25 % de los que a su favor han sido fijados por su intervención en Primera Instancia (art. 13, Ley XIII, N° 4, antes Ley N° 2.200).----------

------ 4º) **REGISTRESE** y notifíquese.----------
Fdo. Dr. Daniel Luis Caneo - Dr. José Luis Pasutti - Dr. Fernando S. L. Royer.-
Recibida en Secretaría el 19 de Mayo del año 2010.-
Registrada bajo el N° 02/S.R.E./2010 Conste.-
Fdo. Dra. Carmen Velez – Secretaria.-