



**TRABAJO FINAL DE GRADO.**

**NOTA A FALLO.**

**“La valoración objetiva, una luz en el brete de principios constitucionales en la adopción.”**

**Fallo: “B., E.M. s/ reservado s/ adopción s/ casación.” Recurso de Hecho. (241/2019/RH1)**

**Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21/10/2021”.**

[B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación \(csjn.gov.ar\)](https://csjn.gov.ar)

Alumna: Gonzalez Arrieta, Paola Romina

DNI N.º: 32352925

Legajo: Vabg84272

Carrera: Abogacía

Temática elegida: Grupos vulnerables y en contexto de vulnerabilidad.

Profesor: Abraham, Paola Susana.

San Juan, Año 2024.

**Sumario:** I. Introducción. – II. Premisa fáctica e historia procesal. – III. Descripción de la Decisión del Tribunal. – IV. Ratio Decidendi. – V. Análisis conceptual y antecedentes doctrinarios. - VI. Antecedentes jurisprudenciales. - VII. Postura de la autora. - VIII. Conclusión. - IX. Referencias.

## **I. Introducción:**

El fallo en análisis, "Recursos de hecho deducidos por la Defensora General subrogante de Río Negro y por C., C.A y R., C.L en la causa B., E.M. s/ reservado s/ adopción s/ casación", resuelto el día 21 de octubre de 2021 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, proyecta una luz discernidora sobre el problema jurídico generado ante el conflicto de principios constitucionales entre el interés superior del niño y el debido proceso. La Corte determina en este veredicto, el alcance y vigencia de ambos principios en el caso referido, ante la realidad de las guardas directas e irregulares.

La importancia de la institución jurídica de la adopción radica en proteger y dar certidumbre a los derechos del niño de jerarquía constitucional incorporados por el art. 75 inc. 22 Const. (1994), garantizando su eficacia y defensa efectiva, en conformidad a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. En este contexto, los operadores deben mitigar los obstáculos con una perspectiva constructiva de igualdad, en aquellas situaciones que involucren a menores de edad, vulnerables primero por su condición de crecimiento, y segundo por la falta de determinación de una familia que les procure sus necesidades; ya que enfrentan desafíos mayores para ejercer sus derechos y acceder a la justicia (Delgado Martin, J. 2019). Este es el caso de la niña E.M.B., afectada en su interés superior por la decisión del Supremo Tribunal de la Provincia de Río Negro, que revocó su guarda, colocándola en una situación de incertidumbre respecto a su entorno familiar conocido; desde sus ocho años hasta los once años en que la Excma. Corte resuelve el recurso de queja.

En este orden de ideas, los tribunales, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debieron considerar para resolver efectivamente que, el razonamiento jurídico no solo implica la aplicación de reglas y normas taxativamente, sino también la consideración de principios y valores, como señala McCormick (2010). Siendo el veredicto analizado, un precedente destacado, al enfatizar que los derechos, principios y normas no deben aplicarse como una tabula rasa o modelo prefijado. Así falla la Corte, valorándolo como precedente, en el "Recurso C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM" (Fallo 345:905), determina que el interés superior del niño debe ser

entendido conforme las características del problema del asunto; la solución privilegiada en el análisis debe valorar la situación real de los menores de edad.

El problema jurídico en el fallo, de tipo axiológico, por la colisión de normas con principios constitucionales, para Alchourron C. y Bulygin E. (2021), es un conflicto valorativo en que debe determinarse cuál de los principios jurídicos constitucionales, debido proceso o el interés superior del niño, es la hipótesis relevante en el caso en particular, para dar solución a las situaciones planteadas. Las hipótesis relevantes parten del criterio axiológico, determinado, subjetivo u objetivo, que es valorado como justo, bueno y adecuado. Estas hipótesis relevantes y fundamentales para resolver conflictos jurídicos complejos, garantizando una justicia equitativa y efectiva, en aquellos casos que compartan la premisa fáctica.

La teoría general del derecho debe incluir el razonamiento moral y filosófico, para Dworkin (1989), permitiendo que en casos difíciles en que exista conflicto de principios constitucionales, se supere el conflicto, aplicando más allá de las normas que los contiene, en función de principios y directrices. Los principios, deben comprenderse como aquellos que dan razones para decidir en un sentido determinado, cuando su contenido y peso es el que determina cuál principio se debe aplicar a un caso dado, y cuál norma debe ser dejada de lado ya que su aplicación sería injusta por violar el principio considerado más importante. Las directrices son los objetivos sociales beneficiosos y que deben alcanzarse al fallar.

En este contexto judicial, la Corte Suprema, resuelve si la solución propuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro es valorativamente adecuada, a la luz de ciertos principios superiores u otros criterios axiológicos aplicados al caso en conflicto donde se enfrentan principios constitucionales que conforman nuestro sistema normativo.

