

# El interés superior del niño en la filiación por adopción

---

POR RUBÉN M. GARATE (\*)

**Sumario:** I. Introducción. — II. La argumentación jurídica. — III. Algunas cuestiones conceptuales. — IV. Principio superior. — V. Algunos aspectos jurisprudenciales. — VI. Aspectos normativos. — VII. Algunas precisiones. — VIII. Conclusión. — IX. Bibliografía.

**Resumen:** el derecho de familia se ha visto fuertemente transformado, en temas referidos al derecho matrimonial, la filiación y la adopción, por solo nombrar algunos ejemplos. En nuestro caso, intentaremos profundizar las modificaciones que se produjeron con relación al tema de la adopción; teniendo en cuenta la incorporación de conceptos determinantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el instituto de la adopción es donde más claramente podemos observar la coherencia que la reforma pretendió establecer entre el derecho internacional y el derecho privado. Logrando una interacción exitosa, de tal forma que el Código se ve enriquecido con la incorporación derechos y principios. Se incorporaron el derecho a vivir en familia; privilegiar la familia de origen; el derecho a la identidad; el reconocimiento de la capacidad progresiva; la tutela judicial efectiva; la protección de la familia; el derecho a ser oído y el interés superior del niño y cómo entender y comprender los principios jurídicos. El interés superior del niño, conforme los estándares propuestos por el derecho internacional, es lo que trata el presente trabajo, teniendo por objetivo pensar los criterios de aplicación, desde la perspectiva de los abogados, los jueces y los funcionarios.

**Palabras claves:** interés superior - principios - derechos humanos - argumentación

## *The interests of the child in filiation by adoption*

**Abstract:** family law has been greatly transformed in the matrimonial law Referrals Issues, filiation and adoption by lone adj Name some examples. In our Case, we try to deepen the changes that occurred regarding the issue of adoption; given the incorporation of determinants Concepts of International Law of Human Rights. At the Institute of adoption it is most clearly can see the consistency that the reform sought to establish between international law and private law. Achieving a successful interaction, so that the code is enriched with the rights incorporation and principles were incorporated as: the right to family life, privileging the family of origin, the right to identity, recognition of progressive capacity, guardianship effective judicial protection of the family, the right to be heard and the best interests of the child. How to understand and understand legal principles, the interests of the child, taking into account those proposed by international aw standards is what this present work, taking as an aim to the application criteria, to be considered by lawyers, judges and officials.

**Keywords:** higher interest - beginnings - human rights - argumentation

## I. Introducción

Podemos afirmar que la reforma del Código Civil y Comercial, entre las distintas modificaciones que presenta a simple vista, presenta una visión unificada de los temas civiles y comerciales con la finalidad de garantizar cierta coherencia normativa. No obstante, también podemos destacar la

---

(\*) Prof. Introducción al Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

sistematización de los grandes temas, bajo un criterio metodológico y organizativo dinámico, que pretende lograr rigurosidad en el tratamiento de los temas propuestos. Se produjeron cambios que afectan favorablemente los distintos institutos del derecho civil, incluyendo aspectos considerados oportunamente por la jurisprudencia, como así también aquellos que la doctrina solicitaba modificar desde hacía tiempo. Uno de los cambios más significativo se produjo es la adecuación de las normas civiles, a las necesidades y condiciones impuestas por los estándares internacionales que proponen las distintas Convenciones de Derechos Humanos, entre las cuales no podemos dejar de incluir la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

En este último sentido, el derecho de familia se ha visto fuertemente transformado, por la reforma en cada uno de sus capítulos, como el derecho matrimonial, la filiación y la adopción, por solo nombrar algunos ejemplos.

En nuestro caso intentaremos profundizar las modificaciones que se produjeron con relación al tema de la adopción; teniendo en cuenta la incorporación de conceptos determinantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Es en el instituto de la adopción donde más claramente podemos observar la coherencia que la reforma pretendió establecer entre el derecho internacional y el derecho privado. Logrando una interacción exitosa, de tal forma que el Código se ve enriquecido con la incorporación de derechos y principios tales como: el derecho a vivir en familia, privilegiar la familia de origen, el derecho a la identidad, el reconocimiento de la capacidad progresiva, la tutela judicial efectiva, la protección de la familia, el derecho a ser oído y el interés superior del niño.

Al considerar estos dos últimos principios nos parece destacable tener en cuenta que la normativa vigente menciona en el título VI referido a la adopción, el cual se encuentra contenido en el libro segundo sobre las relaciones de familia, y hace referencia a lo largo sus 44 artículos, unas cuatro veces al interés superior del niño.

