



Con fecha 10 de Octubre de 2013, la Cámara Civil y Comercial, Sala II de Azul declaró la inconstitucionalidad del art. 323 del Código Civil, en cuanto la adopción plena extingue el vínculo con la madre biológica.

Causa nº: 2-57023-2012

" S., R. S/ ADOPCION "

JUZGADO DE FAMILIA Nº 1 - TANDIL

Sentencia Registro nº: 103 Folio: .....

En la ciudad de Azul, a los 10 días del mes de Octubre del año Dos Mil Trece reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Víctor Mario Peralta Reyes, María Inés Longobardi y Jorge Mario Galdós, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"S., R. S/ ADOPCIÓN." (Causa N°57023)**, habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Dr. GALDÓS - Dr. PERALTA REYES - Dra. LONGOBARDI.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

**-CUESTIONES-**



1ª. ¿Corresponde declarar la deserción del recurso interpuesto a fs. 53 por el Curador Oficial de Alienados?

2ª. ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 35/ 47?

3ª. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**-VOTACION-**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez **Doctor GALDÓS**

dijo:

I. Los esposos S.L.F. y C.S.S., a quienes se les otorgó la tenencia de la menor C. R. S., al contestar la expresión de agravios de fs. 74/77 alegan que la pieza impugnativa del Curador Oficial de Alienados es insuficiente y que no constituye una crítica concreta y razonada del fallo por lo que solicitan se declare desierto el recurso deducido. Ello no es así: por el contrario de la lectura del escrito de agravios se desprende, sin dudar, que el recurso es admisible porque cumplimenta el requisito formal de controvertir idóneamente los argumentos de la sentencia, cuestionando de modo preciso y claro las conclusiones fácticas y jurídicas del pronunciamiento, acudiendo incluso a citas jurisprudenciales y doctrinarias en apoyo de su posición.

Por consiguiente no es admisible el pedido de que declare desierto el recurso de apelación deducido (arts. 260 y 261 C.P.C.).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, los Sres. Jueces **Dres.**



**PERALTA REYES** y **LONGOBARDI**, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez **Dr. GALDÓS**, dijo:

I. 1. La sentencia de fs. 35/47 otorgó la adopción plena de la menor C. R. S. - nacida el 21 de Junio de 2009- a los esposos C.S.S. y S.L.F., conforme lo prescripto por el art. 322 Código Civil, con efecto retroactivo a la fecha de otorgamiento de la guarda pre-adoptiva, el 27 de Diciembre de 2010, disponiendo que la niña sea inscripta con el nombre y apellido de R.M.F.S.. Para garantizar su derecho a la identidad, según lo prescribe el art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño y dada la vulnerabilidad de la madre biológica que es incapaz, también ordenó un régimen comunicacional entre ambas, el que será fijado de manera flexible y consensuada, pero fuera de los estrados del Juzgado, respetando la madurez progresiva de R. y sus propios deseos. Ello cuando la madre biológica lo pidiera, atendiendo al desarrollo madurativo de la menor y al acompañamiento terapéutico y familiar, a fines de poder acordarse un régimen comunicacional adecuado. El pronunciamiento también ordenó la inscripción correspondiente en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, reguló los honorarios del letrado interviniente y dio vista al Sr. Asesor de Incapaces, al Agente Fiscal y al Curador de Alienados. El decisorio, primero, reseñó los antecedentes y las circunstancias de hecho y, luego, se enfocó en el análisis del instituto de la adopción, en su finalidad



protectoria de niñas, niños y adolescentes y finalmente, examinó su marco legal y constitucional. Paso seguido, detalló los presupuestos de admisibilidad de la adopción de R. teniendo en cuenta las circunstancias más relevantes: que está determinada su filiación materna, no así la paterna; que la madre -M.C. S.- fue declarada insana el 3 de Mayo de 2010 lo que no obsta que haya podido otorgar su consentimiento para su adopción, previa información detallada y necesaria, todo lo que fue considerado para el oportuno otorgamiento de la guarda y la declaración de su plena adoptabilidad. Acota que M.C. tiene conciencia de sus propias imposibilidades para asumir el rol materno y que el pronóstico de su salud mental no era bueno, conforme se desprende de los informes técnicos obrantes en la causa. Por lo demás, los abuelos maternos de la niña y su tío (quien es el soporte material y personal de sus padres) manifestaron la imposibilidad de asumir la guarda o tutela y fueron notificados de que se dispuso el estado de adoptabilidad de R. De todo ello concluye, con referencia a citas jurisprudenciales, que R. se encuentra en condiciones de ser adoptada. Más adelante señaló que la falta de reconocimiento de la filiación paterna no puede dejar de lado la función reparadora que cumple la adopción y, luego, se detiene en el análisis del tipo de adopción que es más conveniente para la niña, señalando que participa del criterio -recogido por el art. 621 del Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial- de acudir a posturas flexibles, considerando las distintas situaciones actuales y la necesidad de



preservar a la menor en un marco de seguridad jurídica que garantice la protección de su interés. Computa que si bien la madre biológica M.C. incumplió en parte el régimen de visitas fijado, según surge de las actas labradas, y no asume una conducta pro activa, no es menos cierto que esa conducta debe evaluarse en el contexto de su enfermedad y que no se trata de una familia abandonica. En tal sentido afirma que “la adopción plena conferirá los lazos con la totalidad de la familia adoptiva F.-S., situación que de hecho ya existe. R. es hija, pero también nieta, sobrina, prima de esta familia. Y el único reparo del tipo de adopción, está dado precisamente por la posibilidad de que la simple preservaría el vínculo con su madre biológica” (sic, fs. 43). Tras ello acota que “la adopción plena aparece como el instrumento legal adecuado, en virtud de la expresado anteriormente y en el conocimiento que he tenido de los adoptantes, como así también del excelente estado en el que se encuentra R. lo que ha podido verse a través de la concurrencia que periódicamente ha efectuado el matrimonio F.-S. con la niña a este Juzgado y lo que surge de los informes asistenciales agregados en la causa, por ej. del obrante a fs. 128/129 de la causa 741” (sic, fs. 43 y vta.). Transcribe los dictámenes periciales que dan cuenta que R. tiene contención de sus guardadores, está muy cuidada y con atención médica, puntualizando la Sra. Juez que “deja resaltado que cuando S. y S. asumieron el compromiso de crianza de R. lo hicieron bajo dos condiciones de incertidumbre (y por lo tanto riesgo): el pronóstico de salud de la niña



