



***"La interpretación del Interés Superior  
del Niño en los procesos de adopción."***

Alumna: Elena Cuello.

Carrera: Abogacía.

Legajo: VABG44478.

Año 2018.

## *Agradecimientos.*

A mi familia, por acompañarme en cada paso de este gran camino que he recorrido en busca de cumplir mis sueños. Con su paciencia, amor, entendimiento y ayuda estuvieron siempre a mi lado dándome ánimos para llegar a la meta.

A todos los que de alguna manera estuvieron presentes y me prestaron su compañía en las tardes interminables de estudio.

Hay personas que se vuelven indispensables en nuestras vidas, porque hacen que el camino sea más grato ¡Gracias! No hubiera sido lo mismo sin ustedes.

*Elena Cuello.*

## *Resumen.*

El presente trabajo aborda una temática que involucra a miles de niños en situación de adoptabilidad en nuestro país, quienes están al amparo de un sistema regulado nacional e internacionalmente por principios perfectamente delimitados, pero que en lo fáctico se ven desplazados por prioridades jurídicas que al entender de los jueces tienen prevalencia. Estas consideraciones afectan de manera permanente e irreversible la posibilidad de que los menores de edad que se encuentran en tal situación, puedan tener acceso al derecho de pertenecer a una familia.

De especial estudio serán los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ser el tribunal de mayor jerarquía nacional y conformar una importante fuente de jurisprudencia vigente en nuestra legislación, constituyendo una herramienta para los jueces a la hora de dictaminar sobre el futuro de los niños.

*Palabras clave:* adoptabilidad, menores, familia, fallos, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

### *Abstract.*

The hereby work deals with an issue that involves thousands of children in adoptability situation in our country. These children are under the protection of a system ruled by national and international principles which are perfectly framed but they are in actual facts left aside by legal priorities that judges consider to be prevalent. These considerations affect permanently and irreversibly the possibility for these minors who live in this situation to have access to the right to belong to a family.

Special attention will be paid to the ruling of the Supreme Court of Justice of the Nation since it is the highest law court of nation and it constitutes an important source of valid jurisprudence in our legislation and a tool for judges when ruling the children's future.

*Key words:* adoptability, minors, family, ruling, Supreme Court of Justice of the Nation.

## Índice.

<i>Introducción</i> .....	6
<i>CAPÍTULO 1: "Legislación nacional e internacional del principio Interés Superior del Niño"</i> .....	8
1.1. Concepto y análisis.....	9
1.2. Convención sobre los Derechos del Niño.....	14
1.3. Legislación Nacional.....	19
1.3.1. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994.....	19
1.3.2. Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Ley N° 26.061.....	23
<i>CAPÍTULO 2: "Los principios del proceso de adopción"</i> .....	28
2.1. Análisis de distintas posiciones doctrinarias sobre el principio de Interés Superior del Niño en los procesos de adopción.....	29
2.2. Análisis e interpretación doctrinaria de los principios que componen el instituto de la adopción.....	34
<i>CAPÍTULO 3: "Fallos judiciales"</i> .....	42
3.1. Presentación de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	43
3.2. Análisis y comprobación de la aplicación del principio interés superior del niño en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	61
<i>Conclusiones finales</i> .....	65
<i>Bibliografía</i> .....	69

## *Introducción.*

Los derechos de los Niños, son protegidos y avalados en convenios internacionales: "Convención sobre los Derechos del Niño", "Convención Americana de Derechos Humanos", que poseen raigambre constitucional conferida por el artículo 75 inciso 22, leyes nacionales: "Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061", "Código Civil y Comercial de la Nación Ley N° 26.994", hasta llegar a la forma específica dada por leyes provinciales, para efectivizar todos los objetivos establecidos.

El Régimen de Adopción establecido en la Ley N° 26.994, Código Civil y Comercial de La Nación, en su artículo 594, determina la prioridad de mantener los lazos filiales con la familia de origen del menor para preservar el vínculo biológico que los une, siempre que se encuentren protegidas sus necesidades afectivas y materiales; otros de los principios que regula es la preservación del vínculo fraterno entre hermanos, el respeto por el derecho a la identidad, el derecho a conocer los orígenes y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído.

El proceso de adopción, a través de etapas predisuestas intenta resguardar el principio más importante: "El Interés Superior del niño", viéndose reflejado en algunos casos de la vida cotidiana que no logra cumplir con los objetivos establecidos en las normas, significando tiempo perdido para quienes deberían ser protegidos en forma concomitante a sus necesidades.

El presente trabajo apunta a la investigación sobre la práctica procesal nacional dispuesta para la adopción de menores, la determinación y alcance de los principios establecidos e identificar la orientación que los magistrados proporcionan a las normativas prescriptas. De esta forma se logrará comprender si se protege a los adoptados tanto en las dimensiones económicas, espirituales, de salud y educación; así como también si se resguarda el derecho de todas las personas a pertenecer y ser parte de una familia.

Identificar la postura respecto al alcance del principio "interés superior del niño" de la mayor autoridad del poder judicial de nuestro país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, permitirá comprender la tendencia hacia la cual los jueces se inclinan por considerarla de mayor relevancia, para luego tomar decisiones que incidirán directa y trascendentalmente en la continuidad de la vida de los adoptados.

La pregunta sobre la cual se fundará el desarrollo de la investigación plantea: ¿Que interpreta la doctrina nacional mayoritaria por interés superior del niño en los procesos de adopción, y de qué manera se ven reflejados en los fallos judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al derecho argentino, en el año 1990?

El objetivo será identificar el criterio mayoritario sobre el principio "Interés superior del niño" y analizar de qué manera la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo incorpora a sus fallos a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para lograr los objetivos planteados se utilizarán técnicas descriptivas y cualitativas que ayudarán a comprender el criterio que utilizan los jueces al definir el interés superior del niño y si se aplican a sus fallos judiciales respetando el espíritu de la ley que lo rige con jerarquía constitucional en un nuestro país.

*CAPÍTULO UNO.*

*"Legislación nacional e internacional del Interés Superior del Niño."*



En el siguiente apartado, el análisis se centrará en las herramientas jurisdiccionales con las que disponemos en nuestro país y a nivel supranacional, para lograr una efectiva protección a los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

Comprender la base de nuestra legislación es primordial para determinar el punto de partida al cual deben ajustarse los magistrados y funcionarios públicos en las situaciones que puedan verse afectados o involucrados de alguna forma personas menores de edad.

### 1.1. Concepto y análisis.

El presente capítulo comenzará con la investigación de la génesis del "principio Interés Superior del Niño", ya que es utilizado en una institución jurídica que trabaja con fines de emplazar a un menor de edad en un estado de familia para satisfacer sus derechos primordiales.

La *adopción* es una herramienta que otorga el Código Civil y Comercial de la Nación, para generar vínculos filiales con las mismas aptitudes que un vínculo biológico o de técnicas de reproducción humana asistida podría generar. Se encuentra normada en su art. 594 de la siguiente manera:

La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme las disposiciones de este Código.<sup>1</sup>

De la definición se desprenden los principales elementos y razón de ser de la adopción, afirmándose:

1) que se trata de una institución jurídica, es decir, que es una ficción estrictamente legal a través de la cual se genera un vínculo filial entre dos personas: adoptante y adoptado, pudiendo ser hasta dos los adoptantes en un mismo momento, de conformidad con otro principio general en materia filial como lo es que la persona puede tener, como máximo, hasta dos vínculos filiales, con total independencia de la orientación sexual de estas personas (madre/padre-madre/comadre-padre/compadre); 2)

---

<sup>1</sup> (Art.594, C.C. y C. N. 2015)

que el objeto de la adopción reside en el derecho del niño a vivir en una familia, que se desarrolle y sea cuidado en un ámbito familiar que satisfaga necesidades afectivas y materiales; mencionándose en primer lugar las afectivas y seguida de ellas las materiales; 3) que sólo es viable apelar a la adopción cuando tales necesidades no pueden ser proporcionadas por su familia de origen en sentido amplio, tanto en el núcleo familiar primario (padres) como extenso, y 4) que la adopción es una institución cuyo acto constitutivo se deriva de la sentencia judicial (que debe ser debidamente inscrita en el registro civil respectivo), siendo el proceso judicial que culmina con una sentencia de emplazamiento el que hace generar el estado de hijo. (Lorenzetti, 2015, pag. 11.)

La adopción abandona el lugar de una figura legal más, para convertirse en un proceso regulado integralmente donde se consideran los derechos de todos los involucrados, aparece el niño no como persona “en riesgo”, sino como sujeto con derechos vulnerados, se producen ajustes de orden procesal básicamente vinculados con los tiempos de toma de decisiones y se simplifican y estandarizan las reglas, especialmente las relativas a analizar la posibilidad de permanencia en la familia biológica. (Herrera, Caramelo y Picasso; 2015, pag. 352.)

La adopción se encuentra regida por una serie de principios establecidos en el art. 595 del Código civil y comercial de la nación:

...a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años. <sup>2</sup>

El interés superior del niño, es el principio rector en la materia de adopción. El mismo no posee una definición clara y concisa, pero nos indica de forma subjetiva, y a través de varios estudios doctrinarios, la orientación que se debe seguir al momento de decidir sobre el futuro del menor que se encuentre en estado de abandono, o en situaciones de carencia afectiva o de cuidados parentales. Los lineamientos adoptados deben atender a las circunstancias actuales en que se encuentre el menor, y resguardar

---

<sup>2</sup> (Art. 595. C.C. y C. N. 2015.)

la faz humana del niño, entendiéndola como aquella que cuida de sus necesidades económicas, de salud, y su derecho a poder vivir en el seno de una familia, priorizando lo afectivo por sobre aquello que pueda presentarse como meramente formal.

Este concepto jurídico indeterminado ha recibido, con acierto, sendas críticas. De este modo se ha expresado:

El interés superior del niño fue definido por la doctrina de muchas maneras diferentes. Esta vaguedad permite el ejercicio discrecional del poder estatal que puede debilitar la tutela de los derechos que la propia Convención de derechos del niño consagra, lo cual ha provocado que sea asimilado a un 'cheque en blanco'. Es por ello que se ha procurado precisar su significado. En este sentido, el interés superior del niño puede ser definido como un mandato estatal de privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deben restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean un 'interés superior' al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos. (Bellof, Deymonnaz, Freedman, Herrera, y Terragini. 2012, pag. 37 y 38.)

Los procesos de adopción, son delimitados por principios establecidos en Convenios internacionales, en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, y leyes especiales. El principio supremo que rige el procedimiento es el Interés Superior del Niño, entendido por la doctrina mayoritaria como el aseguramiento del respeto por la voluntad del menor atendiendo a las mejores condiciones que se les pudieran presentar.

Que asimismo, corresponde poner de resalto que en un reciente caso en que se alegaba la violación del derecho de protección a la familia de un padre su hija biológica en un proceso de adopción también tramitado en la provincia de Entre Ríos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró que "toda decisión estatal, social familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia"; que dicho interés superior [...] "se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades", que su determinación "en casos de cuidado custodia de menores de edad se debe hacer partir de la evaluación de los comportamientos parentales

específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. [...]”<sup>3</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció respecto de la interpretación de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y efectuó consideraciones destinadas a asignar contenido sustantivo al concepto de “interés superior del niño”, al afirmar que:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>4</sup>

De lo expuesto, se logra descifrar que el sistema predisposto en nuestro país, está fuertemente arraigado a las normas internacionales establecidas en Convenios internacionales, los cuales delimitan los presupuestos mínimos e inderogables que deben respetarse en todo proceso de adopción.

El preámbulo del Convenio de La Haya sobre restitución internacional de menores enuncia como fin primordial el interés superior del niño, en todas las cuestiones atinentes a su custodia. Su finalidad es la de protegerlo en el plano internacional ante un traslado o retención ilícita de que pueda ser objeto, restituyéndolo a su residencia habitual, así como de garantizarle el derecho de visitas con el otro progenitor. En este Convenio se tiene en cuenta la opinión del niño, ya que se prevé que ante su oposición, y siempre que haya alcanzado una edad y un grado de madurez producto del cual resulte apropiado y además necesario, se podrá negar su restitución.<sup>5</sup>

Nuestra legislación nacional establece en concordancia con tales preceptos internacionales, una serie de principios a los cuales hay que circunscribirse en todas las etapas del proceso, para asegurarles a los menores las garantías y derechos que les son otorgados.

Debe tenerse en cuenta que se trata de un derecho-principio, es decir, el interés superior del niño es un derecho en sí mismo y una pauta interpretativa “maximizadora” de los demás derechos -en consonancia con el principio *pro homine*- contenida en el art. 3 inc.

---

<sup>3</sup> (Corte I.D.H. *Forerón e hija vs. Argentina*, 2012, Serie C No. 242)

<sup>4</sup> (Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva Nro.17. 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17.)

<sup>5</sup> (Convenio de la Haya, 25 de Octubre de 1980.)

1 de la CDN. A su vez, en tanto forma parte de un instrumento que tiene rango constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional), además del compromiso insoslayable asumido por los Estados al ratificar un tratado en función de los art. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se deberá contemplar que este principio-derecho rige “en las condiciones de su vigencia”, es decir, tal como la CDN efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación (...) por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. Es decir, el Comité de Derechos del Niño.<sup>6</sup>

Como se puede apreciar, en nuestra legislación nacional, están contempladas diversas herramientas, mecanismos, normativas, principios, que coadyuvan a la protección integral de las personas involucradas en procesos de adopción, con el fin del aseguramiento por el respeto a su integridad física, social, emocional, entre otros.

---

<sup>6</sup> (Pérez A., (2016), Interpretación del interés superior del niño previsto en C. C. y C. a la luz de los estándares internacionales, [versión electrónica] *Nuevo Código Civil*. (Recuperado el 18/09/2018). <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/07/Inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o-Agustina-P%C3%A9rez.pdf>)

## 1.2. Convención sobre los derechos del niño.

El mundo actual, se enfrenta ante una problemática que afecta los procesos de adopción, siendo que en los largos plazos y trámites judiciales se vulneran derechos del niño en condición de adoptabilidad fundamentalmente, que se encuentran recepcionados en la legislación nacional vigente y en Convenciones Internacionales.

La Convención sobre los derechos del niño incorporada desde el año 1990 en nuestro país, viene a demarcar una plataforma jurisdiccional respecto a las garantías y derechos básicos y fundamentales a las que todo el ordenamiento debe ajustarse, tomando medidas suficientes y creando herramientas necesarias para el acceso seguro y eficaz a las mismas.

La misma, establece las bases y principios sobre los cuales deben erguirse los procesos en los que se vean involucrados menores de edad, que deben ser protegidos por quienes estén bajo su responsabilidad parental, y por los organismos encargados de su tutela y cuidado.

Las propias raíces bajo las cuales funciona el instituto de la adopción hacen que sea esencial contar con una protección internacional, que avale las garantías de los ciudadanos en caso de tener que recurrir a organismos supra-nacionales.

