



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas  
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

[revista.ius@hotmail.com](mailto:revista.ius@hotmail.com)

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
México

Pelligrini, María Victoria

De la aplicación del principio de "interés superior del niño" en un caso de adopción  
IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 20, 2007, pp. 164-178  
Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
Puebla, México

## DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO" EN UN CASO DE ADOPCIÓN

María Victoria Pelligrini\*

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. BREVE MARCO CONCEPTUAL: DERECHO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA
- III. LOS HECHOS
- IV. LA SENTENCIA: SUS ARGUMENTOS
- V. CUESTIONES IMPLICADAS: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO; ALCANCES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD; EL TIEMPO EN LAS DECISIONES JUDICIALES
- VI. ¿ES POSIBLE LA INTEGRACIÓN?
- VII. PALABRAS FINALES

### RESUMEN

Este artículo expone cómo el modelo cerrado y privatista de familia en donde ésta es importante *per se* ha ido cediendo por un enfoque en donde ganan en trascendencia las relaciones de las personas unidas por los vínculos familiares. En esta visión se ha consagrado el "interés superior del niño" como principio rector en la toma de decisiones tanto judiciales como administrativas o legislativas que involucren a los niños. El interés superior del niño es consecuencia del reconocimiento de éste como persona, como sujeto de derecho y como portador de derechos fundamentales. En esta perspectiva, el dato biológico es importante, pero no

### ABSTRACT

This article exposes as the closed and private pattern of the family where this is important for if same, it has given to a focus where wins in transcendency the relationships of people united by the family bonds. In this vision the has been consecrated "the boy's superior interest" like principle rector in the taking of decisions so much judicial as administrative or legislative that involve the children. The boy's superior interest is consequence of the boy's recognition like person, as subject of right, and I eat payee of fundamental rights. In this perspective, the biological fact is important, but you can consider an absolute value

\* Abogada especialista en derecho de familia. Profesora adjunta de derecho de familia y sucesiones del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina.

se puede reducir la identidad filiatoria a esta cuestión únicamente, por tanto "la verdad biológica no es el derecho a la identidad ni es considerada un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño", plantea la autora. Sobre estas ideas se analiza un caso concreto tratado por la jurisdicción argentina.

when he/she is related with the boy's superior interest. About these ideas a concrete case is analyzed tried by the Argentinean jurisdiction.

*Después reflexioné que todas las cosas  
le suceden a uno precisamente, precisamente ahora.  
Siglos de siglos y sólo en el presente ocurren los hechos;  
innumerables hombres en el aire, en la tierra y el mar,  
y todo lo que realmente pasa me pasa a mí...*  
J. L. Borges, "El jardín de los senderos que se bifurcan"

## I. INTRODUCCIÓN

La adopción constituye un clásico instituto del derecho privado destinado a la protección de los niños que carecen de la posibilidad de ser criados por sus familias de origen, generándose vínculos jurídico familiares, adjudicándose diversos derechos y deberes a quienes así resultan emplazados.

A lo largo de los años ha evolucionado notablemente, y su regulación se encuadra en el ámbito del derecho de familia, rama del derecho privado destinada a pautar relaciones jurídicas entre particulares.

Sin embargo, en las últimas décadas la consolidación del reconocimiento internacional a los derechos humanos ha provocado una importante modificación conceptual en el análisis de los diversos conflictos que se suscitan en torno a las relaciones familiares, en este caso adoptivas, tanto desde la legislación como en la resolución judicial de casos concretos.

En Argentina, antes de la reforma constitucional de 1994, la suscripción de varios tratados internacionales había impactado fuertemente en el orden jurídico interno. La interpretación judicial ya daba cuenta de este impacto y había incorporado los principios del derecho internacional en el derecho interno, como derecho aplicable en nuestro país.

Pero a partir de la reforma de la Constitución de 1994, al otorgarle "jerarquía constitucional" a un conjunto de tratados y declaraciones de

derechos humanos (Art. 75 Inc. 22) el derecho de familia comienza una modificación sustancial que se encuentra aún en evolución.

Pretendo a través de este trabajo brindar un ejemplo concreto, mediante el análisis y comentario de una sentencia judicial, de la incidencia de uno de los principios rectores que mayor influencia ha ejercido en el derecho de familia actual: el interés superior del niño.