(con madre y tío con retraso madurativo, nacida prematuramente, con escaso peso, con necesidad de estimulación) y el régimen comunicacional fijado a favor de M.C.. El asumir y enfrentar dichas situaciones –continúan la demostración más acabada del amor y solidaridad que pusieron a disposición de R.. Han mantenido el régimen comunicacional, y si bien en un principio, con el celo propio de ‘padres primerizos’ tuvieron algunos reparos al régimen, la terapia que fuera aconsejada por la suscripta les permitió superar sus propios miedos, y así han conocido no sólo a M.C., sino también a otros referentes familiares biológicos. No hay mejor escenario –concluye- para una adopción que éste, donde los padres adoptivos han tomado contacto con la familia biológica, han conocido las limitaciones de la familia, pero también han podido comprobar que el régimen comunicacional nunca puso en riesgo los roles que S. y S. asumieron en la vida de R. ‘el de padre y madre’ de la niña” (sic, fs. 44 y 44 vuelta). Formula otras consideraciones y expresa que si bien la niña durante los encuentros con su madre biológica tuvo algunos reparos (estuvo quejosa y sollozaba) su desarrollo madurativo y el acompañamiento terapéutico -que el matrimonio S.-F. está llevando a cabo- permitirán revertir esta situación. Por ende el otorgamiento de la adopción plena con un régimen comunicacional con la madre biológica es la solución que mejor preserva el derecho de la menor y que también considera que M.C. no es una madre abandonada y que los guardadores conviven con la niña en óptimas condiciones. Más adelante analiza el cumplimiento de los



restantes requisitos que requiere la adopción para detenerse en la función de la familia y en el rol del Estado en caso de que los padres biológicos no puedan cumplirlo, debiéndose brindar a los niños, niñas y adolescentes el ámbito de desarrollo pleno y asistencia que conducen a que la adopción plena con un régimen comunicacional es la solución que mejor atiende a “la realidad en concreto de R., evaluando la situación fáctica jurídica de la niña, y considerando que .... la adopción con el efecto de plena, es la figura legal que mejor atiende al ‘interés superior de la niña’, principio fundamental emanado de la Convención de los Derechos del Niño (arts. 3 y 21 C.D.N.) como uno de los pilares de la decisión adoptada por esta sentenciante para el otorgamiento de la adopción requerida” (sic, fs. 46). Prosigue sosteniendo que “a diferencia de otras realidades fácticas está absolutamente convencida que, aquí, no podemos hablar de abandono, muy por el contrario, creo que las actas de fs. 35 y 38 están hablando de un desprendimiento doloroso de la familia de R., quienes enfrentando la realidad de sus propias carencias asumen que no son ellos quienes habrían de brindarle a R. los cuidados que la bebé (hoy), la niña mañana seguramente requerirán, el derecho a la identidad de la niña, y también la situación de vulneración de la madre biológica de R., M.C. S., dejo expresamente reservado el derecho a un régimen comunicacional que ante la petición de la progenitora deberá establecerse en el marco y en las condiciones” establecidas. (sic, fs. 46 y vta.). Seguidamente la sentenciante formula otras apreciaciones y,



finalmente, establece que “ese régimen comunicacional debe ser estatuido en forma flexible, y en lo posible consensuada, fuera de los estrados de este Juzgado, respetando la madurez progresiva de R., y sus propios deseos” (sic, fs.44 vta.).

2. El referido pronunciamiento fue consentido por el Asesor de Incapaces y el Agente Fiscal pero lo recurrió el representante legal de la madre, el Curador Oficial, apelación concedida libremente a fs 54, efecto modificado por este Tribunal a fs. 67/68.

A fs. 70/72 expresó agravios el curador solicitando se revoque el fallo y se otorgue la adopción simple, lo que fue respondido por los guardadores a fs 74/77. En su responde solicitan se declare la deserción del recurso deducido por ausencia de suficiente ataque y crítica de la sentencia y, en subsidio, piden el rechazo del recurso.

A fs. 79/80 el Asesor de Incapaces dictaminó coincidiendo con la concesión de la adopción plena aceptando que se la flexibilice en la forma conferida en la sentencia. A fs. 83 y 84 adhieren a esa posición la Asesor Ad Hoc y el Agente Fiscal.

3. Los agravios del Curador Oficial de Alienados controvierten la forma de la adopción sosteniendo que debe ser simple y no plena. Afirman que para garantizar los derechos de la madre biológica y atender a todas las circunstancias del proceso se torna necesario considerar que la adopción simple, prevista en el art. 330 del Código Civil, es la que





mejor se adecua a la situación, que no es una categoría inferior a la adopción plena y que permite a la niña adquirir nuevos padres sin perder los parientes de sangre ni los derechos alimentarios y hereditarios. El Curador Oficial destacó que las previsiones del Proyecto de Código Civil y Comercial no son fuente de derecho y nuevamente hace hincapié en que la adopción simple no es una institución de segunda categoría que sólo satisfaga a medias el interés de R. ya que afirma -con cita de doctrina- que es una herramienta valiosa para preservar el pasado y la historia personal del adoptado. Pone de relieve que su representada no es una madre abandonica, que R. S. tiene una madre biológica conocida y que la adopción plena fue concebida para el supuesto de matrimonio sin hijos y un menor de padres desconocidos. Seguidamente explica que su representada no abandonó a su hija ya que ese acto requiere voluntad del renunciante, lo que no ocurre en autos dado que M.C. es insana y no tiene conciencia de su propia responsabilidad y manifestó su interés de seguir viendo a su hija y que el régimen comunicacional ya fue implementado por iniciativa de esa curaduría. Cita jurisprudencia que dice que cuando la madre no pudo hacerse cargo del menor por razones ajenas a su voluntad procede otorgar la adopción simple. Con mención de la legislación aplicable, y entre otras consideraciones, dice textualmente que “la adopción simple respeta la identidad de origen y permitirá tal vez si el verdadero amor es el sentimiento que anima a los adoptantes y mi representada generar una relación que



respete la verdad de las cosas y conduzca a una adecuada interrelación. Evitando por otra parte un grave quebrantamiento constitucional: la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país según ley 23.849 (art. 75 inc. 22 Const. Nac.) la cual estipula que ‘los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, el nombre y las relaciones familiares’...” (sic, fs. 71 y vta.).

**4.** El Tribunal a fs. 101 tomó contacto con la menor y sus guardadores, asistiendo la representante de la Asesoría de Incapaces.

A fs. 105 el Tribunal hizo lo propio con la madre biológica, que estuvo asistida por el Curador de Alienados y en presencia de la psicóloga M.R.R., a quien en ese acto se le requirió un informe detallado de las conclusiones de la entrevista que tuvo por separado con M.C., informe que fue glosado a fs. 140 y vta.

Llamados autos para sentencia y firme el sorteo del orden de votación el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto.