## **II. Premisa fáctica e historia procesal:**

El origen del conflicto, se remonta al 14 de octubre de 2009, fecha en que E.M.B, nacida el 14 de enero de 2009 con nueve meses, es puesta por su progenitora al cuidado del matrimonio C.L.R. y C.A.C. por medio de una escritura pública. Es importante enfatizar que la madre da en guarda a la niña debido a que tenía tres hijos y se encontraba en un contexto de vulnerabilidad socio económica y cultural. El proceso viciado, incumplió con la inscripción en el Registro Único de Adoptantes, la niña no había sido declarada en situación de adoptabilidad; y se transgredieron

los supuestos establecidos por el código de fondo entre ellos el artículo 611 del Código Civil, que prohíbe la entrega directa en guarda de menores de edad.

El 8 de agosto de 2013, el Juzgado de Familia N°5 de la Provincia de Río Negro admitió el pedido de guarda preadoptiva judicial solicitada por el matrimonio. Ello, con el consentimiento de la madre, quien asistió a la audiencia sin asistencia letrada, asesorada en la Defensoría sobre la situación. Afirmó haber entregado a su hija en guarda de manera voluntaria y su deseo de que se mantenga, como así también el contacto con sus hermanos consanguíneos. En el mismo acto, hizo constar que fue informada sobre las consecuencias del trámite de adopción y dio su conformidad por ser más beneficioso para su hija.

El 18 de noviembre de 2013, los guardadores solicitaron la adopción de la niña. El 26 de agosto de 2014, la progenitora se opuso. El 4 de julio de 2016, el Juzgado de Familia N.º 5, deja sin efecto la guarda preadoptiva, y rechaza la demanda de adopción y ordenando la restitución gradual de E.M.B. a su madre. Disponiendo que, una vez cumplida la restitución, se fijaría un sistema de comunicación con la familia guardadora.

El 21 de marzo de 2017, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro revocó la sentencia, da lugar parcialmente a la demanda al otorgar a los guardadores la adopción simple respecto de la niña E.M.B. Además, mantuvo el derecho de comunicación con su familia biológica y recomienda a los involucrados tratamientos psicológicos. Sosteniendo, que el cambio de guarda dictaminado por el juez *a quo* solo podía ser convalidado si tendía a una efectiva protección del interés superior del niño, concluyó que el interés del niño se concretaba manteniendo su centro de vida junto a los guardadores y vinculación con su familia de origen.

El 3 de julio de 2018, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro admite el recurso de casación deducido por la madre. Revoca la sentencia y confirma el fallo de primera instancia. El matrimonio guardador y la Defensora De Pobres y Ausentes N.º 5 de la 1º Circunscripción Judicial de la provincia de Río Negro interpuso recurso extraordinario contra el pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia Provincial, que fue denegado, por lo que presentaron recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

### **III. Descripción de la Decisión del Tribunal:**

En base a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, resuelve sin disidencia, y admite la queja, procedente el recurso extraordinario, deja sin efecto la sentencia apelada por arbitraria, haciendo lugar parcialmente a la demanda, manteniendo la guarda y otorgando la adopción simple de E.M.B. al matrimonio C.L.R y C.A.C., todo ello con el alcance de los efectos del art. 627 del CCyC. En razón de ello, el Tribunal solicito a las partes intervinientes, el ejercicio mesurado de sus derechos, garantizando a la niña el derecho a crecer en el seno de una familia, conocer su realidad biológica y a preservar vínculos con la familia de origen.

#### **IV. *Ratio Decidendi:***

El máximo tribunal en unanimidad resuelve, respecto al problema axiológico, ponderar y proteger del interés superior del niño por sobre el principio de debido proceso y derecho de legítima defensa. El interés superior, de raigambre constitucional, contenido en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 3 de la ley 26.061, en el actual art. 706, inciso c del CCyC, así como en la ley local 4109 (art.10) fundamentan que los menores de edad, tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, inclusive frente a un interés de igual rango. El interés moral y material de los infantes debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia, aún frente intereses de sus progenitores (Considerando 6°).

Asimismo, hizo mención que, servicio de justicia efectivo y adecuado se dará cuando se ponderare las circunstancias existentes al momento en que se dictan las resoluciones (Considerando 7°). Por ello, expreso que la situación de la niña E.M.B. al momento fallar no fue considerada. Consiguientemente, revoca la decisión de la Corte Superior de Rio Negro, en cuanto deja sin efecto la guarda con fines de adopción y rechaza la adopción solicitada, decisiones que no fueron acordes al principio del interés superior de la niña, y obedecieron a aplicación de normas como modelos prefijados, sin abordar las diferentes circunstancias en que estuvo inserta la niña y su relación con todas las partes (Considerando 10°).