Esta insistencia literaria no hace más que revelar la importancia jurídica de ambos conceptos. Porque creemos que la norma, entendida como una modalidad de acción, refleja un criterio de racionalidad específico, que será utilizado por los distintos operadores del derecho, para echar luz sobre las cuestiones concretas. En la redacción normativa el codificador pone de relieve, en función de su insistencia, los aspectos legales que deben ser tenidos en cuenta en la dinámica del derecho.

## **II. La argumentación jurídica**

Consideramos que el derecho tiene una manifestación concreta que se hace perceptible en su aplicación. Una visión integral del fenómeno jurídico tiene que tener en cuenta su aspecto coercitivo, caracterizado por el sentido sancionador de las normas jurídicas en general, como así también su aspecto correctivo, que se vislumbra en la exigencia de racionalidad de las decisiones jurídicas.

En este intento por alcanzar cierto grado de corrección, los caminos procedimentales tienden a la conjugación de las normas, las conductas y los valores. Resulta que no se puede dejar de tener en cuenta el sentido axiológico que conlleva una decisión jurídica (Herrera Figueroa, 1955: 133). En este sentido, este tipo de decisiones requieren esencialmente de un discurso que exponga los fundamentos que sostiene su racionalidad. El discurso práctico, producido por el jurista, debe estar atado a estrictas reglas procedimentales, a fin de condicionar la racionalidad de su argumentación a los principios que se encuentran consagrados de forma expresa en el derecho positivo o en los pronunciamientos judiciales (Alexy, 2008: 136).

En este sentido, el criterio de identificación utilizado por los distintos operadores jurídicos, para referirse a los principios, depende de la fundamentación discursiva y del criterio valorativo que se aplique para explicar las situaciones.

La vida del derecho consiste en un intercambio de argumentos, que ofrecen interpretaciones alternativas sobre lo que es el derecho en cada caso (Rodríguez César, 1997: 62).

Nos interesa descubrir, en primer lugar, los fundamentos filosóficos que pueden servirnos para dar fundamento a la reflexión que pretendemos realizar. En tal sentido, procuramos analizar la propuesta de Robert Alexy, para comprender la importancia de los Derechos Humanos y su interrelación con los ordenamientos jurídicos nacionales. Para el jusfilósofo la interpretación del derecho constitucional tiene un carácter discursivo, en el que deben predominar los mejores argumentos (Alexy, 1995: 33), en el cual debe entenderse como una actividad creadora del derecho.

Reconoce que existe una inescindible relación entre interpretación, aplicación y creación del derecho. Toda decisión judicial, que se precie de estar lógicamente construida, posee necesariamente una fundamentación racional, si pretende ser reconocida como una decisión correcta (Alexy, 1995: 40).

Una de las principales características de todo discurso racional tiene que ver con la coherencia, en tanto que le otorga unidad sistémica. Desde esta perspectiva, la interpretación se entiende desde un holismo jurídico, porque las premisas están contenidas en el mismo sistema jurídico o se encuentran ocultas y solo necesitan ser descubiertas.

La teoría discursiva propuesta por Robert Alexy se desarrolla sobre la base de la discusión racional de problemas prácticos, que tienen por finalidad una pretensión de rectitud. Como en todo discurso, encontramos reglas que determinan su construcción, entre las que podemos distinguir aquellas que se infieren de la estructura de los argumentos y, aquellas cuyo objeto inmediato tienen que ver con el proceso discursivo.

Si bien las reglas no contienen ninguna disposición relativa al punto de partida del proceso y tampoco establecen todos los pasos que deben tenerse en cuenta para desarrollar una argumentación. Esto no significa justificar cualquier sistema jurídico, sino solo aquel que llene las exigencias de la razón práctica, en la medida que responda a las exigencias de un Estado de derecho, tenga en cuenta a los derechos humanos y respete los procedimientos institucionalizados. Sólo podemos hablar de un discurso racional, cuando se conjuguen legalidad y legitimidad. Por eso se dice que la teoría del discurso es una teoría procesal que intenta formular criterios de corrección práctica (Alexy, 1995: 68).

Alexy considera que la validez del discurso depende que, los argumentos utilizados posean pretensión de generalidad, tiendan a la maximización de la utilidad individual y tengan interés en la corrección (Sieckmann, 2006: 209).

