

## Una sentencia razonable en materia de adopción

---

POR RUBÉN MARCELO GARATE(\*)

**Sumario:** I. Introducción.- II. Herramientas normativas.- III. El interés superior como principio y fin de la actuación jurisdiccional.- IV. Frente a las distintas formas de adopción.- V. Algunas cuestiones jusfilosóficas sobre la interpretación.- VI.- Teniendo en cuenta los derechos fundamentales.- VII. Conclusión.- VIII. Bibliografía.

**Resumen:** cuando se piensa en una decisión judicial sobre el estado de adoptabilidad de un niño se pretende que la resolución sea la correcta, ello a favor del niño al considerar su interés superior. En consecuencia, no solo se debe tener en cuenta la situación particular del niño, niña y adolescente, sino también la normativa convencional de derechos humanos y las normas nacionales, que permite establecer la fundamentación discursiva de la resolución que pueda ser tomada por el órgano jurisdiccional.

**Palabras claves:** adopción - sentencia - derechos convencionales

*A reasonable judgment on adoption*

**Abstract:** *when thinking about a judicial decision on the adoptability status of a child, the resolution is intended to be the correct, in favor of the child considering its best interest. Consequently, not only must the particular situation of the child and adolescent be taken into account, but also the conventional human rights norms and*

---

(\*) Prof. en Filosofía y Ciencias de la Educación. Doctor en Derecho, Universidad Argentina John F. Kennedy. Especialización en Derecho de Familia. Prof. de Introducción al Derecho y Maestría de Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, UNLP.

*national norms, which allow establishing the discursive foundation of the resolution that can be taken by the court.*

**Keywords:** *adoption - judgment - conventional rights*

## **I. Introducción**

Cuando se propuso la reforma del Código Civil y Comercial, entre las distintas modificaciones que se pretendieron realizar, se encontraba la de brindar una visión unificada de los temas civiles y comerciales con la finalidad de garantizar cierta coherencia normativa. Por otro lado, también se vio fuertemente transformado el derecho de familia en diversos temas, como son: el derecho matrimonial, la filiación y la adopción, por solo nombrar algunos ejemplos.

Dentro de estos cambios, no puede dejar de considerarse la sistematización de los grandes temas bajo un criterio metodológico y organizativo dinámico, que pretende lograr rigurosidad en el tratamiento de los temas propuestos, produciéndose 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 significativos que se produjo fue 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 sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

Para hacer un análisis del ordenamiento jurídico en su conjunto, no podemos dejar de reconocer la importancia que ha tenido la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que a partir del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN) brinda una puerta abierta que nunca se cerrará. Se conforma así un núcleo duro de derechos que, con jerarquía constitucional, es parte de nuestra carta magna, por lo cual su exclusión importaría una modificación de nuestro sistema democrático, en tanto que la república se encuentra sometida a las leyes y estas deben ser interpretadas bajo el criterio de la norma máxima (artículo 1 del CCiv. y Com.).

Es en el instituto de la adopción donde más claramente podemos observar la coherencia que la reforma pretendió establecer entre el derecho internacional ya existente y el derecho privado, logrando una interacción exitosa, de tal forma que el código se ve enriquecido con la incorporación de derechos y principios establecidos en el derecho convencional, tales como son: 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.

Teniendo en cuenta lo dicho, nos parece interesante destacar que el Código Civil y Comercial, en el libro segundo del título VI, al hablar de las relaciones de familia hace referencia —a lo largo de sus 44 artículos— y subraya la importancia del interés superior del niño, mencionándolo explícitamente al menos unas cuatro veces. Este dato nos revela no solo la importancia que la comisión codificadora le ha dado a este principio, sino también la insistencia para dejar en claro que, además, este es un criterio hermenéutico para la correcta interpretación de la normativa. En su redacción se pone de relieve, desde su insistencia, los aspectos que deben ser tenidos en cuenta en la dinámica de práctica derecho.

Desde la filosofía del derecho se nos dice que la norma debe ser entendida como una modalidad de la acción que refleja un criterio de racionalidad específico, utilizado por los distintos operadores del derecho, para resolver conflictos específicos (Petev, 1996, p. 72).

En este contexto, el rol del juez de familia juega en los procesos de especiales una importancia fundamental, en tanto que el Código le exige una conducta proactiva, sobre todo cuando se trata de decidir sobre el destino de niños, niñas y adolescentes, máxime si tenemos en cuenta que, en los procesos de cuidado personal, guarda o adopción, se ponen en juego el presente y futuro de las personas de un modo concreto.