Por esa razón, al analizar el ejercicio del derecho defensa, determina que la voluntad inicial de la madre de dar en adopción a su hija fue válida, a pesar de la falta de asistencia legal. Tal consideración, se basa en que la madre, plenamente consciente de sus acciones y con asesoramiento legal, reafirmó su deseo de dar en adopción a su hija en varias ocasiones, declarando que era lo mejor para la menor de edad. En virtud de ello, por la falta de vicios graves en el consentimiento, el arrepentimiento de la progenitora no invalida su declaración de voluntad

mantenida en el tiempo. Transcurso del tiempo del que resultó el vínculo afectivo entre los presuntos adoptantes y la niña. En conformidad, el tribunal confirmó la decisión de permitir la adopción de la niña, evitando afectar el interés superior de la niña, el desarraigo y traumas emocionales por la desvinculación con sus guardadores (Considerando 11°).

Sin embargo, la Corte, valora la importancia del respeto al debido proceso, y de las normas de adjetivas que rigen la adopción. La entrega directa de la niña, como la falta de inscripción de los guardadores en el registro correspondiente son elementos que no justifican por sí solos la decisión apelada. Se debe salvaguardar el derecho de defensa y la seguridad jurídica, como premisas fundamentales en consonancia con el artículo 18 de la CN. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro ha desoído que, ante situaciones excepcionales como la presente, se debe priorizar el interés superior del niño, considerando el panorama en su totalidad al momento de tomar una decisión (Considerando 12°).

Les incumbe a todos los tribunales valorar las circunstancias en cada caso, por sobre los derechos amparados por los arts. 18 y 19 de la Const. (1994), así la Excma. Corte en el fallo “S., C s/ adopción” (Fallo 328:2870), lo expresa. Por ello la falta de una declaración previa de adoptabilidad de la niña, no altera las conclusiones, dado que el proceso de guarda preadoptiva se ajusta a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

El tribunal, destaca que la niña en los once años de convivencia con la familia adoptiva, generó arraigo, valorando el transcurso del tiempo en los primeros años de vida de la niña, son relevante en el contexto de proteger su bienestar psicológico y emocional (Considerando 14°).

Resuelve así, que frente a la falta de circunstancias excepcionales que justifiquen la separación de la niña de su entorno familiar actual, con el matrimonio guardador, mantenerla es mejor a su interés, evitando traumas mayores (Considerando 15°).

Agrega que, es emocionalmente necesario, para evitar incertidumbre en la vida de los menores de edad, la celeridad en los procesos, y la necesidad de equilibrar los distintos intereses, priorizando la protección del menor, valorando también los “lazos de sangre”. Por ello la Excma. Corte, determina que el “triángulo adoptivo afectivo” es necesario para la preservación de los vínculos con su familia de origen, siempre que sea beneficio para la menor, dándole lugar a ser oída, acorde al art. 12 de la Convención de los derechos del Niño y el art. 707 del CCyC, valorando así también, la conformidad prestada por el matrimonio guardador (Considerando 16°).

Debe considerarse que la fundamentación, de la Corte, es coincidente con la teoría de la argumentación de Alexy Robert (1993), que propuso un modelo epistémico de razonamiento, según el cual, conforme la premisas empíricas y normativas se debe ponderar los principios constitucionales materiales en colisión, valorando los costos y beneficios de realizarlos.

#### **V. Análisis conceptual y antecedentes doctrinarios:**

Es importante considerar los conceptos jurídicos en función al problema axiológico, y las normas que se problematizaron ante la tensión entre los principios constitucionales. Se comprenderá el debido proceso, superando su concepto jurídico tradicional, ya que su transgresión o incumplimiento, no en todos los casos, dará lugar a la nulidad o revocación. Se entenderá, el mismo, en sus circunstancias particulares considerando el marco de protección especial que merecen los niños, niñas y adolescentes vulnerables por su condición de crecimiento, y por ser entregados en guardas directas o irregulares. Conforme la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999), debido proceso *lato sensu*, es aquel que reconoce y resuelve las desigualdades reales. De este modo, la igualdad se alcanzará, valorando la vulnerabilidad de los afectados, y otorgándoles medidas compensatorias que equilibren los derechos de las personas, garantizando igualdad ante la ley, los tribunales y acceso a la justicia.

Se vislumbrará la existencia del debido proceso, cuando se eliminen las barreras que obstaculizan la eficaz defensa de los derechos y un verdadero acceso a la justicia en interés del niño. Con idea coincidente, el artículo 706 inc. c. del CCyC aboga por que la decisión que se dicte en un proceso cuyos involucrados sean niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de estos.

El proceso de adopción dentro del código de fondo, en el artículo 611 del CCyC, prohíbe la entrega directa y con ello la colocación en guarda de hecho de niños, niñas y adolescentes por medio de escritura pública o acto administrativo, extendiendo la prohibición a toda entrega, sea hecha por progenitores, u otros familiares. Para dar mayor seguridad jurídica, a los menores de edad, en el proceso de adopción el artículo 600 inciso b del CCyC, requiere que el pretense adoptante este inscripto en el registro de adoptantes.