Las reglas del discurso no definen una forma de vida, sino aquello que puede resultar común y plausible desde un sentido racional. Esta perspectiva lleva a reconocer que las reglas dependen del interés que exista en observarlas. Si quisiéramos formular estas reglas en las que se basa el discurso jurídico, diríamos que son las siguientes:

- 1) aseverar algo implica elevarlo a una pretensión de corrección;
- 2) toda pretensión debe ser fundamentada;
- 3) la pretensión de igualdad de derechos resulta ser una obligación “prima facie” y por lo tanto el eje de toda fundamentación.

Todas ellas, responden a un mismo objetivo “la maximización de utilidades e interés en la corrección”. El cumplimiento de esta premisa, permite una validación objetiva del discurso. Sin embargo, también podemos reconocer la necesidad de una validez institucional, que se ve explicitada, cuando se incorporan los derechos humanos en el discurso, porque ellos por sí mismos imponen una forma de corrección y deben ser llevados a su máxima posibilidad. Esto sucede cuando se encuentran incorporados como parte del derecho obligatorio en el catálogo de derechos fundamentales de una constitución (Alexy, 2003: 21).

### III. Algunas cuestiones conceptuales

El interés superior del niño puede ser tenido en cuenta de múltiples maneras, todas ellas válidas según la fundamentación que se dé al respecto. Particularmente nos interesa tomar al interés superior como un principio que determina una *ratio legis* en un sentido estrictamente interpretativo, ya que constituye un argumento de peso dentro del discurso técnico jurídico. Para algunos este concepto del interés superior resulta ser totalmente indeterminado y por lo tanto de difícil concreción, por encontrarse dentro de la esfera de la subjetividad, haciendo depender su contenido de la valoración que realiza el operador jurídico. No obstante la existencia de distintas posiciones, podemos reconocer un sentido multifacético que dificulta su apreciación, porque depende de la consideración de las circunstancias del caso (aspecto material) y la formulación del interés, lo que implica determinar a futuro la mejor posibilidad para el desarrollo integral del niño, realizando una valoración sobre lo que conviene y debe realizarse (aspecto formal).

No podemos dejar de pensar que las cuestiones de derecho intentan dar respuestas a los conflictos humanos. En definitiva, los operadores jurídicos pretenden resolver cuestiones específicas en las que se ponen en juego los intereses de las distintas partes, los que en muchos casos, su defensa asume una configuración de lucha, en los que cada interesado mantiene una contienda tratando de sacar el mejor provecho. Estos conflictos de intereses dan fundamento a la existencia de conflictos. No cabe duda de que desde esta perspectiva la preocupación del sistema normativo en reconocer y preferir el interés de los menores, por sobre el de las personas mayores tiene un sentido funcional y operativo, en tanto que delimita líneas de acción.

Debemos tener en cuenta que este principio surge de lo enunciado por las convenciones internacionales, como también por la normativa vigente a nivel nacional y provincial. Lo que hace que este concepto tenga un valor agregado, a la hora de establecer un criterio de procedimental.

El concepto del interés superior del niño parecería ser un concepto tan amplio e indefinible que todo puede ser incluido en su designación. Sin embargo, hay dos temas que se entrecruzan en su análisis, por un lado aquello que fácticamente hace a su interés y por el otro los derechos del niño. Esto nos lleva a contemplar al derecho general y abstracto, con la intención de realizar un análisis desde la lógica jurídica (Belandro, 2011).

El objeto de la ley 26.061 es, según el artículo 1 “(...) la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina (...)”; bajo la expresa intención de garantizar el ejercicio y disfrute *pleno, efectivo y permanente* de todos los derechos que se encuentren reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales que hayan sido ratificados por el Estado Nacional; por eso, como lo subraya la ley, la Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia.

Toda medida o decisión administrativa y judicial utiliza como criterio de los actos jurisdiccionales, la protección del interés superior del niño como principio rector. La ley provincial 13.298 establece que el interés superior del niño es una máxima, que posee una proyección concreta cuando se asegura la satisfacción integral de sus derechos, como así también el despliegue integral y armónico de su personalidad. Por lo tanto, para propender a la mejor tutela de sus derechos se debe considerar un conjunto de aspectos, que enlazan y fundamentan una respuesta del órgano jurisdiccional.

