



TRABAJO FINAL DE GRADO

SEMINARIO FINAL

MODELO DE CASO: Grupos Vulnerables o en contexto de Vulnerabilidad

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2021) “Recursos de Hecho deducidos por la Defensoría General Subrogante de Río Negro (CSJ 241/2019/RH1) y por C., C. A. Y R., C. L. (CSJ 242-2019/RH1) en la causa B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación” Resolución Sentencia N° 344:2901. 21 de octubre de 2021.

LA ENVERGADURA DEL PRINCIPIO SUPERIOR DEL NIÑO Y SU APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

Arnaudo, María Angel

DNI: 30.680.980

LEGAJO: VABG65955

TUTOR: Caramazza, María Lorena

ABOGACIA - JULIO 2024

SUMARIO: I. Introducción. - II. Reconstrucción de la premisa fáctica, la historia procesal y la descripción de la decisión del tribunal. - III. Análisis de ratio decidendi. - IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. - V. La postura del autor. - VI. Conclusión. - VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Las niñas, niños y adolescentes – en adelante NNyA- son las personas menores de 18 años, que según a los dichos de Beltráo et al. (2014) quienes por el solo hecho de su edad y su grado de dependencia, se encuentran en un estado de desigualdad material y vulnerabilidad, entendiéndose esta condición como la indefensión ante las situaciones que puedan presentárseles, lo que puede agravarse según los contextos en los cuáles estén inmersos, como sociales, económicos, de salud, de violencias. Por esto, los NNyA conforman un grupo de vulnerabilidad, entre otros, como mujeres, personas con discapacidad, adultos mayores, afrodescendientes, que ha entender del poder judicial, no basta con la igualdad formal, debe asegurarse que tengan igualdad material, por lo que ha instrumentado institutos para su especial protección (pp.13-16).

En el presente trabajo, se analiza el dictamen de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, (2021) “Recursos de Hecho deducidos por la Defensoría General Subrogante de Río Negro (CSJ 241/2019/RH1) y por C., C. A. y R., C. L. (CSJ 242-2019/RH1) en la causa B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación” - Sentencia N° 344:2901, del 21 de octubre de 2021, en el cuál una niña se encuentra como centro en la disputa entre su madre biológica y un matrimonio como adoptantes pretensos, y la relevancia de este Fallo se encuentra en el análisis de como determinar, cuál es el Interés Superior del Niño, su centro de vida, el Derecho a la Identidad y no ser separado de su familia de origen, a ser oídos y la autonomía progresiva, dentro de la Protección Integral que la normativa otorga a los NNyA.

Es significativo señalar que el fallo en cuestión, presenta más de un problema jurídico. Se encuentra por un lado un Problema Lingüístico de Textura Abierta, en cuanto los jueces en distintas instancias definen de diferentes maneras el Interés Superior del Niño y su Centro de Vida, llevando a resultados opuestos para la niña. Dicha Textura Abierta, al decir de Hart (1996), significa que, en el ámbito jurídico, el legislador usa palabras intencionalmente vagas para que el juez al encontrarse más cercanamente con las circunstancias particulares, defina la

situación de la manera más justa posible. Entendiéndose el concepto de vaga, como indefinido, impreciso, por la amplitud que abarca, y el intérprete sea quién determine su acepción para la situación (pp. 155-169).

Por otro lado, y de manera principal, nos lleva a un Problema Axiológico, en cuanto a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en adelante, CSJN- debe determinar, cuál es el Interés Superior de la niña en el contexto en cuál está inmersa, en su cotidianidad, para aplicar dicho Principio, en contra posición al Derecho de su Identidad y de no ser separada de su familia de origen, por razones fundadas en las limitaciones materiales de la progenitora, lo que afectaría a los derechos humanos de ésta. Como también determinar si es ecuánime resolver de acuerdo a las inobservancias del proceso de adopción esto sin tener en cuenta dicho Principio Superior, protegido por normativas de distintos estamentos, la Ley N° 48 Art 14 Inc 3, Ley N° 26.061 Protección de Niños y Adolescentes Art. 3 y Convención sobre los Derechos del Niño, Art 3.1.

Por consiguiente, a través de la descripción de la premisa fáctica y la interpretación de la Ratio Decidendi se podrá determinar cuáles serían los intereses y derechos de cada uno de los integrantes de lo que la doctrina a definido como el “triángulo adoptivo afectivo,” dentro del contexto que atraviesan los actores, y aun entrando en conflictos con las normativas, para su resolución ¿que debe primar? “prevalecerá el interés superior de las personas menores de edad cuando interactúan con el sistema de justicia” (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018, p.3), de dicha manera, concluir si se logra resolver el problema jurídico que nos atañe, para lo cual se adentra en un exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial.

II. RECONSTRUCCIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA, LA HISTORIA PROCESAL Y LA DESCRIPCIÓN DE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El Fallo que se analiza en este trabajo de grado, consiste en un conflicto procesal, suscitado por la madre biológica de la Niña, que es quién la coloca en esta situación, al entregarla a los meses de vida a un matrimonio, y cuando éstos pretenden adoptarla, manifiesta haber cambiado de opinión y que le sea restituida. Este es el origen de una controversia que llevó once años, y ha pasado por tres instancias previas, en las cuáles se ha resuelto de maneras contradictorias, hasta llegar a la CSJN, quién debe resolver finalmente esta pugna de intereses.

En el año 2009, la niña E. M. B., a los 9 meses de edad, fue entregada de manera voluntaria por su progenitora, al matrimonio compuesto por C. L. R. y C. A. C. para que cuidasen de ella ante la imposibilidad de esta, con la condición que mantuviese contacto con sus hermanos. Con los años, dicha situación derivó en que el matrimonio citado, como parte actora, acuda al Juzgado de Familia N°5 de la 1° Circunscripción de la Provincia de Río Negro, para solicitar la Guarda, la cual se admitió en agosto de 2013, fundado en el testimonio de la madre, quien manifiesta que la entrega fue voluntaria y que, al haber consultado con la Defensoría sobre las consecuencias del trámite de adopción, entendía era lo más beneficioso para su hija. En noviembre del mismo año, el matrimonio solicitó la Adopción.

En agosto de 2014, la madre expresa que se opone a la adopción, y luego de dos años, de encuentros entre la niña, la madre y sus hermanos, con supervisión de un equipo interdisciplinario, el Juzgado interviniente, deja sin efecto la guarda pre-adoptiva, rechaza la adopción y ordena la restitución de la niña a su madre biológica, de manera gradual y, manteniendo régimen comunicacional con la familia guardadora, considerando que, el trámite de la guarda estuvo viciado de nulidad absoluta, al desconocer el debido proceso legal, como por ejemplo la entrega directa de la niña o, mediante escritura pública o acto administrativo, la no inscripción al registro de pre-adoptantes del matrimonio C. L. R. y C. A. C., entre otras cuestiones determinadas por el Código Civil y Comercial de la Nación – desde ahora CCyC, en sus Arts 607, 611 y 634.

Posteriormente, en el año 2017, luego que el matrimonio pretense antepone recurso al Tribunal *ad quem*, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial de la provincia anteriormente mencionada, revocó dicha sentencia, hizo en parte lugar a la demanda de los guardadores, otorgándoles la adopción simple y el derecho de comunicación con su familia biológica, basándose en la concreción del Principio del Interés Superior conservando su centro de vida y en la vinculación con su familia de origen.

Ya en el año 2018, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, hizo lugar al recurso de casación deducido por la madre biológica de la niña, revoca la sentencia de la Cámara y confirma la decisión de la Primera Instancia, lo que motiva que contra dicho pronunciamiento, el matrimonio guardador y la interviniente Defensora de Pobres y Ausentes N°5 de la 1° Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, dedujeran sendos recursos extraordinarios que, denegados, dieron origen al Recurso de Queja de Hecho ante la CSJN.

Finalmente, la CSJN resolvió, declarar inoficioso examinar los agravios planteados por el Recurso de Queja de la Defensora General Subrogante de Río Negro CSJ 241/2019/RH1, por la tempestividad del recurso extraordinario, y por otro lugar, admitir la queja de los actores, CSJ 242/2019/RH1 y como procedente el recurso extraordinario, por lo que deja sin efecto la sentencia apelada, hace lugar parcialmente a la demanda, por lo que mantiene la guarda y otorga la Adopción Simple de la niña E. M. B. al matrimonio C. L. R.-C. A. C., a la vez que exhorta a las partes a que, el matrimonio guardador se comprometa a mantener y colaborar para sostener el contacto de la niña con su familia de biológica, para lo cual ambas partes deben obrar con mensura y, los jueces de la causa interviniente, oportunamente deberán adoptar las medidas pertinentes para oír a la niña, siendo su valoración derecho fundamental de esta. En cuanto a las costas en el orden causado y se menciona el segundo párrafo del Art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

III. ANALISIS DE RATIO DECIDENDI

Los ministros miembros de la CSJN al momento del fallo, Dres. Rosatti, Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti votaron por unanimidad, y en el mismo cuerpo, resolviendo esta controversia, al dejar sin efecto la sentencia del Tribunal Superior de la provincia de Río Negro, otorgando la guarda y adopción simple de la niña E. M. B. al matrimonio de C. L.R.-C. A. C. basándose primordialmente, en determinar que el Principio del Interés Superior del Niño, debe primar aún sobre el Interés Superior o Derechos Humanos de sus progenitores y aún, cuando recale en un conflicto con inobservancias de forma y de fondo, que pudiesen tornar nulo el acto, siempre que según el contexto analizado por los decisores, tengan a bien privilegiar dentro de las posibles soluciones, la que contemple en su máxima extensión, la situación real del NNyA. Quedando de esta manera resuelto, el Problema Axiológico que se señaló en páginas anteriores, sobre la pugna entre el Interés Superior del NNyA y la vulneración del proceso de adopción regulado por distintas normas internas, denotando un conflicto entre un principio y normas aplicables, que conllevan a resoluciones contrapuestas.

