



**PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

115.103 “O. J. D..
Guarda con Fines de Adopción.”

Suprema Corte de Justicia:

El Tribunal de Familia de Instancia Única número 1 del Departamento Judicial de San Isidro decretó la inconstitucionalidad de los artículos 312 y 337 inc. d del Código Civil que prohíbe la adopción conjunta por dos personas con la excepción de que éstos revistan la calidad de cónyuges, y otorgó la guarda con fines de adopción del niño J. D. O. a favor de los entonces convivientes Sra. A. H.M. y Sr. J. C. M. (fs. 791/800).

Contra dicho resolutorio se alza la Sra. M. a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley obrante a fs. 810/813.

A fs. 837 esa Corte ordena la realización de una pericia vincular del menor con sus guardadores, Sra. M. y Sr. M., la que obra agregada a fs. 872/6 y vta., con sus respectivos traslados (fs.885/892 y vta., 893/5).

Alega la quejosa errónea aplicación de los artículos 312 y 337 inc. d del Código Civil, en tanto éstos han merecido la tacha de inconstitucionalidad para el caso concreto.

En este sentido destaca que “nosotros nunca estuvimos casados, solo mantuvimos una relación de concubinato y además estamos distanciados hace ocho años. Si es cierto que mi hijo J.D., reconoce y aprecia al Sr. M., desde que se resolvió la sociedad de hecho en abril de 2003 no hemos vuelto a convivir más aun cuando fue muy traumática la salida del domicilio del Sr. M. No solo para mi sino también para mi hijo” (fs. 811 vta.). En este sentido afirma, con cita en la doctrina que “resulta desde todo punto de vista inconveniente que un menor pudiera considerarse hijo de dos o más adoptantes, extraños entre sí” (fs. 812 vta.)

Denuncia demás errónea aplicación del principio del interés superior del niño en tanto en la resolución en crisis “solo se han considerado los aspectos alegres del caso en particular o mejor dicho se ha considerado el cariño de J. para con el Sr. M. Se dejo [sic] de lado los abruptos cambios que ha sufrido J. desde que se estableció el régimen de visitas, es decir por el Sr. M. ha dejado de realizar deportes, rugby en particular, ha tenido que cambiar de terapeuta ya que la Licenciada C. no era del agrado del Sr. M., llega tarde al colegio los días que se queda a dormir en la casa del Sr. M.” (fs. 812)

Para finalizar sostiene que la resolución recurrida parece omitir que desde hace ocho años el menor J. y la impugnante no conviven más con el Sr. M., y que éste no se ha preocupado por la vida de J.” (fs. 812 vta.)

Considero que el recurso no debe prosperar.

En primer lugar resulta preciso destacar la insuficiencia técnica de la que adolece el remedio. En este sentido sabido es que las meras discrepancias con el criterio del juzgador resultan insuficientes para configurar una réplica frontal, válida y pormenorizada de las conclusiones de la sentencia, dejando incólumne el fundamento esencial tenido en cuenta por el Tribunal para decidir (art. 279 CPCC)

Para resolver como lo hizo el Tribunal tuvo bajo primordial consideración la circunstancia fáctica y jurídica de que la situación planteada encuentra su génesis en el otorgamiento de la guarda conjunta efectuada por el juez de la localidad de La Banda, Provincia de Santiago del Estero, en septiembre del año 2001 (fs.31y 796 y vta.)

Asimismo sostuvo que “la ley veda el otorgamiento de la adopción a dos personas si ellas no se encuentran unidas en matrimonio, fulminando la sentencia que se dictase en violación mediante la nulidad absoluta. La ley nada dice respecto del estado civil de los guardadores, pero la ubicación de la norma restrictiva dentro de los principios generales es elocuente en cuanto a sus



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

alcances respecto de la guarda, paso previo e ineludible para el dictado de la sentencia adoptiva. Entonces ¿cabe impedir que en virtud de ciertas disposiciones legales expresas, se prive a un niño de disfrutar del vínculo familiar materno y paterno y de ostentar una identidad legal y un *status* familiar que coincida con la identidad que ha adquirido en los hechos, cuando otras disposiciones de igual o superior jerarquía así lo habilitan?(fs. 7897). Apoya su postura en doctrina y jurisprudencia respaldatoria (fs.797 vta. y 798 y vta.).

Destaca a su vez que la guarda es una etapa de vinculación necesaria para construir lazos genuinos con miras a la adopción definitiva [sic] (fs. 794) y que de los informes reunidos en la causa surge que cada uno de los guardadores reúne los requisitos establecidos por la ley para adoptar (fs.798 vta.) y que existen profundos lazos de afecto que unen al niño J. con el Sr. M. (fs. 798 vta. y 799).