Estos tienen que ver con:

- a) La condición, situación y/o características personales del niño.
- b) Tener en cuenta su opinión, según su desarrollo psicofísico y grado de madurez alcanzado, a fin de asegurarle el derecho a ser oído.

c) Establecer un equilibrio entre los derechos, garantías y deberes, de modo que se vean asegurados la mayor cantidad de ellos y llegado el caso, unos pocos se vean afectados. Algo que implica necesariamente una acción ponderativa, determinando en cada caso, los que deben prevalecer con relación a otros que se encuentran en juego.

d) Buscar un necesario equilibrio con las exigencias sociales, de tal modo que la decisión adoptada pueda ser llevada a la práctica.

Estos criterios que hemos señalado tienen su fundamento en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) la resolución N° 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, la resolución N° 45/113 de la Asamblea General, las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD) y la resolución 45/112.

El interés superior debe formularse teniendo en cuenta la problemática planteada y la situación particular del niño, encontrándose muy alejada de categorías ideales o preestablecidas que pretendan lograr estándares uniformes.

En cuanto Uruguay, el Código de la Niñez y la Adolescencia expresa en el artículo 4 que:

“(…) para la interpretación de este Código se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al país. En caso de duda, se deberá recurrir a los criterios generales de interpretación y, especialmente, a las normas propias de cada materia” (Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley 17.823, 2004: 1).

Y, para el “caso de vacío legal o insuficiencia, se deberá recurrir a los criterios generales de integración, especialmente a las normas propias de cada materia” (artículo 5).

La operatividad del concepto “interés superior” tiene una construcción dinámica, ya que interviene distintos elementos como son el económico, el habitacional, las condiciones de vida, las relaciones con el entorno familiar y el desarrollo psicológico.

Nos resulta interesante reconocer que de un modo sustancial, la formulación de este interés se relaciona concretamente con el derecho a ser oído, porque mal se podría concebir éste, si la persona más interesada en su propio futuro, no pudiera expresar su opinión y no fuera escuchado, a fin de expresar sus gustos, preferencias y preocupaciones, como así también sus estados de ánimo y emociones. La misma escucha, le permite al operador reconocer distintos intereses que se encuentran en juego y establecer un criterio de prioridades.

Sabemos que la eficacia de la Convención de los Derechos del Niño depende no solo de la ratificación que los Estados realicen, sino también de la adecuación de las normas del derecho interno. En América Latina, casi la totalidad de las legislaciones mencionan y destacan al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Cuando afirmamos que resulta ser un principio jurídico y no un derecho o una cuestión de orden público familiar, estamos considerando su imposición en todos los ámbitos de la vida familiar como una máxima de satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley.

El 11 de marzo de 2013 la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en un tema de adopción dictó un fallo que hace referencia a la consideración del interés superior y su relación con la resolución judicial. En la causa C. 115.103, “O. J. D. Guarda con fines de adopción”, se dice que el artículo 21 en concordancia con el 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone que los Estados que reconocen o permiten el sistema de adopción deben cuidar que

el interés superior del niño sea el interés primordial. La jerarquía de los derechos vulnerados, que interesan sin duda alguna al interés público, y la consideración primordial del interés del menor deben guiar la solución del caso en orden a restablecerlos por una parte y hacerlo con el menor costo posible —entendiendo esto último en términos de economía y celeridad procesales—, atendiendo a razones de elemental equidad, todo ello sin mengua de la seguridad jurídica, valor igualmente ponderable por su trascendencia en toda decisión que tomen los jueces (Ac: 56.535, sent. del 16-03-1999 y Ac. 84.418, sent. del 19-06-2002, del voto del Pettigiani). En aras de ese interés superior, el proceso debe estar despojado de toda consideración ritualista, para tender casi exclusivamente a la satisfacción de aquella meta, que se encuentra incorporada de forma específica a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestro texto constitucional por imperio de la reforma de 1994 (artículo 75 inc. 22).

En este mismo sentido también ha dicho la Corte que en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al “interés del menor” como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31-03-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-09-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-10-2003). Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, sent. del 26-10-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-04-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-02-2002. Voto Pettigiani 16 de marzo de 2016, en la causa C. 119.647, “M., S.A. Guarda”).

#### **IV. Principio superior**

Recordemos que la Convención marcó un cambio de paradigma con relación a la mirada sobre la infancia y adolescencia que pasaría a considerar al niño como un sujeto de derechos, dejando de lado la visión que se mantuvo durante gran parte del siglo XX, que entendía que los menores eran solo objetos que debían ser disciplinados, tutelados, protegidos y controlados.

Esto significó comprender que los niños no son seres inacabados, sino personas con iguales derechos que los adultos y merecedores de respeto. Personas con total dignidad y capaces de decidir sobre su propia vida, ejerciendo su libertad, con necesidades y cuidados especiales, teniendo en cuenta el desarrollo progresivo de sus capacidades, según el estadio evolutivo en el cual se encuentre.