Al segregar los argumentos esgrimidos por los magistrados, se desprende que los NNyA tienen una protección especial que se debe hacer prevalecer ante el conflicto de intereses de igual rango, por lo que el interés moral y material de éstos, debe tener prioridad sobre cualquier circunstancia en el caso concreto, aún frente a sus progenitores, citando en materia legislativa a la Convención sobre los Derechos del Niño con rango constitucional otorgado por el Art 75

Inc 22 de la propia Constitución Nacional, e infra-constitucional, por el Art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las NNyA, el Art. 706 Inc c del CCyC, y el Art. 10 de la ley 4.109 de Río Negro.

Por otro lado, fundamenta su decisión también en que, queda desvirtuada la misión de los Tribunales de Familia, si sus decisiones quedan sujetas a formulas prefijadas para decidir sobre problemas humanos, con un excesivo apego a las normas en detrimento y provocando mayores daños que los que se procuran evitar o reparar. Es dable señalar, que el debido proceso y la sujeción a las normas procesales y sustanciales que rigen, como en este caso, el instituto de la Adopción - y en todo pleito, es de esencial cumplimiento salvo en cuestiones de marcada excepcionalidad como la de autos, que para decidir debe primar una visión en conjunto, ya que la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas, le restaría importancia a las consecuencias que conllevarían al modificar la estabilidad afectiva y social, que la niña sostuvo en la mayor parte de su vida, y constituyen un factor determinante de la cuantía de Su Interés Superior, siendo probable entrar a una vulneración, a nuevos conflictos o espacios de incertidumbre con consecuencias imprevisibles.

También se justifica este fallo, en que la infante, expreso que deseaba sostener su centro de vida, es decir, el que conoce desde los nueve meses, junto a sus guardadores, a los cuales reconoce como padres y estando integrada a la familia, con los que ha forjado sus afectos y hábitos, haciéndolos propios y forman parte de su personalidad. Sin desconocer sus orígenes ni soslayar los lazos de sangre, por lo que mantendrá contacto con su familia de origen. Al validar esto, los jueces, no están realizando más, que darle la entidad que debe tener el Derecho a ser Oída de la Niña, lo cual tiene reconocimiento normativo internacional e internamente, como ya se señaló, de manera análoga al Interés Superior del NNyA. Al igual que se reconoce que para su resolución, los magistrados, toman la definición del triángulo adoptivo afectivo, como una alternativa saludable para todas las partes involucradas, conservando los vínculos, asegurando a la Niña a crecer en el seno de una familia, a conocer su origen y su participación activa para que sea quién determine si la solución establecida, es la más respetuosa de sus derechos fundamentales. Basándose en los Arts. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño -en lo sucesivo CDN, en el Art 707 del CCyC y, en los Arts. 11 y 24 de la Ley 26.061, ya mencionada.

Estos puntos desarrollados hasta aquí, son los fundamentos principales que llevaron a la sentencia, pero hay otros conceptos que no son directos para la toma de la decisión, pero por

eso, no menos importantes para conocer el contexto. Por lo que, al determinar la CSJN, que la madre biológica, una mujer adulta de 35 años, reconoció que entrego de manera voluntaria su hija al matrimonio guardador, sin evidenciar graves vicios que pudieran tonarlo inválido, y que en ese momento conto con el asesoramiento jurídico del defensor de menores quién le explico, y que ésta dijo comprender, el alcance de su decisión, lo cual ratifico años después en sede judicial. Ello no implica que con el paso del tiempo no pueda cambiar de criterio, ya sea por incumplimiento de sostener el apellido materno y la vinculación con sus hermanos, o según sus dichos un “arrepentimiento” y que aun cuando adujera que se presentó sin asistencia técnica, su decisión en aquel entonces dio lugar a la creación de un vínculo afectivo, y que modificarlo en este contexto, produciría mayores perjuicios sobre todo para la niña.