Por este motivo nos interesa poner la mirada en el problema de la elaboración de la decisión judicial, a fin de establecer los principios rectores que deben ser tenidos en cuenta a la hora de tomar una resolución, pero también determinar los aspectos en concreto que tienen que reconocerse frente a un caso específico. Al juez le cabe la responsabilidad de analizar los conflictos, desavenencias y los hechos controvertidos que se ponen de resalto durante el proceso, con la finalidad de encontrar una respuesta jurídica que pueda ser considerada válida.

En la sentencia, el juez produce un desarrollo narrativo que resulta fundamental para establecer los criterios sobre los cuales asentará su decisión. En definitiva, valora hechos en la medida que distingue aspectos positivos y negativos. Esto nos revela la necesidad de descubrir cuáles son los hechos que serán valorados con mayor intensidad que aquellos que para el juez resultan irrelevantes, ya sea porque carecen de valor o porque no poseen trascendencia normativa. Esto implica reconocer que la sentencia es la consecuencia de un proceso lógico de construcción de una decisión en el cual debe identificar la norma en función de los hechos jurídicamente relevantes (Cueto Rúa, 2000, p. 137).

La doctrina de la *protección integral* impregna el ejercicio de las acciones judiciales y es importante para asegurar y resguardar el *interés superior* de niños y adolescentes, garantizando formalmente una mayor flexibilidad en la decisión de los casos. En la segunda mitad del siglo XX se produjo un cambio importante en la concepción de los derechos humanos, en el del papel del Estado —como promotor de derechos— en tanto que se pasa del concepto de la protección del Estado, considerando que se debe ser protegido de las acciones del Estado.

Cuando se afirma que los niños y adolescentes son sujetos de derecho, no solo se dice que pueden ser titulares de derecho, sino que, además, tienen intereses distintos, a los del grupo familiar al que pertenecen. Estos intereses son los que deben ponderarse, cuando se plasman en acciones u omisiones que pongan a los niños en situaciones de vulnerabilidad. La universalidad de los derechos de la infancia aparece también a través de la trayectoria asumida por las regulaciones internacionales de derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, opera a partir de presupuestos sobre la concepción de individuo presentes en las declaraciones de derechos francesa y norteamericana del siglo XVIII, matriz normativa del resto de las declaraciones. No obstante, bien podemos hablar de un cuerpo normativo supranacional, específico, que compromete a los países firmantes con su implantación concreta. Con relación a los derechos relativos a la infancia, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, de 1959, y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de 1989, señalan un conjunto de principios.

En este sentido, podemos observar tensión entre una concepción del niño o del adolescente como individuo, portador de derechos análogos a los conferidos a los individuos adultos, por un lado, y una visión que atiende a su condición peculiar, por el otro, considerándolo como potencialmente adulto por ser *sujetos especiales de derecho*, sin dejar de reconocer la desigualdad legal y jurídica desde la cual opera la protección.

La contradicción entre un ideal universalista y las experiencias singulares explica un complejo juego de valores en torno a la protección especial y efectiva. En el caso de los niños está en juego el establecimiento de responsabilidades legalmente sancionadas y reconocidas. En esta cuestión se produce la determinación del sujeto de derechos, que implica dejar de lado su generalidad, para considerarlo en su dimensión específica, según su naturaleza jurídica.

## II. Herramientas normativas

Una visión integral del fenómeno jurídico tiene que reconocer un aspecto coercitivo, como así también su aspecto correctivo, que se vislumbra en la exigencia

de racionalidad de las decisiones jurídicas. En este intento de brindar la mayor corrección posible a la decisión judicial, se conjugan las normas, las conductas jurídicamente relevantes y las valoraciones que hacemos sobre estas conductas. Este tipo de decisiones requieren esencialmente de un discurso que exponga su validez.

Si entendemos, según lo establecido por el artículo 594 del Código Civil y Comercial, que la adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger a los niños, niñas y adolescentes para vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, entonces, la adopción debe ser concebida como institución tendiente a hacer efectivos los derechos de los niños y adolescentes, en la medida que se ha visto imposibilitado el mantenimiento en la familia de origen, porque ella no existe, no quieren hacerse cargo o no pueden construir proyectos vinculares sólidos; situación que debe tener como condición la previa construcción de distintas vías de acción concretas que tengan como fin garantizar el derecho de aquellos a permanecer y crecer junto a su familia de origen. Estas acciones implican, por un lado, un abordaje integral al problema familiar y, por el otro, un conjunto de actividades que encuentran su sentido de ser en la finalidad de evitar su separación de su medio familiar y resguardar su interés superior. Sobre todo, si tenemos en cuenta que los padres biológicos forman parte del proceso hasta que se produzca la declaración judicial de situación de adoptabilidad por parte del órgano jurisdiccional. Es por eso que la adopción debe ser vista como el remedio que la norma establece como excepción a permanecer en su familia de origen cuando los padres han fallecido, se ha agotado la búsqueda de familiares, cuando el niño, niña o adolescente no tiene filiación, cuando los padres prestaron un consentimiento informado, o cuando el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña y adolescente tomó la decisión de dictaminar de forma favorable sobre la situación de adoptabilidad, y todo ello en los plazos establecidos en la ley.