Esta cuestión supone, por un lado, comprender su situación particular y por el otro reconocerle derechos específicos; el niño y el adolescente deja de tener un rol pasivo. Desde la Convención, la infancia adquiere entidad normativa, reconocida y valorada desde su propia singularidad. En ella se destaca el “interés superior del niño”, porque resulta ser el eje sobre el cual deben promoverse políticas públicas y tomarse las decisiones administrativas o judiciales, con el fin de hacer plenamente efectivos sus derechos.

El artículo 3.1 de la Convención señala que toda medida de institución pública a privada, tiene que tener en cuenta este interés a la hora de tomar cualquier decisión. Esto implica según el artículo 3.2 asegurar el cuidado y protección, teniendo en cuenta el juego de todos los derechos, los de los niños y adolescentes, y los derechos y deberes de los padres.

La ley 26.061 en su artículo 3 establece una definición del interés superior diciendo que es la máxima satisfacción de los derechos y garantías, reconociendo que estos derechos universales funcionan como principios jurídicos, que debe alcanzar su máxima realización y que esto depende de



su aplicación integral, de modo que se tenga en cuenta la totalidad de los derechos, aun cuando se logre solamente una aplicación incompleta de alguno de ellos. Pero también la forma de aplicación debe ser simultánea, lo que impela a aplicarlos en un mismo tiempo, sin dilaciones y en toda su extensión.

El concepto de interés superior del niño se conecta con la idea de bienestar en la más amplia acepción del vocablo, y son sus necesidades las que definen su interés en cada momento de la historia y de la vida (Grosman, 1998: 23).

Si bien, la sociedad suele observar perpleja el enfrentamiento entre el bienestar, el interés del menor y el interés personal de padres desavenidos, esta lucha de intereses no puede tener como resultado más que el predominio del interés superior del niño (Basz y Feldstein de Cárdenas, 1996: 1).

Recordemos que los niños y adolescentes no tienen plena capacidad para ejercer por sí mismos todos los derechos. Sin embargo, esto no quita que tengan plena aptitud para ser titulares de derechos. La Convención no protege la colectividad o el grupo social, sino a cada niño en particular reconociéndolo como el sujeto de estos derechos.

La intervención judicial en la vida de un joven o un niño debe estar motivada en una situación de posible o total desprotección de esa persona en particular. Dicha intervención no representa un fin en sí mismo, sino que debe procurar el restablecimiento del equilibrio jurídico afectado dentro del menor tiempo posible.

En el caso de la provincia de Buenos Aires, la ley 13.298, cuando en su primera parte enuncia los objetivos y finalidades, explicita en su artículo 4 que debe tenderse a la máxima satisfacción de los derechos, coincidiendo en muchos de sus aspectos con la ley nacional, sobre las condiciones de su aplicación. Si bien hay que hacer la salvedad, que esta última establece que el principio del interés superior rige para las siguientes materias: patria potestad, filiación, restitución, adopción, emancipación y toda otra circunstancia vinculada con éstas.

No obstante, la ley provincial en su artículo 10 complementa la actividad interpretativa con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, también llamadas Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD), todas ellas referidas al ámbito penal juvenil, las que dan a la Convención Internacional una importante proyección en relación a la vigencia y protección de los derechos del niño y adolescente.

Asimismo, el artículo 11 se encarga de explicar que los derechos enunciados en la ley deben ser leídos desde el contexto que nos presentan los Derechos Humanos, por más que no se los enuncie en la ley. En tanto que el artículo 12 se destaca que estos derechos son inherentes a toda persona, lo que nos permite inferir que todos ellos son de orden público, irrenunciables, interdependientes e indivisibles. En este sentido la normativa vigente tiene una clara finalidad, asegurarle al niño todos sus derechos, brindándole una clara protección impidiendo cualquier vulneración de sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta sus capacidades progresivas. Por lo que no puede dejarse de asegurar el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan su interés, en función de la edad y madurez (Kemelmajer de Carlucci, 1994: 167).

El problema surge cuando la participación del niño en los procesos judiciales en los que está implicado resulta escasa o nula. En tanto que no se da el lugar para su participación, limitándose de esta forma sus derechos, al no garantizar la defensa de los intereses del niño. No puede ser marginado cuando su interés se pone en juego, ni puede ser dejado a un lado cuando su participación es vital para dar a conocer sus problemas. No se puede resolver una cuestión dando la espalda a quien va a sufrir las consecuencias. Lejos ha quedado la Ley 10.903 de Patronato, en la cual estaba desdibujada la intervención del Estado.