Por último, como ya se advirtió, que la entrega en guarda de hecho al matrimonio pretenso y, la no inscripción en Registro Único de Adoptantes de estos, ambas situaciones contempladas y expresamente prohibitivas para realizar un procedimiento de adopción, no puede restar entidad a lo que implicaría modificar la situación de estabilidad socioafectiva que sostuvo por años la infante. Así como tampoco, la ausencia de declaración de adoptabilidad, ya que el proceso de guarda pre-adoptiva fue iniciado con el régimen normativo anterior, y no con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que estos puntos no podrían ser tomados como argumentos para resolver el presente autos, y que dieran como resultado la nulidad absoluta del acto en cuestión, conformando otro *Obiter Dicte* de este fallo al igual que el párrafo *ut supra*.

Los magistrados se remitieron a antecedentes de hechos y derecho en cuestiones donde estuvo en juego el Interés Superior del Niño, Adopción, Sentencia Arbitraria, entre muchos otros, por ejemplo el caso CSJN “S., C. / Adopción”. Fallo N° 328:2870. 2005; el caso CSJN “G., M.G. s/ protección de persona causa N° 73.154/05C”. Fallo 331:2047. 2008; el caso CSJN “A., F. s/ protección de persona” - Fallo 330:642. 2007.

IV. DESCRIPCIÓN DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL, ANTECEDENTES DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

La CSJN en este Fallo, basándose en la historia procesal descripta anteriormente, fue desentrañando diferentes conceptos para llegar a determinar los Principios en los que, deben fundarse los decidores de toda instancia, cuando los actores sean NNyA, para no recaer en

sentencias Arbitrarias, de rígides normativa, sin interpretar el centro de vida y oír la voz de los NNyA, quienes deben gozar de una protección especial.

A propósito de la temática referencial de este trabajo, como lo expresa Fernández Villazón (2016) cuando se mencionan grupos vulnerables o personas en situación de vulnerabilidad, para una mejor comprensión del alcance del concepto, se desentrama el significado de la palabra vulnerable, que deriva de *vulnerabilis* de origen latín, y se desglosa por un lado *vulnus* que significa herida y por otro, *abilis*, que expresa posibilidad. Por lo que se refiere a una persona con posibilidad de riesgo, daño o peligro, que es inherente a toda persona humana, pero desde el aspecto jurídico, la distinción de grupos humanos en situación de vulnerabilidad, los diferencian del resto de la población, sin caer en la individualidad, sino es un conjunto de personas con circunstancias comunes, que se sitúan ante obstáculos para el ejercicio de los derechos humanos. Pertenecer a estos grupos implica, por un lado, que el bien jurídico se encuentre en riesgo o esté siendo vulnerado, y por otro, esta situación de desprotección implica que se necesita del reconocimiento jurídico, para que se implementen acciones positivas de amparo (pp.113-116), como determina nuestra carta Magna en el art. 75 Inc 23, señalando especial protección para los niños en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización de la enseñanza elemental, entre otros grupos que también enumera.

Que los NNyA conformen un grupo vulnerable, siguiendo a Fernández (2015) permite justificar en términos bioéticos y jurídicos los alcances de la protección e injerencia estatal, necesitando lograr un equilibrio entre la autonomía progresiva de estos y que la protección del Estado no resulte violatoria de los derechos humanos básicos, sino que opere como una herramienta de fortalecimiento de derechos de este grupo que por su edad y madurez tienen la posibilidad de acción, expresión y decisión debilitada colocándolos en una situación de fragilidad, dependencia o marginación (Tomo I pp.60-62).

Que, en esta sentencia, se evidencie un problema jurídico de tipo Axiológico, es al decir de Nino (2003) que existe una contradicción cuando el sistema jurídico atribuye una solución a un caso y que, siguiendo ciertas pautas valorativas, debería tener otra solución diferente a la que este le determina (p. 278), como lo es la confrontación, entre ajustar la resolución a la normativa del instituto de Adopción y los derechos - intereses de la madre biológica, en contraposición con lo que un análisis contextual y lo que manifiesta la Niña, determinaría totalmente lo contrapuesto.

Con la CDN en 1989, ratificada en nuestro país por la Ley N° 23.849 en 1990, y finalmente incorporada con rango Constitucional en la Reforma de 1994 con el Art.75 inc 22, trajo aparejado un cambio de paradigma en cuanto al concepto jurídico-social de los NNyA, los cuáles pasaron de ser sujetos biológicos objeto de protección y control, incapaces y carentes de autonomía, a ser sujetos activos de derechos humanos, con una amplia gama de derechos y libertades, y se les otorga participación en todas las acciones que tengan que ver con su vida y la toma de decisiones, con una autonomía progresiva por lo que se habla de una “Protección Integral de Derechos de los NNyA”, teniendo como eje central el Interés Superior de éstos, superando así el concepto de “situación irregular” utilizado hasta entonces.