El artículo 613 del CCyC, determina mecanismos de elección del guardador, de donde su señoría debe seleccionar a los pretensos adoptantes de la nómina emitida por el registro. Todo ello interpretado, en base a los fundamentos de la ley 24779, cuyo objeto es evitar la cosificación de

los menores de edad por medio de contratos, en donde los pretensos padres adoptivos se aprovecharían de las madres biológicas, en situación de vulnerabilidad; cerrando así un posible círculo o mercado ilegal de menores de edad (Lorenzetti, R. 2015, pp.110-120).

La adopción, reconocida en el artículo 594 del CCyC, que expresa:

Concepto. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código. (Honorable Congreso de la Nación Argentina, 2015).

Se completa, por el artículo 595 del CCyC que expresa se rige por el principio del interés superior del niño, entre otros; como lo expreso también el legislador en el artículo 706 inc. c. del CCyC, que da prioridad en la resolución de casos en participen menores, a dicho interés rector.

El interés superior del niño, principio arraigado por el artículo 75 inciso 22 de la Const. (1994), artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del Niño, debe señalarse que el concepto jurídico es indeterminado. El término para la doctrina mayoritaria, debe ser definido por los operadores en los casos concretos; sin embargo, hay autores como Farith Simón Campaña que ven peligro en esto, por la discrecionalidad de la tarea, que podría resultar en abusiva e irracional (Hernández Terán, M. 2009).

La Convención sobre los Derechos del Niño, considera al niño, niña y adolescente como titular de derechos, que gozan de derechos específicos en virtud de su condición de personas en crecimiento, destacando que el objeto del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno, efectivo de los derechos a él reconocidos, así como su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (Observación general N.º 14, párr. 4). En consonancia, la Ley 26.061, en el artículo 3 establece que el interés superior del niño es la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley.

En este contexto, González de Vicel M. en sus comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Caramelo G., Picasso S., Herrera M, 2015) menciona “mandatos de



optimización”, “derechos para el ejercicio de los derechos”, “directrices para resolver conflictos de derechos de igual reconocimiento”, para referirse a los principios del artículo 595 del CCyC, que coadyuvan en la resolución de conflictos de derechos de igual jerarquía. Será prioritario en las causas que involucren menores de edad, el interés superior del niño, y se garantizará al valorar las circunstancias particulares comprobadas en cada caso en particular. La autora hace mención de manera enumerativa, situaciones a valorar, tales como:

a) La opinión del niño, niña y adolescente; b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño y las exigencias del bien común; c) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo, evaluando en conjunto la edad y la madurez conforme la circunstancia de que se trate; d) La indivisibilidad de los derechos humanos y, por tanto, la necesidad de que exista equilibrio entre los distintos grupos de derechos de los niños y los principios en los que están basados, de acuerdo a lo establecido por la CDN y los estándares internacionales; e) La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas. (p. 385)

Según la misma autora, ante casos de “ahijamiento” irregular, con “socio afectividad genuina”, dada por el paso del tiempo, y del cual resultan inevitablemente la identidad dinámica, el niño se reconoce como parte de esa familia y tiene lazos afectivos; debe procederse a declarar la situación de adoptabilidad, por sobre la transgresión del artículo 611 CCyC. Dado que, el vínculo emocional supera la transgresión de la norma, y el proceso de adopción continúa en virtud del “principio de realidad”. La entrega directa, para González, es la abdicación del ejercicio de la responsabilidad parental, desplazando la tutela de los derechos del niño por la intervención estatal, que mediante el sistema de justicia definirá por ellos, como garante de sus derechos (Caramelo G., Picasso S., Herrera M., 2015).

Por su parte, Mizrahi M. (2006), comprende que el interés superior del niño debe ser comprendido conforme el “criterio de la razonabilidad” en la pretensión. Debe evitarse una aplicación abstracta y arbitraria para no caer en el error de interpretar deseos o peticiones del niño como el verdadero interés superior. Además, para el autor, el interés del niño “verdadero” se rige

por la regla de la solidaridad, que no es antagónico al interés familiar, es siempre la guía medular de cualquier resolución.

Los tribunales, expresa Masciotra M. (2020), ante casos de guarda fáctica, se debe superar la no admisión de la norma, ya que la misma no le impide al tribunal “respetar las relaciones consolidadas y positivas” entre el menor de edad y los pretensos adoptantes. Los tribunales mantendrán la relación jurídica en función del “principio de estabilidad o continuidad”, salvo que el vínculo le produzca al niño un daño mayor que el trauma que se generaría con la desvinculación.

## **VI. Antecedentes jurisprudenciales:**

En función del surgimiento de conflictos con el interés superior del niño, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, en el fallo (344:2647), “L., M. s/ abrigo”, de fecha 7 de octubre de 2021, sobre la pauta de ponderación, siendo esta, el interés superior del niño en su faz moral y material. Para la resolución de conflictos, conforme al fallo, se requiere un análisis exhaustivo de todas las circunstancias, superando visualizaciones parciales. Pues en el caso citado, la sentencia apelada se funda en una perspectiva parcial de la situación actual de la progenitora, sin ponderar la situación real de la niña y como decisión adoptada puede afectarla. Hice hincapié, en analizar las posibles decisiones antes de optar por la más beneficiosa; valorando su repercusión en el interés rector conforme la situación del menor de edad afectado.