## V. Algunos aspectos jurisprudenciales

En el Acuerdo 2078 del 7 de julio de 1998, en la causa Ac. 70.180 “B. P. A. Adopción”, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires sostuvo la importancia de la Convención, y resaltó la obligatoriedad de sus principios, en una causa sobre abandono, diciendo que la cuestión planteada debe resolverse a la luz de los principios que surgen de la Convención de los Derechos del Niño, que adquirió jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994, circunstancia que impone la adecuación de todo acto estatal —legislativo, jurisdiccional o administrativo— a tales postulados (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional).

El interés primordial del niño se erige como principio primordial para decidir los conflictos que se presenten, conforme lo establece el artículo 3.1:

“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” (Convención de los Derechos del Niño, 1998: 14).

Por tanto, el andarivel de marras, que se reitera en numerosos artículos del aludido instrumento legal (artículos: 9.1, 9.2, 18.1, 20.1, 21, 40.2. III), constituye la clave de bóveda para resolver el presente pleito. En tal orden de ideas destaco especialmente el deber que impone el artículo 21 de la Convención, al estipular que “los Estados parte que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)”.

Así pues, y aunque resulte una obviedad ponerlo de relieve, por encima de la ley está la Carta Magna (artículo 31 de la Constitución Nacional) y desde la reforma del año 1994, también al lado de la Constitución y con su misma jerarquía, los instrumentos internacionales revestidos de ese nivel supremo por el artículo 75 inc. 22. Como enseña Bidart Campos “en esa cúspide, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos son ‘derecho’, tienen juridicidad y fuerza normativa, y deben recibir aplicación, con descarte de toda norma inferior que les resulta incompatible” (2001: 3).

En la acordada 66.519 dictada en 1999 se ha definido al interés del menor como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizando en concreto, ya que no cabe concebir un interés del menor puramente abstracto, máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad: lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente.

El espíritu que anima el derecho a ser oído del menor es fundamentalmente proteger su interés, mas ello no es sinónimo de aceptar su deseo. De allí que sus opiniones deberán ser evaluadas por el sentenciante en conjunto con los demás elementos obrantes en el proceso y deberán ser meridadas en relación con el grado de evolución y madurez que presente el niño, datos que surgirán de los informes que puedan obrar en autos (conf. C.N.C., Sala “B”, 7-07-1999 en *El Derecho*, 186-499).

El 31 de octubre de 2012 el Acuerdo 2078 de la Suprema Corte de Justicia en la causa C. 116.673, “Z. V. contra R. D. Medida cautelar”, especifica que el interés superior del niño, se encuentra consagrado en el artículo 3 de la CDN que señala que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Se ha señalado, reiteradamente, que cuando se encuentran en pugna intereses de niños y adultos deben prevalecer el del niño (conf. Ac. 84.418, sent. del 19-06-2002; Ac. 87.832, sent. del 28-07-2004; C. 115.080, sent. del 28-03-2012; CS, 12-06-201, LL 26-06-2012, p. 7). A su vez, el artículo 4 *in fine* de la ley 13.298 expresa: “En aplicación del principio del interés superior del niño, cuando exista



conflicto entre los derechos e intereses de todos los niños, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (id. artículo 3 *in fine*, ley 26.061).

El interés superior de estos niños es crecer en un espacio en donde se respeten sus derechos —siempre— y no a conveniencia de los adultos.

## VI. Aspectos normativos

Para comenzar nada mejor que remitirnos al primer artículo del Código Civil y Comercial que nos habla de las fuentes del derecho, entre las que enumera la Constitución y los tratados de derechos humanos que hayan sido ratificados por nuestro país.

Este mismo artículo se refiere a que un correcto análisis tiene que tener en cuenta su finalidad. Complementándose con lo que indica el artículo segundo sobre este tema, explicitando que debe hacerse una interpretación gramatical, teleológica y axiológica de la ley. Sin embargo, como bien señala el artículo, cuando se quiere explicar y darle un sentido a la ley, hay que ser coherente, a fin de evitar las contradicciones en el análisis. Esto implica entender que el Código solo es una parte de un todo, o mejor dicho que una norma no es más que una parte del ordenamiento jurídico.