Si bien, el Interés Superior ya aparece mencionado en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, se comienza a materializar después de la CDN, entendiéndose como la satisfacción de los derechos fundamentales de los NNyA, y para lo cual los Estados adherentes, deben impulsar políticas públicas orientadas a la realización de ello, como un principio rector y a la vez garantista, para asegurar la efectividad. Plasmado en el Art. 3 que establece que todas las acciones que afecten a la niñez y adolescencia dictadas por instituciones públicas o privadas, sus intereses superiores deben ser la consideración primaria. Por ello sostiene la mayoría de la doctrina, en concordancia con la Observación 14 del Comité de los Derechos del Niño (creado por la CDN para su control e implementación), y en esta oportunidad expresado por Herrera (2019) que el Interés superior del Niño cumple tres funciones, como Principio rector en la toma de decisiones en las que sean partícipes NNyA, y ante a una disposición jurídica que admita más de una interpretación, se optaría por la que más satisfaga su Interés Superior. Como Derecho del que son titulares, a que sea primordial y Garantía que en todo proceso que participen se va a poner en práctica como una obligación intrínseca de los Estados y de aplicación directa. Por último, como norma procedimental para que cuando se tenga que tomar una decisión, se deban analizar los aspectos positivos y negativos que influenciarían en los NNyA y, además justificando su implementación en la decisión (pp. 61-62).

En cuanto a la legislación nacional, recién 15 años más tarde, se logra la promulgación de la Ley 26.061 de “Protección Integral de los NNyA” que deroga la vieja Ley del Patronato, aunque el Código Civil, continuaba redactado para ese formato, por lo que se corona este proceso, con la sanción del CCyC en el año 2015, que incorpora conceptos como de autonomía progresiva, responsabilidad parental en vez de Patria Potestad, entre otros.

Retornando a la Ley 26.061, otro cambio fundamental, a decir de Feller (2023) es que la Familia, tendrá el rol primario para la satisfacción de los derechos y garantías de los NNA, y el Estado, será quién proveerá de las políticas y programas públicos a través de organismos e institutos, como medios garantes para que las familias puedan concretar esta responsabilidad, siendo que en el régimen de la “situación irregular”, el Estado actuaba mediante el juez de menores, sustituyendo a la familia negligente por encontrarse en lo llamado “abandono material o moral.” Algunas de las políticas públicas implementadas por el Estado, fue la creación de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, que como nuestro país tiene su sistema federal, las provincias harán lo suyo cada una en su circunscripción, la figura del Abogado del Niño, delimitar el accionar de la autoridad competente para la toma de medidas excepcionales, entre otras (pp. 22-31).

Es ineludible denotar que, para la resolución de este fallo, hay un concepto que rige como la columna vertebral, es el Interés Superior del Niño, y que, para lograrlo, debe complementarse con la Autonomía Progresiva y el derecho de los NNA a ser Oídos.

Iniciando de la base que un Principio es la interpretación de valores orientadores de la norma, en este caso, satisfacer el Interés de los NNA es Superior ante otro derecho o interés igualmente legítimo, así según lo expresado por Conte-Grand (2023) de no resultar posible armonizar los derechos de los NNA con otras personas o autoridades se habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los involucrados, prevaleciendo el de los infanto-juveniles, igualmente sea el conflicto con sus progenitores. Pero este concepto tan utilizado en la última década, presenta una Textura Abierta, y es necesario delimitar su alcance real para lograr la anhelada Protección Integral, teniendo como límite infranqueable a la Dignidad de los NNA, por lo que se deberá analizar el caso concreto, centro de vida de estos, y de acuerdo a la Autonomía Progresiva, con una participación activa, oírlo, como también tomar la opinión de los distintos profesionales intervinientes (pp.14-15). Basándose en un antecedente jurisprudencial utilizado en el Fallo, es oportuno mencionar que:

Hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto; y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de la prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presentan, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente

desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia. (CSJN. 1980. Oilher, Juan Carlos c/ Arenillas, Oscar Norberto. p. 1612).

Cuando se hace referencia al Centro de Vida, siguiendo el Art 3 de la Ley 26.061, es el lugar donde los NNyA hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su vida, pero no haciendo solo referencia a la residencia o domicilio, sino a donde desarrolla una integración en determinado medio social, como la escuela, los controles de salud, actividades recreativas, deportivas o culturales, amistades (Rosende, 2021, p. 86).

La Autonomía Progresiva, es la evolución de las facultades, la madurez que van adquiriendo los NNyA de acuerdo a su edad, el contexto y experiencias en que están inmersos para que tengan la capacidad de poder elegir, determinar, expresar que es lo que consideran más conveniente para sí, realizando una participación activa en los procesos.