Los nobles fines del instituto de adopción son comunes en todos los países del mundo, ya que no hay Estado que no se preocupe por la protección de la niñez abandonada ni pueblo que se niegue a crear vínculos filiatorios entre personas que no están unidas por lazos biológicos. Hoy esta protección al menor abandonado puede darse por ciudadanos que no son nacionales de un mismo Estado, para lo cual se requieren normas de cooperación internacional entre los diferentes países, reglamentaciones que devienen imprescindibles para evitar los problemas de tráfico de niños y de abuso y maltrato de menores. En definitiva, la adopción ha dejado de ser un tema de mera legislación interna de los países para convertirse en una cuestión internacional que requiere de la cooperación de los Estados para la protección de menores y el cumplimiento de los fines del instituto. (Medina, 1998, pag. 27 y 28).

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, ratificada en la República Argentina, mediante la ley Nro. 23.849 en el año 1990, en su artículo 3, párrafo 1, manifiesta:

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.

Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores, u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán las medidas legislativas y administrativas necesarias. [...] <sup>7</sup>

El artículo 21 de la Convención expresa:

Los estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; [...] <sup>8</sup>

Es a partir de la reforma constitucional de 1994 en su art. 75 inc. 22, que los tratados internacionales adquieren jerarquía supraconstitucional, lo que los transforma en instrumentos de relevancia para los jueces a la hora de dictaminar sentencias, ya que no pueden excluir preceptos fundamentales para la toma de decisiones y de esa manera evitar que las sentencias posteriormente puedan ser tachadas de inconstitucionalidad.

Cuando el derecho interno decide incorporar normativas de derecho internacional ubicándolas en una posición de jerarquía constitucional, debe adecuar sus disposiciones legales a lo establecido en la Convención Internacional de que se trate, para que de este modo el ordenamiento jurídico resguarde la coherencia, coordinación y armonía de sus normas.

---

<sup>7</sup> (Artículo 3, Ley 23.849. Convención Sobre los Derechos del Niño.)

<sup>8</sup> (Artículo 21, Ley 23.849. Convención Sobre los Derechos del Niño.)

De este modo, la Convención Sobre los Derechos del Niño, es de aplicación al proceso de adopción, debido a que recepta en los artículos precedentemente nombrados, que el interés superior del niño debe ser considerado en su máxima expresión y aplicarse en las decisiones que determinen las mejores condiciones de vida para los menores de edad.

Cuando una constitución suprema que encabeza al orden jurídico interno contiene un plexo de derechos, éste participa en lo interno, de la misma supremacía que goza la constitución a la que pertenece. Hay pues, una afinidad: el derecho internacional de los derechos humanos sitúa a los derechos en la cúspide del derecho internacional, y el derecho interno ubica de modo equivalente a la constitución que incorpora los derechos a su codificación suprema.

La fuerza y el vigor de estas características del derecho internacional de los derechos humanos se reconocen fundamentalmente por dos cosas: a) *que las normas internacionales sobre derechos humanos son ius cogens, es decir, inderogables, imperativas, e indisponibles*; b) que los derechos humanos forman parte de los principios generales del derecho internacional público.<sup>9</sup>

El problema surge porque el principio en cuestión no es definido de manera expresa en la propia Convención, dejando así un margen de discrecionalidad a los jueces y funcionarios en el ejercicio de sus funciones, librado a la razonabilidad y convicciones que cada uno pueda tener según su perspectiva, formación, factores sociales del momento en que presenten los litigios.

Por esta razón es necesario que se estudien concomitantemente investigaciones doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas para identificar de qué manera se resguardaría el principio de Interés Superior del Niño en cada una de las etapas procesales de la adopción.

La Convención Sobre los Derechos del Niño, fue el primer instrumento específico referido a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos propios.

Dicha Convención contiene una serie de principios y disposiciones relativos a la protección de los niños y constituye un paradigma de las nuevas orientaciones que deben regir la materia. En particular, contempla la necesidad de atender el interés

---

<sup>9</sup> (Bidart Campos G., (2014), Art. 75, inc. 22 de Constitución y derechos humanos, [Versión electrónica] *Legislación Periodística*. (Recuperado el 18/09/2018) <http://legislacionperiodistica.blogspot.com/2014/04/german-j-bidart-campos-articulo-75.html>).



superior del niño, la regla de que no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y la posibilidad de que el niño sea escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.<sup>10</sup>

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. [...] En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”.<sup>11</sup>

Que, en tal sentido, cabe recordar que esta Corte Suprema ha señalado que la Convención sobre los Derechos del Niño ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, sin dejar de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática.

Sobre esa base, la ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, debe ser interpretada no de manera aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.<sup>12</sup>

El artículo 18.1 de la Convención también hace referencia al deber de los progenitores o a los representantes legales de los menores, a que en toda situación deberá priorizarse el interés más conveniente para los mismos.

En la lectura íntegra de esta normativa, se aprecia clara y expresamente la imperiosa voluntad de los legisladores de proteger con todas las herramientas jurídicas posibles a los menores. Las mismas, se establecen como un elemento apto para guiar a los jueces en sus razonamientos a la hora de resolver, para que se manifiesten acorde a los principios en ellas estipulados.

Es importante resaltar que nuestra constitución ha incorporado también mediante la reforma de 1994, en el artículo 75, inc. 22, la Convención Americana

---

<sup>10</sup> (Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva Nro.17. 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17.)

<sup>11</sup> (Corte I.D.H., *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Opinión Consultiva OC-17/02, 2012, Serie C N° 239.)

<sup>12</sup> (C.S.J.N., *Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. M. en la causa M., G. c/ P., C. A.*, Fallos 331:2691 (2012).)

Sobre Derechos Humanos llamada "el Pacto de San José de Costa Rica" en 1969, promulgada en nuestro país el 19 de Marzo de 1984, mediante la ley N° 23.054.

En la misma se incorporan disposiciones en sus arts. 17 y 19 que establecen los derechos a la familia y derechos del niño; a saber:

*Artículo 17. Protección a la Familia:*

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno conocimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. <sup>13</sup>

*Artículo 19. Derecho del Niño:* Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia de la sociedad y del Estado. <sup>14</sup>

Todos los convenios internacionales que nuestro sistema jurídico ha adoptado en el art. 75, inc. 22, ayudan a generar un ámbito de protección para las personas, debido a que se constituyen como bases mínimas e inderogables a las cuales todos los sujetos comprendidos en esta jurisdicción deben ajustarse.

---

<sup>13</sup> (Art. 17, Ley N° 23.054. Convención Americana de Derechos Humanos.)

<sup>14</sup> (Art. 19, Ley N° 23.054. Convención Americana de Derechos Humanos.)

## 1.3. Legislación nacional.

### 1.3.1. Código civil y comercial de la Nación. Ley nro. 26.994.

En la República Argentina la legislación sobre la temática que atañe a todo lo referido sobre los niños, niñas y adolescentes, se ha ido enriqueciendo mediante la incorporación de normativas que mejoran las posibilidades de acceder a las garantías constitucionales y a las otorgadas por tratados internacionales.

En este apartado se analizará la legislación vigente a nivel nacional que rige el instituto de la adopción y sus principios.

Las reformas producidas en el derecho italiano y francés tuvieron repercusión en nuestro país. Ello determinó la existencia de varios proyectos de ley que concluyeron con la sanción de la ley 13.252 en 1948, que admitió la adopción de menores de edad con el alcance que hoy se conoce como simple, donde el vínculo se establece entre adoptante y adoptado sin extinguir los lazos con la familia de sangre.

La ley 19.134 reemplazó, en 1971, a la 13.252, incorporando el instituto de la adopción plena, ya presente en Europa y considerado favorablemente por nuestra doctrina. Con las reformas al régimen de filiación y patria potestad producidos por la ley 23.264, la admisión del divorcio vincular y, fundamentalmente, por la Convención sobre los Derechos del Niño, fue necesaria otra revisión de la legislación que se produjo con la sanción de la ley 24.779 (de 1997), que incorporó la reforma directamente al articulado del anterior Código Civil.

El Código sustituido, no contenía ninguna norma que definiera a la adopción. Es importante destacar que el proyecto de reforma del año 1998, tampoco contenía ningún artículo que definiera a este instituto. Varias son las definiciones que se han dado en doctrina, pero todas concluyen en definirla como la *institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación*. Como podemos observar su finalidad estaba dada por dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que, aun teniéndolos no le ofrecen la atención, la protección o los cuidados que la menor edad requiere.

La concepción de la adopción ha virado durante el siglo pasado y ha tomado un rumbo diferente al que traía desde sus orígenes: ya no se pone el acento en las necesidades del adoptante, ni en su imposibilidad de tener hijos biológicos, sino que el instituto hace centro en la necesidad de amparo de los niños, y en crear entre éstos y sus adoptantes

un vínculo signado por el amor con similares características al de la relación natural. (Rivera y Medina, 2014, Tomo II.)

Con la reforma introducida por la ley nro. 26.994 al Código Civil y Comercial de la Nación, se incorporan al instituto de la adopción, una serie de principios enumerados taxativamente en el art. 595, capítulo 1, título VI.

Tales principios, resultan de especial interés y funcionalidad como herramientas para los magistrados, ya que son guías ineludibles para dirimir conflictos en el proceso de adopción, amén de que su jerarquía constitucional proviene de estar regidos en Convenciones internacionales ratificadas por nuestro país.

En caso de lagunas normativas o situaciones complejas, servirán como ejes a seguir que determinan parámetros a los cuales los jueces deberán abocarse.

Así como varias legislaciones extranjeras e intentos reformistas que han girado en torno a la adopción en los últimos años definen la adopción, también enumeran los principios que la sustentan.

Esta postura legislativa se funda, entre otras razones, en la necesidad del legislador de explicitar cuáles son los pilares que sustentan la regulación del tema, siendo los mismos principios los que deberían sostener la decisión de cualquier conflicto que se presente. De este modo, se mantiene una mínima coherencia con todo el sistema legal, siendo los principios no solo inspiradores para la regulación en sí, sino también y en definitiva para la resolución de todos los conflictos que se presenten, más allá de que éstos estén o no expresamente previstos por el legislador. (Lorenzetti, 2015, pag. 17.)

El nuevo Código funda su punto de partida normativo, en base a los intereses del niño, por sobre todo otro réditto que pueda supeditarse en las relaciones jurídicas existentes.

Se determina como punto principal de protección a los menores que se encuentran en situaciones de desamparo y su derecho a tener una familia. Con esta concepción se marca una diferencia con legislaciones anteriores, que priorizaban como base la ideología de darles a los padres la posibilidad de tener hijos que por distintas razones no podían.

El abogado del niño, es una de las figuras que se incorporan al Código Civil y Comercial en los artículos 26: "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. [...] En situaciones de conflictos de intereses con sus

representantes legales, puede intervenir con asistencia jurídica letrada. [...]" <sup>15</sup>y 109: "Cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada. [...]" <sup>16</sup>

El objeto es darle a los menores las herramientas necesarias para que puedan ejercer el derecho que se les otorga como una facultad a la que podrían acceder de así requerirlo. Se les permite que mediante la utilización de estos medios puedan hacerse oír, y manifestar sus necesidades de manera directa, para lograr una protección apropiada de sus derechos y garantías.

Si bien no está expresamente delineada la figura a la que referimos, el Código en los artículos mencionados, hace referencia a la existencia de esta herramienta, de acuerdo con lo señalado en la Ley nro. 26.061 y en la Convención Sobre los Derechos del Niño en su artículo 12, que fue ratificada en el año 1990 por la República Argentina:

Artículo 12: Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. <sup>17</sup>

Se impone al Estado una obligación de medios, quien desde su posición tiene el deber de fomentar a que los menores puedan opinar y ser incluidos en todas las decisiones que los afecten. Es por esta razón que el Código adopta, en concordancia con la Convención Sobre los Derechos del Niño, la institución por la cual los menores podrán acceder al ejercicio de este derecho.

Todos los principios consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño en la Ley 23.849, la ley Nacional 26.061 y la Provincial 12.967 están contemplados en el C.C. y C., el que establece que en caso de conflictos de intereses entre la niña/o y adolescentes con sus representantes legales, pueden intervenir en los procesos que le conciernen con asistencia letrada, es decir incorpora la figura del

---

<sup>15</sup> (Art.26. C.C. y C. N.)

<sup>16</sup> (Art.109. C.C. y C. N. 2015)

<sup>17</sup> (Art. 12. Ley N° 23.849. Convención Sobre los Derechos del Niño.)

abogado del niño/a y del adolescente, figura de gran trascendencia para cumplimentar con todos los derechos reconocidos expresamente en la norma, el derecho a ser oído en todo proceso judicial y administrativo que los involucre , y esto solo puede lograrse con la vigencia plena y aplicada de todas las garantías constitucionales y procesales plasmadas hoy en el nuevo Código Civil y Comercial es decir asegurar el principio de efectividad y el derecho a participar en las decisiones que se tomen respecto de su persona.<sup>18</sup>

La reforma de la ley nro. 26.994, se encarga de introducir los cambios necesarios para que los nuevos instrumentos que hacen que los menores puedan defenderse ante distintas situaciones y ser escuchados, logren cumplirse en la realidad.

De esta manera se contribuye a la protección del principio de interés superior del niño, siendo de gran utilidad en los procesos contar con asistencia letrada por su propia voluntad, para que sus voces se escuchen y sean tenidas en cuenta de una manera no vinculante, pero sí de forma sustancial para la conformación de una mirada distinta a la de los progenitores o encargados de la responsabilidad parental, que sirvan a los magistrados en la resolución de conflictos.

"Cabe señalar que los principios generales de adopción por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando exista una laguna del derecho positivo." (Rivera y Medina, 2014, Tomo II.)

La razón de incorporar reglas procesales en un código de fondo se encuentra plenamente justificada y cobra especial relevancia en aquellos asuntos que involucran a los niños. La garantía de su mejor interés impone extremar los recaudos para la protección de sus derechos de manera eficaz, lo que presupone que sea en tiempo oportuno, pues la inconsistencia o dilación de la tutela jurisdiccional se traduce inexorablemente en un déficit de operatividad de las normas sustanciales. Por eso, a lo largo del articulado, el Código civil y comercial incorpora pautas de actuación y reglas de valoración de cada intervención permitida a la persona menor de edad; ellas operan como recaudo institucional mínimo aplicable a todas las provincias, por debajo de las cuales no es posible proteger adecuadamente este tipo especial de derechos.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> (Haubenreich, M. N., (2015) Nuevo C. C. y C. y su implicancia en diversas áreas del derecho. [Versión electrónica] *La niña, el niño y los adolescentes en el Código Civil y Comercial de la Nación.*)

<sup>19</sup> (Kemelmajer De Carlucci, A. y Molina de Juan, M. (2015) La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial [Versión electrónica] Recuperado el 18/09/2018.