Utilizaré como marco conceptual de análisis el derecho constitucional de familia, basado fundamentalmente en el reconocimiento de los derechos humanos de quienes se encuentran unidos por vínculos reconocidos jurídicamente como familiares, superando los límites más estrechos de la legislación civil.

Luego de una somera descripción de los hechos sometidos a juzgamiento, mencionaré los argumentos esgrimidos para fundar la decisión tomada, para luego analizar las cuestiones en ellos implicadas, así como también la proyección de las posibles alternativas sugeridas en la sentencia respecto a la posibilidad de diseñar una adopción decididamente más cercana a la verdad biológica, en la que sea posible sumar afectos en beneficio de la niña en cuestión manteniendo el contacto con su familia biológica, brindando contenido específico al principio jurídico: “interés superior del niño”.

## II. BREVE MARCO CONCEPTUAL:

### LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

El derecho que regula las relaciones familiares presenta características particulares, en tanto se dirige a individuos a quienes adjudica determinados deberes-derechos en relación al lugar que ocupan dentro de una familia, típica regulación del derecho privado.

A la vez, es evidentemente marcado el interés del Estado en el entramado social que se genere mediante la familia —dada su función primigenia de socialización de los individuos—, imponiéndose así el orden público como límite infranqueable a la autonomía de la voluntad individual en las relaciones familiares. De allí que las valoraciones sociales se encuentren altamente comprometidas en la regulación familiar, siendo necesario para su preservación limitar la aplicación de la regla de la autonomía de la voluntad.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Alberto Dalla Via, *Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal*, JA, 1998-III-1093.

Tradicionalmente, se ha considerado a la familia como un espacio privado, inmune a la intervención estatal, en el cual se desarrollan determinadas relaciones que gozan de absoluta intimidad. Así, algunos grupos sociales más vulnerables (como los niños y mujeres) se han encontrado privados de cualquier protección individual, en nombre de la “estabilidad familiar”, “paz familiar” o “interés familiar”. Una suerte de instrumentalización del individuo, en la cual la familia adquiere la mayor y total relevancia, aun a costa de los derechos de sus integrantes. Ejemplos concretos de ello son tanto el concepto tradicional de patria potestad y la consiguiente “cosificación” de los niños, la “invisibilidad” de la violencia familiar o las restricciones al reconocimiento de resarcimiento económico por daños sufridos en las relaciones intrafamiliares.

Este modelo de tipo “cerrado” fue cediendo paulatinamente, admitiéndose primero una intervención estatal tanto ante la abdicación de los particulares en el cumplimiento de sus deberes, como en el ejercicio abusivo de sus derechos, en detrimento de los derechos de otros integrantes de la familia.

Entonces, el objeto de regulación del derecho de familia deja de ser la “familia” –como institución con reconocimiento legal superior o como entidad autónoma– y se concentra en las relaciones familiares de las personas unidas por vínculos familiares.

De este modo, la justificación moral del derecho de familia se centra en el aseguramiento de los derechos de los individuos que la forman (inclusive de los niños), pues “las funciones que cumple una familia son demasiado importantes para considerarlas sólo una cuestión privada”.<sup>2</sup>

Y en esto, ciertamente, han incidido de manera decisiva la incorporación de un sistema jurídico denominado “derecho de los derechos humanos” a la Constitución Nacional, generando así el llamado derecho constitucional de familia.<sup>3</sup>

Una de las consecuencias más notorias de esta modificación conceptual es la consagración del “interés superior del niño” como principio rector en la toma de decisiones tanto judiciales como administrativas o legislativas que involucren a los niños.

Me interesa aquí analizar cómo funciona en concreto y de qué modo

---

<sup>2</sup> Encarna Roca, *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 73.

<sup>3</sup> Sin perjuicio del reconocimiento constitucional expreso de 1994, estos mismos argumentos pueden utilizarse en países que han suscrito aquellos tratados internacionales que reconocen derechos humanos y obligan a los estados partes brindar garantía y efectividad.

le es dado contenido a este principio jurídico indeterminado en un caso real de adopción.

### III. LOS HECHOS

C. S. nació el 13 de enero de 1997. Al día siguiente de su nacimiento, su madre la entregó en guarda al matrimonio S. y H., quienes al poco tiempo iniciaron el trámite de adopción en el Tribunal de Familia. En julio de ese año, la madre de C. S. se presentó al tribunal y solicitó el reintegro de su hija.