**II. 1.** Anticipo mi opinión en el sentido de que la sentencia debe ser parcialmente modificada, aunque con el alcance que propiciaré, toda vez que procede mantener la adopción plena otorgada de R. M.F.S. (nombre y apellido con el que se ordenó inscribir a la niña), aunque dejando subsistente el vínculo filial con su madre biológica M.C. S..

Esa conclusión resulta de interpretar las normas legales vigentes cotejadas con el plexo constitucional y supraconstitucional que



regula las cuestiones de familia, otorgando real y concreta primacía al interés de la menor, conjugándolo con el de su madre biológica que fue declarada insana y –también – con la realidad vivencial que se evidencia en este proceso en el que los guardadores, los esposos C.S.S. y S.L.F., han conformado con R. una familia edificada sobre la base de la contención, amor y afecto, ocupándose con esmero de los problemas de salud de la niña. M.C. S. fue declarada insana en el expediente agregado por cuerda (causa 472/09, sentencia de fs. 67/69) con fecha 3 de Mayo de 2010, en virtud de padecer de retraso mental - epilepsia, que le imposibilita gobernar su persona y bienes, designándosele curador definitivo al Curador Oficial (fs. 77/69 expte. cit.).

Los aspectos litigiosos sometidos a revisión son exclusivamente jurídicos y consisten en los efectos que corresponde asignar a la adopción de R. Magali F. a favor de C.S.S. y S.L.F., esto es si se corresponde acudir al instituto de la adopción simple o a la adopción plena, inclinándose el pronunciamiento recurrido por una modalidad flexibilizada: la adopción plena con un régimen comunicacional con la madre biológica.

**2.** Los hechos relevantes y necesarios para decidir sobre los que no media discrepancia entre las partes, son los siguientes.

**2.1.** M.C. S. es la madre biológica de R. Magalí, padece de la mencionada enfermedad mental la que determinó su declaración de incapacidad. Desde su nacimiento presenta un retardo mental, con



antecedentes de epilepsia, que requiere de tratamiento psicofarmacológico (fs. 21, pericia expte. 472/09; art. 625 C.P.C.) y no tiene “posibilidades psíquicas de simbolizar, programar, prever, por lo cual los cuidados hacia ella y su hija, son escasos y limitados implicando riesgo para la menor por la incapacidad de asistirle” (fs. 5 expte. 472/09, dictamen de la perito psiquiatra).

Destaco que dio a luz el 21 de Junio de 2009, que las actuaciones del proceso de insania se promovieron el 26 de Julio de 2009 a raíz de la constatación en el Hospital Municipal de Tandil de su retraso mental y que la sentencia de declaración de incapacidad se dictó el 3 de Mayo de 2010 (conf. fs. 2/6; 21; 26/27 cuando el Asesor de Incapaces promovió la referida declaración; informe fs. 56/58, sentencia fs. 67/69; informes posteriores de fs. 96/97; 99/121; 126/127 expte. citado; causa 741 caratulada “S. C. R. s/ guarda preadoptiva: fs.7; 24/26; 39/41; 53/55; 74/75; 95; 98; 99; 107/109; 110/113; 119; 128/129; 137/141). La niña no tiene paternidad conocida (conf fs. 8 expte. 741) y ni la madre biológica ni el resto de su grupo familiar se encuentra en condiciones de criar a R., habiendo manifestado sus abuelos maternos y su tío esa imposibilidad (conf fs. 1, 30, 32/33, 34, 35, 38). Por lo demás, quien resultaría ser la pareja de M.C. a la época de concepción de la niña carece de las condiciones ambientales, sociales y personales mínimas para desempeñar el rol parental, sin dejar de lado su total desinterés por la niña y por su madre (fs. 107/ 108 expte. 741).



M.C. había registrado antecedentes de fuga de su hogar paterno y ahora se encuentra en pareja, con vínculos más estables, conviviendo en la zona rural con su compañero que es alambrador (conf fs.16, 96/97, 99/102, 126/127 expte. cit. 472/09). En ese sentido, y desde hace algún tiempo, M.C. “manifiesta que se encuentra bien, continúa residiendo junto a su pareja H.I., en la zona rural, con domicilio itinerantes dado el oficio del mismo (alambrador)” (informe fs. 96 vta. expte. 472). Además “la Sra. S. manifiesta que el trato que le dispensa el Sr. I. es muy bueno, que vive en una casilla de tipo rural y sus necesidades personales son cubiertas por los ingresos de su pareja, los cuales no puede precisar. Visita periódicamente a sus padres y hermanos” (sic, fs. 97 expte. cit.). Luego, en esas mismas actuaciones, manifestó que no había visto a su hija desde que se suspendieron los encuentros que mantenían en el Juzgado de Familia y en razón de haberse enfermado, expresando su deseo de contactarse nuevamente con ella mediante un régimen de visitas (fs. 126/127 expte. 472/09).

**2.2.** La madre biológica consintió expresamente en sede judicial que su hija (por entonces, de dos meses) sea puesta bajo la guarda de una familia (fs. 38 expte. 741). El consentimiento de la madre se otorgó el 7 de Septiembre de 2009 (fs. 38 expte. 741), ya iniciados los trámites tendientes a la declaración de su insanía (26 de Junio de 2009, fs. 3 expte. 472) siendo formalmente formulada esa petición el 27 de Julio de 2009 (fs.



26/27 extpe. cit.), habiendo nacido la niña el 21 de Junio de 2009 y dictado la sentencia el 23 de Mayo de 2010 (fs. 67/68 expte. 472).

El consentimiento otorgado por M.C. para dar en guarda a su hija, por provenir de una persona con discapacidad, no es jurídicamente válido aún cuando la sentencia es de fecha posterior, porque eran notorias las causas de su incapacidad (arts. 54 inc.3, 140, 141, 152, 468, 471, 472, 473 y concs. Cód. Civ.). En efecto y si bien “la sentencia de interdicción tiene un carácter complejo siendo al mismo tiempo declarativa y constitutiva y produce efectos hacia el futuro”, “lo hace también para el pasado en vista que crea un período de sospecha a partir de la época de la existencia pública de la enfermedad...” (Uriarte, Jorge A. en Bueres-Highton, “Código Civil” T. 1B, pág.903). “La sanción de nulidad cabe para los actos otorgados por el insano antes de la declaración de incapacidad cuando la causa que provoca la interdicción existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados” (art. 473, párr. 1º Cód. Civ.; Azpiri Jorge O. “Derecho de Familia” pág. 513). En consecuencia y, con prescindencia de la naturaleza jurídica y alcances de la nulidad de los actos de los incapaces anteriores a su declaración (anulables, nulos y de nulidad relativa o absoluta, según los casos) (conf. Llambías, Jorge y Posse Sagui, Fernando “Código Civil Anotado” T. I-B pág. 481), la manifestación mediante la cual M.C. prestó su conformidad con la guarda de la niña no es válida (arts. 140, 141, 472, 473, 896, 897, 900 y concs. Cód. Civ.).