Otro punto, es el Derecho a ser oído, también receptado en el Art. 707 CCyC y en el Art. 12 CDN, y que siguiendo a Lescano (2023) para que su opinión sea considerada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso, debe ser tomada con especial diligencia y celeridad. Y este concepto, necesita ser ampliado, en cuanto a ser oído no es solamente una cuestión literal a través de dialogo, sino que implica una entrevista directa entre los magistrados y el NNyA, ya sea personal o a través de profesionales, para determinar según la forma en que pueda expresarse la persona -mediante dibujos, juegos, manifestaciones de comportamientos, gestos, miradas, señas, para participar y expresarse, teniendo los recaudos de no caer en interrogatorios o revictimizaciones contraproducentes, con la empatía necesaria para que se pueda generar un nexo de confianza.

Por otro lado, a la hora de establecer una resolución de esta índole, lo no se puede pasar por alto, es la influencia del factor tiempo, por lo que se valió el tribunal en su decisión del antecedente jurisprudencial, que determinaba que:

La verdad biológica no es un dato absoluto cuando se relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos consolidados en los primeros años de vida es un dato con contenido axiológico cuando se trata de resolver el alcance del interés superior del menor. Ello, claro está, respetando el derecho

de aquel a conocer y preservar su identidad -Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda. (CSJN: 2007. A. 418. XLI. REX . A.F. s/Protección de la Persona. 2007. p. 24).

La mención de este antecedente, da el puntapié para describir la “socioafectividad” incorporado en el Art. 7 del decreto Reglamentario 416/2006 de la Ley 26.061, y utilizado por la jurisprudencia, por el cual no solo se entiende como grupo Familiar, a los progenitores o personas vinculadas a través del parentesco por consanguinidad o por afinidad, sino que puede asimilarse a otros miembros de la comunidad que represente para los NNyA, vínculos significativos y afectivos para el desarrollo, protección y asistencia de su historia personal, establecido por la fuerza de los hechos, que cuenta con aceptación social como legitimante, y que es tarea esencial de los profesionales intervinientes, como abogados, psicólogos, trabajadores sociales, psicopedagogos, desentrañar la existencia de este vínculo con su cuidador, priorizando cada caso como único y concreto (Anzorena, 2021).

En cuanto a la Adopción, el art. 594 CCyC la define como la institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de NNyA a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando no puedan ser proporcionados por su familia de origen, situación que sucedió y llevo a la Progenitora a entregar la Niña al matrimonio pretenso.

Inicialmente el Código Civil de Vélez Sarsfield, no regulaba la Adopción, recién en el año 1948, se introdujo mediante una modificación con la Ley N°13.252 con un alcance similar a la adopción simple. Luego, en el año 1971 llega la Ley N°19.134, que incorpora el sistema doble, de adopción simple y plena. En el año 1997, con la Ley N°24.779 se modifica una vez más el régimen para adecuarlo a las normas de la CDN y, se incorporó las nuevas disposiciones al Código Civil (título IV, sección segunda, libro primero). Ya en el año 2004, con la Ley 25.854, se creó el “Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos” reglamentada finalmente en el año 2009 después de modificaciones. Para terminar, en el Régimen del CCyC, y tomando los puntos pertinentes para el Caso, reconoce: el interés superior del niño como determinante para otorgar la adopción y su alcance, se establece la "declaración judicial de la situación de adoptabilidad" como acto que determina la conveniencia de la adopción para el adoptado, se prohíbe expresamente la guarda de hecho y, el plazo de guarda no puede exceder los seis meses. Y como principios generales establece, el Interés Superior del Niño, Derecho a la Identidad, Derecho a conocer los orígenes y derechos de los NNyA a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta (Font, 2020, pp. 183-185).

En cuanto a materia legislativa en la Provincia de Río Negro, teniendo en cuenta a Custed Llambi & Cardella (2015), es menester señalar, como primer antecedente del año 1997, a la Ley N°3.097 de "Protección Integral y Promoción de los Derechos del Niño y el Adolescente", que tuvo por objeto efectivizar los derechos contenidos en la CDN, la Constitución provincial y diversos tratados internacionales, por lo que se puede apreciar años antes que la Ley a nivel Nacional. El inconveniente que tuvo esta fue que al designar al Poder Ejecutivo la responsabilidad de delinear las políticas públicas integrales que aseguraran la efectividad de los derechos reconocidos, no se lograba determinar los roles de cada uno de los poderes del Estado, por lo que para ajustar esto y otorgar una real vigencia del sistema de protección integral, se conforma una Comisión para una reforma, la cual es aprobada en el año 2005, con el número de Ley 4.109, cuya autoridad de aplicación es el Consejo de los Derechos de NNyA de la Provincia de Río Negro – CoNiAR, un órgano con autarquía funcional en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social u homónimo (Tomo II. p. 409).