### 1.3.2. Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Ley nro. 26.061.

La Ley de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, nro. 26.061 fue promulgada el 21 de octubre de 2005. Esta normativa protege y garantiza sus derechos como ciudadanos, miembros de una familia y una comunidad.

Establece un sistema de protección de los derechos para el pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. En este nuevo paradigma el principio de sustentación es el interés superior del niño, de esta manera los chicos dejan de ser un "objeto" para ser "sujetos de derechos". (Subirá A, 2011, pag.15)

Con la incorporación de esta normativa, los menores son reconocidos como sujetos de derecho; se enumeran en el texto el derecho a la vida, a ser oído, a la educación, a la salud, a la seguridad social, el principio de igualdad y no discriminación, entre otros.

Se superaba así la Ley de Patronato, primera ley de minoridad de América Latina, que durante todo el siglo pasado había consolidado la intervención del Estado en la vida de los niños en situación de pobreza y daba facultades de tutela a los jueces. La nueva legislación puso coto a esa situación y dispuso que un magistrado sólo debe intervenir cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal.<sup>20</sup>

En su artículo 2, consagra la obligatoriedad de las disposiciones de la Convención de los derechos del niño, nombrando sus garantías y derechos como de "orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles."<sup>21</sup>

El artículo 5 de la presente ley, determina la responsabilidad gubernamental que posee el Estado, en cuanto al deber de garantizar la promoción de las herramientas y políticas públicas necesarias en vistas a lograr hacer efectivos todos los derechos y garantías allí establecidos, teniendo como punto de partida la protección fundamental del interés superior de a quienes esta ley ampara.

---

<http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>

<sup>20</sup> (Reartes, J. (2011), Córdoba, una de las provincias que más ha resistido la ley 26.061. [Versión electrónica] Comercio y justicia. (Recuperado el 18/09/2018)

<https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/cordoba-una-de-las-provincias-que-mas-ha-resistido-la-ley-26061/>

<sup>21</sup> (Art. 2. Ley N° 26.061.)

Artículo 5°: Responsabilidad Gubernamental: Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

- 1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia;
- 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;
- 3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;
- 4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garanticen;
- 5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales. <sup>22</sup>

El Interés superior del niño es definido por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Nro. 26.061, en su artículo 3:

[...] Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la *máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.*

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

---

<sup>22</sup> (Art. 5. Ley N° 26.061)



e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.<sup>23</sup>

El artículo 3 consagra como base de la codificación el principio de interés superior del niño, estableciendo su definición, alcance, y las condiciones que se impondrán ante una situación en la que se encuentre implicado un menor de edad. Esta norma en particular es muy utilizada para fundamentar fallos en las sentencias relacionadas a la patria potestad, filiación, emancipación y adopción.

[...] la guarda del niño se ha prolongado por más de ocho años y su madre biológica no ha demostrado indicios sinceros e inequívocos de preocupación por su hijo. Por tales razones, y en aras de lo previsto por el art. 20 de la Convención Internacional de Derechos del Niño y normas concordantes, concluye que es menester brindarle al causante la integración en una familia, resaltando, además, que los peticionantes de autos reúnen los requisitos legales exigidos para ser adoptantes. Sostiene que, entre las alternativas de distintos sistemas de adopción posible, es menester optar por la que resguarda el superior interés del niño (art. 3 C.I.D.N.), que, a su entender, es no sólo la de "conservar" su identidad biológica, sino también la de reconsiderarla en caso necesario.<sup>24</sup>

Como se puede apreciar, la normativa nacional contempla no sólo el principio de Interés Superior del Niño, sino que también incorpora otros principios de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que sirven de guía para conformar un lineamiento sobre el espíritu que la ley intenta proteger, siendo una importante fuente de interpretación.

---

<sup>23</sup> (Art. 3. Ley N° 26.061.)

<sup>24</sup> (C.Apel. Civ. y Com. Mercedes, Sala I, B.A., y otros s/ adopción.09/06/2009)

La aplicación de las normas predisuestas debe ser aplicada por los jueces de manera íntegra y abarcativa de cada uno de los preceptos, para lograr el fiel reflejo de las intenciones consagradas en el texto, en la vida cotidiana de las personas implicadas.

Algunas provincias han incorporado acorde al sistema de jerarquía de las normas jurídicas, reformas para la aplicación de la Ley Nacional N° 26.061 vigente desde el año 2005 a sus ordenamientos jurídicos. Esta incorporación no fue equivalente en todas las provincias del país, ya que algunas hasta el día de hoy han esquivado la adaptación a la misma por diferentes motivos; algunos de ellos atienden a razones de contradicciones con los sistemas ya establecidos que hacen muy compleja en materia de recursos económicos y administrativos la adecuación a tal normativa, entre otros. Como ejemplo de ello se nombrará a la provincia de Corrientes que carece de la adaptación que propone la Ley Nacional sobre cuestiones de la niñez.

“Corrientes todavía no tiene una ley provincial en este aspecto. En este punto, adhirieron a la regulación nacional a través de la Ley 5773, contando con un sistema a través del consejo provincial de niñez”. A su vez, explicó que, en caso de sancionarla, podría ser un gran avance para organizarse, establecer procesos y procedimientos concretos, adaptados a la problemática local: “La norma nacional especifica las medidas ordinarias y extraordinarias, pero cada provincia tiene su idiosincrasia y particularidades. Siempre basándose en esos contenidos mínimos que establecer la ley, podrían darle su propia impronta. Es algo que estaría faltando”.<sup>25</sup>

La provincia de Santa Fe, es uno de los ejemplos de jurisdicción que adhiere a la normativa nacional, a través de la ley Nro. 12.967, y consagra en su artículo 4, el Interés Superior del Niño, marcando un criterio de decisión que se ve reflejado en los fallos de los Tribunales.

“Sin ignorar los disensos que ha generado el alcance de dicho concepto, sea que se le asignen unos contornos de mayor amplitud, o se lo subordine al interés general y familiar, o se lo identifique con el respeto por los derechos fundamentales de la niñez, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier litis en la que se discuta la guarda de una persona menor de edad. Es que la natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que las instituciones contribuyan a un

---

<sup>25</sup> (Colef G., (2018) Corrientes no cuenta con una Ley provincial de protección integral. [Versión electrónica] *Diario época*. (Recuperado el 18/09/2018) <http://diarioepoca.com/856575/corrientes-no-cuenta-con-una-ley-provincial-de-proteccion-integral/>)

resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. Así, las personas que transitan por esa época fundacional de la vida son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución".<sup>26</sup>

Otro ejemplo es la provincia de Córdoba, que en el año 2011 adhirió a la normativa nacional, con la ley N° 9944, que establece el principio de Interés Superior del Niño como principio rector en lo atinente a la protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes. Determina la obligación de aplicar políticas públicas y el establecimiento de organismos de aplicación de tales derechos y garantías allí reconocidos.

A modo de conclusión parcial del capítulo en desarrollo, se logra entrever que la legislación nacional abarca el instituto de la adopción desde diferentes plexos normativos vigentes en nuestra jurisdicción, que deberán ser considerados indefectiblemente al resolver cuestiones que involucren un tema tan delicado como la crianza y el cuidado de los niños; quienes se encuentran en situaciones en las que no pueden ser cuidados por sus familias de origen. Por esta razón, el Estado en cumplimiento de sus deberes debe ser garante del cumplimiento de estos derechos y garantías otorgándoles el cuidado que como seres humanos merecen.

---

<sup>26</sup> (Juzg. Civ., Com. y del Trab., Venado Tuerto. "U., M s/ guarda con fines de adopción". 9/8/2011.)

*CAPITULO 2.*

*"Los principios del proceso de adopción."*

En el siguiente apartado, la investigación se enfocará en las distintas posiciones doctrinarias enunciadas en libros y en sentencias judiciales sobre los principios que conforman el instituto de la adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación, que provienen de Tratados Internacionales.

El énfasis del capítulo estará en el principio del Interés Superior del Niño, puesto que es el eje principal sobre el cual los demás se construyen.

La comprensión de distintos puntos de vista de cada uno de los principios ayuda a conformar un criterio más unificado sobre el objeto de protección dispuesto en la normativa.

## 2.1. Análisis de distintas posiciones doctrinarias sobre el principio de interés superior del niño en los procesos de adopción.

El principio de Interés Superior del Niño, no posee una definición precisa, por lo cual en la investigación deben contemplarse diferentes puntos de vista de personas especializadas en el tema, para constituir una perspectiva sobre el criterio utilizado por los jueces a la hora de resolver. De ésta manera se podrá verificar si los menores obtienen las condiciones de vida que son esperadas por las convenciones vigentes.

El Dr. Miguel Cillero Bruñol, realizó un informe en el cual analiza el Interés superior del Niño en el marco de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.

Por esta razón, diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en "el interés superior" se permitiría un amplio margen de discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental [...] Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha llegado a considerarlo principio "rector-guía" de ella.<sup>27</sup>

La destacada jurista Aida Kemelmajer de Carlucci realizó un análisis sobre la repercusión de la Convención sobre los Derechos del Niño en nuestro ordenamiento jurídico:

En este sentido, el C.C.yC. importa la concreción expresa de los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño, documento internacional que cambió el curso de la historia, al menos en su visión teórica sobre la niñez y la adolescencia. En consecuencia, la normativa local respeta la visión del niño como sujeto de derechos humanos; recepta el principio del interés superior del niño, de autonomía progresiva, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta, el derecho a la coparentalidad, a la protección de la identidad, a los alimentos como derecho humano, etcétera. Junto a estos principios troncales, ofrece un conjunto de reglas que garantizan la tutela efectiva de los derechos implicados. Refleja, así, una verdadera toma de conciencia en torno a que la participación en el proceso de las personas vulnerables es un requisito indispensable para hacerla posible.<sup>28</sup>

La doctora considera que el menor debe participar activamente del litigio que lo involucra, para de ésta manera colaborar con la ardua tarea de los jueces, quienes deben dictar sentencias que atiendan el mejor interés superior del niño; siendo un concepto jurídico indeterminado hasta la actualidad por su indefinición, pudiendo resolverse según su criterio y cada circunstancia en particular, dejando un abanico de posibles soluciones libradas a la razonabilidad de los jueces competentes del proceso.

Los Dres. Juan Carlos Maqueda y Carmen M. Argibay, expresan en un fallo judicial la vinculación de los principios establecidos en las normas a un caso judicial, y determinan que no son límites que no pueden superarse, sino que hay que estarse a las circunstancias y atender siempre de manera imperante la protección del interés más beneficioso para los niños.

---

<sup>27</sup> (Cillero Bruñol M., (s.f.) Informe sobre el Interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los derechos del niño. [Versión electrónica] Recuperado el 18/09/2018, [http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf))

<sup>28</sup> (Kemelmajer De Carlucci, A. y Molina de Juan, M. (2015) La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial [Versión electrónica] Recuperado el 18/09/2018. <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>)

La precedencia sanguínea no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada -entre otros extremos- con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida o genera sufrimientos y daños aun mayores que los propios de un cambio.

En los términos del art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, y en el marco de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en general y de la Convención de los Derechos del Niño en particular, la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres.

La idea de que el vínculo biológico es algo que debe preservarse por encima de todo implica un punto de partida equivocado en términos constitucionales: es la conveniencia del niño lo que, eventualmente, debe justificar su retorno a la familia de origen y no, al revés, la preservación del vínculo biológico lo que sirve de justificación al trauma del retorno.<sup>29</sup>

En esta oportunidad el "mejor interés" que logran apreciar los magistrados, es que por más que el vínculo biológico es un fundamento de gran inferencia en la vida de los menores, debe ser capaz de ser superado cuando surja notorio de los hechos que el menor pudiera verse afectado en alguno de sus aspectos sociales, de salud, espirituales, y demás.

Por su parte, la doctrinaria Graciela Medina explica:

Hasta hace pocos años se consideraba que el interés del menor estaba salvaguardado con la participación de sus representantes legales y en su caso del Ministerio de Menores; hoy necesariamente el menor debe participar en el proceso de guarda y de adopción, de acuerdo con su grado de madurez, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño. [...] El interés superior del menor es el norte orientativo en la interpretación de las normas y en los conflictos que se susciten en las cuestiones relativas a la adopción. (Medina, 1998, pag.29)

El Interés Superior del Niño puede apreciarse desde distintas perspectivas que lo conforman y generan el radio de protección necesario para que los derechos de los niños no se vean vulnerados ante situaciones o sentencias que tengan que decidir

---

<sup>29</sup> (C.S.J.N., A.F., s/ *protección de persona*. Fallos 330:642. 2007.)

sobre el futuro de los mismos. Como ejemplo de uno de los elementos que podrían conformar el principio, sería la cuestión de la rapidez y eficacia del proceso de adopción como una forma de resguardar el mejor interés del niño.

Un caso paradigmático que marca los efectos dañinos del tiempo en la decisión de adoptabilidad de un niño, es el dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en fecha 27-4-2011, en el cual se pretendía confirmar la declaración de situación de adoptabilidad de una joven que ya había alcanzado la mayoría de edad (18 años) siendo que la justicia intervino cuando tenía 7 años. (Schneider M. V., 2011, pag. 101 y ss.)

En la reseña del caso, se demuestra como la pérdida de tiempo valioso generó un daño irreparable para la menor, que nunca pudo ser adoptada por las demoras en los sistemas previstos para el proceso. Las falencias de los organismos habilitados para la resolución de casos en los que niños, niñas o adolescentes se vean involucrados no deberían entorpecer bajo ninguna circunstancia los procesos mediante los cuales éstos pudieran acceder a una familia. El Estado, quien es el encargado de velar por los derechos y garantías de las personas, debería gestionar con rigurosidad la tarea de designar personal con aptitudes suficientes para semejantes funciones.

Además, la Corte ha establecido que el interés superior del niño es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en la CDN, cuya observancia permitirá al niño el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades, y que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención [Americana] cuando el caso se refiera a menores de edad”.<sup>30</sup>

El interés superior del niño es un principio rector de la CDN, que enuncia que ese interés está primero en el orden de jerarquía, es decir, antes que el interés de los padres biológicos, antes que el interés de los hermanos, antes que el interés de los guardadores, antes que el interés de los tutores, antes que otros “intereses”; no solo es un interés superior en referencia a otros intereses en juego, sino que además debe ser el mejor interés a la hora de dilucidar conflictos de derechos. (Lloveras y Salomon, 2009, pag. 121)

---

<sup>30</sup> (Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130.)