La sentencia en la que se decretó el estado de adaptabilidad de R. (fs. 39/40 expte. 741/01) expresó claramente que este caso no es un supuesto de abandono sino “de desprendimiento doloroso de la familia de R.”, quien “enfrentando la realidad de sus propias carencias asumen que no podrán brindarle a R. la asistencia necesaria” (fs.cit. expte. 741). Los abuelos y tío materno, luego de evaluarlo, manifestaron su imposibilidad de asumir el cuidado y protección de R. (fs. 30, 35, 47 e informe ambiental fs. 53/55). El informe glosado a fs. 53/55 de estos autos por los trabajadores sociales es elocuente en cuanto refleja la real imposibilidad de los abuelos de criar a su nieta, tanto por su edad como por problemas de salud (fs. cit. estos autos). Por lo demás el abuelo materno manifestó a los guardadores su agradecimiento por los cuidados de la niña (fs. 128/129 expte. 741).

**2.3.** El matrimonio F.-S. fue designado guardador de R. en base a su inscripción en el Registro de Adoptantes y se hizo cargo de la niña que estuvo internada por su nacimiento prematuro y requería de cuidados especiales (fs. 3/ 4, 5, 28, declaración de estado de adaptabilidad de fs. 39/ 41, otorgamiento de la guarda de fs. 74/ 75).

Es evidente que de los nuevos informes y dictámenes agregados se desprende claramente que el matrimonio de guardadores “ha sido propiciador del contacto de C. con su hija en el espacio establecido en este Juzgado una vez que pudieron confiar en las orientaciones del equipo técnico siendo contenedores también de C. en cuanto al contacto con la



niña, manifestándole en voz alta en cada encuentro a R. que estaba frente a su madre que la iba a saludar y diferenciando su rol de ‘madre del corazón’ como así se define frente a C., lo que implica un compromiso en cuanto a R. de conocer su realidad biológica” (sic, fs. 111 expte. 741). Además “el matrimonio ha mostrado interés, afecto, compromiso en la atención de R. beneficiándola en su crecimiento. De no haber asumido tal situación la niña debía en ese momento –alta médica- como opción haber sido albergada por una institución considerando estas peritos que el resultado no hubiera sido el obtenido hasta la fecha. Las condiciones desfavorables iniciales de índole socio familiares a la fecha se mantienen en el mismo orden, sin posibilidades de modificación” (sic, fs. 111 vta. expte. 741).

Las trabajadoras sociales que informaron a fs. 53/ 55, luego de analizar la situación particular de M.C. y su grupo familiar, se pronunciaron a favor de la adopción de R. “evaluando en forma reflexible la situación de la crianza de R., pudiendo requerir con opción la posibilidad de la adopción como un acto de oportunidad de otro proyecto de vida” (sic, fs. 55 expte. 741). “De ese modo la niña se integró a la vida cotidiana del grupo familiar de los guardadores, y a las actividades de sus familiares y amigos, encontrándose en buen estado, con asistencia médica para su problemática severa de salud (respiratoria), habiendo logrado con los tratamientos que no requiriera intervenciones más complejas, que la niña asistió a un centro de estimulación temprana y que el matrimonio F.-S. efectuó consultas





profesionales para recibir orientación acerca de sus temores y ansiedades, verificándose una evolución favorable” (fs. 119 y 128/129 expte. 741). Los dos peritos del Juzgado interviniente “consideran que la niña se encuentra integrada al contexto socio-familiar del matrimonio F. S. donde se advierten cuidados, afecto, desarrollo de sus potencialidades con la inclusión de su historia vital desde la corta edad” (sic, fs. 129).

**2.4.** En las visitas iniciales con su hija y en el marco de las pautas fijadas por el Juzgado, la madre biológica demostró dificultades para comunicarse con R., propias del estado de salud de entonces de la niña y de su propia inmadurez. “Desde el punto de vista psicológico y vincular –dicen los informes periciales- se advierte en C. cierta dificultad para conectarse afectivamente con la pequeña, siendo su único modo de relacionarse con ésta el cargarla en sus brazos, mirarla y acariciarla, y, sólo en ocasiones, llamarla por su nombre. Se observa un escaso registro de las necesidades y cuidados, que por el vulnerable estado de salud de R., requieren especial atención, por ejemplo sostenerle la cabeza, brindarle una posición cómoda cuando la tiene en sus brazos, asistirle en momentos de ahogo” (sic, fs. 111 expte. cit.). Tras ello se especifica que “es menester aclarar, que las particularidades mencionadas que presenta C. en su vinculación con R. tienen estrecha relación con su discapacidad mental, la cual limita el contacto emocional, y restringe la posibilidad de desarrollo de las capacidades imprescindibles y necesarias para un adecuado ejercicio del rol



materno que implique la atención, asistencia y cuidados que el mismo requiere” (sic, fs. 111 vta. expte. cit.).

La madre biológica manifestó su deseo de mantener contacto con su hija mediante un régimen de visitas y las que se celebraron en el Juzgado de Familia se suspendieron por razones de salud de la niña (fs. 126/ 127 expte. 472/09). Empero, y aún cuando no existen constancias en autos de que se hubieran retomado esos contactos, tampoco se advierte que mediara un pedido en tal sentido por parte del Curador Oficial (fs. 126/127 expte. 472/09 y fs. 125/126 expte. 741).

En el último informe psicológico, prestado en autos en Julio de este año, la perito manifestó que M.C.:

-“evidencia altos deseos de sostener una vinculación con su hija biológica, y de preservar el vínculo con la niña”;

-“Se observa la necesidad de orientación psicológica para la Sra. M.C. S., con respecto a la modalidad de vinculación, y clarificar expectativas con R., con respecto a su rol, a fin de posibilitar una saludable y empática re-vinculación”;

-“De la observación y entrevista realizada, surge necesario a los fines de lograr una vinculación sana y constructiva, delimitar claramente las funciones, derechos y obligaciones de cada integrante de los sistemas actuantes, permitiendo crear un marco tranquilizador para todos, con el



objeto de favorecer la construcción de una identidad integrada para la niña” (estos autos fs. 110).

**2.5.** En resumidas cuentas: R. se encuentra en excelente estado, sus guardadores le han brindado un marco de afecto, amor y contención excelente, el consentimiento de la progenitora de origen no es jurídicamente válido y M.C. manifestó su interés y deseo de comunicarse con su hija.