En la misma línea el fallo, “Recurso de hecho deducido por el actor, por sí y en representación de sus hijos menores F.P.B., M.P.B. y F.P.B. en la causa P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias” (Fallo: 344:2669), la Corte el 7 de Octubre de 2021, valora los elementos objetivos propios del caso en concreto e identifica al interés superior del niño como un concepto dinámico que debe precisarse conforme la situación particular, además de que debe ser analizado conforme las necesidades personales de todos los involucrados, resultando primordial la opinión del infante. Todo ello sin perder el valor que merece, la preservación del entorno familiar, continuidad de las relaciones existentes a la hora de fallar, la necesidad de mantenerlas, de su continuidad.

La Excma. Corte, en el fallo (344:2471) “Recursos de hecho deducidos por la demandada en la causa G., P. G. c/ V., A. K. s/ reintegro de hijo”, resuelta el 16 de septiembre de 2021, declara arbitraria la sentencia que dejaba firme la decisión del tribunal de alzada. Este último, dispuso se cumpliera la resolución de cuatro años de antigüedad, que ordenaba un modo convivencial

alternativo, debiendo abandonar, el menor de edad, la convivencia con su progenitora y un hermano también menor. El veredicto que solicitaba el cumplimiento de la resolución, fue revocado en virtud de que la corte sostuvo que, no tuvo en cuenta lo dicho por el menor de edad, no ponderó la conveniencia de la medida, o cómo se afectaría al niño el modificar su situación familiar. A su vez, no dio mérito a que mantuvieran o no, las circunstancias que motivaron la decisión cuatro años antes. Argullo la Corte que, para proteger los derechos del menor, debe existir celeridad para llegar a la seguridad jurídica por medio del dictamen de una resolución definitiva. Las resoluciones, para Corte, deben finalizar con la incertidumbre de los menores edad, en consonancia con la legislación, entre ellos el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 3 de la ley 26.061; y el artículo 706, inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación.

Resulta destacable, hacer mención que la Corte Suprema al desestimar pretensiones directas en el fallo (344:1757), “Recursos de hecho en la causa P., F. N. c/ T., S. B. s/ restitución internacional de niños” en fecha 8 de julio del 2021, se refiere al interés superior del niño, y dictamina, que tal no solo sirve a sus análisis en el presente fallo, sino que también debe constituir una preocupación fundamental de los progenitores. Requiriendo, a los mismos ejercer con mesura sus derechos, y solicita su cooperación en la etapa de ejecución de sentencia, todo ello con el fin de lograr una solución amistosa. Superando así los intereses subjetivos particulares, por los intereses del niño y con ello alcanzar equilibrio y estabilidad en su relación con todos los afectados, evitando mayores traumas.

Así mismo, al dictaminar el 24 de junio de 2021, inadmisibles los recursos extraordinarios, la Excma. Corte en el fallo (344:1497), “A. A., A. L. y otros s/ control de legalidad, ley 26.061.”, solicitó a la magistrada *a quo*, que atenta a la entidad de los derechos del niño es necesario actuar con la diligencia debida en función su interés superior, valorando la circunstancia de que los infantes se encontraban institucionalizados, con el fin de lograr la solución que le resulte de más benéfica a los menores de edad, y solicitó resolver en definitiva para culminar la situación de incertidumbre de los hermanos menores de edad. El tribunal de origen, a solicitud de la Corte, debe valorar el alcance de la adopción en lo atinente a la creación o extinción de vínculos con la familia de origen, debiendo oírse los niños, como evaluarse el psicodiagnóstico de todos los involucrados. Así mismo la Corte, solicitó dar mérito a la integración familiar por medio del egreso conjunto de los hermanos a una misma familia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, coincide en los antecedentes en que debe superarse la búsqueda de una solución al conflicto específico en la norma. Todos los tribunales deben buscar la solución más beneficiosa luego del análisis de todas las circunstancias teniendo como lupa el interés superior del niño, valorando las circunstancias de todos los involucrados y sin perder de vista los derechos de integración familiar. Evitando a futuro mayor incertidumbre, que impida a los menores el pleno goce de los derechos, y el derecho a crecer en una familia que les permita un desarrollo pleno. Recalcó, además la Corte, la importancia del tiempo y la afectación de los derechos del niño por la falta de celeridad que requieren los procesos, en procura de seguridad jurídica, menor afectación emocional y psicológica. Además, destaca que el interés rector sobrepasa el proceso en que se dictamina la resolución definitiva, siendo guía para los progenitores, guardadores y pretensos adoptantes en el ejercicio de sus derechos con mensura durante la ejecución de sentencia.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el fallo “Fornerón e hija c/ Argentina”, el día 27 de abril del 2012, resuelve que el interés superior del niño no fue valorado en conformidad a normas internacionales al que nuestro país otorgo jerarquía constitucional, y Estado argentino es declarado como responsable por la violación de la Convención sobre los Derechos del Niño. En función que, la niña M. fue entregada en guarda directa, en el año 2000 por la madre a un matrimonio que, luego solicito la guarda judicial; el padre se opuso a los pocos meses de vida de la niña y solicito la guarda que le fue denegada en primera instancia. Otorgando, luego de sendos recursos el Tribunal Superior de la Provincia de Entre Ríos, la adopción al matrimonio guardador, en el año 2005, lo que generó que el progenitor recurriera dicha decisión. En este caso, el incumpliendo de normas de fondo, como adjetivas, y la falta de interpretación en virtud del interés superior del niño, tanto para valorar la situación que origino el conflicto, además de la falta de celeridad en el proceso, afectó el derecho a la protección a la familia, el derecho a las garantías judiciales y la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en perjuicio de los actores. En efecto, en el caso Fornerón, se observa el peligro de reconocer como antecedente, de la institución jurídica de la adopción, al ahijamiento irregular. Todo ello, resultado de no valorar objetivamente circunstancias de origen de la guarda, lacerando el interés superior del niño, y comprometiendo sus derechos y los de su familia de origen.