El interés superior del niño guía (o debe guiar) las decisiones de todos los que se ocupan de NNyA, incluyendo a todas las medidas adoptas por el Estado ya sea por medio de autoridades judiciales, administrativas o incluso legislativas, la sociedad civil y el sector privado y por supuesto también a los padres, madres, tutores y cuidadores de los NNyA, sea que las medidas a adoptar refieran directamente a los niños o no, pero los afectan indirectamente, constituyéndose como un claro límite ante el paternalismo injustificado, la lógica tutelar y su consecuente discrecionalidad en el accionar por parte de los adultos.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> (Pérez A., (2016), Interpretación del interés superior del niño previsto en C. C. y C. a la luz de los estándares internacionales, [versión electrónica] *Nuevo Código Civil*. (Recuperado el 18/09/2018). <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/07/Inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o-Agustina-P%C3%A9rez.pdf>)

## 2.2. Análisis e interpretación doctrinaria de los principios que componen el instituto de la adopción.

Al investigar sobre el principio del interés superior del niño, se puede identificar que éste se ve acompañado de otros principios, que deben considerarse a la par, ya que vendrían a conformar el cúmulo de instrumentos necesarios para el cuidado del principio rector, logrando la efectiva protección al bien jurídico consagrado en la norma.

En tal sentido, el artículo 12 de la convención establece el derecho de los niños a ser oídos, y a que su opinión sea tenida en cuenta en función de la edad y madurez, durante todo el trámite judicial, lo cual se ve relacionado con el derecho a la libertad de expresión, regulado en el artículo 13 que manifiesta:

El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. [...].<sup>32</sup>

El Código Civil y Comercial de la Nación expresamente manifiesta cuales son los principios que regulan el instituto de la Adopción en su Art. 595:

Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño;
- b) el respeto por el derecho a la identidad;
- c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
- d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
- e) el derecho a conocer los orígenes;
- f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> (Art. 13. Ley N° 23.849. Convención Sobre los Derechos del Niño.)

<sup>33</sup> (Art. 595. C.C. y C. N. 2015.)

Los principios rectores del instituto de la adopción deben ser considerados en forma unificada por los jueces para arribar al correcto y fiel cumplimiento de la protección del bien jurídico protegido de las normas que lo rigen; determinar cuáles serán los puntos de interés prioritarios en la situación, coadyuva a demarcar el significado de los principios y derechos establecidos.

El Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, analiza otro de los principios relevantes en la temática de adopción, el derecho a la identidad:

Uno de los principales derechos humanos directamente comprometido cuando se trata del derecho filial es el derecho a la identidad. En palabras del jurista peruano Fernández Sessarego: "La identidad del ser humano, en tanto éste constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea ésta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser 'uno mismo', el ser diferente a los 'otros'. (Lorenzetti, 2015, pag. 20).

Testimonio de un caso de apropiación o sustitución de identidad:

"en casos como el mío es muy importante que la familia de crianza hable, que cuente todo lo que sepa, porque en las apropiaciones es difícil encontrar documentación que tenga datos de la familia biológica. En nombre del amor con el que nos criaron les pedimos que hablen, porque todos nos merecemos nuestro derecho a la identidad. La libertad y la paz que yo siento ahora, nunca antes la sentí." <sup>34</sup>

Si bien este caso no es de una adopción ajustada a derecho como la que se investigó, es una historia de vida en la que se habla del derecho a la identidad. Las personas que pasaron por procesos en los cuales debieron separarse de sus familiares biológicos por múltiples causas, deben tener la facultad de conocer sus orígenes y conformar una idea que los ayude a salir del estado de incertidumbre en el que se encuentran.

Todo dato que sirva a las personas que atraviesan por estas situaciones, sea el conocer su lenguaje de origen, su lugar de nacimiento, costumbres de sus progenitores, tener contacto con familiares cercanos, facilita a la tarea de saberse

---

<sup>34</sup> (Río, H., (2017), Rastros del pasado. La odisea de golpear puertas y hacer miles de preguntas buscando los orígenes. *La Capital*, pag. 9)

identificado en un sitio que puede tapar muchos espacios en la esfera psicológica y emocional de las personas.

Es humanamente necesario que el respeto por este derecho se haga presente en todos los procesos adoptivos, ya que de otra manera se estarían vulnerando obligaciones establecidas en la Convención Sobre los Derechos del Niño, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras, que poseen jerarquía constitucional.

El concepto de la identidad se encuentra estrechamente vinculado con el desarrollo del concepto que cada individuo tiene de sí mismo, que se desarrolla cuando una persona reconoce que él o ella es distinto: un individuo único. Esta percepción comienza a una edad temprana, e indica también el desarrollo de la conciencia sobre quién es uno mismo y a donde pertenece. En ese sentido, la identidad de una persona está definida en función de las percepciones y valoraciones que tiene acerca de sí misma, de acuerdo a sus características físicas, su personalidad, sus habilidades, etc... Es decir, la identidad personal supone la suma de las autodefiniciones o autoimágenes. (Lamas, M., 1995)

El Derecho a permanecer en la familia de origen o ampliada implica que a partir de estudios realizados en organismos internacionales y nacionales, se considera que siempre será lo más favorable para los menores en cuanto a su capacidad para desarrollarse normalmente en su vida y no padecer trastornos psicológicos o sufrimientos insubsanables, el poder permanecer conviviendo en su grupo familiar biológico. Siempre que las condiciones dadas sean compatibles para satisfacer las necesidades básicas y comunes de los niños, niñas y adolescentes.

En la medida que esto no sea posible se recurrirá, después de garantizar la imposibilidad de permanecer en la familia de origen, al proceso de adopción, en el cual se entregan a los menores en guarda pre-adoptiva, para que una vez cumplidos los requisitos de plazos y análisis médicos se otorgue o no, la adopción propiamente dicha a los pretendientes adoptantes, que deberán encontrarse previamente inscritos en el "Registro único de pretendientes adoptantes", como requisito ineludible.

"En la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente.

En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación."

35

La ley 26.061 en su art. 42 brinda determinadas pautas para el dictado de medidas excepcionales como es que la permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos debe implicar, la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes; que sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario; que deben ser siempre supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente; que se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes. (Lorenzetti, 2015, pag. 93).

El otorgamiento de guarda separada de cinco hermanos debe ser modificado, ello en virtud de los principios establecidos por el Cód. Civ. y Com., sumado al excesivamente prolongado período de tiempo de institucionalización —más de cuatro años— y los padecimientos previos en la convivencia con su familia de origen, pues debe compatibilizarse el derecho de aquellos a la preservación de sus vínculos fraternos con la tutela efectiva de su derecho a insertarse, crecer y desarrollarse en una familia; a estos fines todos los operadores que intervienen en el caso deben extremar sus esfuerzos para evitar la separación, orientando la búsqueda de postulantes que estén dispuestos a la adopción conjunta de los niños durante el plazo de 60 días, cumplido el cual deberá procederse de forma inmediata a la búsqueda de postulantes para subgrupos de hermanos.<sup>36</sup>

El derecho a conocer los orígenes contribuye con los medios a través de los cuales se puede lograr la conformación de la identidad de las personas. Resulta necesario para los individuos el poder saber con detalles de donde vienen para saberse

---

<sup>35</sup> (C.S.J.N., "S., C. s/ adopción" Fallos: 328:2870. 2005)

<sup>36</sup> ("Thomson Reuters", (2018) Guarda de cinco hermanos, preservación de vínculos fraternos. [Versión electrónica] Recuperado el 18/09/2018, <http://thomsonreuterslatam.com/2018/05/guarda-de-cinco-hermanos-preservacion-de-vinculos-fraternos/>)

completos y en paz, tal como muchos testimonios lo manifiestan y ejemplificaremos a continuación.

Victoria Montenegro tiene 36 años: “Yo antes de ser de Victoria era María Sol. Y cuando me llamaba María Sol, todo lo que aporté a la justicia era para proteger a mi apropiador, únicamente. Puse muchísimas trabas. Y siempre tenés esa deuda interna con vos mismo, ese vacío de no haber aportado lo suficiente a la justicia. Cuando declaré como nieta el nueve de abril de 2011 fue como exorcizar todo lo malo que hice cuando era María Sol. Mi apropiador falleció en el 2003 y mi apropiadora en el 2007. Yo los amaba profundamente, nunca los odié. Pero tengo claro que yo tuve otra vida, otro nombre y una ideología totalmente opuesta a la que debería haber sido la mía. Ahora, con este juicio me queda una sensación de victoria, de saber que estas personas que nos apropiaron jamás, jamás... iban a pensar que un grupo de amas de casas, como eran entonces *las abuelas*, iban a llegar adonde han llegado.”<sup>37</sup>

El derecho a ser oído fue receptado, de conformidad con lo establecido por la Convención, en el Código Civil y Comercial de la Nación, como también en la ley nro. 26.061., artículo 24.

Esta evolución no debe detenerse en la mera defensa tutelar de los derechos de los niños; ellos deben ser defendidos porque son sujetos de derecho, pero el ejercicio de esa defensa no debe ser siempre delegado: puede ser ejercida personalmente. Debemos reconocer su autonomía, tanto como que no es siempre suficiente ni necesaria la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público. En esta línea de pensamiento se fue avanzando, y se llegó al reconocimiento de la necesidad de una defensa técnica propia del niño receptada en el reconocimiento de éste como parte en todo proceso en el que esté involucrado y en la ley 26.061 —Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes—. Este reconocimiento de los niños como sujetos de derecho les allana el camino para que no sólo sean escuchados sobre su elección sobre con qué padre convivir, sino también para reclamar por los derechos que le corresponden, lo que incluye derechos económicos y sociales como derechos de salud y educación, entre otros. (Graham y Herrera, 2014, pag.86.)

Considerando el espíritu de la Convención Sobre los Derechos del Niño, se puede concluir, que a través de sus disposiciones ponen de manifiesto la intención de cuidar a los menores desde una faz en la que ellos mismos puedan ser parte activa de manera insoslayable en los procesos en los cuales se vean involucrados. Mediante el

---

<sup>37</sup> (El País, (2012) Los testimonios más terribles del juicio por los niños robados en Argentina. [Versión electrónica] Recuperado el 18/09/2018 [https://elpais.com/internacional/2012/07/05/actualidad/1341483021\\_541271.html](https://elpais.com/internacional/2012/07/05/actualidad/1341483021_541271.html).)

aprovechamiento de estas garantías será posible que se expresen en la medida de su madurez y entendimiento sobre el tema que los comprende. Gracias a este principio, en la actualidad es un paso necesario e ineludible dejar que los menores emitan su opinión sobre las condiciones de vida que llevan o que desearían tener.

También es importante destacar que el deber de oír al menor (lo que el Tribunal efectuó a fs. 259) no importa -como se decidió reiteradamente- admitir automáticamente lo que, en el caso, L. E. pretenda que, es precisamente, seguir conviviendo con el padre. En anterior oportunidad resolvió esta Sala que "es indiscutible en esta hora el reconocimiento de la normativa constitucional y supra constitucional sobre el derecho del menor a ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño. y garantiza su derecho 'de expresar su opinión libremente en todos los asuntos (que lo) afecten teniéndose debidamente en cuenta (sus) opiniones en función de su edad y madurez (art.12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incs. 1, y 2, art. 75 inc. 22 Const. Nacional; <sup>38</sup>

El derecho de los niños a ser oídos en los procesos judiciales que los involucren, además de ser una garantía a la cual ellos deben acceder, es una herramienta para que los magistrados puedan comprender desde la perspectiva más importante la situación sobre la que deben tomar sus decisiones.

Esta participación activa de los niños y adolescentes en la adopción se observa en dos cuestiones: 1) el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, y 2) el consentimiento a la adopción por el propio pretense adoptado cuando éste cuente con 10 años de edad o más. A su vez, cabe agregar que la primera consideración general involucra dos subtemas: a) el ser oído en sentido estricto, es decir, la escucha del pretense adoptado en el proceso cuya opinión será valorada según el grado de madurez que tenga el niño o adolescente, y b) el derecho de niños o adolescentes, también según su edad y grado de madurez, a intervenir en el proceso en el carácter de parte. (Lorenzetti, 2015, pag. 29.)

En la actualidad, con los avances sociológicos y culturales, en cuanto a considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, es menester otorgarles la participación necesaria, para que de manera activa puedan manifestarse en la medida de su comprensión sobre la realidad, y debemos como sociedad

---

<sup>38</sup> (CApel. Civ. Com. Azul. Sala II, "S. S. M. C/M. M. A. L. s/tenencia - régimen de visitas" Causa N° 54.030. 2010)

conferirles esta posibilidad, ya que ellos mismos pueden decidir y expresar de qué manera les sería más comfortable vivir.

“la menor que en la actualidad con 14 años de edad se mostró madura, serena y conocedora de la situación que la tiene como protagonista. Es así que, tal como aconsejó su médico tratante y también su psicóloga, es ella quien debe determinar si está o no preparada para la revinculación con su madre y el modo de hacerlo. Considero, coincidiendo en consecuencia mi opinión con la del vocal preopinante, que no se respeta su superior interés forzándola a atravesar por situaciones para las cuales tal vez no esté aún preparada -o no lo esté su madre-.”<sup>39</sup>

[...] en aquellos problemas en los que estén involucrados niños, niñas o adolescentes, resulta menester valorar su mejor interés y, por otro, consagra expresamente, entre los principios generales que deben gobernar los procesos de familia, el respeto de la tutela judicial efectiva y la intermediación.

Cabe agregar que el interés superior del niño debe ser interpretado a la luz de su derecho a ser oído (Comité de los Derechos del Niño, Observación general n° 12, "El derecho del niño a ser escuchado, del 20/07/09). En tal sentido, la Convención sobre los derechos del niño dispone que los Estados partes tienen la obligación concreta de garantizar a cada niño, en todo procedimiento judicial o administrativo, su derecho a ser escuchado, a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afectan y a que sea debidamente tenida en cuenta, en función de su edad y madurez (art. 12 de la Convención citada; arts. 2°, 3° incs. "b", y "d", 24, 27, 29 -y ccds.- de la ley 26.061, art. 13, inc. b). [...]<sup>40</sup>

A partir de lo expuesto, se logra identificar el espíritu participativo que establece nuestro sistema nacional de adopción, al determinar exhaustivamente los principios bajo los cuales deben regirse cada una de las etapas.

Al comenzar a ser considerados como sujetos de derecho, los menores involucrados adquieren una cuota relevante de participación en los procesos judiciales, en donde ellos mismos deben ser escuchados a través de un abogado defensor, o deben tener la oportunidad de ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta.

---

<sup>39</sup> (CApel. Civ. Com. Trelew, Sala A, "*Asesoría de familia e incapaces s/ Medidas de Protección (SSB)*", Expte. N° 145, 2015.)

<sup>40</sup> (C.S.J.N., "*IPD y otro s/ Guarda judicial con fines de adopción*" 2016.)