**III. 1.** La situación fáctica planteada en autos (madre biológica con discapacidad que prestó su conformidad con la adopción de su hija) es susceptible de ser encuadrada en tres marcos normativos: el otorgamiento de la adopción simple, o de adopción plena, o en la adopción plena pero flexibilizada.

El régimen legal vigente admite sólo una opción dual: la adopción simple o la plena. La Suprema Corte de Justicia resolvió que “la ley 24.779 estatuye un doble régimen de adopción plena y simple, cuya principal nota distintiva radica en la extinción o no del vínculo de parentesco biológico (arts. 323 y 331 Cód.Civ.). La procedencia de una u otra categoría depende de las circunstancias de hecho, siendo que toda vez que sea aconsejable mantener los vínculos familiares originarios, debe optarse por la adopción simple” (S.C.B.A. Ac. 69426, 16/08/2006 “S.C. s/ Adopción”). Y allí se otorgó la adopción simple a fines de conservar el denominado “triángulo afectivo”, siguiendo directivas de la Corte Nacional que anuló el anterior



pronunciamiento (S.C. 02/08/2005, “S.C. s/ Adopción”, L.L. 2005-D,87; E,D, 214-145; J.A. 2005-IV,22).

2. El Curador Oficial solicita –como anticipé- se otorgue la adopción simple. En anterior pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia, en caso parecido, se sostuvo que “si la madre no puede hacerse cargo del menor por razones ajenas a su voluntad (en el caso fue declarada incapaz), la adopción que se decida debe serlo con los efectos de simple” (S.C.B.A. Ac. 48416, 10/12/92 “O.A. s/Adopción”). Esa solución fue aprobada por la doctrina al sostener que, en tal caso, “mantener la adopción con carácter de plena, basada en que la madre padecía una discapacidad mental que le impedía ocuparse de la menor, implicaba una violación a sus derechos y una sanción para ella y la niña. Ello resultaba a todas luces injusto pues carecer de aptitud para socializarla no implica necesariamente la imposibilidad de conectarse afectivamente con la menor. Por eso –se concluyó en la anotación al fallo, la sentencia, al disponer que la adopción debía concederse con los efectos de simple, permitió a una pareja idónea ejercer el rol parental, ocupándose del cuidado material y afectivo de la menor, a la par que se protegió el derecho de las dos incapaces (la madre por causa de discapacidad o enfermedad mental y la niña por edad) a conservar el vínculo” y “salvaguardó los derechos de los padres adoptivos pues una relación iniciada desde la verdad tiene las mejores posibilidades de mantenerse y consolidarse” (Iñigo, Delia B. “Adopción en L.L. 1194-A, 432



en anotación a fallo S.C.B.A. Ac. 48416, 10/12/92 “O.A.L.”). En parecido sentido puntualiza Herrera, y a propósito del análisis del citado precedente, que “si bien no adhiero a las posturas dogmáticas y apriorísticas en cuestiones tan complejas y sensibles como la adopción, a la luz del desarrollo del derecho a la identidad –tanto del niño como del adulto involucrado- entiendo que la adopción simple debería ser el primer tipo adoptivo a ser evaluado” (Herrera, Marisa “El derecho a la identidad en la adopción”, T.II pág. 77).

Empero, puntualizo que la jurisprudencia citada de la Suprema Corte Bonaerense de Justicia (conferir la adopción simple en caso de incapacidad de la madre biológica) no tiene el rango de doctrina legal casatoria en atención a las modificaciones legislativas ulteriores y esencialmente a la reforma constitucional de 1994, que con posterioridad a la fecha del fallo mencionado (del año 1992), introdujeron cambios sustanciales en los paradigmas del derecho de familia. En tal sentido son reveladores de las nuevas aperturas casatorias un reciente decisorio del Tribunal Bonaerense en el que se recondujo como acción declarativa la pretensión del padre biológico de revincularse con su hijo mediante la conformación de un “triángulo adoptivo” con los adoptantes, quienes detentan la adopción plena, la que no era cuestionada (S.C.B.A. Ac. L109059, 26/02/2013 “R.V.D.V s/ art. 10 ley 10.067”, voto Dr. de Lázzari). También, y por unanimidad, la Suprema Corte de Justicia declaró la



inconstitucionalidad de los arts. 312 y 337 inc.d Código Civil en cuanto admite la adopción plena simultánea de más de una persona sustanciales sólo si son cónyuges, concediéndosela a quienes mantenían una unión concubinaria al momento del otorgamiento de la guarda (S.C.B.A. Ac. C115103, 11/03/13, “O.J.D. Guarda con fines de adopción”, por unanimidad voto Dr. Pettigiani, al que adhirieron los Sres. Kogan, Genoud y Negri).

En definitiva, y pese a entender que el antecedente de la Casación local que otorgó la adopción simple de la menor cuya madre de origen era una persona discapacitada no constituye jurisprudencia vinculante (arts. 161 inc.3° ap.a; 171, 278, 279 inc.2°, 280, 289 y conchs. Const. Pcia. Buenos Aires) ello no importa soslayar otros antecedentes similares que se inclinan por esa postura. Así se decidió que “el interés del niño se protege también por la vía de la adopción simple en cuanto esa opción permite al adoptado que mantenga los vínculos con su familia biológica en tutela de derecho a la identidad del menor; en el caso se dispone otorgar la adopción simple a los fines de proteger y mantener el fuerte lazo que la menor adoptada desarrollara a través de los años con su hermano biológico” (C.N.Civ. Sala E, 27/05/2010, “R., L.”, Abeledo Perrot N°: 1/70067354-1; ver Herrera Marisa – De la Torre Natalia “Habrà que jugarle al tres? La perspectiva tripartita de los tipos de adopción en el Proyecto de reforma del Código Civil” en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia N° 58, Marzo 2013, págs. 137-164).



3. La segunda alternativa jurídica para resolver el caso en juzgamiento es la adopción plena “pura”, supuesto que no es aquí de aplicación porque en Primera Instancia se otorgó una modalidad de adopción plena pero “flexibilizada” (adopción con un régimen comunicacional con la madre biológica) y se apeló persiguiendo se la encuadre con el alcance de simple (arts.34 inc.4°, 163 inc.6°, 166, 266, 272 C.P.C.).