Sustanciada la prueba, el 13 de octubre de 1997 el Tribunal de Familia, por mayoría, ordenó la restitución, atento el derecho de la niña de vivir con su grupo familiar y la inexistencia de alguna situación de gravedad que impidiera el reintegro, más allá del trauma para la niña dada su relación con la familia guardadora. Contra dicha resolución, el matrimonio S.-H. interpuso recurso de inaplicabilidad de ley, el cual fue desestimado –por mayoría– por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 12 de septiembre de 2001.<sup>4</sup>

Contra tal decisión, S. y H. interpusieron recurso extraordinario federal, el que fue concedido y la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso efectuar nuevos informes ambientales y psicológicos sobre los protagonistas de esta historia familiar, para finalmente resolver, con fecha 2 de agosto de 2005, hacer lugar el recurso interpuesto y disponer que C. S. quede en guarda con el matrimonio S.-H. y se prosigan las actuaciones para definir la situación legal de la niña, sugiriendo la posible concesión de una adopción simple de C. S. y el intento de establecer algún tipo de vinculación con la familia biológica.

### IV. LA SENTENCIA: SUS ARGUMENTOS<sup>5</sup>

En primer lugar, entiende el máximo Tribunal que la corte provincial se ha apartado de las normas aplicables al caso, con la consecuente frustración de derechos amparados constitucionalmente. En concreto, la sentencia dictada por la Suprema Corte provincial se aparta de la pauta señalada por el artículo 3.1 y el 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño (incluida en el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional) e incorporada en la legislación interna específica de la adopción (Art. 321 Inc. i Código Civil).

<sup>4</sup> Texto completo en [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar) (Servicios-Juba –Búsqueda asistida–Nro. Causa C 69426)

<sup>5</sup> Texto completo en [http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/toc\\_fallos.jsp](http://www.csjn.gov.ar/documentos/cfal3/toc_fallos.jsp)

Ello, por haber aplicado fórmulas o modelos prefijados para determinar en qué consiste el interés superior de la niña a tutelar, sin que se hubieran evaluado las circunstancias fácticas del caso concreto,<sup>6</sup> pues sólo la ponderación de tales elementos podría determinar qué decisión resultaría más beneficiosa para la niña.

La Suprema Corte provincial —por mayoría—<sup>7</sup> resolvió que la cuestión debatida era de hecho y prueba, sin constatarse absurda valoración de la prueba, debiendo por tanto rechazarse el recurso interpuesto, pues no resultaba habilitada como instancia revisora de cuestiones de hecho.

Asimismo, el magistrado opinante entendió que la restitución de la niña a su madre biológica constituía una medida obligatoria en resguardo del interés superior del niño, dado que: “La familia biológica es ese bello milagro en el que se funden las razones de la sangre con las razones del amor. Toda una fortaleza, un inquebrantable ligamen que el hombre no debe separar (Gn. 2, 24)” y “No existe, en consecuencia, interés que pueda compararse al de que la niña sea restituida al hogar de su madre y hermanos y abuelos, rescatándosela de una pérdida de identidad personal que de otro modo, va a gravitar negativamente a lo largo de toda su vida. Como ya gravita negativamente en la vida de su madre [y la sentencia en recurso da cuenta de ello].”

Los argumentos desarrollados en el fallo de la Corte de Justicia de la Nación giran fundamentalmente en torno al concepto jurídico de “interés superior del niño”, dando forma y contenido al mismo en el caso concreto a resolver.

<sup>6</sup> La mayor evidencia del carácter dogmático de la resolución de la SCBA surge del simple hecho de que el máximo tribunal provincial interpretó el interés de la niña por remisión a las consideraciones de hecho y prueba que practicara el Tribunal de Familia casi cuatro años antes, como si la situación en ese momento y la que se presentaba al momento de fallar no se hubiese modificado en ningún aspecto relevante. Pero durante esos años C. S. había crecido, había avanzado en la formación de su personalidad y su identidad (del voto de los Drs. Fayt, Zaffaroni y Argibay de la CSJN).