El quehacer jurisdiccional requiere de un conjunto de herramientas normativas con las cuales se construye una decisión con perspectiva de género. Entre las normas internacionales que deben ser tenidas en cuenta se encuentran los artículos 2, 3, 6 y 7 incisos b, d, f y g de la Convención de Belém do Pará; artículo 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; artículo 24 de la Convención Americana; Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, párrafos 10, 12 y 17; Recomendación General 28 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), (CE párr. 18; Corte Interamericana de Derechos Humanos), “Caso Rosendo Cantú y otra v. México” párrafo 177, Observaciones finales de la CEDAW sobre Argentina del 16 de Agosto del 2010, puntos 23 y 24.

Cabe destacar que los derechos de las mujeres se han visto valorados por la Comisión Interamericana en el documento “Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe” (2019) en el que se ha identificado a las mujeres, niñas y adolescentes como personas en situación particular de discriminación en la región y, en consecuencia, ha priorizado sus líneas de trabajo para promover y garantizar sus derechos fundamentales. Con base en dicho marco, la CIDH ha mantenido un rol esencial en el desarrollo de estándares para la protección y defensa de las mujeres, niñas y adolescentes y ha recomendado de forma consistente a los Estados el adoptar esfuerzos concretos para garantizar, por un lado, la universalidad del sistema interamericano de derechos humanos y, por otro, iniciativas para cumplir con las decisiones y recomendaciones de tanto la CIDH como la Corte Interamericana.

En el caso “Campo algodonero vs. México” (2013), la Corte reconoció la responsabilidad internacional del Estado por el asesinato de tres mujeres en un campo algodonero de Ciudad Juárez, precisando que la investigación deberá incluir una *perspectiva de género* (1).

En el fallo “Penal Miguel Castro Castro c/ Perú” (2008), la Corte incorpora el estándar de la “debida diligencia”, fundado en lo que establece el sistema interamericano en la Convención de Belem do Pará. Este fallo es un precedente valioso para el sistema interamericano al incorporar la perspectiva de género, estableciendo ante una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres que este puede tener un impacto diferencial según el género, que debe

---

(1) La demanda se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional del Estado por “la desaparición y ulterior muerte” de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonero de Ciudad Juárez, responsabilizando al Estado por la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición y la ausencia de debida diligencia en la investigación de los asesinatos, así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada. La Corte concluye que la violación de la integridad personal de los familiares de las víctimas se ha configurado por las circunstancias sufridas durante todo el proceso desde que las jóvenes Esmeralda Herrera Monreal, Claudia Ivette González y Laura Berenice Ramos Monárrez desaparecieron, así como por el contexto general en el que ocurrieron los hechos. La irregular y deficiente actuación de las autoridades del Estado a la hora de buscar el paradero de las víctimas una vez reportada su desaparición, la mala diligencia en la determinación de la identidad de los restos, de las circunstancias y causas de las muertes, el retraso en la entrega de los cadáveres, la ausencia de información sobre el desarrollo de las investigaciones y el trato dado a los familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad ha provocado en ellos un gran sufrimiento y angustia. Todo ello, a criterio del Tribunal, configura un trato degradante, contrario al artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)

ser tenido en cuenta no solo para establecer los hechos sino también las consecuencias jurídicas del caso.

Los Estados son los últimos responsables de la violencia y la discriminación contra las mujeres que se pueda producir tanto en el ámbito público como en el privado. Sobre cada Estado pesa la obligación de *guardar la debida diligencia* para prevenir, investigar, sancionar a los responsables y reparar las consecuencias emergentes de los hechos de los particulares. Esto surge de lo establecido tanto por la CEDAW como por la Convención de Belem do Pará, artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; significa que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce que los Estados tienen, en cualquier agente que lo represente, la responsabilidad de proteger a la mujer en su condición de mujer (artículo 7.b de la Convención de Belem do Pará).

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), se inscriben como parte del derecho internacional de los derechos humanos, con una clara perspectiva de género. Esta perspectiva supone un criterio hermenéutico, que se ve reafirmado en la jurisprudencia de la Corte IDH, como por ejemplo el fallo Rosendo Cantú y otra *vs.* México (2010), donde la Corte IDH había condenado a dicho país por la investigación insuficiente del delito de violación sexual, el cual debe realizarse eficazmente y dentro de un plazo razonable.