## **VII. Postura de la autora:**

La autora considera que, el estado en su función de garante de los derechos humanos, por intermedio de la Corte, al examinar el fallo “B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación”, en virtud de la jerarquía constitucional otorgada a los tratados internacionales de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina; subsume las normas internas en los estándares convencionales e interpretando el interés superior del niño objetivamente aplicado en base a principios y directrices. Supera de este modo la utilización ciega de la ley y por tanto arbitraria que tuvo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro, que de no revocarse además del daño al interés superior de la niña E.M.B, podría ocasionar responsabilidad internacional al estado argentino por incumplimiento del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por no interpretarlo conforme las circunstancias probadas en el caso.

Siendo asertivo, en virtud de lo argüido, el tribunal pondera el interés del niño por sobre el debido proceso. Además de ser reconocido como derecho sustantivo del cual son titulares los menores de edad; y por ser un principio jurídico interpretativo para analizar otros derechos, normas o disposiciones que atañan al ejercicio de los derechos de estas personas en desarrollo y crecimiento, conforme al artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; valorando la situación de vulnerabilidad de la niña E.M.B., a quien la resolución revocada la colocaba en desarraigo y despojo de su centro de vida donde desarrolló toda su infancia, afectando lo que González de Vincel M. (2015) llama “principio de realidad” el vínculo de apego que desarrollo en los guardadores. Por ello, es acertado que se mantenga la integración familiar y afectiva de la niña, poniendo en consideración que la madre biológica nunca probó que, no revocar la guarda implicaría un daño a la niña, considerando que ella expresó en varias ocasiones que su hija, estando bajo la guarda del matrimonio C., C.A y R., C.L estaba mejor (Considerando 15).

Se valora que el tribunal realizará una ponderación respecto de las distintas circunstancias probadas, en que se encontraba inmersa la niña. La ponderación es un requerimiento que expreso la Corte en los antecedentes antes descriptos, así también doctrina mayoritaria, entre ellos Masciotra (2020) antes citado. La corte, valoró tanto el origen, como el desarrollo de la guarda, e inclusive las circunstancias en que se dio el consentimiento por su madre para la entrega en adopción. En función de ello, se analizó como las posibles decisiones afectarían al infante, al dictar el fallo.

Resultando de este análisis, la preeminencia a las soluciones más beneficiosas al interés superior del niño, como directriz constitucional, por sobre la transgresión del artículo 634 del

CCyC que hace mención como causal de nulidad absoluta en función de orden público, a la falta de declaración de situación de adoptabilidad, como también la falta de inscripción y aprobación del registro de adoptantes. Pues la Corte considera que, al ponderarse esta posible revocación acarrearía mayores daños a la menor de edad.

Es de gran importancia jurídica la resolución del conflicto de manera integral, determinando la adopción simple de E.M.B por el matrimonio que la tuvo en guarda, y un régimen de comunicación con su progenitora y hermanos menores de edad, respetando el “triángulo adoptivo afectivo”. Pues, dio mérito a los antecedentes respecto los vínculos de la menor de edad, con todos los intervinientes, con el fin y necesidad de mantener un equilibrio emocional y afectivo.

La Corte, no ha desoído los precedentes jurisprudenciales, resolvieron en favor de la vinculación tripartita entre los menores de edad, sus progenitores y pretendidos adoptantes luego de analizar el origen de la guarda, y las circunstancias del caso en particular en virtud del interés rector, preservando los vínculos que conforman el universo de la niña, perdiendo de vista las pretensiones subjetivas de los particulares mayores de edad (Considerando 16°).