<sup>7</sup> Es necesario precisar que el fallo de la SCBA ha tenido votación dividida: cinco jueces ordenan la restitución y los cuatro restantes otorgan la adopción, del tipo simple y no plena como fuera requerida. De los cinco miembros que conforman la mayoría, cuatro de ellos adhieren a la primera parte del voto del Dr. Héctor Negri, quien: 1) sostiene la improcedencia del recurso por ser una cuestión de hecho y en cuya decisión el tribunal inferior no ha incurrido en absurdo valorativo que contradijera el interés superior de la niña —coincidiendo así con el dictamen emitido por el subprocurador general—, y 2) realiza una serie de argumentaciones complementarias. La minoría —en adhesión al voto del Dr. Pettigiani— por el contrario, concede la adopción simple de la niña a sus guardadores, con fundamento en la protección de *su interés superior*, dadas las circunstancias fácticas del caso, el tiempo transcurrido junto a los guardadores, la igualdad de protección a brindar tanto a la familia biológica como a la adoptiva, etc. En otras palabras, un mismo concepto jurídico, “interés del menor”, es utilizado como argumento justificativo válido de dos decisiones con resultados contrapuestos y mutuamente excluyentes (Sup. Corte Bs. As., 12-9-2001, “S.C. s/Adopción”, AC. 69.426, DJBA 161-160, LLBA 2002-161).

Así, precisa esta sentencia que la pauta legal del interés superior del niño apunta a dos finalidades: a) constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses; y b) criterio de intervención institucional destinado a proteger al menor. Se constituye así este principio en parámetro objetivo que permite definir una decisión que resulta de mayor beneficio para el niño, incluso otorgándole prioridad sobre un presunto interés de un adulto que pudiera enfrentársele.

De allí que esta regla jurídica —al menos en el plano de la función judicial— permite separar conceptualmente el interés del niño (como sujeto de derecho) de los intereses de otros sujetos, incluso el de los padres. De allí que la coincidencia entre uno y otro interés no es algo lógicamente necesario y exige su justificación en cada caso concreto. En un conflicto entre progenitores y guardadores sobre qué es lo más conveniente al interés del niño, sostener que es mejor la convivencia con los progenitores no puede ser tomada como una verdad autoevidente, pues incurre en petición de principio —afirma en la premisa lo mismo que se pretende demostrar— y desconoce la independencia conceptual del interés del niño respecto del de otras personas.<sup>8</sup>

Surge entonces “el interés superior del niño” como consecuencia directa del reconocimiento del niño como persona, como sujeto de derecho, y a los fines de superar la indeterminación de la expresión, resulta útil asociar tal interés con los derechos fundamentales del niño: “Así, resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial la que pueda vulnerarlos.”<sup>9</sup>

Previo a esclarecer en qué consiste el interés superior de la niña comprometido en este caso concreto, precisa la Corte el derecho de todo niño a ser criado por sus padres biológicos, resaltando que resulta axiológicamente deseable que sea el supuesto biológico el que dé sustento a la identidad filiatoria de una persona, consolidando los vínculos parentales constituidos desde la procreación. Pero ello no implica reducir el concepto de identidad filiatoria al elemento puramente biológico, ya que la verdad biológica no es un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues los vínculos generados por la adopción también poseen contenido axiológico alentado por el derecho en protección de los niños.

Resulta indispensable entonces que para otorgar una adopción se le asigne un sentido prioritario al interés y conveniencia del niño, cuestión

<sup>8</sup> Del voto de los Drs. Fayt, Zaffaroni y Argibay.

<sup>9</sup> Del voto de los Drs. Highton de Nolasco y Lorenzetti.

que es de apreciación ineludible para los jueces. Tal conveniencia no se limita a los beneficios de tipo económico, social o moral que pueda ofrecer al menor, sino que deben ponderarse las consecuencias que la decisión pudiera tener sobre una personalidad en desarrollo.

De allí que, en este caso concreto, la Corte dispuso la producción de informe ambiental y psicológico, sobre la situación personal y familiar de todos los involucrados en la causa, ya que en el expediente sólo obraban pericias del 18 de julio de 1997.