La Corte IDH ha establecido que sus fallos poseen efectos vinculantes no solo para los países firmantes del Pacto de San José de Costa Rica. Así, en el caso “Gelman *vs.* Uruguay” (2011) sostuvo que sus sentencias no solo involucran a las partes del caso en análisis, sino que también tiene efectos vinculantes para todos los Estados signatarios de la CADH. En este sentido debe considerarse que la actividad interpretativa de las normas convencionales, tienen una vinculación indirecta *erga omnes*.

Para comprender la importancia de los derechos humanos y su interrelación con los ordenamientos jurídicos nacionales, se requiere, por un lado, desarrollar una actividad interpretativa y por otro generar una acción argumentativa (Alexy, 1995, p. 33). Interpretar y aplicar el derecho es una construcción que se produce a partir de una decisión judicial, basada en una argumentación sólida.

Una de las principales características de todo discurso racional tiene que ver con su coherencia entre los estándares internacionales y las decisiones judiciales. Bien podemos considerar *prima facie* que el objetivo de la decisión judicial debe ser la maximización de los derechos. El cumplimiento de esta premisa, permite una validación objetiva del discurso.

### III. El interés superior como principio y fin de la actuación jurisdiccional

La situación particular de cada niño y la adolescente no puede dejar de tenerse en cuenta siguiendo el criterio establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 2 y 19 de la Convención Americana; 75 inc. 2 y 23 de la CN y Observación General 7 del Comité de los Derechos del Niño.

Ante el aparente conflicto de derechos e intereses se debe aplicar el principio *favor minoris*, con expresa recepción en los artículos 3 y 5 de la ley 26.061, así como en el artículo 4 de la ley 13.298, conforme al cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros.

Pero no es este el único principio que hay que tener en cuenta, sino también debe considerarse el principio de precaución, que exige valorar también los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad de los niños. Por lo tanto, el “interés del menor” es un criterio para lograr la protección de la persona y los bienes de un niño, niña o adolescente determinado, por sus circunstancias históricas, analizando en concreto la particularidad que presenta cada caso (Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

Determinar concretamente del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas espacio temporales. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño de que se trate, como su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño, por ejemplo, la presencia o ausencia de sus padres, el hecho de que viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores.

Todos estos elementos deben ser ponderados con base en garantizar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos. Sin embargo, entendemos que la única forma de concretar este interés es tener como objetivo la máxima realización de sus derechos. En este sentido, podemos afirmar que lo fáctico es el dato empírico sobre el que se apoya una decisión que tiene como objetivo la maximización de los derechos del niño. Esto no es otra cosa que optar por el niño, buscando que se efectivicen sobre un niño o adolescente vulnerado, la mayor cantidad de derechos.

La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones con sus padres dependen de la capacidad de la familia para cuidar del niño, por lo tanto, la separación debe ser evaluada como una condición necesaria para protegerlo,

“debiéndose barajar dicha posibilidad en los casos en que la asistencia que la familia requiere para preservar la unidad familiar no sea suficientemente eficaz para evitar el riesgo de descuido o abandono del menor o un riesgo para su seguridad o integridad, en cuyo caso el Estado debe previamente garantizar que la situación del niño y su familia haya sido debidamente evaluada” (ONU, 2013, párrs. 62, 63 y 64).

En estas decisiones se ponen en juego institutos jurídicos de suma relevancia, como el interés público, el interés de los niños, niñas y adolescentes, la celeridad procesal, la equidad y la seguridad jurídica, sumamente ponderables en toda decisión que tomen los jueces (Ac. 56.535, sent. del 16-III-1999; Ac. 84.418, sent. del 19-VI-2002, entre otras).

En principio, podemos pensar que las sentencias que declaran la situación de abandono de los niños tendrían que asegurar el derecho de mantener los vínculos familiares y la comunicación del grupo de hermanos y posiblemente con su progenitora, respetando en todo momento los tiempos y necesidades de los niños en su condición de sujetos de derechos y en función de su interés superior. Este principio no tiene un concepto unívoco sino dinámico, debido a que su contenido se reinterpreta de manera diferente para cada niño, conforme las necesidades y repercusiones de lo que se decide y reconociendo las características propias de cada uno de ellos.

A partir de la prueba se determinará la situación fáctica y el interés de cada niño, niña y adolescente de aquellos miembros de la familia de origen con los que es necesaria la preservación de algún lazo afectivo, de aquellos otros que no lo justifican y que cabe descalificar. Se sabe que la afectación de cualquier esfera de la vida de un niño repercute en su desarrollo general. Por lo tanto, la determinación del tipo de adopción se proyecta en el futuro. Por ejemplo, la relación que se mantenga con los progenitores y los hermanos, en la medida que se preserve los lazos sanguíneos y en el caso que se limite la relación con los abuelos.