Sin embargo, la autora considera que, en virtud de la larga incertidumbre que vivió la menor de edad E.M.B desde los ocho años, hasta los once años en que resuelve la Corte, el interés superior del niño se vio afectado, generando traumas por posible desarraigo en la niña; es objeto de mejora para todos los tribunales, la celeridad. Así como lo dispuso en los precedentes antes analizados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, es fundamental la celeridad de los procesos para disminuir la angustia e incertidumbre del menor respecto a su centro de vida y vínculos de familia.

Es además valioso resaltar que, el fallo desalienta las interpretaciones del interés superior del niño que confunden éste con las pretensiones del niño, o que en virtud de tal confusión se sorteen procedimientos exigidos en el camino hacia la adopción. El legislador, en conformidad con el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional comentada por Sagüés N. (2023), a la hora de crear o modificar normas de fondo o forma, debe proteger el interés rector, y promover medidas para la protección y otorgamiento de igual de oportunidades para los menores de edad. Esta actividad legislativa, se refleja en el artículo 706 inciso c del CCyC. Debe comprenderse, que las normas de forma, de derecho adjetivo se fundan en el derecho de fondo que las inspira, como lo indica Fernández S. (2021), las normas de forma son necesarias para la satisfacción del fondo.

Por lo cual, se considera que no se debe validar el incumplimiento del debido proceso, superando guardas irregulares en función del principio de continuidad, en aquellos casos en que las relaciones consolidadas en el tiempo, por la falta de celeridad en el proceso, ignoren el origen y motivación que tuvo la guarda, lacerando el interés del superior del niño que tuvo en mira el artículo 606 del CCyC al prohibir la entrega directa de menores de edad.

En esta postura, la autora comprende, que el veredicto acierta al valorar el origen ya que la existencia de hechos que transgreden el ordenamiento jurídico como base de la adopción, consecuentemente como su naturaleza jurídica lo indica, antijurídica, podrán aparejar consecuencias negativas en el desarrollo del menor de edad. Por ello, el origen de la guarda debe analizarse, como indica Fernández S. (2020) y debe ser subsanada la antijuridicidad, evitando la afectación de intereses del niño, niña o adolescente.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resuelve en este sentido en el caso “Fornerón e hija c/ Argentina”, y en el caso más reciente “María y otro c/ Argentina”, siendo relevante que siempre otorgue mérito a las circunstancias del menor de edad, tanto las del momento en que se dictamina, como las que dieron origen a la guarda, velando por la legalidad de los procedimientos, en virtud de intereses superiores que sirven a su interpretación y son marcos para el acceso a la justicia por la cual el Estado argentino debe velar.

### **VIII. Conclusión:**

Los procesos de adopción, ante el brete originado por el problema axiológico entre el interés superior del niño y la transgresión del debido proceso, por entregas directas de menores de edad, son engorrosos y han generado un desafío constante para los operadores jurídicos que intervienen, con el fin de determinar cuál es el mejor escenario jurídico analizando los costos y pérdidas que pueden afectar a los niños, niñas y adolescentes vulnerables por la falta de determinación de una familia, por su condición de crecimiento, y por el prolongado paso del tiempo en la determinación de decisiones definitivas que otorguen seguridad jurídica a los derechos del niño discutidos.

En este sentido, la jurisprudencia de los tribunales superiores de Argentina acorde a la Convención sobre los Derechos del Niño, por su jerarquía constitucional, al pronunciarse en favor del interés superior del niño, reconociendo al menor de edad como de sujeto de derecho preferente desde una perspectiva de vulnerabilidad, por la que merece igualdad, empatía y fortalecimiento

(Basset U., 2017); priorizando dicho interés por sobre toda pretensión en solidaridad. De allí surge, la necesidad de garantizar su desarrollo integral en un entorno familiar estable, valorándolo por sobre el principio constitucional de debido proceso. Respetuosa la Corte a los derechos de niños vulnerados, exige un análisis respetuoso de cada caso, tomando en consideración las circunstancias específicas de cada situación sin perder de vista el interés rector, que conforme las circunstancias podrán atenuar normas adjetivas para lograr la eficacia y tutela de sus derechos.

La Corte menciona en el veredicto analizado, parámetros de análisis que orientan y serán precedentes para las decisiones de los tribunales argentinos, tales como: a) valorar el mayor tiempo transcurrido en un hogar como centro vida, b) los costos y pérdidas que podrán generarse si se alteran la guarda del menor de edad, valorando las decisiones posibles que contemplen en mayor extensión la situación real de los menores c) la opinión del niño niña y adolescente, d) analizar el origen dio lugar a la guarda, e) los informes especializados respecto a todos las partes, f) las relaciones que las partes mantienen con el infante, valorando el apego para evitar generarle mayores traumas.