Varios han sido los elementos aportados, que fueran efectivamente evaluados para dar contenido al interés superior de C. S., a saber:

- a) Que la niña había sido entregada en guarda por su madre –en forma voluntaria, sin constar vicio alguno en tal entrega– desde el día siguiente a su nacimiento.
- b) Desde ese momento, C. S. generó un vínculo filial con sus guardadores, quienes le brindaron trato de hija.
- c) Que el reclamo de la madre biológica no surge de un claro arrepentimiento de la entrega, sino de una conflictiva situación planteada entre los familiares de la madre biológica.
- d) Que en todos los años transcurridos (C. S. tiene 8 años) sólo en dos oportunidades (1997 y 2001) su madre biológica se comunicó con los guardadores para conocer a su hija, sin haberse concretado ningún encuentro, ni obviamente haberse generado vínculo afectivo alguno entre ellas.
- e) Que la madre no ha podido explicar claramente los motivos por los cuales persiste en su reclamo de restitución.
- f) Que el desarrollo emocional de C. S. es excelente, siendo óptimo el vínculo filial generado con los guardadores, como así también su inserción en la familia extensa guardadora.

Hasta aquí, una apretada síntesis de los argumentos desarrollados en sentencia.

#### **V. CUESTIONES IMPLICADAS: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO; ALCANCES DEL DERECHO A LA IDENTIDAD; EL TIEMPO EN LAS DECISIONES JUDICIALES**

Dos grandes cuestiones se encuentran implicadas en el fallo en análisis: a) la determinación *in concreto* del interés superior de la niña C. S. ; y b) el

alcance del derecho a la identidad. Y, atravesando ambas, cómo el factor tiempo gravita tanto en la dinámica de las relaciones humanas como en las decisiones judiciales que correlativamente se dictan.

Mucho se ha escrito y discutido sobre este concepto jurídico indeterminado, pauta de resolución prioritaria impuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>10</sup>

Tal como lo adelantara más arriba, la aparición de este principio es consecuencia directa de un importante cambio conceptual respecto a la situación jurídica de los niños, considerados sujetos de derecho y –por tanto– titulares de derechos personales merecedores de protección tanto en el ámbito extra o intrafamiliar.<sup>11</sup>

Se trata de un principio jurídico, de contenido indeterminado, cuya precisión y delimitación el legislador ha delegado en el juzgador, a los fines de establecer en cada caso concreto cuál es la solución que beneficie –o al menos no perjudique– al niño.

Implica para el juez la realización de un juicio de valor de una situación real, que exige una particular valoración, de mayor complejidad respecto de lo que ocurre con aquellas premisas claramente delimitadas por la ley (por ejemplo, la mayoría de edad se adquiere a los 21 años), ya que debe precisar en qué consiste el interés del menor a través de la comprobación de las circunstancias concretas que se le presenten.<sup>12</sup>

Es así que el interés superior del niño exige ser definido en cada caso concreto y dependerá de circunstancias específicas. Aquello que exige la Convención es que resulta obligatorio “descubrir” qué es lo que mejor resguarda el interés del niño.<sup>13</sup>

En el fallo en análisis, se ha tenido un particular y especial cuidado en la delimitación de aquello que concretamente significara el interés superior

---

<sup>10</sup> Art. 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.”

<sup>11</sup> Andrés Gil Domínguez, “Regla de reconocimiento constitucional: patria potestad, bioética y salud reproductiva”, *RDF*, No. 21, 2002, p. 53: “Como señalan Eduardo Pablo Jiménez y Gabriela García Minella, el interés superior del niño es un principio jurídico de neto corte garantista que cambia el paradigma de la ‘protección irregular’ por el de ‘protección integral’ del niño. Una de las principales consecuencias de esta transformación consiste en dejar de lado las políticas asistencialistas en donde los adultos determinan la seguridad y el bien del niño (que es definido por lo que no tiene, no sabe o no es capaz de hacer) para considerarlo un sujeto de derecho que es parte integrante de la democracia en donde desarrolla su vida más allá del entorno familiar.”

<sup>12</sup> Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid 2000, p. 193.

<sup>13</sup> Analía Martínez Ruiz, “Interés superior”, en Inés M. Weinberg (Dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002, p. 102.

de C. S., logrando de un modo impecable dar contenido a tal principio.

En primer lugar, ello se evidencia en la decisión de ordenar —como medida para mejor proveer— la realización de nuevos informes, ambientales y psicológicos, que pudieran aportar elementos concretos y reales, información actualizada sobre las circunstancias que rodeaban a C. S. al momento de decidir.