V. POSTURA DEL AUTOR

Con un pormenorizado análisis del caso, debido a la gran cantidad de conceptos, jurisprudencia y cuerpos normativos que engloba, se adhiere a la resolución emanada del Tribunal Supremo, visto que en relación al Problema Axiológico mencionado, es indudable que la decisión es la más asertiva para el cumplimiento del Principio rector de toda controversia donde se encuentren en conflicto algún NNyA en relación a adultos, institutos u organismos, primando siempre el Interés Superior de estos, así sea en contraposición con normas de fondo y forma, que el sistema de ajustarse al cumplimiento rígido de éstas, la decisión hubiese sido perjudicial o por lo menos incierta en cuanto a la afectación de la niña, creando una nueva situación de vulnerabilidad.

La mencionada triple función del Interés Superior del Niño, lleva a que en la aplicación al caso concreto, se determine como principio rector a la hora de tomar una decisión, que encuentra sustento en la normativa internacional, CDN y en la Observación 14 del Comité de los Derechos del Niño, con raigambre constitucional por el Art 75 Inc 22, como en la Ley 26.061 y el CCyC, por lo que ante conflictos de índole axiológico, de Principios de igual raigambre o de Principios con la norma, debe primar el Interés superior del Niño, analizando todos los aspectos positivos como negativos para arribar a la decisión que más satisfaga al Interés del NNyA, recordando que su finalidad es la dignidad de los mismo, dando respuesta

así de manera concreta, al problema jurídico que se había detectado en cuanto a la resolución del litigio en cuestión.

Que en cuanto a la Nulidad Absoluta que podría plantearse ante el incumplimiento de la Inscripción en el Registro de Guardadores de los adoptantes pretensos, o la entrega de hecho totalmente prohibida por nuestro ordenamiento, queda desvirtuada, no porque sea menor el cumplimiento normativo, sino que podría producir, quizás un daño mayor su aplicación, que lo que se quiere realmente evitar. Asimismo, señalando que, al momento de la entrega de hecho, el Registro Único de Adoptantes, no estaba conformado.

Que el cambio de actitud de la progenitora para recuperar su hija, queda suplementario ante la declaración de la Niña de querer continuar con su familia socioafectiva, lo cual, no fue tenido en cuenta en instancias anteriores, y se puede tomar como de gravedad en cuanto a procesos de NNyA se hable.

El hecho de poner en segundo plano los derechos de la madre o el cumplimiento del sistema legislado de la Adopción, no menoscaba la importancia de la que revisten, sino que obedece a materializar la respuesta más beneficiosa, para la parte más vulnerable de este conflicto, en lo cual no hay ganadores o perdedores, sino que prima el bienestar de la Infante, y con la configuración del triángulo adoptivo afectivo, los vínculos perdurarán, siempre que no afecten o vulneren a la Niña.

VI. CONCLUSIÓN

¿Por qué ante un conflicto axiológico de aplicación entre, el Interés Superior del Niño- el Régimen Normativo de Adopción – el Derecho de Identidad y a desarrollarse en la familia de origen – los derechos de la progenitora y los derechos de los adoptantes pretensos, se resuelve aplicar el Interés Superior del Niño? Porque con el cambio de paradigma desde la CDN distintas normativas nacionales como internacionales que ya hemos mencionado, han dejado establecido, que ante conflictos en los que participen NNyA, primara su Interés Superior ante el derecho-interés de los adultos de la controversia, ya que estos SON sujetos titulares de derechos, a los cuáles ejercen a través de la autonomía progresiva, con una participación activa y en los cuáles su voz debe tomarse con diligencia y celeridad. De manera que los magistrados, tienen un arduo trabajo de tener una mirada contextual de todos los partícipes, del centro de vida de los NNyA, de Oír lo que manifiesten éstos, y poner en la balanza con cual

determinación satisface de la forma más completa e integra los derechos e intereses de ese NNyA, a sopesar aún de trasgredir normas, pero que, en su fin último, está el bienestar de los infanto-juveniles.

Pero de este caso, y en contacto con jurisprudencia análoga, resulta que es más frecuente de lo imaginado que, en controversias entre adoptantes pretensos y familiares biológicos “arrepentidos” o que aparecen con el tiempo, pasen 5, 7, 11 años hasta llegar a la CSJN y que, entre recursos y apelaciones, se obtenga una resolución definitiva. Tornándose perjudicial este paso del tiempo para los NNyA, y hasta podría decirse egoísta por parte de quienes están para procurar su bienestar, su completo desarrollo, ya sean los parientes biológicos, los adoptantes pretensos como el conjunto de magistrados, con la demora para toma resoluciones, así la excusa sea la congestión de casos en los juzgados, se estarían vulnerando con estas demoras sus derechos, su protección, y paradójicamente, este paso del tiempo es determinante para tomar la decisión al crear vínculos socioafectivos.