El juez deberá evaluar la posibilidad de mantener subsistente el vínculo jurídico con los progenitores y hermanos, aunque se otorgue la adopción plena o, en su caso, crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en una adopción simple. Pero todo ello debe considerarse tomando en cuenta la base fáctica para determinar el interés superior de cada uno de los niños y adolescente, y si la familia inmediata no puede cuidar de los niños, ni es posible proporcionarles atención alternativa dentro de la familia extensa, ni dentro de la comunidad en un entorno familiar adecuado. Por otro lado, ese aspecto fáctico requiere el consentimiento para asegurar la debida participación de los mismos, los vínculos fraternos y el desarrollo dinámico de la identidad.

#### IV. Frente a las distintas formas de adopción

El nuevo Código Civil y Comercial estatuye un triple régimen de adopción: la adopción plena, la adopción simple y la adopción integrativa. La principal nota distintiva de las primeras dos modalidades radica en la extinción o no del vínculo de parentesco biológico entre el adoptado y su familia de origen. La elección del tipo de adopción depende de las circunstancias de hecho, sin embargo, el juez tiene la facultad para disponer un tipo adoptivo distinto del solicitado (conf. artículo 621 y cctes. CCiv. y Com.).

En el caso de tener que decidir sobre el problema de mantener a los hermanos unidos o separados, se debe considerar la realidad en la que se encuentran, claro que la preferencia debe ser por la mantención del grupo familiar; sin embargo, cuando esto resulta dificultoso o imposible, el interés del niño debe evaluarse teniendo en cuenta si se encuentra integrado a alguna otra familia. Las familias adoptivas no son de ninguna manera menos que la familia de sangre y, por lo tanto, se debe respetar el proceso de adopción que deben sobrellevar, con sus alternativas y sus propios tiempos, no pudiendo ser dejados de lado. El interés superior debe situarse en la familia que actualmente integra el niño, y no en la que no pudo llegar a ser, por imposibilidad de los progenitores o por parte de la familia extensa.

El interés superior del niño puede ser tenido en cuenta de múltiples maneras, todas ellas válidas según la fundamentación que se dé al respecto. El interés superior es 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 el Derecho intenta 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 que desde esta perspectiva la preocupación del sistema normativo en reconocer y preferir el interés de los niños, niñas y adolescentes por sobre el

de las personas mayores tiene un sentido funcional y operativo, en tanto que delimita líneas de acción. El interés superior del niño responde a un aspecto fáctico y otro filosófico-jurídico que atiende a los derechos que efectivamente deben ser preservados.

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 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.

La apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. Puede definirse al “interés” 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-III-1998; Ac. 73.814, sent. del 27-IX-2000; Ac. 79.931, sent. del 22-X-2003).

Debe tenerse en cuenta que en relación con los niños niñas y adolescentes, toda medida está signada por la provisionalidad, 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-X-1999; Ac. 71.303, sent. del 12-IV-2000; Ac. 78.726, sent. del 19-II-2002) —voto Pettigiani del 16 de marzo de 2016, en la causa C. 119.647, “M., S.A. Guarda”—.

## V. Algunas cuestiones jusfilosóficas sobre la interpretación

Hans Kelsen ha sostenido que existe una gran dificultad en las normas, dada la indeterminación que posee el texto normativo o por la complejidad que presenta su redacción. Esto no quita que el derecho se presente como un marco de posibilidades, dentro del cual se tengan distintos caminos a seguir, según sus propios matices. Todos ellos resultan ser válidos si se mantiene un marco de referencia dentro del cual se debe encontrar la solución del caso específico (Kelsen, 2009, p. 352). No hay una única respuesta correcta, sino una multiplicidad de respuestas posibles, que encuentran su limitación en el marco brindado por el sistema jurídico en su conjunto. Claro que lo interesante de la cuestión es la de establecer cuál es la decisión correcta bajo ciertas circunstancias específicas, por lo que consideramos que esta respuesta se encuentra en manos del propio juez de la causa, quien, por medio de su resolución, debe darnos una clara respuesta de los aspectos argumentales que fundamentan su decisión.

El orden jurídico, por lo tanto, tiene un sentido dinámico, no solo porque las normas dependen de su interpretación, sino también por su forma de aplicación. Este proceso de interpretación no proporciona un resultado matemático, sino que siempre existe la posibilidad del libre juego de la discrecionalidad. Es la situación específica la que establece el cuándo, cómo y dónde; estas particulares circunstancias del caso concreto son las que el juez toma en cuenta para responder a la pregunta de cómo debe aplicarse la norma. En este sentido, el juez desarrolla una actividad creadora, que consiste en la interpretación y aplicación de la ley. Esta acción creadora se produce en la medida que el órgano de aplicación realiza una actividad cognitiva y pone en juego su libre discrecionalidad para decidir acerca de la norma de aplicación.