Con ello, la Corte se alejó de la posibilidad de caer en estereotipos o prejuicios, como ya había sucedido con la sentencia en recurso, de interpretar en forma dogmática el interés de la niña: “pues remite a las consideraciones de hecho y prueba que practicara el tribunal de familia casi cuatro años antes, como si la situación en ese entonces y la que se presentaba al momento de fallar la corte provincial no se hubiese modificado en ningún aspecto relevante. Sin embargo, en esos años y los que han transcurrido desde entonces, C. S. ha avanzado significativamente en la formación de su personalidad y su identidad, la que no se reduce a un dato histórico, sino que abarca todo un proceso vital”.<sup>14</sup>

Evidentemente, el factor tiempo tiene una incidencia directa, fundamentalmente en los niños. Desde el día siguiente a su nacimiento C. S. se siente y comporta como hija de sus guardadores, nieta de los padres de ellos, sobrina de sus hermanos. Y han transcurrido ocho años de su nacimiento, tiempo en el cual ha desarrollado procesos de maduración y aprendizaje, ha conformado su personalidad e identidad, ha generado vínculos afectivos. Desconocer este dato objetivo —como lo hizo la Corte provincial, al dictar sentencia sobre una fotografía, sobre datos congelados de cuatro años de antigüedad—<sup>15</sup> es, sin dudas, desentenderse de la búsqueda, del “descubrimiento” de aquello que más beneficie a C. S.

Por otra parte, resultan de gran importancia las precisiones efectuadas en la sentencia respecto a la función y contenido del principio “interés superior del niño”, descritas más arriba al analizar los argumentos vertidos en el fallo. Y, consecuente con ello, en la sentencia se valoran los diferentes elementos probatorios para arribar, en concreto, al interés superior de C. S.

Sin embargo, considero de mayor relevancia aún la introducción de la noción de daño como instrumento para definir dicho principio en el caso concreto: “Si la entrega de C. a su madre biológica supone un daño para la niña [debido al trauma que derivará para ella, según acepta la sentencia

<sup>14</sup> Del voto de los Drs. Fayt, Zaffaroni y Argibay.

<sup>15</sup> Los informes existentes en la causa databan de 1997. La Corte provincial dictó sentencia el 12 de septiembre de 2001. El fallo en análisis es del 2 de agosto de 2005.

del Tribunal de Familia], entonces los jueces debieron justificar su decisión en que la permanencia con los guardadores que aspiran a su adopción generaría un trauma mayor. Pero ninguna demostración en ese sentido se ha llevado a cabo”.<sup>16</sup>

Es decir, si es posible presumir —o si ya se ha logrado determinar— que una decisión resultará dañosa para el niño, será necesario que se justifique acabadamente que a pesar de ello, tomar tal decisión es lo más beneficioso para ese niño, pues le evita un daño aún mayor. De lo contrario, se habrá dictado una sentencia en contrario al interés superior del niño, incumpliendo el mandato legal (Art. 3 CDN).

Por último, ante el conflicto de intereses entre la madre biológica y el de la niña, la balanza se inclina, decididamente, en la superioridad de este último sobre el primero, pues así lo impone el artículo 3 de la Convención, que no sólo exige descubrir en qué consiste el interés del niño sino, además, darle prioridad sobre los otros intereses en tensión.

Sentada entonces la necesidad de determinar en este caso concreto en qué consiste el interés de la niña en juego en la decisión a tomar, la Corte recurre para ello al derecho a la identidad, tomando una clara posición respecto a su contenido y alcances.

Se aparta de un criterio restringido, que reduzca la identidad personal al mero dato biológico, al origen genético, y coloca en pie de igualdad a la familia biológica y a la proveniente de lazos afectivos como la adoptiva.

Ciertamente, el derecho a la identidad incluye el dato genético, el hecho biológico de la procreación, pero no se agota en este hecho natural, no excluye la verdad sociológica y la historia de vida del sujeto. Es decir, ambas facetas —reconocidas en doctrina como “faz estática” y “faz dinámica”—<sup>17</sup> integran el derecho a la identidad.

Las relaciones y vínculos que se generan desde el nacimiento gravitan en forma decisiva en la formación de la personalidad, dando así contenido a la identidad, a la existencia de un “yo” distinguible del “otro”. La formación es gradual, partiendo de la propia historia de vida, de las circunstancias en las cuales el individuo comienza su vida, pero continúa con la crianza y la socialización, que se desarrollan paulatinamente.