Por otro lado, lo llamativo también es, que a 34 años de CDN y a 19 años de la Ley 26.061, en dos instancias, jueces hayan priorizado la rigidez normativa, ante el Interés Superior del NNyA, e incluso no se tuviera en cuenta la manifestación de la niña de querer seguir en el seno de la familia adoptiva, aunque teniendo contacto con su familia de origen. Lo que sería un llamado de atención, para los miembros del Poder Judicial quienes deben estar constantemente capacitándose y actualizándose, ya que el derecho se configura en cuanto va variando la realidad humana y todo lo que gira en torno a esta, descartando se trate de una decisión fundada en considerar no trasgredir el ordenamiento.

IV.REFERENCIAS

- Anzorena, F. (2021) La Socioafectividad y su incidencia en el Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes. *Temas de Derecho Privado (Tomo I) – Familia*. https://ar-lejister-com.us1.proxy.openathens.net/index.php?login_auto=1&pHash=710326573100f13b4d3e4732f006a330.
- Beltráo, J. F, Monteiro de Brito Filho, J., Gómez, I., Pajares, E., Paredes, F., & Zúñiga, Y. (2014). *Derechos Humanos de los grupos Vulnerables*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior (DHES).
- Código Civil y Comercial de la Nación [CCyC]. Ley 26.994 de 2014. Arts. 594, 607, 611, 634, 706 inc. c y 707. 7 de octubre de 2014 (Argentina). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm> .
- Constitución de la Nación Argentina [CN]. Art. 75 incs. 22-23. 15 de diciembre de 1995 (Argentina). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> .
- Conte-Grand, Julio Marcelo (2023) Trascendencia de la Categoría del Interés Superior del Niño. *Reflexiones en el Nuevo Mundo - Capítulo II - Sistemas Jurídicos Internacionales* (Edición 314, pp.14 -15). https://ar-lejister-com.us1.proxy.openathens.net/index.php?login_auto=1&pHash=710326573100f13b4d3e4732f006a330.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Recursos de Hecho deducidos por la Defensoría General Subrogante de Río Negro (CSJ 241/2019/RH1) y por C., C. A. y R., C. L. (CSJ 242-2019/RH1) en la causa B., E. M. s/ reservado s/ adopción s/ casación”. 344:2901. 21 de octubre del 2021. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7703221&cache=1713137444990>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. A. 418. XLI. REX . A.F. s/Protección de la Persona. 330:642. 13 de marzo de 2007. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6183121&cache=1717915105121>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Oilher, Juan Carlos c/ Arenillas, Oscar Norberto. 302:1611. 23 de diciembre de 1980. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=18927>.
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2018). Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.
- Custed Llambi M. & Cardella M. (2015). El Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescente de la Provincia de Río Negro en S. E. Fernández (Dir.). *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (Tomo II, Cap. 17). Abeledoperrot.

- Feller, M. (2023) *Protección de Niñas, Niños y Adolescentes en el proceso judicial*. Hammurabi.
- Fernández Villazón, L. A. (2016). Grupos vulnerables: Apuntes para un concepto jurídico-social. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, (404), 109–134. <https://doi.org/10.51302/rtss.2016.2222>.
- Fernández, S. (2015). Vulnerabilidad, Infancia y Protección Especial. Sobre la especificación de Derechos Humanos fundamentales como Tutela Reforzada de Protección en S. E. Fernández (Dir.), *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (Tomo I, Cap. 4). Abeledoperrot.
- Font, M. (2020) *Guía de Estudio Código Civil y Comercial. Familia*. Estudio S.A.
- Hart, H (1996). *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot.
- Herrera, M. (2019). *Manual del Derecho de las Familias*. Abeledo-Perrot.
- Lescano, M. (2023). La escucha de niños, niñas y adolescentes en escenarios judiciales sensibles. *Revista Unidad en la Diversidad. La Escucha de las Personas en Situación de Vulnerabilidad. Volumen V (Tomo II)* https://ar-lejister-com.us1.proxy.openathens.net/index.php?login_auto=1&pHash=710326573100f13b4d3e4732f006a330 .
- Ley 23.849 de 1990. Convención sobre los Derechos del Niño. 16 de octubre de 1990. D.O. N° 26.693. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=249> .
- Ley 26.061 de 2005. Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. 26 de octubre de 2005. D. O. N° 30.767. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> .
- Ley 4109 de 2006. Protección Integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes. 31 de julio 2006. D. O. N° 4499-2007. <https://web.legisrn.gov.ar/legislativa/legislacion/ver?id=7491>.
- Ley 48 de 1863. Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales. 14 de septiembre de 1863. R.N. 1863-1869, p 49. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=116296>.
- Nino, C. (2003) *Introducción al Análisis del Derecho*. Astrea.
- Rosende, D. (2021) *Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis, práctica y Procedimiento*. Dyd S.R.L.