El sistema normativo puede presentar cierta complejidad si queremos tener un conocimiento acabado de todos los temas. No obstante, observamos que existe de una relación ineludible entre el Código, la Constitución y los Tratados Internacionales. Por lo tanto, quien aplica la ley o la interpreta, establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado. Toda decisión judicial debe verificar la coherencia del ordenamiento, de un modo suficientemente razonable.

Cabe destacar que en el Código Civil y Comercial existe comunicabilidad de principios públicos y privados, que se proyectan en el derecho de familia. De tal forma que existe un conjunto de nulidades que pueden ser aplicados a aquellos hechos contrarios al orden público familiar. Cuando el codificador recepta los tratados de derechos humanos, reafirma el respeto a los derechos constitucionales, que para algunos conforman un bloque de constitucionalidad. No hace más que constitucionalizar el derecho privado, en tanto que la coherencia interpretativa que exige el propio Código permite ampliar la consideración a los derechos constitucionales y a los principios convencionales, cuando en las decisiones se ponen en juego valores jurídicos.

## VII. Algunas precisiones

Anteriormente habíamos afirmado que el Código Civil y Comercial, en materia de adopción, se refiere en distintas partes al interés superior del niño. Una buena exégesis del texto normativo nos obliga a detenernos en aquellos artículos que hacen una mención explícita a nuestro tema de interés.

La simple lectura de la norma nos lleva a preguntarnos sobre aquello que nos quiere decir el codificador. El texto claramente resalta al interés superior como uno de los principios generales de la adopción que enuncia el artículo 595 en su inciso a). Si bien, el artículo solo lo menciona sin establecerse ningún tipo de precisiones, de esta forma la consagra como un principio de optimización, colocándolo como lineamiento para la resolución de problemas, tal como lo reconoce el derecho convencional. En este artículo se enuncian un conjunto de directrices que sirven tanto para descubrir el sentido de la ley, como para valorar las conductas normadas. Esta pauta interpretativa, proporciona un elemento objetivo a la decisión jurídica.

El derecho a ser oído también resulta ser una de los principios que opera en el instituto de la adopción. El artículo 595 inc. f) lo reconoce como un derecho que poseen los niños, las niñas y los adolescentes, es decir, durante todas las etapas previas a llegar a la vida adulta. Se explicita que se tiene que tener en cuenta la edad de la persona que debe ser escuchada (aspecto objetivo), como así también la madurez que haya alcanzado (aspecto subjetivo). Especificando que cuando el niño

posea la edad de 10 años resulta obligatorio requerir su consentimiento, sin aclarar para qué momentos, por lo que puede entenderse que es en todos aquellos que tengan algún grado de relevancia para la persona del niño.

Es cierto que siguiendo este criterio se produzcan sentencias contradictorias. Sin embargo, esto no tiene nada de malo, no indica la imposibilidad de aplicar este principio, sino la necesidad de proporcionar una fundamentación suficientemente motivada en las constancias de autos, sobre los cuales construir una línea argumental que consolide la decisión (Herrera; Carmelo y Picaso, 2016: 372). Un ejemplo cabal se produce en el caso de la adopción, por las pujas de intereses entre la familia de origen y los pretensos adoptantes. Esto nos lleva a entender a la sentencia como una decisión razonada, que encuentra su fundamento en los hechos y las pruebas aportadas, suficientemente valoradas a la luz de las normas.

Por último nos parece que para agotar de alguna forma la relación entre el interés superior del niño y de la adopción se requiere comentar los otros dos artículos —621 y 627—, que mencionan específicamente el interés superior como criterio de análisis de la posible situación. En el primer caso se refiere a la adopción conjunta entre personas divorciadas o que se encuentran separadas luego de haber vivido en unión convivencial. Casos en los que iniciada la guarda durante la convivencia se produce con el tiempo de disolución de la relación sentimental, situación que amerita que se tenga en cuenta el vínculo creado entre el niño y los adoptantes. Dándose esta posibilidad se puede otorgar una adopción simultánea, conjunta o dual de los excónyuges o exconvivientes. La norma obliga al juez a valorar la incidencia de la ruptura en la vida de los cónyuges. Por lo que se deberá considerar especialmente el tipo de relación que mantienen las partes, en vista, a dicho interés, ya que el artículo 604 permite adoptar de forma conjunta a quienes se encuentren divorciados o hayan cesado su unión convivencial. Esto implica que al juez le compete evaluar la situación socio familiar de los pretensos adoptantes, en pos de resguardar el interés del niño.