<sup>16</sup> Del voto de los Drs. Fayt, Zaffaroni y Argibay.

<sup>17</sup> Eduardo Zannoni, “Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?”, *LL*, 1998-C-1181; *xvi* Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., 1997: “A. El derecho personalísimo a la identidad personal comprende la faz estática y la faz dinámica (despacho de la mayoría) B. El derecho personalísimo a la identidad personal comprende solamente la faz dinámica (despacho de la minoría).”

Todo ello define al individuo, excediendo así el dato biológico. La “verdad biográfica” es considerada entonces merecedora de protección y respeto por la justicia, resultando dogmático y contrario al interés superior del niño otorgar supremacía conceptual a la verdad biológica por sí misma.<sup>18</sup>

Es que las relaciones y afectos que vincula a las personas es el verdadero sustrato de la familia, que supera a la mera condición natural del individuo, reconociendo su carácter de ser cultural y social.<sup>19</sup>

El fallo asume entonces que aquello deseable es la coincidencia entre el dato biológico y el vínculo existencial, es decir que los niños sean criados y educados por quienes los han engendrado. Pero, si bien axiológicamente valioso, no siempre es lo mejor para el niño. Porque si bien la familia biológica debería ser “un bello milagro en el cual se funden las razones de la sangre con las razones del amor”, no lo es en todos los casos. De allí que al reconocer la Convención sobre los Derechos del Niño el derecho de los niños de no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos deja a salvo supuestos en los cuales tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del niño (Art. 9, 1).

La verdad biológica no es el derecho a la identidad ni es considerada un valor absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño.<sup>20</sup> Máxime cuando en casos como el resuelto, la niña C. S. vive desde el día siguiente a su nacimiento con sus guardadores, ha generado vínculos afectivos con ellos –calificados de óptimos en los informes realizados–, ha dado forma a su personalidad e identidad a través de los procesos de maduración y aprendizaje propios de los primeros años de vida.

Y nuevamente aquí el factor tiempo tiene una incidencia directa en la conformación del interés superior de C. S. Los años de crianza junto a sus guardadores han forjado la identidad de C. S., quien –según los informes valorados en sentencia– se siente, comporta y es reconocida como hija de sus guardadores. Ha desarrollado un vínculo filial con sus guardadores, cuyo quiebre provocará un trauma psicológico en la niña, circunstancia ya reconocida desde la primera sentencia dictada por el Tribunal de Familia.

Con suma claridad conceptual, en el fallo en análisis se resalta: “Cuando se afirma en el fallo de la Corte provincial que C. S. debe incorporarse

---

<sup>18</sup> Mauricio Luis Mizrahi, “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, *LL*, diario del 23-8-2004, p. 1: “De esta manera, sucede así que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato.”

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> Conceptos vertidos en la sentencia, que pueden analizarse in extenso en Zannoni, Eduardo A., “Adopción plena...”, ya citado.

a su familia de origen y abandonar la de sus guardadores, lo hace por entender que el vínculo biológico es algo que debe preservarse por encima de todo, incluso del trauma que, según se acepta en la sentencia del Tribunal de Familia, se derivará para la niña. Pero este razonamiento implica un punto de partida equivocado: es la conveniencia de la niña lo que, eventualmente, debe justificar su retorno a la familia de origen y no al revés, la preservación del vínculo biológico lo que sirve de justificación al trauma del retorno. Si la entrega de C. S. a su madre biológica supone un daño para la niña, entonces los jueces debieron justificar su decisión en que la permanencia con los guardadores que aspiran a su adopción generaría un trauma mayor. Pero ninguna demostración en ese sentido se ha llevado a cabo.”<sup>21</sup>

Si bien se realizaron informes ambientales y psicológicos a los protagonistas de esta historia de vida, y C. S. por tanto fue entrevistada, entiendo que hubiese resultado de suma utilidad escuchar en forma directa a C. S., quien con ocho años de edad y habiendo demostrando un nivel intelectual mayor a su edad cronológica, probablemente hubiese podido expresar con claridad su opinión acerca de su destino —decididamente en manos de los sentenciantes—, sin que ello implique que el fallo hubiera debido recoger necesariamente tal opinión.<sup>22</sup>

## VI. ¿ES POSIBLE LA INTEGRACIÓN?

Esta sentencia resalta la posibilidad de propiciar, más allá de una probable adopción simple a los guardadores de C. S., algún tipo de vinculación con la familia biológica.<sup>23</sup>

Se deja abierta una concepción más amplia del instituto de la adopción —al menos en este excepcional caso—, que pretende evitar la confrontación entre familia biológica y adoptiva respecto al afecto que pudieran

<sup>21</sup> Del voto de los Drs. Fayt, Zaffaroni y Argibay.