Los principios que rigen la adopción no son excluyentes entre sí; su aplicación siempre será concomitante y dirigida a amalgamar la decisión judicial, y de ningún modo el recurrir a alguno de ellos anulará los restantes, pues su aplicación se vincula con la ponderación que alguno pueda tener respecto de otro. Si, por ejemplo, en ejercicio del derecho a ser oído un niño de ocho años se manifiesta no consintiendo su adopción, el magistrado no podría válidamente invocar que no llega a la pauta rígida de 10 años para desechar tan importante manifestación. Cabría entonces razonar en función del interés superior del niño y adoptar acciones para modificar la situación, sea revocando la guarda, sea profundizando el ensamble familiar para arribar a una adopción. El mismo razonamiento cabe para el niño menor de 10 años que consiente su adopción, pese a no contar con la edad legal prevista para ese acto, si el magistrado advierte que su madurez y desarrollo intelectual son soporte de esa expresión de voluntad, libremente mostrada y contando con la información suficiente. (Herrera, Caramelo y Picasso. 2015, pag. 357.)

Los principios establecidos en el art. 595, vienen a crear el sustento para la protección de las garantías de los menores, ya que para su correcta aplicación y efectividad en los hechos se necesita identificar la mejor postura que sea compatible con cada uno de ellos.

Es tarea de los jueces saber reflejar las distintas situaciones en las normativas para aplicarlas bajo el espíritu que se ha dispuesto en la ley. La aplicación de uno de los principios no significa la exclusión total o parcial de los restantes, ya que de su trabajo conjunto y contemporáneo surge la correcta disposición a las distintas facetas sociales por las que atraviesan las personas.

*CAPITULO 3.*

*"Fallos judiciales."*

En la multiplicidad de casos judiciales los votos disidentes y adeptos de los jueces sobre cada cuestión sirven como otra fuente de interpretación del derecho a la cual se puede recurrir para suplir lagunas o vacíos legales, debido a que las definiciones que otorgan las normas muchas veces no son claras y no aportan la precisión suficiente para dilucidar el litigio en cuestión, haciendo que sea un recurso de gran relevancia y aplicación.

En este capítulo, se podrán conocer historias reales de vida en las que las decisiones de los jueces actuaron en consonancia con el principio de Interés Superior del Niño, el cual resultó concluyente para lograr hacer efectivos los derechos de los menores implicados en situaciones de adopción, tenencia, entre otros.

### 3.1. Presentación de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

*"Schuartz, Jacobo León y otra s/ adopción del menor Alberto Lorenzo Camino- 16/12/1957. Fallos: 239:367" Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de primera instancia y no hizo lugar al pedido de adopción del menor Alberto Lorenzo Camino formulado por los actores, en base a la diferencia de religión existente entre aquel y estos. Los recurrentes interpusieron recurso extraordinario el cual fue concedido.

La Corte dejó sin efecto la sentencia de Cámara confirmando en lo principal la de primera instancia pero revocándola en cuanto obligaba a los adoptantes a educar al menor en un determinado género de colegio, restricción a los poderes de la patria potestad que no tenía fundamento ni en la ley 13.252 ni en el Código Civil.

Fundamentos de la Corte:

- la falta de identidad de religión entre adoptante y adoptado constituye una de las tantas y variadísimas circunstancias que el juez debe ineludiblemente examinar para formar criterio acerca de si la adopción es conveniente para el menor, se trata de circunstancias a examinar por el juez, que debe hacerse en concreto y no en abstracto.
- no es legítimo, so pretexto de examinar si la adopción es conveniente para el menor, examinar el interés del padre natural, para inclinarse a favor de éste toda vez que el interés del menor (que es el que primordialmente tiene en vista la ley) no se identifica con el de cualquier otra persona.
- al no resultar ni de la ley 13.252 ni de las circunstancias de la causa que las creencias religiosas de los actores constituyen un impedimento para la adopción, nada aconseja, teniendo en vista el interés del menor, que se rechace el pedido de adopción toda vez

que no se trata solo de las presumibles desventajas materiales que el cambio pueda producir al menor, sino también de las repercusiones psíquicas y morales que verosímilmente ha de causarle el alejamiento inexplicable de personas a quienes estaba acostumbrado a considerar como sus verdaderos padres.

Sentencia: [...] Que no resultando de la ley ni de las circunstancias de hecho que las creencias religiosas de los actores constituyen un impedimento para la adopción, y estando acreditado en autos, como declara la sentencia recurrida que aquellos le han prodigado al menor los cuidados de verdaderos padres, en el orden educativo, material y afectivo, estando cumplida por consiguiente la condición que exige el art. 6° de la ley, y que la conducta de los aspirantes de la adopción ha sido en todo momento generosa y encomiable (fs. 377 vta.), nada aconseja, teniendo en vista sólo el interés del menor, que se rechace el pedido de adopción y se arranque al niño (que ya tiene casi diez años de edad), del seno de un hogar que lo ha recibido como a un hijo, para hacerle correr la suerte incierta de otros posibles adoptantes o de la tutela de instituciones de beneficencia. (Informe de la Defensoría de Menores, fs. 5 vta. Del expediente agregado por cuerda). [...].<sup>41</sup>

En el presente caso, la Corte dejó plasmado en el fallo, que el Interés Superior del Niño comprendía la permanencia del menor en la familia que lo cuidó desde sus cuatro años de edad, siendo que en análisis anteriores se determinó que el trato hacia el niño era con el respeto que se merece todo ser humano, y que llegada su mayoría de edad podría elegir cuál era la religión que querría adoptar para su vida.

La desigualdad de religión entre adoptante y adoptado no tuvo aptitud suficiente, según el criterio de los Magistrados, como para quebrantar el vínculo ya establecido entre las partes afectadas en el caso, por lo que pudo seguir adelante el proceso de adopción fundado en la prevalencia del interés superior del niño.

*"G., M. G. s/ protección de persona -causa N° 73.154/05- 16/09/2008. Fallos: 331:2047" Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

[...] Cabe revocar la sentencia que declaró el cese de la guarda con fines de adopción otorgada a un matrimonio por no haber cumplido la inscripción en el Registro único creado por ley 25.854, pues el a quo ratificó una declaración con trascendentes consecuencias para la vida del niño sin brindar razón alguna fundada en el mejoramiento de su situación, y dado que el cambio de guarda es potencialmente apto para inferir un trauma al menor, debió haber justificado su resolución en que la

---

<sup>41</sup> (C.S.J.N., "*Schwartz, Jacobo León y otra s/ adopción*", Fallos: 239:367. 1957.)

permanencia con el matrimonio que aspira a su adopción generaría un trauma mayor, pero ninguna demostración se llevó a cabo en este sentido (Voto de la Dra. Carmen M. Argibay). [...] <sup>42</sup>

En el caso expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, revoca una sentencia de un tribunal inferior, que pretendía quitar al menor de la familia que lo tenía en guarda, por que los adoptantes no habían cumplido con el requisito de inscribirse en el Registro Único de Adoptantes.

Aquí se deja entrever que en un caso relativo a la creación de nuevos vínculos filiales, un tribunal de menor instancia, entiende que los requisitos formales deben ser estrictamente cumplidos sin tener ningún tipo de reparo en lo que el niño en el día a día vive para poder adecuarse a una familia y un hogar en el que no nació.

La Corte argumenta que pese a no haber cumplido con la inscripción, el trauma y el daño que se produciría en el menor sería de mayor gravedad si lo desprendían nuevamente de una familia que estaba atendiendo sus necesidades afectivas y materiales.

Es por eso que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dicta un fallo a favor de la permanencia del menor con la familia que lo tenía en guarda, comprendiendo que el criterio de los principios que rigen el instituto de la adopción, pretenden dar amparo a las personas más débiles de la relación jurídica, y son ellos los encargados de darle vigencia fáctica a todas esas garantías.

*"M. D. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos.- 26/09/2012. Fallos: 335:1838" Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

[...] Teniendo en cuenta que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, por lo que corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que tuvo como consecuencia la desvinculación del menor, si quien en vida lo cuidó en sus primeros años de su existencia generando un vínculo materno-filial, lo insertó en su grupo familiar y

---

<sup>42</sup> (C.S.J.N, "G., M. G. s/ protección de persona" Fallos: 331:2047. 2008.)

expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener su guarda sino también al designarlo públicamente como su hijo en uno de sus testamentos ológrafos. [...] <sup>43</sup>

El caso en particular, se trata de una persona que se encontraba en guarda preadoptiva de un menor desde sus ocho meses de vida, a quien cuidó con la intención de formar su familia, y antes de entablar el juicio de adopción propiamente dicho, la guardadora sufre un accidente y fallece. Posteriormente devienen conflictos familiares por intereses opuestos motivados por la ratificación de la adopción post mortem, ya que se había conocido mediante documentos fehacientes la voluntad de la causante de darle el trato de hijo al menor de edad a través del proseguimiento del juicio de adopción.

La Corte entendió que el Interés Superior del Niño atendía a la posibilidad y derecho del menor de poder permanecer en la familia que la adoptante intentó darle, por medio de su hermana a quien se le había otorgado el mandato de cuidar a su hijo adoptado en un testamento ológrafo perfectamente válido, y entregarle por consecuencia lo que por derecho legal le pertenece en cuanto a su porción legítima de la herencia.

*"V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia. -16/08/2011. Fallos: 334:913" Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

[...] Dado que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema, a los efectos de evitar agravar el conflicto generado en el marco de la causa por restitución de menores, y los perjuicios que éste les ocasiona, corresponde exhortar a los progenitores a que se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de las vidas de aquéllos a fin de resguardar el referido derecho a la intimidad de los niños, y a prestar colaboración en los términos de la sentencia apelada que mantuvo la orden de restitución.

Cabe confirmar la sentencia que mantuvo la orden de restitución a Francia de los menores hijos de las partes, pues las conclusiones de los informes psicológicos producidos demuestran que la conducta de la progenitora recurrente, al margen de no

---

<sup>43</sup> (C.S.J.N, M. D. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos.- Fallos: 335:1838. 2012.)

coincidir con la actitud colaboradora que invocó al presentarse en la causa, dista de favorecer al pleno desarrollo psíquico, físico y espiritual de los menores, y por ende, de la preocupación fundamental que para los padres debe constituir el “interés superior del niño” (art. 18, párrafo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño), correspondiendo a la Corte, como cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento. [...] <sup>44</sup>

En este conflicto, se debió resolver sobre la restitución de los menores con el progenitor, quien demostró mejores aptitudes para cuidarlos en todas las facetas necesarias; ya que a través de análisis psicológicos se demostró que la madre generaba una dependencia en los menores que los dañaba en cuanto a su autonomía y libertad a largo plazo.

El interés superior del niño una vez más sirvió como factor decisivo y determinante para llevar a cabo una resolución que satisfaga de manera íntegra y eficaz el cuidado de los menores afectados por esta situación.

*"S., C. s/ Adopción" 02/08/2005. Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

[...] Que en el caso particular de autos surge de las constancias obrantes en la causa que la vida de la menor ha transcurrido desde el día de su nacimiento en el hogar del matrimonio S. - H. con todo lo que ello significa como relación de la niña con el ámbito de crianza y formación y, en particular, con quienes desempeñaron de hecho el papel de padre y madre.-

Habiendo otorgado la madre biológica la guarda extrajudicial, durante la vigencia de la ley 19.134 mediante un acto permitido por ese ordenamiento, debe considerarse que aquélla en ejercicio de la patria potestad prestó su consentimiento de entregar a la niña con fines de adopción.-

No escapa al análisis de la cuestión que las defectuosas percepciones y turbamiento de la conciencia que produce el estado puerperal pueden provocar una alteración del juicio que conduzca a una decisión no querida, pero no sólo no hay constancias de que la madre lo hubiera padecido sino que el pedido de restitución de la niña no denotó una nítida manifestación de voluntad propia del arrepentimiento.-

---

<sup>44</sup> (C.S.J.N., V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia. Fallos: 334:913. 2011.)

En efecto, de los informes agregados, de las declaraciones testificales y de las propias manifestaciones de la señora S. resulta que desde el momento mismo en que conoció su embarazo había decidido entregar a su hija y que el pedido de reintegro no proviene de un verdadero arrepentimiento sino que viene impuesto por una situación conflictiva ante la presión ejercida por sus familiares, en particular su madre (la abuela materna de C., hoy fallecida), que era quien se había comprometido a criar a la niña ante las dificultades de la señora S. para hacerlo (ver fs. 64/69).-

Hay, además, un dato relevante a tener en cuenta en esta cuestión: sólo en dos oportunidades la señora S. se comunicó con los guardadores para conocer a la niña, la primera en 1997 y la segunda en 2001, ninguna de las reuniones pudo concretarse y desde entonces hasta la fecha del informe de fs. 235/244 "se cortó totalmente la comunicación". No hay constancias posteriores que permitan apreciar que madre e hija hayan establecido vínculo afectivo alguno; sí que -como lo informa la experta Martínez de Uberto a fs. 244- la señora S. "no pudo explicitar con claridad lo que la motiva actualmente a persistir en el pedido de restitución de su hija biológica...".-

Ese informe revela, en cambio, que la menor ocupa el lugar de hija en la familia de los guardadores, que la integración a ese grupo familiar es óptima y que el desarrollo evolutivo y emocional de C. es excelente (ver particularmente fs. 240).-

De modo que, la regla del derecho interno contenida en los arts. 264, 265, 307 y concordantes del Código Civil, como, en igual sentido, la del derecho internacional de los derechos humanos (arts. 17 y 19 del Pacto de San José de Costa Rica, y 7º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849), que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquéllos es, en el caso de autos, justamente la excepción, pues el interés superior de C. S. consiste en no modificar su actual situación fáctica porque el trasplante le originaría un perjuicio que debe evitarse (ver fs. 70/75 vta.).

Sin perjuicio de lo antes señalado, debe atenderse al criterio expresado por la perito Bielsa, a fs. 352/353, en cuanto a que "la alternativa más saludable para todos los involucrados en esta difícil y dolorosa situación, especialmente para la menor, es acudir al llamado "triángulo adoptivo", con acompañamiento profesional, en el cual C., su madre y hermanos biológicos y sus padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad de la menor".-

Por ello, concordemente con lo expuesto por el señor Procurador Fiscal ante esta Corte, se resuelve: 1º) Declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, dejar sin efecto el fallo apelado; 2º) Disponer que la menor C. S. quede



en guarda de sus actuales tenedores, los cónyuges H. R. S. y P. N. H.; 3º) devolver el expediente a origen, a fin de que por quien corresponda se defina la situación legal de la niña de acuerdo con los términos expresados en esta sentencia y en el dictamen del señor Procurador Fiscal obrante a fs. 355/357. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido en autos. Notifíquese y devuélvase.- [...] <sup>45</sup>

El presente caso, denota una compleja situación en la cual la madre biológica solicitaba la restitución de la menor, después de muchos años, y habiendo entregado a la menor en adopción por su propia voluntad.

Existe normativa vigente que prioriza el derecho a permanecer en la familia de origen, argumentando que en ningún otro sitio se darían las situaciones óptimas que en la calidez de un hogar donde habiten familiares de sangre podrían presentarse; pero en este caso, se ha logrado superar esa barrera para preservar otro de los principios tan importantes en la vida de los niños, tal como lo es el interés superior del niño. En esta situación la Corte Suprema de Justicia de la Nación otorga relevancia a la situación actual del menor, a quien consideró que no se lo podía separar de la familia que desde pequeño lo cuidó en el plano económico, afectivo, de salud, etc.