Las normas nos permiten valorar jurídicamente a las conductas como jurídicas o antijurídicas, como prohibidas o permitidas. Sin embargo, si no existe una configuración normativa para un caso particular, nos encontramos en presencia de una laguna jurídica. Este es el resultado de una valoración jurídica que no es recepcionada por el ordenamiento y difiere de las soluciones propuestas por las normas existentes. Estas lagunas permiten el desarrollo de un juego dialéctico entre los elementos dogmáticos, que permite llegar a la producción de una solución estimativa diferenciada e imprevista. La interpretación comienza con la observación

empírica del aspecto material del fenómeno jurídico, que no es otro que la conducta, la cual se comporta como substrato de nuestro conocimiento.

Esta doble implicancia entre *substrato* y *sentido*, o, si se quiere, entre comportamientos y su categorización jurídica, no es pacífica y nos revela que un mismo texto puede ser aplicado de formas diferentes para la resolución de una situación. Por lo tanto, se debe distinguir entre lo que el texto normativo dice y aquello que llamamos su significación. Cuando se interpreta se conjugan dos elementos: el texto normativo y su significación. El primero tiene que ver con aquello que este dice y que podemos denominar como lo *expuesto*; este se convertirá en nuestro objeto de análisis. El segundo elemento se relaciona con aquello que llamamos lo *expresado*; esto no es más que las interpretaciones que ha recibido el mismo texto en distintos momentos o a lo largo de un determinado período. Sin embargo, no podemos dejar de tener que confrontar estos dos aspectos si entendemos que la interpretación implica una *relación dialéctica*, de confrontación argumentativa, entre lo que se dice y lo que se aplica.

Cuando pensamos que las normas tienen como función lógica categorizar las conductas, estamos diciendo que la legalidad de las conductas depende de lo que las normas nos digan. Entendemos que la norma nos permite darle un sentido a la conducta, en tanto que sirven como marco de referencia para valorar jurídicamente los comportamientos adoptados, tanto por los funcionarios como por los individuos particulares.

Los jueces encuentran un marco normativo, el fundamento último de sus decisiones, las cuales no pueden alterar el contenido de la ley. Sin embargo, la decisión correcta depende de la valoración de los hechos y el marco normativo que debe tener en cuenta el juez a la hora de establecer el sentido jurídico de una situación específica.

Existe la necesidad de determinar cuándo una sentencia es sustentable; bien podemos decir que ella puede surgir a partir de la armonía que debe darse entre el proceso de decisorio en el cual la norma juega un papel fundamental y la búsqueda de una corrección argumental del discurso judicial. De este modo se construye una línea jurisprudencial, en la medida que se desarrolla un razonamiento judicial que, por su solidez, puede ser tomado como referente y ser considerado como precedente, no necesariamente como innovador, sino como fuente de razonabilidad. Esto tiene que ver con la justificación de la decisión; sabemos que todo caso es particular y aporta sus propias *exigencias* a la actividad cognitiva. Son los distintos operadores judiciales quienes deben atribuirle un sentido jurídico a esa conducta individual. En esta atribución de sentido, la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos amplía el horizonte de los criterios interpretativos que nos permiten construir el fenómeno jurídico en una dimensión

holística particular en la medida que un hecho se puede conjugar con las reglas y principios que forman parte del ordenamiento jurídico (Alexy, 2003, p. 21).

## **VI. Teniendo en cuenta los derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales requieren, para su aplicación, una fundamentación racional. Es que no puede pensarse el derecho sin un criterio de racionalidad y proporcionalidad, sobre todo porque las normas forman parte de una construcción cultural que pretende establecer cierto grado de objetividad, de modo tal que no queden espacios en los que pueda colarse la subjetividad, si bien reconocemos que cada caso se presenta como una situación específica sobre la cual el juez debe dictar una resolución que brinde una real solución jurídica. La individualidad del caso, como las particularidades de la decisión, nos permite reconocer aspectos subjetivos que siempre se encuentran presentes en el ámbito del derecho.

Sin embargo, esta afirmación no es en desmedro del mundo normativo, sino en beneficio de la mejor aplicación del derecho; esto tiene que ver con hacer efectivos los derechos de forma proporcional.

Para poder profundizar esta cuestión debe diferenciarse entre reglas y principios. Las primeras exigen algo definitivo sobre lo cual no hay discusión posible, exigen solo una satisfacción posible, que se cumpla lo que ellas ordenan y su aplicación es por medio de la subsunción.

Los principios son algo muy distinto. Funcionan como mandatos de optimización, porque exigen que se realicen en la mayor medida posible y su aplicación depende de la ponderación. Esto implica que se tengan en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas al momento de su concreta aplicación. Cuando se considera la aplicación de algún principio, se debe buscar su mejor optimización, en otras palabras, lograr su mejor realización.

