

COMENTARIOS A FALLOS

---

# Adopción. Interés superior del niño. Triángulo adoptivo-afectivo

## CSJN. “L. M. s/abrigo”, 7 de octubre de 2021 y “B. E. M. s/reservado s/adopción s/casación”, 21 de octubre de 2021

*Por Sebastián Ignacio Fortuna<sup>1</sup>*

---

### 1. Las sentencias bajo comentario

#### 1.1. “B. E. M. s/adopción”<sup>2</sup>

En el primero de los casos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dejó sin efecto la sentencia emitida por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro y, como consecuencia, ordenó validar la guarda en curso y otorgar la adopción simple de la niña E. M. B. al matrimonio bajo cuyo cuidado se encontraba desde sus nueve meses de vida. De dicha forma, mantuvo subsistente el vínculo jurídico entre la niña y su madre biológica.

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Profesor adjunto interino de Derecho de Familia y de las Sucesiones (UBA). Especialista en Derecho de Familia (UBA). Magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Diploma Superior en Género y Justicia (FLACSO). Maestrando en Estudios y Políticas de Género (UNTREF). Se desempeña laboralmente como prosecretario del Juzgado Nacional en lo Civil N° 88, con competencia en asuntos de familia y capacidad de las personas, con sede en la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> CSJN, Fallos 344:2901.

Los hechos del caso pueden ser resumidos de la siguiente forma: la niña E. nace el 14/1/2009. A los nueve meses su progenitora entrega a E. al matrimonio conformado por C. y C. para su cuidado; ello en razón a su imposibilidad para cumplir con las funciones de cuidado. Cuatro años después, el Juzgado de Primera Instancia, en el marco de un proceso iniciado por el matrimonio cuidador, rechazó la demanda de adopción solicitada y ordenó la restitución de la niña a su madre. Además, señaló la necesidad de establecer un régimen de comunicación entre la niña y quienes promovieron la adopción.

La referida sentencia es apelada, revocada por el Tribunal de Segunda Instancia y luego confirmada por el Superior Tribunal de Justicia provincial. En el último de estos pronunciamientos fue argumentado que el reconocimiento de la guarda preadoptiva y la adopción requerida implicaban convalidar la entrega directa efectuada mediante escritura pública al matrimonio por parte de su progenitora, sin que se hubiera cumplido con las instancias procesales correspondientes y previas a la adopción, entre las que se señalan: la inscripción del matrimonio en el registro correspondiente, la intervención jurisdiccional destinada a decretar el estado de adoptabilidad y la guarda preadoptiva.

Dicho proceder, observó el Superior Tribunal de Río Negro, resultaba contrario al ordenamiento vigente del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), que sancionaba con la nulidad la decisión de la entrega directa de niñas, niños y/o adolescentes (NNyA) mediante escritura pública o acto administrativo. Razonó que el mero transcurso del tiempo había resultado el elemento convalidante de un procedimiento irregular, “a fuerza de anteponer la ponderación socioafectiva en términos de estabilidad”.

En contrario a dichos motivos, la CSJN sostuvo que el interés superior del niño (ISN), pauta orientadora de la decisión, exige que cada situación sea evaluada en cada caso conforme a las particularidades del asunto, teniendo para ello en cuenta la situación real y actual de la niña. En tal sentido, además de observar que en oportunidad del dictado de las resoluciones recurridas aún no regía la aplicación del CCyCN, se destacó que la decisión adoptada, en tanto involucraba a una niña que sus once años de vida los había transcurrido con el matrimonio solicitante, no podía ser resuelta mediante la aplicación de fórmulas o modelos legales prefijados, que se desentendieran de las circunstancias que la ley manda a ser valoradas.

La CSJN reitera fórmulas usadas en precedentes anteriores, mediante los cuales se afirma que una adecuada consideración del ISN exige ponderar que la niña

ha transcurrido prácticamente toda su vida –o toda la que recuerda– en el hogar del matrimonio guardador, producto de la voluntad inicial de la madre que, obviamente, le fue ajena; que está totalmente integrada a la familia de los guardadores en su status de hija y, en forma refleja, considera a éstos como a sus padres; que es feliz de poder integrar su historia manteniendo vínculos con su familia de origen y que no ha dudado en manifestar querer vivir con aquéllos.