<sup>22</sup> No surge de la sentencia que fuera requerido el ejercicio de su derecho a ser oída —ni por tanto rechazado— y evidentemente, la existencia de informes ambientales y psicológicos han aportado a los juzgadores de algún modo su voz.

<sup>23</sup> Un antecedente: el Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz otorgó la adopción simple a quienes ejercían la guarda desde hacía nueve años, a pesar de la restitución reclamada por la madre biológica, en atención a la integración afectiva, social y familiar del niño con sus guardadores, por ser ello lo que mejor atendía al interés superior del niño, sin perjuicio de la fijación de un régimen de visitas a favor de la madre biológica (T. S. Santa Cruz, 30-10-2000, “A. M. E.”, 101.910, LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 27-4-2001, en Weinberg, Inés M. (Dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 2002, citado por Benedit, Matías y Martínez Ruiz, Analía, *Op. cit.*, p. 359.

brindarle a la niña. Es decir, decidir el estado filial de C. S. mediante una adopción no implica desconocer la posibilidad –en la medida en que no resulte perjudicial para la niña– de que sus familiares de sangre puedan mantener algún tipo de relación, más allá de los derechos que la adopción simple mantiene subsistentes.<sup>24</sup>

Definir la situación de C. S. –mediante el otorgamiento de la adopción– permitirá dar estabilidad jurídica al vínculo filiatorio que en los hechos ya existe. Posibilitará otorgar el pleno ejercicio jurídico de los roles de padre y madre que los guardadores fácticamente ya ejercen. Pero ello no impide que también los familiares biológicos puedan entablar alguna vinculación con la niña

Sin embargo, es fundamental la cautela y precaución que requiere esta cuestión. Tampoco aquí la Corte asume una posición dogmática: sugiere, no impone. Sólo el tiempo y las circunstancias fácticas podrán determinar en qué medida es posible instrumentar el “triángulo adoptivo” señalado en el informe psicológico. Nuevamente, el interés superior de la niña funcionará como límite infranqueable a la conveniencia o no del contacto con la familia biológica.

## VII. PALABRAS FINALES

Como habitualmente sucede en los fallos relacionados con el derecho de familia, la trama de relaciones humanas que se le plantea al juzgador es de una complejidad tal que exige el mayor y mejor esfuerzo en la toma de decisiones. Máxime ante pautas normativas del tipo del interés superior del niño.

Provoca angustia sólo imaginarse la zozobra emocional que todos estos años de incertidumbre sobre el destino de C. S. (ocho años de proceso judicial) han podido generar en los protagonistas de esta historia. En los guardadores de C. S., quienes seguramente tendrían presente la posibilidad de perder la vinculación afectiva que se había generado con ella; en su madre biológica, quien a pesar de no relacionarse con C. S. por algún incierto motivo –al menos así quedó reflejado en el fallo analizado– persistía en su reclamo; en los familiares de los guardadores que le dispensaran trato y afecto de nieta, sobrina, primos. Y fundamentalmente en C. S., quien seguramente conocía el litigio existente –dado que fue entrevistada para

---

<sup>24</sup> A diferencia de la adopción plena, la adopción simple permite al adoptado mantener derechos alimentarios y sucesorios respecto a sus parientes biológicos.

los informes periciales— y probablemente percibiera que de ello dependería su propio destino.

En este fallo se ha privilegiado sumergirse en la realidad que rodeaba este conflicto, desprendiéndose de posiciones dogmáticas o prejuicios —que casi con certeza sólo pueden provocar perjuicios— para dar contenido contextual al interés superior de C. S., desentrañando el alcance y protección debida a sus derechos —a la identidad, al desarrollo de su personalidad— en función de su realidad.

Es que todas las cosas le suceden a uno precisamente ahora. Todo lo que realmente pasa le pasa a uno. También a C. S. ■

[Volver al índice >>](#)