Si en un caso concreto dos principios colisionan, se requiere de la ponderación a fin de reconocer el principio de mayor peso. Es importante destacar que el peso de los principios es relativo, en la medida que deben ser considerados según cada caso, por lo cual en una situación un principio puede tener mayor peso en una circunstancia determinada y menor peso frente a otra, en la cual otro principio se le puede atribuir mayor peso.

El peso de los principios tiene que ver con la posibilidad de su concreción y con la necesidad de su aplicación. El proceso de ponderación de principios, primeramente, requiere que estos sean enunciados y que luego se argumente sobre ellos. En este sentido, hay que tener en cuenta que el caso contrario sería el de la elección de un principio por sobre otro, renunciando a toda fundamentación racional,

y esto para la aplicación del derecho implica la renuncia a su sentido instrumental. Esto es así cuando entendemos que el derecho es el mejor medio para que en una sociedad prevalezcan ciertas finalidades.

En este proceso de ponderación también comienza a jugar un elemento político, en la medida que se establezca un modo y un tipo de intervención estatal. Intervención por parte del poder judicial, que en su forma se puede calificar de grave o moderada, en tanto se pretenda garantizar el interés público por sobre el ámbito privado, o mejor dicho sobre la vida de las personas. Pensemos como ejemplo solamente la cuestión de la preservación de datos personales o la divulgación de esos datos en redes sociales, que se confrontan con el derecho a la intimidad y la obligatoriedad del estado de brindar seguridad a sus ciudadanos.

Todo esto no hace más que permitirnos reconocer la importancia que tiene en el ámbito jurídico la racionalidad discursiva. El aspecto discursivo del derecho se vincula directamente con aquello que decimos que es el derecho y como entendemos que debe ser aplicado. Después de todo, las sentencias son el reflejo de esta cuestión, en la medida que los jueces establecen aquello que nos dicen las normas y cuál es el modo de hacerlas efectivas. Los magistrados se encuentran obligados a interpretar las normas para considerar cómo estas deben ser aplicadas.

En el discurso jurídico entendido como proceso deliberativo se construye con base en una elaboración racional en la que intervienen los principios, las reglas y las normas, que se encuentran en el derecho convencional de los derechos humanos y en el ordenamiento jurídico nacional (Alexy, 1995, p. 68).

## VII. Conclusión

Dentro del ordenamiento jurídico encontramos, por un lado, a las normas, que pueden ser reconocidas como reglas, cuya satisfacción depende de su cumplimiento, en tanto que exigen algo definitivo. Por otro lado, encontramos a los principios, que se presentan con la exigencia de lograr su mayor realización. Esto depende de las posibilidades jurídicas y objetivas, porque no solo deben encontrarse decisiones que pretendan la realización de los derechos fundamentales con la finalidad de asegurarlos, sino que, además, estos puedan concretarse de alguna forma que permitan su efectividad.

Esta mayor medida posible naturalmente implica que su aplicación resulte ser la más óptima, de tal forma que el principio que se encuentra en juego resulte ser idóneo, necesario y proporcional. Un principio es idóneo cuando su elección no va en detrimento de otros y provoca consecuencias menos gravosas, de modo que la decisión que se adopte no pueda ser considerada como desproporcionada. El principio es necesario cuando su aplicación evita consecuencias dañosas e

irreparables; esto también tiene que ver con el aspecto fáctico, sobre la posibilidad de su concreción.

Se utiliza la ponderación para considerar los principios en colisión y decidir su aplicación. Este proceso de ponderación requiere la aplicación de una dimensión sustancial que nos permita desarrollar una argumentación válida sobre la cual sustentar la decisión. Es necesario encontrar razones convincentes y justificaciones de la intervención judicial ya sea que esta tenga un mayor o menor grado.

Cuando se argumenta a favor de institucionalización de la razón práctica, se pretende que el discurso jurídico explicita la pretensión de corrección que debe encontrarse inserta en toda decisión jurisdiccional. Esta es la dimensión ideal del derecho, que le otorga a la razón el aspecto estructural que permita darle a la argumentación un sustento específico, sobre el que cobra forma la corrección del derecho.

La naturaleza del derecho la encontramos en su doble dimensión, coercitiva y correctiva. Es esta última la que nos permite entender que la decisión jurisdiccional no puede renunciar a la pretensión de justicia, sobre la cual se sustenta el aspecto fáctico del poder judicial, en la medida que lo institucional debe responder a los objetivos que impone el ordenamiento jurídico.