Bajo tales criterios, la CSJN señala que esto no implica desconocer los lazos de sangre, sino ponderar los intereses en juego. El máximo tribunal entendió que la solución adecuada podía encontrarse en el re-

curso del “triángulo adoptivo-afectivo”, alternativa que permite la preservación de los distintos vínculos que conforman parte de su universo; y propuesta que mandó a ser evaluada por el Tribunal de origen “en la medida en que resulte beneficioso para la niña a quien deberá oírse y darse debida participación”.

## 1.2. “L. M. s/abrigo”<sup>3</sup>

El segundo de los casos tiene como antecedente la sentencia dictada con fecha 29/5/2019 por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA). La institucionalización de la niña de autos ocurrió el 18/1/2017, pocos días después de ocurrido su nacimiento. En aquella oportunidad se iniciaron las actuaciones judiciales derivadas de la medida excepcional de la separación de aquella de su familia de origen, desplegándose diversas acciones destinadas a reforzar el vínculo con la progenitora, quien relató haber sido víctima de violencia y abuso previo al nacimiento de su hija por parte de quien era su pareja y estar sumida en un contexto de extrema vulnerabilidad social.

En el mes de diciembre de 2017 el Juzgado de Primera Instancia decretó el estado de adoptabilidad de la niña M. L., en base a considerar que se encontraba acreditada la imposibilidad de la progenitora en constituirse en adulta responsable de la crianza y no existir otro referente familiar que pudiera ocupar dicho lugar. De manera concomitante, se inicia el proceso de vinculación entre la niña y un matrimonio seleccionado para su adopción y el 15/2/2018 se les otorga la guarda preadoptiva.

La SCBA en mayo de 2019 señala que la progenitora de la niña ha demostrado progreso en la organización de su autonomía, logrando mantener un trabajo estable, en proceso de finalización del primer año de la secundaria, sosteniendo un tratamiento terapéutico, entre otras observaciones. Por dichas razones, consideró que correspondía revocar lo decidido por la anterior instancia y promover a una progresiva restitución de la niña a su madre.

La CSJN expide su decisión revocatoria dos años después del pronunciamiento emitido por el Tribunal local, luego de haber transcurrido cuatro años y diez meses de dictada la medida de abrigo, y dos años y nueve meses de haberse decretado la guarda preadoptiva de la niña M. L. con los pretensos adoptantes.

Observa la CSJN que M. L. está integrada al dispositivo familiar del matrimonio guardador y que resultaría desfavorable o nocivo para el desarrollo social y afectivo de aquella disolver el vínculo de unión y contención mantenido desde su inicio.

Al igual que fuera argüido en el precedente anterior, retoma el argumento que sostiene que el ISN debe ser una pauta orientadora de la decisión, que exige que cada situación sea evaluada en cada caso conforme a las particularidades del asunto, teniendo para ello en cuenta la situación real y actual de la niña. Además, sostiene la CSJN que aquel debe ser el recurso que permita la realización de un examen de conveniencia respecto a la restitución de la niña con su progenitora en el contexto de la realidad en que estaba específicamente inserta en aquel momento; y ello implicaba evaluar los riesgos que pudiese ge-

---

3 CSJN, Fallos 344:2647.

nerar alterar por completo su contexto de emplazamiento y afectos, como también el rol que se pretendiera cumpla su progenitora en dicho proceso. Bajo tales criterios, la CSJN concibe aplicable la misma solución que fuera dada en el anterior precedente: el recurso del “triángulo adoptivo-afectivo” como alternativa que permite la preservación de los distintos vínculos que conforman parte de su universo.

## 2. Propuesta de trabajo

Los dos casos en estudio parten de contextos con puntos de conexión y convergen en una decisión que es común, fundada en el reconocimiento de la socioafectividad como pauta justificante al otorgamiento de un régimen adoptivo construido desde el modelo del “triángulo adoptivo”. Mediante este modelo, cuya recepción normativa resulta del encuadre del artículo 621 del CCyCN, resulta posible el establecimiento de vínculos jurídicos con pretensxs adoptantes, al mismo tiempo que se mantienen aquellos preexistentes con la familia de origen.