Podemos observar que cualquiera sea el tipo de adopción, el juez cuenta con atributos suficientes para otorgarla o denegarla. Bajo las condiciones que establece la propia norma, de modo que la resolución que se dicte debe estar fundada en las circunstancias del caso (aspecto material) y el interés superior del niño (aspecto formal). Situación que se ve claramente, cuando en la adopción simple se le permite al juez, mantener el vínculo jurídico con uno o varios familiares del adoptante.

El segundo caso que describe el artículo 627 inc. b) se produce en la adopción simple, por cuanto que la comunicación con la familia de origen va a depender de la conveniencia de ésta según el interés superior. Esta situación ha cobrado relevancia a partir del caso “Forneron”, en el que la Corte IDH afirmó: “(...) que el disfrute mutuo en la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar”. En caso contrario, se está coartando el derecho a la identidad consagrado como otro de los principios en materia de adopción. Éste solo puede ser limitado en la medida que el mantenimiento de las relaciones con la familia de origen, sea perjudicial para el niño o adolescente, en tanto que resulta ser contrario a su mejor desarrollo socioafectivo.

### **VIII. Conclusión**

Luego del análisis que hemos realizado, podemos concluir que, por un lado el codificador ha realizado un importante esfuerzo proyectando una nueva ley que reflejara en su contenido el tema de los derechos humanos que por vía convencional nuestro país había suscripto y conforman una parte importante de nuestro ordenamiento. Por otro lado, podemos observar que esta actualización implica una nueva mirada sobre el derecho de familia en particular, en el que se ha producido un cambio trascendente, no solo por la inclusión de un conjunto de temas nuevos, sino también por la inclusión de otros, que como en el caso de la adopción se regulaba por una norma específica, con las dificultades propias de ser una ley, que no formaba parte del mismo cuerpo normativo. Lo que implica que hoy podamos tener una nueva mirada orgánica y sistemática sobre la adopción, que se consolida y complementa con una visión integral de los derechos humanos.

## IX. Bibliografía

ALEX, Robert (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 33.

— (2003). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, p. 136.

BASZ, Victoria y FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. (1996). *El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores*. Buenos Aires: La Ley. LL 1996-B, 610.

BIDART CAMPOS, Germán (2001). *La ley no es el techo del ordenamiento jurídico*. Buenos Aires: La Ley, 1997-F, 145. AR/DOC/15203/2001.

BELANDRO, Rubén Santos (2011). *El interés superior del menor en el derecho internacional privado*. Disponible en: [www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulo-juridico/?hid=28](http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulo-juridico/?hid=28) [Fecha de consulta 12/03/2016].

GROSMAN, Cecilia (1998). *Los derechos del niño en la familia*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, p. 23.

HERRERA, Marisa; CARMELO, Gustavo y PICASSO Sebastián (2016). *Código Civil y Comercial. Comentado*. Disponible en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) [Fecha de consulta 20/03/2016].

HERRERA FIGUEROA, M. (1955). *Justicia y sentido*. Tucumán: Ministerio de educación de la Nación. Universidad Nacional de Tucumán, p. 133.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (1994). “El derecho constitucional del menor a ser oído” en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 167.

RODRÍGUEZ, César (1997). “Teoría del derecho y decisión judicial”, en: *La decisión judicial. El debate Hart. Dworkin*. Bogotá: Universidad de los Andes, p. 62.

SIERCKMANN, Jan (2006). *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 209.

## Legislación

Ley provincial 13.298. Disponible en: [www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13298.html](http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13298.html) [Fecha de consulta: 02/02/2016].

Ley 26.061. Disponible en: [www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Nuevo/26061.pdf](http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Nuevo/26061.pdf) [Fecha de consulta: 15/02/2016].

Ley 10.903 de Patronato. 23118. Disponible en: [www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/...de.../Ley%2010903\\_patronato.pdf](http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/...de.../Ley%2010903_patronato.pdf) [Fecha de consulta: 27/03/2016].

## Jurisprudencia

Caso “Forneron e hija” (2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf) [Fecha de consulta: 22/12/2015].

Causa C. 115.103, “O. J .D.” (2013). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar) [Fecha de consulta: 27/12/2015].

Causa Ac. 70.180, “B. P. A. Adopción” (2000). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar) [Fecha de consulta: 27/12/2015].

Causa C. 116.673, “Z. V. contra R. D. Medida cautelar” (2012). Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Disponible en: [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar) [Fecha de consulta: 2/02/2016].

Fecha de recepción: 01-04-2016

Fecha de aceptación: 12-08-2016