*“C., J. G. -Control de legalidad” 27/03/2017.*

En el caso que se expondrá a continuación, un Tribunal de la provincia de Córdoba puso de manifiesto la trascendencia del principio de interés superior del niño, al conocerse un caso donde un menor vivió con su profesor, dadas las circunstancias de imposibilidad de permanecer con su familia biológica, y luego con su "abuela" quien enfermó gravemente. Mediante dicha convivencia, se creó entre el niño y el guardador una relación afectiva de la cual no podían ser ajenos los magistrados, y comprendieron, en consideración de cada uno de los principios analizados en conjunto, que lo mejor era que permaneciera bajo el cuidado de la única persona que cuidó de él durante los últimos tres años.

Un tribunal de la localidad cordobesa de Cura Brochero les quitó la tenencia de un niño a sus padres y le otorgó la “guarda preadoptiva” a su profesor de computación.

---

<sup>45</sup> (C.S.J.N., "S., C. s/ adopción" Fallos: 328:2870. 2005.)

Según el fallo, el tribunal cordobés autorizó al docente a iniciar los trámites para conseguir la guarda preadoptiva del niño, pues ante el virtual abandono de sus padres es su único “referente afectivo”.

El maestro había empezado a tejer el vínculo desde que el niño se encontraba al cuidado de una tía, que murió de cáncer. Sus padres nunca estuvieron en condiciones de ejercer sus responsabilidades (por patologías de alcoholismo y violencia doméstica). Desde que nació, el chico estuvo al cuidado de esa tía, a la que llamaba “abuela”.

A esa mujer se le había concedido la guardia judicial definitiva del chico, y en ese contexto ambos conocieron al docente. Cuando ella contrajo el cáncer, el maestro fue haciéndose cargo de la protección y el cuidado del pequeño, que hoy tiene 11 años.

Cuando la mujer falleció, con el consentimiento de los padres se le otorgó la guardia provisoria al profesor mediante sucesivas prórrogas. Esas medidas habían sido justificadas como “excepcionales y en pos del interés superior del niño”. Ahora, el juez le reconoció al maestro la posibilidad de que inicie los trámites tendientes al otorgamiento de la guarda preadoptiva.

“Se advierten severas limitaciones que presentan los ascendientes del niño para poder ejercer en forma responsable y adecuada su rol, quienes -a su vez- no han hecho el esfuerzo necesario para lograr superar las dificultades que motivaron la desvinculación con su hijo, desde su nacimiento”, sostiene Estigarribia.

“El estado de abandono tanto material como espiritual se materializó, presentándose una situación que lo colocó en una situación de vulnerabilidad, haciendo necesario buscar una alternativa de vida que ofrezca mayores garantías para su sano crecimiento”, agrega.<sup>46</sup>

*"M. D. H. c/ M. B. M. F. s/ tenencia provisoria". 29/04/2008. Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

[...] "En franca contraposición con aquel postulado de hondo sentido común, y con abandono de la función protectoria que deriva de la cláusula contenida en el art. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, en un contexto de provisoriedad y sin sostén probatorio, la resolución atacada somete a esta niña a una alteración drástica. Compromete no sólo el entorno físico de su residencia habitual, sino toda su realidad vital, en tanto deberá abandonar la convivencia con su padre prolongada por varios años, así como el medio en el que se desenvuelve cotidianamente, para ser trasladada al

---

<sup>46</sup> (Diario "La Gaceta", (2017) El inédito fallo que habilitó a un docente a adoptar un alumno. [Versión electrónica] Recuperado el 20/08/2018. <https://www.lagaceta.com.ar/nota/729622/actualidad/inedito-fallo-habilito-docente-adoptar-alumno.html>)

nuevo domicilio donde habita la madre, a cuatrocientos kilómetros de distancia.- Ello, sin computar los interrogantes referidos en el acápite anterior, descartados apriorísticamente por el tribunal de la causa. Desde ya, al optar por ese temperamento, se inaplica sin explicación alguna la noción de "centro de vida", que precisa la idea general de 'mejor interés del niño', en términos similares a los que adoptara la comunidad internacional en La Haya, y que -a finales de 2005-, mereció consagración legislativa en el art.31 inc.f) de la ley 26.061." (Del dictamen del señor Procurador General, compartido por la CSJN en mayoría)

En nuestro caso, el tribunal de la causa ha transgredido el límite de sus potestades, al disponer una profunda innovación en la condiciones de vida de C. en base a inferencias que -sin ningún sustrato idóneo- minimizan las consecuencias del cambio, a través de una equiparación dogmática de experiencias vitales distintas. Y al determinar, también dogmáticamente, que la madre "posee las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas" de la chiquita." (Del dictamen del señor Procurador General, compartido por la CSJN en mayoría)

"Los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso deducido, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1), tal como ella ha sido interpretada por la jurisprudencia de este Tribunal y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (artículo 14.3 de la ley 48)." (Dr. E. Raúl Zaffaroni, según su voto)

"En conclusión, dado que en el fallo impugnado no se han brindado razones que aconsejen un cambio de tenencia fundadas en el mejoramiento de la situación de la niña, la decisión tomada implicó considerar absolutos ciertos principios y ante el conflicto entre el interés del niño y el de sus progenitores, darle preeminencia a este último, que es justamente lo contrario a lo que propicia la directriz cuya inteligencia se cuestiona." (Dr. E. Raúl Zaffaroni, según su voto) [...]<sup>47</sup>

En esta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se encontró ante una situación de tenencia provisoria otorgada a uno de los progenitores, que generó un cambio drástico en la vida del menor, relativo a sus actividades cotidianas y

---

<sup>47</sup> (C.S.J.N., "M. D. H. c/ M. B. M. F. s/tenencia provisoria" Fallos: 331:941. 2008).

modo de vida en general, razón por la cual el niño se vio afectado en su ámbito afectivo.

En la actualidad es muy común que se utilicen los regímenes de tenencias para el cuidado de los hijos comunes; son en estos casos como en tantos otros que los principios del derecho que protegen y dan garantías a los menores, deberían hacerse presentes, y es a través del poder judicial que estas prerrogativas logran hacerse efectivas, tal como sucedió en el conflicto expuesto.

El Interés Superior del Niño quedó comprendido en que el ambiente que mejor podría satisfacer sus necesidades, era precisamente donde desempeñó su vida hasta el momento. Este fallo es precursor de que siempre deben imponerse las necesidades de los niños ante determinadas circunstancias y no de otros sujetos sometidos a los procesos.

*"F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo." Fecha: 8 de noviembre de 2011. Fallos: 334:1287. Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

A fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor discapacitada requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que deberá informar a la Autoridad Central del estado requirente acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor así como también poner en conocimiento la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades que presenta el caso.

Si está probado que la salida del Perú contó con el permiso del padre de las menores pero no ocurre lo mismo con la retención en territorio argentino, en tanto aquella se hizo bajo la apariencia de un viaje para el tratamiento de una de las niñas y, por ende, transitorio, y teniendo en cuenta que no se ha demostrado que la madre fuese la titular de la custodia con el contenido jurídico específico del art. 3, inc. "a" de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, corresponde tener por configurada la ilicitud de la retención en los términos del art. 4, constatación que hace operativo el mecanismo restitutorio, ya que tampoco se ha logrado establecer con el

rigor necesario la existencia de ninguna de las excepciones previstas. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite-

Teniendo en cuenta que *el interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite* iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, corresponde exhortar a ambos progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva, e igual requerimiento cabe dirigir a la jueza a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos.<sup>48</sup>

En los casos de restitución internacional de menores, se pone de resalto que una vez más, el principio Interés Superior del Niño, resulta ser la clave determinante para resolver una situación ante un conflicto donde se pone en cuestión la residencia de un menor en países diferentes.

En vistas a los casos precedentemente expuestos, el principio en cuestión, es utilizado en reiteradas oportunidades como punto al cual arribar para el otorgamiento de un dictamen final.

*"M., M. S. s/ guarda", 27/05/2015. Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

La niña M.S.M. nació el 26 de octubre de 2012. Desde su quinto día de vida habría quedado al cuidado de la Sra. S.N.V. en virtud de la entrega efectuada por la madre biológica de la pequeña, Sra. C.F.M., documentada en un instrumento privado fechado el 30 de octubre de 2012.

El 29 de octubre de 2013, la Sra. S.N.V. inició el proceso judicial de guarda con miras a la adopción del bebé.

En ese marco, tanto la Defensora Pública de Menores e Incapaces como la Tutora Pública, se opusieron al pedido de adopción y a la guarda previa en atención a las condiciones irregulares que, a su entender, habrían rodeado la génesis de la custodia de hecho. Se agregó a ello la edad de la presentante (a esa fecha, 60 años). En consecuencia, requirieron como medidas precautorias el cese de esa guarda y la derivación de la menor a una familia de tránsito.

---

<sup>48</sup> (C.S.J.N., "F. R., F. C. c/L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo." Fallos: 334:1287.2011.)

Previo a decidir, se citó a la Sra. C.F.M., quien compareció el 26 de noviembre de 2013 y, en presencia de la jueza de mérito y de la representante del Ministerio Pupilar, ratificó su voluntad de entregar la niña a la actora.

El 27 de diciembre de 2013, la magistrada de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar propiciada por el Ministerio de la Defensa y ordenó la derivación de la menor a un hogar de tránsito o familia de acogimiento a designar por la Dirección General de Niñez y Adolescencia del Gobierno de la Ciudad, destino éste que fue posteriormente sustituido por un hogar convivencia', al que M.S.M. ingresó el 15 de abril de 2014, en horas de la noche, previa consulta médica en un hospital público.

De tal manera, razonó que la entrega directa sólo puede admitirse en circunstancias excepcionales, basadas fundamentalmente en una relación cercana, de parentesco o amistad o de gran conocimiento previo entre la progenitora y los pretensos guardadores, extremos éstos que -según valoró- no aparecen claros en las actuaciones ni fueron suficientemente justificados en las explicaciones provistas personalmente por las interesadas.

Apelada la decisión por la peticionaria, la Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la revocó y ordenó la urgente restitución de la niña a quien fuera su guardadora de hecho, previa entrevista personal con esa parte. A tal efecto, el tribunal indicó que la cuestión a resolver consiste en determinar cuál es el superior interés de M.S.M. en un supuesto en el que no media conflicto entre la guardadora -con legajo aprobado ante el registro de adoptantes, R.U.A.G.A.- y la madre biológica, quien transcurrido un lapso prolongado desde el cese del estado puerperal, ha ratificado en sede judicial la fume voluntad de no tener vínculo con su hija.

En tal sentido, la cámara recordó que la *misión específica de los tribunales en cuestiones de familia resulta desvirtuada si se limitan a resolver los problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso.*

Partiendo de tales premisas, ponderó que la separación de la niña de quien ejercía su guarda de hecho se sostuvo en consideraciones genéricas, sin mayor evaluación de las circunstancias del caso, sin que existiera peligro de daño irreparable y sin contar con informes técnicos que avalaran esa decisión. Los magistrados insistieron en que, tratándose de una medida innovativa -en tanto alteró esencialmente la situación existente-, era menester demostrar el riesgo de daño irreparable, lo cual no consta que se haya observado. Por el contrario, entendieron que todo parecía indicar que el

perjuicio se produciría al alejar a M.S.M. del afecto de quien la ha cuidado durante su escaso tiempo de vida.

Finalmente, recordaron que la ley vigente veda la guarda mediante escritura pública o acto administrativo y resta virtualidad a las guardas extrajudiciales a los fines del juicio de adopción. Por ende, aclararon que el convenio privado agregado a las actuaciones resultaba inadmisibles, como guarda extrajudicial, para habilitar el juicio respectivo. No obstante, ponderaron que la situación era susceptible de ser convalidada por el tribunal, teniendo en cuenta que debe prevalecer la integración familiar y afectiva del niño, consolidada durante el período de guarda de hecho, salvo que el juez advirtiese que el mantenimiento del vínculo no responde al interés del menor de edad (fs. 317/320 y 323).

Contra el pronunciamiento el Tutor Público, el Ministerio Pupilar, el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad y la Defensoría Zonal de la Comuna 2, dedujeron remedios extraordinarios.

En suma, los apelantes esgrimen que la decisión irroga un agravio irreparable por cuanto, atendida a un excesivo rigor formal, *prescribe que se restituya la niña a quien la obtuvo de manera irregular, comprometiendo así su desarrollo psíquico, su historia y su subjetividad, y negándole la posibilidad de una pronta inserción en una familia adecuada, elegida con arreglo a la ley y a su mejor interés.*

Exponen que se encuentra involucrada una cuestión federal, la que versa sobre la inteligencia del interés superior del menor, reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño y por preceptiva concordante (arts. 3º, CDN, y 75, inc. 22, C.N.), cuya vigencia -puntualizan- no habilita a convalidar las acciones ilegítimas de los adultos.

Refieren, además, que la sentencia es arbitraria por carecer de una debida fundamentación y por vulnerar los derechos de la niña a la integridad psíquica, a la salud y a vivir en una familia alternativa a la biológica -cuando su mejor interés exija que no permanezca en ella- seleccionada con apego a lo que mandan reglas nacionales e internacionales. En ese marco, *denuncian el desconocimiento del debido proceso legal y de los principios de legalidad y supremacía constitucional y aducen un caso de gravedad institucional.*

Arguyen que la niña adquirió una estabilidad familiar y emocional por fuera del régimen de adopción, en cuyo marco la pretensora -viuda de 60 años- pese a hallarse inscripta en el registro respectivo, difícilmente hubiera accedido a la guarda de una recién nacida.

Entre otras consideraciones, la magistrada expresa, con cita de normas nacionales e internacionales, que se ha preterido el trámite dispuesto para el otorgamiento de la guarda pre-adoptiva y se ha validado, en cambio, una práctica irregular como es la entrega directa de menores.

Se enfatizó allí que cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues *el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias*, y la solución propiciada no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños o las anomalías en la entrega de menores en estado de adoptabilidad.

Se añadió que el secuestro ordenado, dirigido a enmendar el obrar irregular de los presentantes, configuró una solución desvinculada del marco de la causa pues, desde que todo cambio implica un “trauma” para la niña, debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave y, en ese contexto, los tribunales deben ser sumamente cautos cuando se trata de modificar situaciones de hecho respecto de niños, evitando así el surgimiento de nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles.

A la luz de esas pautas, se observó que las resoluciones relativas a la modificación del estado del menor deben adoptarse previa ponderación exhaustiva de las derivaciones que las medidas podían provocar en su desarrollo integral y no sobre la base de teorizaciones desarrolladas en abstracto.