El criterio asumido por la sentencia impugnada fue receptado por alguna jurisprudencia que decidió que “sin perjuicio de otorgar la adopción plena del menor a quienes fueron sus guardadores por el término legal, corresponde disponer que la madre biológica tome contacto con el niño, en espacios recreativos y distendidos, con el máximo respeto hacia los tiempos de aquél y en el futuro conforme las pautas que establezcan los profesionales que asisten psicológicamente a los adoptantes concordando con las profesionales que auxilian a la progenitora, quien pese a su trastorno mental bregó por recuperar la relación con su hijo” (Juzg. 1ª Inst. Distrito de Menores de 3ª Nominación de Rosario, 26/05/2010 “D,K,M. c/ V.S.R.”, Abeledo Perrot N°: 1/70065283). Esta posición no ha sido – sustancialmente- objetada por la doctrina (ver el análisis de casos en Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa “Familia de origen vs. Familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción”, en comentario a fallo Cám.Apel. Trelew Sala A, 08/07/2011 “C.L., C.E.” L.L. 2011-F, 225).



4. No obstante lo expuesto y para arribar a similar (aunque no idéntico) resultado soy de la opinión que el criterio dirimente se debe emplazar en otro fundamento normativo. Entiendo que la solución más adecuada es la de disponer la adopción plena “pero manteniendo el vínculo con la progenitora de origen para sumar vínculos afectivos y no tener que optar entre uno y otro” (conf. Herrera Marisa cit. “El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc en Suplemento Especial sobre ‘El Derecho de familia en el anteproyecto de reforma del Código Civil”, en Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera (coordinación), Jurisprudencia Argentina, 2012-II 20).

En un interesante precedente se otorgó la adopción plena pero, atendiendo a las singulares y excepcionales circunstancias, se mantuvo el vínculo biológico de modo parcial, declarando la inconstitucionalidad del art. 323 del Cód. Civil en cuanto extingue el parentesco de origen. En efecto, y en el caso juzgado, “tratándose de hermanos que han sido dados en adopción a diferentes padres adoptantes, otorgar la adopción plena sin limitar los efectos del art. 323 Cód. Civil, implicaría quitar el vínculo jurídico de los hermanos entre sí habida cuenta que el cese de los efectos del parentesco biológico total y, por ende, la eliminación del vínculo fraterno deviene inconstitucional..... Las circunstancias de que los menores –se agregó- se sientan a gusto con su familia (guardadores) y con las familias ampliadas (adoptantes de otros dos





hermanos), que sean conocedores de su historia, afianzando su realidad actual y la integración familiar completa lleva al convencimiento de la inconveniencia de optar por la adopción simple; sin embargo, si bien la adopción plena reflejaría en el plano jurídico la integración familiar total que hoy viven los niños, cercenaría el plano jurídico existente en la actualidad y que ha resultado significativo en la vida personal” (Trib. Colegiado de Inst. Única del Fuero de Familia N°2 Mar del Plata, 28/03/2008 “P.J.C. y otro”; ver “in extenso” Herrera “El régimen adoptivo en el Anteproyecto de reforma del Código Civil: Más sobre la trilogía: Blanc” cit.; Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa “Familia de origen vs. Familia adoptiva...” cit. L.L. 2011-F, 225 cit.). De ese modo, y por vía de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad del art. 323, parr. 2º, del Código Civil se dispuso -con sólidos fundamentos jurídicos- mantener el vínculo jurídico de los adoptados, dados en adopción plena, con sus hermanos de origen (fallo cit. de 1ª Inst. de la Dra. Adriana E. Rotonda).

En parecida orientación otro antecedente, siguiendo la interpretación jurídica del precedente marplatense, también compatibilizó la adopción plena con la subsistencia parcial del vínculo de origen, atendiendo a la conveniencia del menor, decretando la inconstitucionalidad de la norma legal que lo prohíbe. Se resolvió que “resulta procedente conceder la adopción plena de un menor, que carece de filiación paterna acreditada, solicitada por el cónyuge de la madre aquél, sin que ello implique la extinción



del parentesco de sangre con su progenitora y familia de origen pues, en el caso concreto, el otorgamiento de la adopción con carácter simple, implicaría una injusticia al reconocerle al adoptado un parentesco discriminatorio con relación a su hermana, nacida de la unión entre el adoptante y la madre del adoptado”. Por consiguiente declaró de oficio la inconstitucionalidad, para el caso concreto, de los arts. 313 y 323 2° párrafo del Código Civil (Trib.Colegiado del Fuero de Familia N°2 de La Plata, 30/12/2008, pub. en DFyP (diciembre), 132 con nota de Néstor E. Solari).

**5.** La realidad vivencial de este proceso conduce a otorgar al matrimonio C.S.S. y S.L.F. la adopción plena de R. M.F.S. pero manteniendo la niña su vínculo jurídico con su madre M.C.S., removiendo mediante la declaración de inconstitucionalidad la barrera legal irrazonable que impone el art. 323, segunda frase en cuanto extingue el vínculo jurídico con su madre de origen.

En efecto, y tal como lo dije antes, el ordenamiento infraconstitucional vigente admite una opción taxativa y hermética: o adopción simple o adopción plena (arts. 311, 315, 323, 325, 329, 331, 332 y concs. Cód. Civ.). Y en ese contexto (reitero) la doctrina y jurisprudencia viene propiciando la apertura o “flexibilización” de ambas categorías registrándose en la jurisprudencia la recepción de esos criterios (algunos de los cuales ya transcribí). Así se advierte que admitir la adopción plena de R. con la subsistencia del vínculo de origen con su madre es la mejor solución que le



permitirá consolidar jurídicamente su realidad existencial con sus padres adoptivos añadiendo y sumando el vínculo de origen de la madre, que es una persona discapacitada mental, pero que quiere y puede mantener contacto con ella. De este modo se concretiza el interés del menor concebido, con palabras de la Suprema Corte, “como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, quedando excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso” (S.C.B.A. Ac. C115103, 11/03/2013 “O.J.D. Guarda con fines de adopción”; arts. 3, 9 y 12 Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1, 18, 31, 33, 75 inc.22 y concs. Constitución Nacional; 1, 11, 15, 36.2 y concs. Constitución Provincial; 4 y concs. ley 13.298).

Entiendo que esta manera de resolver el caso, que requiere de la declaración de incompatibilidad constitucional de la norma injusta (art. 323 Cód. Civ.) es la que confiere el mejor sustento normativo. Por lo demás, cabe traer como argumento corroborante lo dispuesto por el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial que si bien, y como lo puntualiza el Curador Oficial, no es legislación vigente, constituye un valioso antecedente interpretativo y argumental. Dispone, en lo pertinente, el art. 621 del Código



Civil Proyectado que “cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción” (Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pág. 106).