Los supuestos fácticos desde los que se parte en cada uno de los casos no son idénticos. En el caso “B. E. M.”, el antecedente es la entrega directa efectuada por la progenitora a los pretensxs adoptantes, cuya intención es luego revocada en sede judicial. En el segundo caso, la entrega en guarda preadoptiva emerge de la decisión jurisdiccional, pero es resistida por la progenitora mediante recursos de apelación interpuestos por la madre contra el decreto de adoptabilidad que, en definitiva, resuelve la CSJN.

Tres son los problemas a los que me gustaría referir en este breve comentario, que como señalé confluyen de manera circundante al problema y se conectan entre sí. Por un lado, la idea de la socioafectividad como elemento determinante para el progreso de la adopción de NNyA en ambos casos comentados. Luego, la identificación del ISN como un elemento central en la determinación de la decisión más adecuada. Finalmente, el impacto de los tiempos en los procesos que involucran a NNyA, especialmente aquellos vinculados a la adopción, y el modo en que dicho tiempo impacta en la toma de las decisiones.

El modo en que abordaré los tres problemas comentados será bajo una perspectiva crítica, pero reflexiva, con relación al modo en que se resuelve, sus posibles razones e implicancias. En efecto, debo adelantar que considero que las soluciones adoptadas en ambos casos resultan acertadas y la respuesta jurisdiccional parece no podría haber sido otra sin comprometer seriamente los derechos de las niñas afectadas y el de sus madres, también afectadas.

No obstante, me interesa poner en relieve aquí que en ambos casos el problema cuya solución diagrama la CSJN encuentra raíces en la deficiente intervención de los poderes del Estado, en sus diversos órdenes, para dar adecuada respuesta, pronta y efectiva, a problemáticas que se desenvuelven en los procesos de separación de NNyA de sus familias de origen.

En efecto, como se observará, la construcción de los vínculos afectivos en los que se justifica el recurso de la adopción no es sino producto de los aletargados procesos judiciales que atravesaron las distintas instancias jurisdiccionales y que coadyuvaron a la solución que se demanda evitar.

### 3. El rol de la socioafectividad en las decisiones judiciales y su impacto en el régimen adoptivo

En los dos casos bajo comentario la CSJN justificó la decisión adoptada en la construcción del vínculo afectivo con los guardadores.

La idea de la socioafectividad en el derecho de familia ha sido pensada como un elemento que permite la construcción de un vínculo filial que no responde a la idea de lo biológico, sino a otros aspectos que tienen que ver con el dinamismo de los afectos y la construcción de una historia conjunta y común. Así, Días (2009) afirma que

La coincidencia genética ha dejado de ser fundamental. La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos –y para eso el ejemplo más evidente es la adopción–.

La existencia de vínculos socioafectivos, como resorte frente a casos complejos que demandan el reconocimiento jurídico de ciertos vínculos de afecto impacta de manera significativa transformando el modo de entender los vínculos de parentesco. El concepto de familia en el mundo contemporáneo se transforma, y desborda los límites de aquello que fuera concebido como tal en los inicios de la codificación. Se trata, como sostiene Molina de Juan (2014), de un proceso que responde al respeto y reconocimiento de vínculos estrechos entre personas que integran un grupo familiar más allá del hecho natural de la procreación.

Como con acierto sostiene Tavip (2021), el elemento socioafectivo tiene sin dudas una importancia singular e impacta en el proceso de construcción de identidad de las personas. En las infancias y adolescencias se vuelve particularmente trascendental, en tanto la determinada situación fáctica en la que se va desarrollando y entretejiendo la historia vital coincide con el crecimiento.

La identidad como derecho personalísimo se encuentra integrado por una mixtura de elementos que articulan a cada persona de forma única e irrepetible. Entre ellos, es innegable que ocupan un lugar relevante los datos identificatorios, el nombre y la filiación; pero la identidad no se agota en ellos, sino que los trasciende. Esta idea de trascendencia ubica a un concepto en un “permanente fluir”: no se hereda, ni se impone, sino que se construye a lo largo de la vida y a través del juego de todos los elementos que lo componen y que acompañan a la persona durante todo su existir (Molina de Juan, 2008).