Cabe acotar que en el *sub lite*, como en el antecedente reseñado, la actora -con quien la niña vivió cerca de un año y medio- figuraba inscripta en el registro de adoptantes y fue entrevistada personalmente por los integrantes de la alzada civil; y la progenitora, tras exponer su realidad familiar, ratificó judicialmente su voluntad de no tener vínculo con su hija -ni aun contando con auxilio económico-, y de entregarla a la peticionaria.

Se añade a lo expuesto que, como lo apuntó la cámara, *la decisión de separar a la pequeña de la pretensora se tomó sin realizar las evaluaciones adecuadas, ni ponderar el impacto en el desarrollo de la niña, ni indagar cuál era su deseo, pese a su corta edad*, en un plano en el que no se comprobó, concretamente, la comisión de delito alguno.

En consecuencia, atendiendo a que la sentencia impugnada guarda coherencia, en lo principal, con los criterios explicitados en el pronunciamiento al que se remite, el que -cabe puntualizarlo- se detiene en el necesario seguimiento del proceso de revinculación entre los implicados y en el contralor estricto de la guarda pre-adoptiva, lo que



implicará concretar las evaluaciones que resultare menester, opino que corresponde desestimar los recursos extraordinarios.

Buenos Aires, 10 de abril de 2015. — *Marcelo A. Sachetta*.

Buenos Aires, mayo 27 de 2015.

Considerando:

Que los agravios de los recurrentes encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador Fiscal subrogante, que el Tribunal comparte y hace suyos por razón de brevedad.

Que dada la importancia que el factor tiempo tiene en estos asuntos, este Tribunal estima conveniente encomendar a la magistrada de grado a obrar con la premura y la medida que el caso amerita en la resolución definitiva del conflicto, de modo de hacer efectivo el mencionado interés superior de la menor que como principio rector enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño, y de evitar que pueda prolongarse aún más la incertidumbre sobre la situación de la niña y su posibilidad de crecer en el seno de una familia.

Por ello, se desestiman los recursos extraordinarios de fs. 339/348, 351/361, 368/373 y 375/390. Notifíquese y devuélvase. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*.<sup>49</sup>

En el caso expuesto, se encuentran enfrentadas dos posiciones en las cuales, una es preponderante del estricto y fiel cumplimiento de las normas predisuestas para el proceso de adopción, y la otra contempla la situación vivida por la menor de edad, quien pese a ser muy pequeña para comprender las circunstancias, debería ser llevada a un hogar de tránsito, desconocido por ella, dejando atrás a quien la habría cuidado desde sus primeros días de vida, por consentimiento de su madre biológica.

Ante esta difícil circunstancia, se encuentran los magistrados frente al deber de decidir sobre aquello que resguarde el mejor interés del menor, siendo el mismo un concepto jurídico abstracto, y a la vez la principal herramienta de protección de los niños, niñas y adolescentes, establecida en Convenios internacionales, y en nuestra propia legislación.

*"I., J. M. s/ protección especial" 07/06/2016. Corte Suprema de Justicia de la Nación.*

---

<sup>49</sup> (C.S.J.N., "*M., M. S. s/ guarda*". 27/05/2015.)

Una mujer con discapacidad mental requirió que su hijo, de 4 años, sea puesto a su cuidado. La mujer tiene, además, otro hijo más pequeño que siempre estuvo conviviendo con ella junto al abuelo y el tío. La Cámara tuvo por verificado el estado de desamparo del niño y habilitó su entrega en guarda preadoptiva, dejando a salvo la posibilidad de contacto entre ellos. La progenitora interpuso recurso extraordinario y de queja ante su denegación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la decisión apelada.

## SUMARIOS

1 - La sentencia que colocó a un niño en estado de adoptabilidad ante la discapacidad mental de su progenitora, debe ser dejada sin efecto, pues, si bien los expertos reconocieron que cuando nació su madre no contó con los apoyos suficientes para ejercer su rol, en la actualidad esto ha cambiado: ella ha tenido otro hijo que siempre estuvo a su cuidado, dispone de apoyo familiar, tiene acompañamiento terapéutico, acude a cursos de capacitación laboral y a grupos para madres y padres, y estaría en condiciones de realizar labores sencillas, remuneradas, en jornadas reducidas, a fin de conciliar esas tareas con sus responsabilidades de crianza (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyo).

2 - La invocación del interés superior del niño para ser colocado en situación de adoptabilidad ante la discapacidad mental de la progenitora, sin la correspondiente evaluación del perjuicio que le ocasionará ser criado por una familia adoptiva, lejos de su madre, de su hermano menor y de la restante familia materna, aún con sus limitaciones, carece de fundamentación, pues plantea la imposibilidad parental para garantizar y promover el bienestar y el desarrollo, olvidando que la atribución de consecuencias de esa magnitud está vedada, y sin antes haber diseñado un sistema de apoyos ajustados al caso y haber verificado su fracaso o la imposibilidad de su puesta en práctica (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyos).

3 - La existencia de necesidades de estímulo y de contención no puede constituir por sí, un argumento válido para despojar a una persona con retraso madurativo de la oportunidad de ejercer plenamente sus derechos fundamentales, tales como la maternidad; (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyos).

4 - El *instituto de la adopción, contemplado expresamente por la Convención sobre los Derechos del Niño como herramienta idónea para el restablecimiento de derechos, procederá donde se compruebe que la permanencia con la familia de sangre implica un agravio al mejor interés del niño, y, ante la discapacidad de los progenitores, el Estado*

no está habilitado para acudir a ese mecanismo sin haber intentado efectivamente la prestación de servicios de apoyo y ajustes adecuados a las características del problema (del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante que la Corte hace suyos).

Apelado el fallo, la alzada desechó el recurso de la progenitora, con fundamento principal en el interés prevalente de J. M. I., cuyo estado de desamparo tuvo por acreditado, al tiempo que calificó de insuficientes las propuestas diseñadas tanto por C. M. I. como por los organismos estatales. No obstante ello, la sala valoró que la madre había visitado al hijo con alguna regularidad y entablado ciertos lazos, con el anhelo de conservar el contacto. Por lo tanto, concluyó que no se puede descartar que la apelante y el niño sigan relacionándose, siempre y cuando los profesionales especializados lo evalúen positivo para J. M. I., hasta mediante un triángulo adoptivo-afectivo en el futuro, a cuyo fin, ordenaron la “realización de estudios psicodiagnósticos a propósito de la capacidad de matemaje y de las características y la calidad del vínculo materno-filial”.

Cabe señalar, en primer término, que la Convención sobre los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), declara la convicción de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad.

Asimismo, impone a los Estados partes, entre otros deberes, el de atender, como consideración primordial, al interés superior del niño (v. art. 3.1); el de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas las relaciones familiares conforme con la ley, sin injerencias ilícitas (art. 8); el de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, y por que mantenga relación personal y contacto directo con ambos regularmente, salvo si ello contradice su interés superior (v. art. 9); el de prestar la asistencia apropiada a los progenitores para el desempeño de sus funciones, en lo que respecta a la crianza del niño (art. 18) [...]

En uso de las facultades previstas por el art. 16 de la ley 48, dispónese el reintegro de J. M. I. a su madre, con un proceso previo de adaptación, debiendo implementarse con la premura del caso las medidas indicada.<sup>50</sup>

En esta oportunidad, el alto tribunal de la Nación, deja sin efecto la decisión de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que alejaba a un menor de su madre biológica por padecer de discapacidades mentales que no fueron lo

---

<sup>50</sup> (C.S.J.N., "I., J. M. s/ protección especial". 07/06/2016.)

suficientemente acreditadas, ni suplidas con la ayuda que debería brindar el Estado para priorizar la conexión con la familia biológica del mismo, previo a tomar una decisión trascendental en la vida de los menores como la de dictaminar su estado de adoptabilidad.

Bajo aquellas condiciones, la Corte suprema de justicia de la Nación, estableció que el menor debía volver al hogar de su familia biológica, y determinó los cuidados necesarios, a la par de un monitoreo por parte de los funcionarios para verificar el correcto desempeño de la vida del niño en el hogar de su familia biológica acorde a los parámetros mínimos de salud, educación, vivienda, afecto y protección.

### 3.2. Análisis y comprobación de la aplicación del principio interés superior del niño en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El principio rector de la adopción, es el Interés Superior del Niño, ya que en esta institución los niños son los principales protagonistas y es a ellos a quienes deben proteger quienes se encuentren a cargo, tanto los que sean responsables por vínculos de familia, o el Estado en ejercicio de sus funciones. Es utilizado como argumento en numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

"La atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, 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."<sup>51</sup>

La dificultad de aplicación del principio en cuestión, no reside sólo en saber que existe como herramienta para guiar los procesos, sino en cómo identificarlos y aplicarlos de manera que se refleje el fiel cumplimiento de las garantías prescriptas, asegurando el respeto de las personas que están en una de las etapas de la vida considerada clave para su desarrollo y formación, como personas individuales y como componentes de una sociedad que aspire a la vida digna y el bienestar general.

La regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, e incluso, de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño, no debiendo ello ser desplazados por más legítimos que resulten los intereses de los padres y de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> (C.S.J.N., "S., C. s/ adopción" Fallos: 328:2870. 2005)

<sup>52</sup> C.S.J.N., A.F., s/ protección de persona. Fallos 330:642. 2007.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación deja entrever que sus fallos apuntan hacia la investigación minuciosa del caso, para la comprensión en cada situación de los aspectos que deberán ser considerados en base a las prescripciones internacionales como el resguardo del interés superior del niño. Existen casos en que por ejemplo, la cuestión reside en el regreso del menor a la familia biológica, y la Corte supo dejar de lado este vínculo tan importante para evitarle al menor padecer un daño mayor que la separación en sí.

Es así que vemos que los límites descriptivos de este concepto, para la jurisprudencia se encuentran ínfimamente relacionados al caso, y se trabajan en conjunto con los demás principios prescriptos en las normativas, tanto nacional como internacional con jerarquía constitucional; ya que son ejes que deben aplicarse de manera unificada para cumplir con la función designada.

La aplicación de este principio reviste importancia cuando existen conflictos entre los derechos e intereses de NNA frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos pero debido al alcance que este principio tiene prevalecen los primeros. No pueden ser obviadas las particularidades de cada situación teniendo siempre presente que el *norte que debe guiar al juzgador es el interés superior del niño, entendido tal como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada*, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso. Las reglas de derecho no deben ser interpretadas sólo en su sentido gramatical, y los jueces deben llevar a cabo una hermenéutica finalista abarcadora y flexible buscando la tésis del precepto y el interés que está en juego.

Tal como lo expresa Gil Dominguez, para precisar la noción de interés del niño, su referencia debe proyectarse a futuro, de modo de adoptar aquella decisión que mejor asegure el desarrollo de su personalidad en el marco del reconocimiento de sus derechos. (Ciolli, M. L., 2005, pag.3)

En el fallo precedente, el juez considera que el mejor interés debe aplicarse teniendo en cuenta la situación futura que deberá atravesar el menor. Por consiguiente, se refleja otra perspectiva del magistrado de intentar mediante su resolución, asegurar el bienestar del niño. Una ejemplificación de sopesar una perspectiva a futuro de los intereses del menor, podría ser el examen de las condiciones económicas de los pretendidos adoptantes, para garantizar que el niño, niña o adolescente podrá tener un

estudio en cuanto a su formación profesional, y así lograr la obtención de una buena fuente de trabajo digno.

Normalmente, se estima que la ley posterior es mejor que la anterior, más protectora de los derechos individuales. ¿Qué ocurre si no es así, o si la nueva tiene un vacío que la ley anterior cubría con sabiduría? Un tribunal marplatense debió resolver un juicio de adopción, en el que la guarda conjunta había sido otorgada a un matrimonio que, con posterioridad, se separó de hecho; el marido abandonó a la esposa y a la niña. Al momento del dictado de la sentencia, la ley vigente disponía que si el pretense adoptante es casado, deben adoptar ambos.

La sentencia consideró que el interés superior del niño debe prevalecer y, consecuentemente, hizo lugar a la adopción unilateral de la persona separada de hecho, aun cuando la guarda preadoptiva se había otorgado a ambos cónyuges y no se pudo citar a juicio al abandonante por ignorarse su paradero; tuvo en cuenta que la mujer había criado sola durante 12 años a la niña para fundar su decisión. Hasta allí, el tribunal se basó en principios generales. Pero además, en lo que aquí interesa, invocó la aplicación ultraactiva de la ley anterior, ya derogada incluso al momento del otorgamiento de la guarda conjunta, que preveía la posibilidad de autorizar judicialmente la adopción unilateral en los supuestos de separación de hecho; invocó el principio de la ley más favorable.<sup>53</sup>

A partir del análisis de los fallos expuestos en el presente capítulo, podemos concluir que en las últimas instancias de los procesos judiciales, es en donde los jueces se permiten dejar a un lado las estrictas formalidades en la medida que ello sea posible, y centrar su atención en el día a día de los menores que deben pasar por situaciones que podrían resultar traumáticas para el resto de sus vidas; tales como son el alejamiento de las personas que los cuidaron por años, sea por tener una guarda transitoria que se prolongue más allá del tiempo estipulado por la ley, o por ser recibidos en familias solidarias que sin estar inscriptos en el Registro único de pretensos adoptantes, terminan adoptando de corazón a esos niños que protegen quizás por años, entre otros casos.

"Reconocer cuáles son las necesidades del niño es el camino para que sus "derechos lleguen a ser cultura difundida, horizonte irrenunciable del compromiso civil. [...]"

El niño, en definitiva, aprende no de lo que un adulto "quisiera ser", sino de lo que es.

El que más ha recibido estará en mejores condiciones de donar.

---

<sup>53</sup> (TFam. de Mar del Plata N° 2, jueza Dolores Loyarte, 26-6-2008.)

Pero también el que se siente "pobre", el que sabe que ha sido mortificado en su necesidad de amor de cuidado cuando niño, el que se siente árido porque ha sido privado de mucho, puede también llegar a ser un adecuado cuidador. Ello sucederá toda vez que sepa aceptarse con sus límites, que sepa elegir donarse sin medidas, toda vez que tenga la humildad de ponerse siempre en discusión y alejar la violencia que tiende a agobiarlo, toda vez que tenga el coraje de confortarse y no aislarse." (Rossa, C. y Carlevaris Colonetti, V. 2018, pag. 26)

De esta manera podemos comprender que el cuidado de los menores de edad en su etapa de crecimiento es realmente un compromiso que el Estado como garante y la Sociedad como testigo y partícipe necesario no pueden postergar bajo ninguna circunstancia, ya que incidirán indefectiblemente en lo que forme el resto de la vida de los niños, niñas y adolescentes.

Las distintas maneras de aplicar el principio interés superior del niño, no responden a una única definición ya que en ninguna legislación se otorga alguna, (pese a que la ley 26.061 "Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y adolescentes", ha intentado definirla en su artículo 3) es por esto, que el criterio de los magistrados es el que en definitiva resolverá el futuro que ha de otorgarle a los menores.