Esta Sala, en los excepcionales supuestos en los que es necesario desplazar la aplicación de la norma irrazonable, tuvo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad en materia de familia se sustenta en la denominada “constitucionalización del derecho de familia (Kemelmajer de Carlucci Aída Sup. Corte de Mendoza Sala 1<sup>a</sup>, 13/05/2002 “Atuel Fideicomisos S.A. v. Ábrego J.C.”, Lexis N° 30010716 y JA 1993-IV-676 ; esta Sala Causa N° 42882 , 28/8/2001 “Leveroni, Virginia Gladys c/a. Olazábal, Ramón Darío y otros s/ Cobro Ejecutivo”), y especialmente a partir de las reformas de 1994 a la Constitución Nacional y a la de la Provincia de Buenos Aires. Se hace hincapié en la operatividad de las normas constitucionales y de los Tratados de Derechos Humanos que revisten esa misma jerarquía (arts. 19 y 75 inc.22 Const. Nacional), lo que significa que los derechos y garantías que consagran rigen de manera directa e inmediata



y sin necesidad de la previa mediación de las normas infraconstitucionales. La Corte Suprema, en reconocido “leading case”, sostuvo que “una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso” (CS, 7/7/92, “Ekmekjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos 315:1492, LL 1992-C-543.). Luego en la causa “Halabi” subrayó que “donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; ... pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (C.S., 24/2/2009, “Halabi” , Fallos 332:111 en reenvío a la doctrina de Fallos 239:459; C.S. 27/12/1957, “Siri Angel”, JA 1958-II-478, Fallos 241:291 y fallos 315:1492). Desde esta perspectiva se añade que el fenómeno de la constitucionalización desplazó el centro de gravedad del orden jurídico: “en el siglo XIX, ese orden tuvo a la ley como eje esencial; a partir de fines del siglo XX, el eje es la Carta Fundamental. Hoy debe hablarse del principio de constitucionalidad porque la Constitución no es ya más un Derecho de preámbulo ni otro de índole política, sino que verdadero Derecho” (Favores, Louis Joseph, “La constitucionalización del derecho”, Revista de Derecho, Vol. XII, pág. 31/43). Se sostiene que “la Constitución es la fuente normativa capaz de dar fundamento y justificación al equilibrio



de intereses que es imprescindible al momento de emprender una reconstrucción teórica del sistema”. (Corsario Luigi, “Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema Italiano” en AAVV “Estudios sobre la Responsabilidad Civil” pág. 186). “Se han positivado los derechos fundamentales – añade otro autor- al tiempo que asistimos a la constitucionalización del derecho civil y, viceversa, a una notable influencia del derecho privado sobre el derecho constitucional”, “mediante una vinculación hermenéutica de instrumentos propios del Derecho privado (como el orden público, la causa, la buena fe, o el daño injusto) con los valores constitucionalmente reconocidos por el ordenamiento” (De Lorenzo Miguel F., “El péndulo de la autonomía de la voluntad”, en “Derecho Privado. Libro Homenaje al Dr. Alberto J. Bueres”, pág. 47). Sólo con la finalidad de enfatizar el significado de la referida constitucionalización del derecho de familia, destaco que “la creación de las normas de Derecho Privado debe estar enderezada a hacer eficaces los principios estructurales de la Constitución y en la interpretación debe tenerse en cuenta la interacción de las normas constitucionales e infraconstitucionales sin que ello implique sustituir el sistema jurídico privado por los principios constitucionales...” (Rivera Julio C. “El Derecho Privado Constitucional” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 7, “Derecho Privado en la reforma constitucional”, pág. 52). Explica Alterini que en el Derecho Civil Constitucional o Derecho Privado Constitucional las reglas constitucionales y



las supranacionales “componen el sistema jurídico por dos caminos”, si se considera que son directamente operativas, sea por mandato normativo, sea por una actitud proactiva de los tribunales (como cuando la Corte Suprema de la Nación -conforme el art.. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional- requirió “medidas de acción positiva” para garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos” por ella) o, en todo caso, por otra vía, si se considera que la reglas de la Constitución Nacional, de los Tratados de Derechos Humanos y de los Tratados de Integración tienen carácter de principios generales vinculantes” (Alterini, Atilio Aníbal, “Respuestas ante las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces”, L.L. 2007-F-1338). Y aquí se pone de manifiesto la incidencia concreta de este marco teórico ya que “los principios constitucionales de carácter operativo – agrega Piaggio- siempre servirán para abrir válvulas de escape frente a rigideces normativas del Código... o para tener a raya algunas previsiones del Código Civil que puedan no superar el test de constitucionalidad”. Bidart Campos postula que “a la letra de la Constitución se la vivifique con una judiciabilidad dinámica, capaz de interpretar las normas que hay y de integrar los vacíos producidos por lo que hay, todo a favor de un estado social y democrático de derecho” (Bidart Campos Germán J. “Lo viejo y lo nuevo en el Derecho a la salud”: entre 1853 y 2003”, L.L. 2003-C-1235; esta Sala causas N° 56808, 09/04/2013 Tabernaberry” y 56149, 05/06/2012 “Zeballos”).



De este modo la incompatibilidad de normas de distinta jerarquía se resuelve confiriendo primacía a la superior, la que desplaza a la inferior que la contradice. Juega aquí el análisis de la compatibilidad constitucional; es decir se coteja la norma impugnada con la superior (que no es un juicio de ponderación de principios sino de confronte de reglas y mandatos de diferente emplazamiento jerárquico) y el resultado consiste en un razonamiento argumentativo que resuelve si media -o no- adecuación de la norma inferior al bloque de legalidad superior. En efecto, y si bien “el juicio de ponderación constituye una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley” (CS, 22/04/2008, “Ledesma, María Leonor c/Metrovías S.A.”, Fallos: 331:819; R.C.y S. 2008, 860; LL 2008-C, 562) el test de constitucionalidad también requiere de la comparación en concreto entre la norma constitucional y la legal a fin de determinar su adecuación (Saux, Edgardo I. “Conflicto entre derechos fundamentales” L.L. 2004-B, 1071; Lorenzetti, Ricardo L. “Fundamento constitucional de la reparación de los daños” L.L. 2003-C, 1184; esta Sala causa N° 56149, 05/11/2012 “Z. S. S. c/ P. E. H. s/ Divorcio Contradictorio”). Con esa base dogmática esta Sala declaró la inconstitucionalidad del art. 214 inc. 2° Cód. Civil en cuanto establece como requisito para la obtención del divorcio vincular la separación de hecho por un plazo mínimo de 3 años sin voluntad de unirse y la manifestación expresa de ambos cónyuges (esta Sala causa cit. “Z.S.S. C/ P.E.H. s/ Divorcio Contradictorio”; LLBA 2012





(Septiembre), 883; LLBA 2012 (Octubre), 966 con nota de Eduardo R. Olivero y Yanina V. Fernández; DJ 14/11/2012, 87; en el mismo sentido causa N° 56808, 09/04/2013 "T., R.M. c/ G., J.M. S/ Divorcio Contradictorio", LLBA 2013 (Mayo), 410; Abeledo Perrot N°: AP/JUR/268/2013).