No es menos cierto que el juez es un referente fundamental de la comunidad, en tanto que cumple un rol decisivo en el aparato burocrático del Estado, pudiendo disponer de las personas. En este sentido, tampoco es menos importante que el juez establezca las razones de su decisión, sobre todo si tenemos en cuenta que el futuro de las vidas de quienes formaron parte de un proceso judicial depende de su resolución. Por eso nos interesa detenernos en la construcción de la decisión.

Algunos se preguntarán si estamos haciendo un análisis errado, pretendiendo establecer pautas o criterios generales para situaciones tan concretas como el proceso de adopción, que implica concentrarse en la peculiaridad de la situación, realizando un análisis de los hechos y las circunstancias en la que se encuentran involucradas las personas. No podemos negar la importancia de la particularidad de cada caso, pero pensamos que es posible trazar líneas estratégicas o, si se quiere, principios de acción. Sobre todo, si tenemos en cuenta que el derecho no se resume en sus diversas ramas, sino que conforma una totalidad, en tanto que podemos pensar en un sistema jurídico como totalidad estructural formado por normas civiles y por principios constitucionales y convencionales.

Es un deber de los magistrados actuar en los casos de guarda con fines de adopción y en la adopción propiamente dicha con la debida agilidad, a fin de evitar demoras injustificadas en la toma de decisiones que afecten a los niños involucrados,

porque no se puede privarlos de la tutela judicial efectiva. En consecuencia, la eficacia de los derechos y garantías reconocidos en los diversos instrumentos convencionales conlleva la necesidad de priorizar los principios procesales mencionados en el artículo 706 del Código Civil y Comercial (tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad y oralidad).

Bien sabemos, por experiencia, que la efectividad de los derechos depende de una decisión rápida y razonada. Las demoras en esta materia ocasionan un daño irreparable, el tiempo de los niños no es el de los adultos, porque está en juego la construcción de su estructura psíquica para el desarrollo de una vida digna. Bajo esta premisa debe considerarse el interés superior del niño.

El juez no cumple un rol pasivo en la aplicación de las normas, su función consiste en aportar racionalidad a la situación conflictiva, por ello, no puede apartarse de una decisión lógicamente construida; esto requiere de la selección de los principios en juego y de la elección de la normativa aplicable. Asimismo, conlleva a una valorización de los hechos presentes en cada caso que se le presenta al operador jurídico, con el objeto de descubrir los intereses en juego. Sin embargo, esto queda trunco si no se tiene en cuenta el sentido jurídico que las normas le otorgan a las acciones; importa evaluar la mejor solución posible teniendo en cuenta las diversas circunstancias que permitan reconocer la ineficacia de otra solución. Sabemos que el juez tiene la obligación jurídica de dictar un fallo y fundamentarlo razonadamente, esto requiere de la mayor objetividad a la hora de emitir su decisión. Sabemos en las ciencias sociales que siempre se puede presentar esquivas esta opción porque se dificulta eliminar totalmente la subjetividad en quien debe emitir una decisión. Es evidente que el camino implica la búsqueda de criterios compartidos. No se puede dejar de considerar los argumentos discursivos elaborados por los precedentes jurídicos. La formalización de la jurisprudencia asegura una lógica argumentativa plausible.

### VIII. Bibliografía

Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Alexy, R. (2003). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Cueto Rúa, J. (2000). *La experiencia judicial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.

Petev, V. (1996). *Metodología y Ciencia Jurídica en el Umbral del Siglo XXI*. Argentina: Universidad Externado de Colombia.

## Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion> [Fecha de consulta: 21/02/2020].

Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de <https://bibliotecadigital.csjn.gob.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belén Do Pará). Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/convencion\\_belem\\_do\\_para.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf)

Observación General 21 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Recomendación General 28 de la CEDAW. Recuperado de [https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CEDAW\\_Recomendaci%C3%B3n\\_General\\_28\\_ES.pdf](https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CEDAW_Recomendaci%C3%B3n_General_28_ES.pdf) [Fecha de consulta: 10/12/2019].

Documento sobre Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf> [Fecha de consulta: 26/09/2020].

Ley N° 23.849. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm> [Fecha de consulta: 06/10/2019].

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores “Reglas de Beijing”. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>. [Fecha de consulta: 12/09/2019].

Ley provincial 13.298. Recuperado de [www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-13298.html](http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-13298.html) [Fecha de consulta: 02/02/2016].

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

## Jurisprudencia

Corte IDH. (2013). Caso “González y Otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”.

Corte IDH. (2017). “Penal Miguel Castro Castro c. Perú”.

SCBA. Acuerdo 70.180, “B., P. A. Adopción” (2000).

SCBA. Causa 116.673, “Z., V. contra R., D. Medida cautelar” (2012).

SCBA. Acuerdo 79.931. “A., K. E. s/Adopción plena” (2003).

Fecha de recepción: 30-03-2020

Fecha de aceptación: 20-09-2020