Por consiguiente el Estado debe encargarse de que los jueces elegidos para este cargo tan importante, cumplan con las expectativas de formación, experiencia, honor y capacidad de razonamiento, para que con su accionar logren hacer que los derechos y garantías establecidas en nuestra legislación sean un reflejo plasmado en la sociedad.



## *Conclusiones finales.*

A lo largo de todo este trabajo de investigación, se logró identificar diferentes situaciones y contextos en los cuales las personas menores de edad son protagonistas de historias en las que deben atravesar por largas esperas en etapas claves de sus vidas, para que los organismos del Estado, y las diferentes instituciones encargadas de su protección les encuentren una familia en la que puedan desarrollarse y lograr efectivizar sus derechos plenamente.

El sistema de adopción regido en nuestro país, establece la aplicación de principios taxativamente enumerados para lograr una defensa íntegra de los derechos incluidos en nuestro ordenamiento jurídico.

El principio de Interés Superior del Niño, resulta ser de gran aplicación en los procesos en los cuales se involucran los intereses de niños en situación de adoptabilidad, así como también en casos sobre tutela, responsabilidad parental, restitución internacional de menores, entre otros. A pesar de ello, esta investigación permitió entrever que la adhesión a este principio se pone de resalto recién en las últimas instancias de los procesos, en donde primeramente se aplica la rigurosidad de la ley, en cuanto al cumplimiento de los requisitos procesales, y en etapas superiores los jueces comprenden la postura del menor y aplican las decisiones más favorables para éstos en correlación con la realidad por la que están atravesando.

Como ejemplo de ello, en la provincia de Santa Fe, recientemente se puso de manifiesto un caso en el cual una familia solidaria cuidó de un menor de edad conocido como "Kiki" durante un año y siete meses, y en Enero de 2018 la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia decidió quitarle al menor para volver a generar un vínculo fraterno con su hermano biológico menor que él, en el seno de otra familia que vivía cerca del mismo. Ante esta situación los padres que cuidaron de Kiki, solicitaron una medida cautelar para que durante el proceso el niño continúe viviendo con ellos, ya que su separación les generaba un perjuicio emocional tanto para ellos mismos como así también para el niño; y concomitantemente comenzaron los trámites para adoptar a Kiki y a su hermano biológico. Luego de solicitar el recurso de apelación extraordinario, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial decidió restituir a la familia

solidaria al menor de edad mientras se resuelva la situación judicial de la adopción solicitada.

La Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, compuesta por los jueces Eduardo Soderó, Luciano Pagliano y Armando Drago, resolvió a favor de la apelación que había presentado el defensor general (cuyo pedido había sido rechazado por el tribunal de primera instancia) y decidió restituir el menor a la pareja.

En el fallo se expresan sobre la actuación de la Subsecretaría de los Derechos de la Niñez de la provincia: “Los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de niñas y niños, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de los niñas y niños que se encuentra en su primera infancia, (...) deben ser manejados con una diligencia excepcional por parte de las autoridades”.

La Subsecretaría de la Niñez podrá apelar este fallo ante la Corte Suprema de Justicia. Según los camaristas, ésta “debe poner todo el esfuerzo que esté a su alcance para respetar los tiempos de los procedimientos respectivos -el programa de Familias Solidarias establece plazos de 6 meses- lo que no ha sucedido en este caso”, porque están “en juego los derechos humanos fundamentales de las niñas, niños o adolescentes”.<sup>54</sup>

En el caso que hemos planteado, si bien no es una cuestión que comprenda la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es una situación donde el principio estudiado se emplea entendiendo que el menor desconoce todo tipo de relación familiar ajena a la familia solidaria que lo cuidó durante el plazo mencionado, y de ninguna manera se vería protegido si por un mal funcionamiento en la administración del Estado continuara lejos de quienes le otorgaron todo el afecto y cuidado necesario para que pueda desarrollarse hasta ese momento de su vida.

Hemos logrado identificar que el principio de interés superior del niño, forma parte de los conceptos jurídicos indeterminados, que necesariamente, al entender de importantes juristas y doctrinarios como la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, deben presentarse de esta forma en nuestra legislación ya que por su imposibilidad de otorgárseles una definición precisa y exacta, quedan a disposición de los magistrados

---

<sup>54</sup> (Rosario Plus, (2018) "Un tribunal resolvió que Kiki vuelva con la familia que lo crió" [*Versión electrónica*] (Recuperado el 25/08/2018) <https://www.rosarioplus.com/ensacoycorbata/Un-tribunal-resolvio-que-Kiki-vuelva-con-la-familia-que-lo-crio-20180522-0034.html> )

quienes deberán aplicarlos en las diferentes situaciones de manera que proteja la "mejor circunstancia" para aquellos menores involucrados.

Tal principio no cuenta con una definición expresa, dejando así al arbitrio de los magistrados la posibilidad de crear en cada coyuntura una perspectiva diferente según sus creencias, formación, razonabilidad, prioridades, etc.; cuestión que ha sido objeto de fuertes críticas por la inseguridad jurídica que esto acarrearía. Aún así surge de este análisis que existe una tendencia hacia la cual se han inclinado diferentes doctrinarios y juristas, la cual establece que el interés superior del niño debe ser comprendido como aquel que resguarde el mejor interés del menor en la situación específica por la que le ha tocado atravesar.

El sistema Nacional establece un cúmulo de herramientas y normas jurídicas creadas específicamente para que ésta protección sea plena; conjuntamente con tratados y convenios internacionales son las bases a las cuales deben abocarse los funcionarios del Estado para hacer cumplir las garantías y derechos que allí están establecidos.

Tal como lo explica la Dra. Argibay en los autos "G., M. G.", 16/09/2008, varios son los parámetros que deben tener en consideración los magistrados al tomar una determinación; entre los cuales menciona:

En una situación concreta, se debe apreciar: a) La opinión del niño, niña y adolescente; b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño y las exigencias del bien común; c) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo, evaluando en conjunto la edad y la madurez conforme la circunstancia de que se trate; d) La indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, la necesidad de que exista equilibrio entre los distintos grupos de derechos de los niños y los principios en los que están basados, de acuerdo a lo establecido por la CDN y los estándares internacionales; e) La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas. (Voto de la Dra. Argibay)<sup>55</sup>

El derecho es regido por principios constitucionales, garantías internacionales, e innumerables cantidades de leyes procesales, pero los jueces encargados de darle vigencia a todo ello, no olvidan que el objeto de protección de esas normativas son las personas humanas, que en cada situación particular se ven afectadas desde

---

<sup>55</sup> (C.S.J.N. G., M. G. s/ protección de persona -causa N° 73.154/05., Fallos: 331:2047. 2008.)

perspectivas supra-legales, donde el derecho no es suficiente para abarcar la totalidad de las circunstancias, y debe complementarse con el razonamiento que sólo los seres humanos con nuestra capacidad de entendimiento sabemos identificar.

## *Bibliografía.*

### *Doctrina:*

BELLOF, M., DEYMONNAZ, V., FREEDMAN, D., HERRERA, M. y TERRAGINI M. (2012) *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires. La Ley.

BIDART CAMPOS G., (2014), Art. 75, inc. 22 de Constitución y derechos humanos, [Versión electrónica] *Legislación Periodística*. (Recuperado el 18/09/2018) <http://legislacionperiodistica.blogspot.com/2014/04/german-j-bidart-campos-articulo-75.html>.

CILLERO BRUÑOL M., (s.f.) Informe sobre el Interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los derechos del niño. [Versión electrónica] Recuperado el 18/09/2018, [http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf).

GRAHAM, M. y HERRERA, M., (2014) *Derecho de las familias, infancia y adolescencia*. pag.86., 1º Ed. Buenos Aires, Infojus.

HAUBENREICH, M. N., (2015) Nuevo C. C. y C. y su implicancia en diversas áreas del derecho. [Versión electrónica] *La niña, el niño y los adolescentes en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Pag.153. Editorial Colegio de abogados 2º circunscripción. Rosario.

HERRERA, M.; CAMELO, G. Y PICASSO, S. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo II*. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2015) *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*. 1º Ed. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M. (2015) La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial [Versión electrónica] Recuperado el 18/09/2018. <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>.

LAMAS, M. (1995) Género e identidad. Bogotá. TM Editores.

LLOVERAS, N. y SALOMON, M., (2009) “*El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*”. Buenos Aires. Editorial Universidad.

LORENZETTI, R.L. (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Ley Nro. 26.994, Tomo IV*. Editorial Rubinzal-Culzoni.

MEDINA, G. (1998) *La Adopción, Tomo I*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.

RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Editorial La Ley.

SCHNEIDER, M. V. (2011) El tiempo como factor de respeto del interés superior del niño, en Derecho de familia. Buenos Aires. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot.

### *Jurisprudencia:*

#### *Internacional:*

Corte I.D.H, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Opinión Consultiva OC-17/02, 2012, Serie C N° 239.

Corte I.D.H., *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. 8 de septiembre de 2005. Serie C N° 130.

Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva Nro.17*. 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17.

Corte I.D.H. "*Fornerón c/ Argentina*". 27 de Abril de 2012. Serie C N° 242.

#### *Nacional:*

CApel. Civ. Com. Azul. Sala II, "*S. S. M. C/ M. M. A. L. s/ tenencia - régimen de visitas*" Causa N° 54.030. 2010.

CApel. Civ. y Com. Mercedes, "*B.A., y otros s/ adopción*." 09/06/2009.

CApel. Civ. Com. Trelew, Sala A, "*Asesoría de familia e incapaces s/ Medidas de Protección (SSB)*" , Expte. N° 145, 2015.

C.S.J.N., *A.F., s/ protección de persona*. Fallos 330:642. 2007.

C.S.J.N., "*F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo*." Fallos: 334:1287. 2011.

C.S.J.N. *G., M. G. s/ protección de persona -causa N° 73.154/05.*, Fallos: 331:2047. 2008.

CSJN, *"I.P.D. y otro s/ Guarda Judicial con fines de adopción."* 21 de Diciembre de 2016.

C.S.J.N., *"I., J. M. s/ protección especial"* 07/06/2016.

C.S.J.N., *"M., M. S. s/ guarda"* 27/05/2015.

C.S.J.N., *"M. D. H. c/ M. B. M. F. s/ tenencia provisoria"* Fallos: 331:941. 2008.

C.S.J.N, *M. D. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos.* - Fallos: 335:1838. 2012.

C.S.J.N., *Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. M. en la causa M., G. c/ P., C. A.*, Fallos 331:2691 (2012).

C.S.J.N., *"S., C. s/ adopción"* Fallos: 328:2870. 2005.

C.S.J.N., *"Schwartz, Jacobo León y otra s/ adopción"*, Fallos: 239:367. 1957.

C.S.J.N., *V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia.* Fallos: 334:913, (2011).

Juzg. Civ., Com. y del Trab., Venado Tuerto. *"U., M s/ guarda con fines de adopción"*. 9/8/2011.

TFam. Mar del Plata N° 2, jueza Dolores Loyarte. 26-6-2008.

### *Legislación:*

#### *Nacional:*

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994.

Constitución Nacional de la República Argentina, 1994.

Creación Del Consejo Provincial De La Niñez, Adolescencia Y Familia de la provincia de Córdoba. Ley N° 9591

Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. N° 26.061. 2005.

Ley de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de la provincia de Santa Fe. N° 12.967.

### *Internacional:*

Convención Americana sobre los Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", 1969.

Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea general de las Naciones Unidas, 1989.

Convenio de la Haya sobre Restitución Internacional de Menores, 1980.

### *Otras fuentes:*

CIOLLI, M. L. (2005) "Adopción plena en el Código civil y comercial de la Nación." Revista derecho de familia y de las personas. Buenos Aires. La Ley.

COLEF, G., (2018) Corrientes no cuenta con una Ley provincial de protección integral. *[Versión electrónica] Diario época.* (Recuperado el 18/09/2018) <http://diarioepoca.com/856575/corrientes-no-cuenta-con-una-ley-provincial-de-proteccion-integral/>

DIARIO "LA GACETA", (2017) El inédito fallo que habilitó a un docente a adoptar un alumno. *[Versión electrónica]* Recuperado el 20/08/2018. <https://www.lagaceta.com.ar/nota/729622/actualidad/inedito-fallo-habilito-docente-adoptar-alumno.html>.

EL PAÍS, (2012) Los testimonios más terribles del juicio por los niños robados en Argentina. *[Versión electrónica]* Recuperado el 18/09/2018 [https://elpais.com/internacional/2012/07/05/actualidad/1341483021\\_541271.html](https://elpais.com/internacional/2012/07/05/actualidad/1341483021_541271.html)

PÉREZ, A., (2016), Interpretación del interés superior del niño previsto en C. C. y C. a la luz de los estándares internacionales, *[versión electrónica] Nuevo Código Civil.* (Recuperado el 18/09/2018). <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/07/Inter%C3%A9s-superior-del-ni%C3%B1o-Agustina-P%C3%A9rez.pdf>.

REARTES, J. (2011), Córdoba, una de las provincias que más ha resistido la ley 26.061. *[Versión electrónica] Comercio y justicia.* (Recuperado el 18/09/2018) <https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/cordoba-una-de-las-provincias-que-mas-ha-resistido-la-ley-26061/>



RÍO, H., (2017), Rastros del pasado. La odisea de golpear puertas y hacer miles de preguntas buscando los orígenes. *La Capital*, pag. 9.

ROSARIO PLUS, (2018) "Un tribunal resolvió que Kiki vuelva con la familia que lo crió" [*Versión electrónica*] (Recuperado el 25/08/2018) <https://www.rosarioplus.com/ensacoycorbata/Un-tribunal-resolvio-que-Kiki-vuelva-con-la-familia-que-lo-crio-20180522-0034.html>.

ROSSA, C. y CARLEVARIS COLONETTI, V., (2018) "*Custodiar la infancia*". 1° Ed. Buenos Aires. Editorial Ciudad Nueva.

SUBIRÁ, A., (2011), Diagnóstico participativo. Distrito Oeste. Rosario.

"THOMSON REUTERS", (2018) Guarda de cinco hermanos, preservación de vínculos fraternos. [*Versión electrónica*] Recuperado el 18/09/2018, <http://thomsonreuterslatam.com/2018/05/guarda-de-cinco-hermanos-preservacion-de-vinculos-fraternos/>.

## ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

### AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Cuello, Elena.
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	38.599.026
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	<b><i>"La interpretación del Interés Superior del Niño en los procesos de adopción."</i></b>
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	elenacuello94@gmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)<sup>[1]</sup></i>	SI
<b>Publicación parcial</b> <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	Tesis completa

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar** **y** **fecha:**

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
**Firma autor-tesista**

\_\_\_\_\_  
**Aclaración autor-tesista**

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:  
\_\_\_\_\_ certifi  
ca que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_  
**Firma Autoridad**

\_\_\_\_\_  
**Aclaración Autoridad**

**Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado**

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.