Sin embargo, el interés rector debe cumplimentarse con diligencia el debido proceso y celeridad en el mismo, para superar el peligro de caer en inserciones precarias de guarda, y así en un ilegal contractualismo o situaciones de hecho que someten al menor de edad a una cosificación, afectando el interés de los menores de edad. El debido proceso es una garantía fundamental, como lo dice Fernández S. (Caramelo, G. *et al.* 2015), para los derechos de todas las partes involucradas, por ello debe analizarse e investigar los motivos que originaron la guarda de hecho, además de, si los peticionantes reúnen las condiciones por ley exigidas.

La vulnerabilidad, funciona en el veredicto analizado como lo que Basset U. (2017) es una perspectiva solidaria, donde el Estado evita patrones de violencia y generación de traumas, priorizando el reconocimiento de sus derechos humanos al niño, niña o adolescente colocando en una situación de iguales en el acceso a la justicia, por su virtud de “ser humanos”, y valorándolos por sobre las pretensiones de inclusive los progenitores, por su condición relativa de desiguales.

## IX. Referencias:

- **Doctrinaria:**

Alchourron, C., & Bulygin, E. (2021). *Sistemas Normativos. Introducción a las Metodologías de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Astrea.



- Alexy, R. (2013). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad del Externado de Colombia.
- Caramelo, G., Picasso, S., & Herrera, M. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado. En *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. InfoJus.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos (01/10/1999). *Opinión Consultiva 16. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*.
- Basset, U. (2017). *La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema: aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. La Ley. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/15434>
- Delgado Martin, J. (2019). *Guía comentada de las Reglas de Brasilia*. Herramientas EUROsociAL+.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel S.A.
- Fernández, S. (2021). *Tratados de derecho de Familia*. Tomo I. Abeledo Perrot.
- Hernández Terán, M (2009). *Conceptos Jurídicos Indeterminados e Interpretación Constitucional*. Ara Editores.
- Krasnow, A. Bobrosky, J. Capolongo, M. Garmizo, M. Novelli, M. Parodi, M. - Radcliffe, M. Di Tullio Budassi, R. Radyk, E. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Astrea.
- Lorenzetti, R. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Rubinzal-Culzoni.
- Masciotra, Mario. (2020). *Discrecionalidad judicial en el Código Civil y Comercial*. Relaciones de Familia. Argentina. Astrea
- McCormick, N. (2010). *Argumentación e Interpretación en el Derecho*. Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho, N°33.
- Mizrahi M. (2006). *Familia Matrimonio y Divorcio*. Editorial Astrea S.R.L.
- Naciones Unidas, Comité de los derechos del Niño (2013). *Convención sobre los Derechos del Niño. Observación General 14*.
- Sagüés, N. (2023). *Constitución de la nación Argentina: Texto oficial de 1853 con las Reformas de 1860, 1866, 1898, 1957. 1994 ordenado por ley 24430: Estudio comparativo con el articulado anterior, Tratados internacionales con jerarquía constitucional (12a ed.)*. Editorial Astrea S.R.L.

- **Jurisprudencia:**

Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Caso: 14059. *María y otros c/ Argentina*, (22/08/2023).

Corte Interamericana de los Derechos Humanos. *Fornerón e hija c/ Argentina*, (27/04/2012).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo: 328:2870. S. 1801. XXXVIII. *Recurso de hecho S., C. s/ adopción*, (02/08/2005).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo: 344:1497. CIV 080658/2017/1/RH001. *A. A., A. L. y otros s/ control de legalidad – ley 26.061*, (24/06/2021).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo: 344:1757. CIV 013611/2019/5/RH003. *P., F. N. c/ T., S. B. s/ restitución internacional de niños*, (8/07/2021).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo: 344:2471. CSJ 000799/2020/RH001. *Recursos de hecho deducidos por la demandada en la causa G., P. G. c/ V., A. K. s/ reintegro de hijo*, (16/09/2021).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo: 344:2647. CSJ 002209/2019/CS001. *Recurso de hecho L., M. s/ abrigo*, (07/10/2021).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo: 344:2669. CSJ 001813/2018/RH001. *Recurso de hecho P. B., E. G. c/ B., K. E. s/ medidas precautorias*, (07/10/2021).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo: 344:2901. CSJ 241/2019/RH1, CSJ 242/2019/RH1. *Recursos de hecho deducidos por la Defensora General subrogante de Río Negro y por C., C.A y R., C.L en la causa B., E.M. s/ reservado s/ adopción s/ casación*, (21/10/2021).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo: 345:905. *Recurso de hecho deducido por la actora en la causa C. G., A. c/ EN – DNM s/ recurso directo DNM*, (06/09/2022).

- **Legislación:**

Honorable Congreso de la Nación Argentina, (27/09/1990). *Convención sobre los Derechos del Niño*. [Ley N°23849].

Honorable Congreso de la Nación Argentina, (26/10/2005). *Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Objeto. Principios, derechos y garantías. Sistema de protección Integral. Órganos administrativos. Financiamiento*. [Ley N°26.601].

Honorable Congreso de la Nación Argentina, (26/10/2015). *Código Civil y Comercial de la Nación*. [Ley N°26.994].