La adopción puede ser entendida como un anclaje de la socioafectividad, en tanto el vínculo filial se edifica sobre la base de los afectos y se enmarca de un régimen jurídico pensado para la protección de la infancia en desamparo. La pregunta que nos hacemos en dicho contexto, entonces, es si puede la

socioafectividad constituirse como el antecedente que justifique la adopción de NNyA o la exija como solución jurisdiccional, más allá de los procesos legales y las normas que fueran cimentadas en orden a la protección de la infancia.

La respuesta no es tarea sencilla, pues exige el análisis pormenorizado de caso por caso, pero también el extremo cuidado en que la intervención de la judicatura evite naturalizar, tal como ya ha ocurrido históricamente, prácticas culturales contrarias a la ley para acceder a la filiación adoptiva.

Debe recordarse al respecto el informe elaborado en 2013 por la CIDH juntamente con UNICEF sobre el “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas”. Allí se enfatizó que

La Corte y la Comisión han señalado la necesidad que cualquier decisión que implique un límite al derecho a la familia debe ser motivada oportunamente en base a criterios objetivos que estén preestablecidos por la ley. Por ende, en los supuestos de niños y niñas sin cuidados parentales adecuados o en riesgo de perderlos, las medidas que se adopten de conformidad con los artículos 19 de la CADH y VII de la DADH, y que supongan una intromisión en la vida familiar y la separación del niño de sus progenitores, deberán ser adoptadas de acuerdo al principio de legalidad al suponer una restricción del derecho del niño y de sus progenitores a la vida familiar sin injerencias arbitrarias o ilegítimas (2013, ap. 178).

Y se agrega:

El fin legítimo que debe orientar a la ley en esta temática ha de encontrar su fundamento en el interés superior del niño, es decir, en la dignidad del niño, su protección personal y en el efectivo goce y vigencia de todos sus derechos que le permitan su desarrollo integral (ap. 183).

Asimismo:

El elemento de necesidad también puede concurrir por la gravedad de las condiciones de desprotección en las que se encuentre el niño, o por la urgencia de proveerle de un entorno seguro que, en aras a su interés superior, hagan necesaria la adopción de esta medida de protección que implique la separación del niño de su familia para ubicarlo en un contexto seguro y respetuoso de sus derechos (ap. 193 y 194).

De tal modo, no resulta posible pensar en los afectos como construcción de adopción, porque ello implicaría correr de su obligada intervención a la judicatura, en orden al respeto de los derechos de NNyA afectados.

Entonces, el régimen legal vigente, pensando en realidades históricas dolorosas para la nación y prácticas naturalizadas mediante las que se habilitaba la sustracción de la identidad de las infancias para acceder a la adopción, estructuró un sistema donde la socioafectividad, como presupuesto para el régimen adoptivo, encuentra límites legales que son precisos.

Como sostiene Tavip (2021), cuando el artículo 611 del CCyCN prohíbe de manera expresa la denominada “guarda de hecho” de NNyA solo flexibiliza ese rígido principio general en los casos en que “se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco”.

La norma, además, refuerza el sistema dotando de una nueva centralidad al Registro Único de Aspirantes a la Adopción, en tanto se trata del único instrumento cuya transparencia permite que la elección de postulantes sea resultado de la selección de personas que han pasado por evaluaciones previas en las que ha sido considerada su aptitud adoptiva. De este modo, y siguiendo las pautas que emergían del viejo artículo 318 del Código Civil, queda terminante prohibida la elección por parte de los progenitores de las personas a quienes se les otorga la adopción de sus hijos, como también su entrega directa a tales fines.