En este sentido agrega que “si se otorgara a M. a M. exclusivamente, J. no tendría vínculo legal con quien él considera su padre o, al contrario, su madre. Tampoco nacerían los derechos y correlativos deberes entre el niño y alguno de esos adultos, con lo que estaríamos cercenando el derecho a la convivencia familiar de las tres personas involucradas, pero fundamentalmente del niño”(fs. 795 vta.)

Valora además la opinión del niño J. -12 años, casi 13- respecto de la calidad del vínculo que éste mantiene tanto con la Sra. M. como con el Sr. M. (fs. 798 vta.)

Como se advierte de la lectura de los agravios, estos sólidos argumentos esgrimidos por el Tribunal no han merecido embate alguno por parte de la recurrente, quien se limitó, en su lugar, a expresar agravios relativos a la interpretación del interés superior del niño vinculados con el conflicto suscitado respecto del régimen de comunicación, lo que resulta a las claras materia ajena a este proceso y, con mayor evidencia, a esta instancia extraordinaria.

Asimismo, resulta imperativo tener bajo consideración que la aquí recurrente ha sido quien, junto con su conviviente, han petitionado al órgano jurisdiccional el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos del niño J (fs. 8 y 9). De ello, se desprende sin hesitación que la conducta asumida por la aquí recurrente contradice sus actos anteriores, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, lo que conlleva al rechazo de su actual pretensión por aplicación de la doctrina de los propios actos.

En orden a la cuestión sustancial, lo que aquí se cuestiona, en definitiva, es el decreto de inconstitucionalidad adoptado por el *a quo* respecto de las normas 312 y 337 inc. d del Código Civil con la finalidad de permitir la adopción del niño J. O. por parte de la pareja de hecho -es decir, no matrimonial- conformada por la Sra. M. y el Sr. M.

Con la finalidad de despejar la cuestión en orden al agravio planteado, resulta esclarecedor destacar el criterio recientemente expresado por V.E. en orden a considerar que “ la prohibición de la adopción conjunta por concubinos no supera el test de constitucionalidad ya que impide a satisfacer, a sus integrantes, la plena realización de los fines e intereses familiares...El artículo 312 del Código Civil y el correlativo art.337 inc. d del mismo cuerpo legal establecen como regla que la adopción doble solo corresponde otorgarla a un matrimonio...La única alternativa para superar esa barrera que permite la normativa en análisis es convertirse al matrimonio. Esta alternativa no respeta el paradigma constitucional democrático familiar previsto en los tratados y el art.14 bis de la Constitución Nacional, porque en ella se lesiona el principio de autonomía (...), los principios de igualdad y no discriminación (...) y de dignidad humana al grupo familiar(...). Por ello cabe concluir que las normas de referencia no son compatibles con el sistema de valores pergeñado en el reconocimiento jurídico, pues la mentada alternativa –convertirse al matrimonio- exhibe un obstáculo a la libertad de elección y a la no discriminación de un tipo de familia, la unión de hecho. A todo esto, a la luz de los principios ya comentados, este tipo familiar, en el rol instrumental que le cabe,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

permite satisfacer en su seno las relaciones familiares (arts. 14, 17, 18, 19 y 28 CN)”
(SCBA, C97295, sent. del 21 de marzo de 2012)

En idéntico sentido afirmó que “Hay un orden de consideraciones que en el caso resultan decisivas y que surgen del análisis no tanto a partir de la situación de los peticionantes sino más bien a través del prisma de la ponderación de las legítimas afecciones del adoptando –a la sazón mayor de edad- que creció considerando a sus guardadores como a sus padres. Esta relación vital no puede ser soslayada en circunstancias como las que exhibe el *sub judice* para arribar a una solución valiosa desde el miraje de la justicia del caso (...) Dicho en otros términos, un niño que creció y desarrolló su personalidad al amparo y bajo la guía de quienes desempeñaron durante ese extenso y crucial período de la vida en forma constante e ininterrumpida el rol paterno y materno, no habiendo conocido otra realidad fuera de ella, no puede ser privado de la legitimación de esa situación de hecho a la que el derecho -para ser tal- no puede permanecer ajeno (art 20 y 21 CDN)”
(SCBA, C97295, sent. del 21 de marzo de 2012)

Por último estimo preciso señalar que la solución propiciada se encuentra asimismo respaldada por las conclusiones del informe vincular realizado entre el niño y sus guardadores oportunamente ordenado por esa Corte como medida para mejor proveer y que luce agregada a fs. 872/6.

Por lo hasta aquí brevemente expuesto, propicio a VE rechazar el remedio que dejo examinado.

Tal es mi dictamen

La Plata, 20 abril de 2012.

Fdo. Juan Ángel de Oliveira. Subprocurador General.