**6.** Una consideración final. La solución propiciada protege a la menor y atiende a la discapacidad de la madre biológica (recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló el modelo social de la discapacidad, haciendo hincapié en los derechos de los niños y de las personas con discapacidad; conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31/08/2012 “Caso Furlan y Familiares c/Argentina”, con nota a fallo de Gabriela Yuba, “Acerca del caso ‘Furlán’. Sobre los derechos y garantías comprometidos. La sentencia y reparación dispuesta por la Corte IDH”, RCyS 2013-III, 276). Igualmente otorga adecuada y suficiente cobertura legal y jurídica a la familia que integra hoy R. con sus padres C. S. S. y S.L.F.. En efecto el matrimonio prodiga los mayores cuidados y atención a su hija y al conferirle a ellos la adopción de R., con el alcance de plena pero manteniendo el vínculo biológico, no sólo se preservan sus derechos y expectativas sino que también se considera que, en la práctica, el régimen dispuesto por la sentencia de Primera Instancia –que consintieron- mantenía el denominado “triángulo afectivo” no sólo con la obligación de garantizarle a R. su derecho a la identidad de origen (fs. 47, ap. 2) sino también con un régimen comunicacional entre la hija y la madre biológica. Por lo demás la



situación jurídica de la progenitora de origen (su discapacidad) y los antecedentes fácticos que condujeron a decidir el estado de adoptabilidad (la ausencia de abandono) confieren razonabilidad a la solución propuesta.

7. Por todo lo expuesto corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad, para el caso, del art. 323 segundo párrafo del Código Civil por resultar lesivo al bloque constitucional (arts. 3, 9 y 12 Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1, 18, 31, 33, 75 inc.22 y concs. Constitución Nacional; 1, 11, 15, 36.2 y concs. Constitución Provincial; 4 y concs. ley 13.298; Convención sobre los derechos del Niño arts. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12, 18, 21; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 5, 6, 7 y 30; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1, 2, 6, 8, 16 inc.3° y 29; Convención Americana de los Derechos del Hombre, arts. 3, 8, 11, 17, 19, 24, 25 y 32; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 24 y 26; Const. Provincia de Buenos Aires, arts. 11, 12, 15, 25 y 36; arts. 1, 7 incs. a, d, i, j y concs. ley 26.657; arts. 1, 3, 7 y concs. ley 26.485) en cuanto extingue el parentesco del adoptado con su madre biológica -M.C. S.-, declarando subsistente el vínculo jurídico con ella y sin modificar los restantes efectos que la adopción plena confiere a los adoptantes -S.L.F. y C.S.S.- y al adoptado R. M.F.S., en particular el régimen legal de la patria potestad, de la sucesión y de los impedimentos matrimoniales.

Así lo voto.



A la misma cuestión planteada, los Sres. Jueces **Dres. PERALTA REYES** y **LONGOBARDI**, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

A LA TERCERA CUESTION, el Señor Juez Doctor GALDÓS, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., corresponde: **1) Desestimar** el pedido de que se declare desierto el recurso de apelación deducido por el Curador Oficial de Alienados (arts. 260 y 261 C.P.C.); **2) confirmar** la sentencia que ordenó otorgar a favor de C.S.S. (D.N.I. 22.944.399) y S.L.F. (D.N.I. 21.871.583) la adopción plena de C. R. S. (D.N.I. 50.231.253), nacida el día 21 de Junio del 2009 en la ciudad de Tandil, con efecto retroactivo al día 27 de Diciembre del 2010 (fecha de otorgamiento de la guarda pre-adoptiva), proceder a la inscripción correspondiente en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con el nombre de R. M.F.S., librándose el oficio del caso (art. 338 ley 24.779) y expidiendo testimonio en caso de ser necesario; **3) Declarar de oficio la inconstitucionalidad** del art. 323 párrafo segundo del Cód. Civil en cuanto extingue el parentesco del adoptado con su madre biológica -M.C. S.-, declarando subsistente el vínculo jurídico con ella y sin modificar los restantes efectos que la adopción plena confiere a los adoptantes -S.L.F. y



C.S.S.- y al adoptado R. M.F.S., en particular el régimen legal de la patria potestad, de la sucesión y de los impedimentos matrimoniales; **4) imponer** costas por su orden atento la forma de resolver (arts. 68 y 69 C.P.C.); **5) diferir** la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 51 ley 8904).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, los Sres. Jueces **Dres. PERALTA REYES** y **LONGOBARDI**, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

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

Azul, de Octubre de 2013. -

### **AUTOS Y VISTOS:**

### **CONSIDERANDO:**

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 254, 260, 261, 266 y 267 del C.P.C.C., se resuelve: **1) Desestimar** el pedido de que se declare desierto el recurso de apelación deducido por el Curador Oficial de Alienados (arts. 260 y 261 C.P.C.); **2) confirmar** la sentencia que ordenó otorgar a favor de C.S.S. (D.N.I. 22.944.399) y S.L.F. (D.N.I. 21.871.583) la adopción plena de C. R. S. (D.N.I. 50.231.253), nacida el día 21 de Junio del 2009 en la ciudad de Tandil, con efecto retroactivo al día 27 de Diciembre



del 2010 (fecha de otorgamiento de la guarda pre-adoptiva), proceder a la inscripción correspondiente en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con el nombre de R. M.F.S., librándose el oficio del caso (art. 338 ley 24.779) y expidiendo testimonio en caso de ser necesario; **3) Declarar de oficio la inconstitucionalidad** del art. 323 párrafo segundo del Cód. Civil en cuanto extingue el parentesco del adoptado con su madre biológica -M.C. S.-, declarando subsistente el vínculo jurídico con ella y sin modificar los restantes efectos que la adopción plena confiere a los adoptantes -S.L.F. y C.S.S.- y al adoptado R. M.F.S., en particular el régimen legal de la patria potestad, de la sucesión y de los impedimentos matrimoniales; **4) imponer** costas por su orden atento la forma de resolver; **5) diferir** la regulación de honorarios para su oportunidad. **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** por Secretaría y **DEVUÉLVASE**. Fdo.: Dr. Víctor Mario Peralta Reyes – Presidente – Cámara Civil y Comercial – Sala II – Dra. María Inés Longobardi - Juez - Cámara Civil y Comercial – Sala II - Dr. Jorge Mario Galdós - Juez - Cámara Civil y Comercial – Sala II . Ante mí: Dra. María Fabiana Restivo - Secretaria - Cámara Civil y Comercial – Sala II.