En definitiva, el régimen legal vigente funciona como un cerrojo destinado a evitar prácticas vinculadas al tráfico de NNyA y a su cosificación como parte de un trato, comercial o no, entre adultos; únicamente se admitirá apertura a supuestos de guarda excepcionales –como antecedentes para la adopción– ejercidos por una persona con vínculo de parentesco biológico o por afinidad.<sup>4</sup>

La adecuación de la norma a prácticas culturales (históricamente anómicas) ha sido compleja y se refleja en los numerosos precedentes jurisprudenciales que sostienen desde la sanción del CCyCN la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de la solución legal.<sup>5</sup> Supuestos atravesados por situaciones de cuidado irregular, muchas veces no ilícitos y mantenidos en el tiempo durante años, se vuelven la piedra angular para sostener la existencia de socioafectividad como argumentación destinada a validar el cuidado y avanzar con la adopción.

4 Recuérdese que la norma proyectada, y cuya redacción fuera objeto de discusión y modificación en sede parlamentaria, consideraba como excepción a la separación del NNyA en contextos de guardas de hecho a supuestos en los que se corroborase “que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre estos y el o los pretendidos guardadores del niño”.

5 A modo de ejemplo: SCBA, 21/10/2015, “P., R. A. s/inscripción de nacimiento fuera de término”, LLBA, 2016 (marzo), p. 196; SCBA, 11/2/2016, “P., A. Guarda con fines de adopción”; Juzgado de Familia N° 3 de Comodoro Rivadavia, 24/2/2016, “M., M. G. y L., N. O. s/incidente de guarda preadoptiva”; Cámara de Apelaciones en Civil y Comercial de Salta, Sala II, 12/4/2016, “F., G. N.; F., E. B. por protección de personas”; Cámara de Apelación Civil y Comercial de Trenque Lauquen, 11/5/2016, “L. A. M. s/guarda con fines de adopción”; Juzgado en lo Civil, Comercial, de Conciliación, Familia, Instrucción, Menores y Faltas de Cura Brochero, 27/3/2017, “C., J. G. s/control de legalidad”; Cámara de Apelaciones de Concordia, Sala Civil y Comercial II, 3/5/2017, “R. T., J. y otra (M., L. M.) s/guarda con fines de adopción”; Juzgado de Familia N° 1 de Comodoro Rivadavia, 19/5/2017, “M., A. E. y M., L. H. s/adopción”; Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 8/8/2017, “G. A s/adopción”, Eldial - AAA226; Tribunal Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 1/9/2017, “T., H. R. y otros s/ adopción”; Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, 15/7/2018, “L. G. M. s/control de legalidad - ley 26.061”; Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 7/9/2016, “L., A. s/guarda preadoptiva”; Juzgado de Familia N° 1 de Corrientes, 10/5/2017, “N. A., M. M. I. s/adopción”, elDial AA9FD7, y Juzgado de Familia N° 2 de Río Gallegos, 11/7/2017, “Autoridad de Infancia Provincial s/peticiona medida excepcional”, elDial AAA0A5.

Aquellos vínculos de afecto se imponen, en muchos casos, sobre la base de una plataforma fáctica que dificulta la toma de decisiones que se alejen de su formal reconocimiento. Una decisión contraria a aquella socioafectividad, que habilitaría la inmediata separación del NNyA de quienes ejercen el cuidado por extenso tiempo, y en donde no se verifique el mentado parentesco, puede generar consecuencias irreparables y no deseadas en la construcción psíquica del NNyA y afectar su interés superior.

Más allá de la necesaria adecuación o no de la norma, en tanto se flexibilice o no su redacción en orden a su apertura a supuestos donde la judicatura tenga por acreditados “sinceros lazos de afecto” que permitan servir de antecedente a la adopción, creo importante no perder de vista que el problema no es normativo, sino producto de los resabios de una cultura anómica que durante décadas ha atravesado al instituto de la adopción, y en donde el deseo por el hijx se construye desde una mirada que se asimila a la idea de la propiedad de las cosas, cuyo intercambio se rige por las leyes del libre mercado signado por la voluntad privada de quienes contratan.

Una forma normativa podrá dotar de herramientas distintas, pero sus recursos serán fútiles si dicha cultura –que persiste respecto al acceso al instituto de la adopción– sigue siendo habilitada, directa o indirectamente, por organismos del Estado y las instituciones de segundo orden que integran la comunidad.

Ello no implica desconocer que seguirán existiendo casos complejos que deberán ser analizados por la judicatura y sobre sus plataformas fácticas buscar los recursos que permitan flexibilizar la ley a contextos específicos que involucren al NNyA de que se trate.

Como ha sido puesto en relieve (Tavip, 2021) y ha ocurrido con el precedente “B. E. M.”, si el vínculo creado entre un NNyA y quien ejerció como guardador/a no tiene como naturaleza la apropiación o cualquier otro acto ilícito, debería poder ser considerado como viabilizante de una filiación adoptiva. Una solución contraria podría ir en detrimento del mejor interés de ese NNyA; pero también de los otros intereses involucrados en dichos casos complejos, que también están atravesados por la vulnerabilidad de madres y padres biológicos en contextos de extrema pobreza que demandan al Estado la presentación de los vínculos familiares con el NNyA involucrado.

#### **4. El factor tiempo en las decisiones judiciales**

Como ha sido adelantado, los precedentes jurisprudenciales comentados transitan dos asuntos que se conjugan mutuamente y deben –indefectiblemente– ser analizados de manera vinculada. Refiero al ISN y al paso del tiempo como un elemento problemático en orden a la consolidación de los afectos.

En los apartados que siguen me abocaré a presentar los argumentos centrales que deben ser considerados en orden a ambos asuntos y a observar cómo los contextos e intervenciones evidenciados en las sentencias comentadas deben ser señalados críticamente, en orden al modo en que se desenvuelve la intervención de los organismos del Estado en problemáticas como las analizadas.

#### 4.1. El interés superior del niñx y su adecuación a los casos de adopción

Aun sin pretender abordar los problemas de vaguedad que involucra el mentado “interés superior” (Famá et al, 2006), debe recordarse que el Comité de los Derechos del Niño ha expresado en la Observación General N° 14 que el contenido de aquel interés superior

debe determinarse caso por caso [...] el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales (párr. 32).

La Corte IDH ha señalado también que aquel interés superior se funda, entre otros principios, en la necesidad de propiciar el desarrollo de aquellos, y el pleno aprovechamiento de sus potencialidades.<sup>6</sup> Que, para la determinación del contenido de aquel interés superior, deben ser considerados el resto de los derechos que enumera la Convención;<sup>7</sup> y debe efectuarse en base a la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños y riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios... no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos, consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familiar.<sup>8</sup>

En ese contexto, el mantenimiento de modalidades adoptivas rígidas e inflexibles, simple y/o plena, no parecen satisfacer el estándar vinculado con la evaluación del interés en concreto que debe buscarse en cada situación particular. La necesidad de centrar la atención en el contexto, la situación y las necesidades personales de niños y niñas afectados para la determinación de su interés superior, exige consagrar figuras adoptivas que cuenten con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las realidades específicas que se presentan en los estrados judiciales.

Circunstancia, aquella, que deberá ser meticulosamente analizada y fundada en la decisión que se adopte. Tal como ha destacado la CSJN, el contenido del ISN se vincula con lo que resulta más beneficioso para el niñx.<sup>9</sup> Además, en referencia a la amplitud con la que se encuentra la judicatura ante el mencionado principio, ha sido señalado que lxs magistradxs se encuentran obligados a “dar

6 Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

7 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrs. 56, 57 y 60; *Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 184; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 408; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 146, y *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 133.

8 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 109 y ss.

9 CSJN, *Fallos* 328:2870.

buenos fundamentos acerca de la selección que realicen, para no caer en un uso antifuncional de sus facultades discrecionales”.<sup>10</sup>

## 4.2. Las implicancias del paso del tiempo y su consideración a la luz del interés superior del niño

En los procesos judiciales en los que la infancia está involucrada, la intervención de la judicatura adquiere una relevancia sustancial en orden a la garantía de la tutela efectiva de los derechos de que son titulares NNyA y en consideración a la especial situación de vulnerabilidad que atraviesan por su menor edad. En tal orden, las decisiones jurisdiccionales, donde los intereses de NNyA, su derecho convencional a vivir en familia y la decisión de ser incluidos bajo el instituto de la adopción, deben ser adoptadas en el marco de la mayor agilidad posible.

Es producto de demoras, o de sentencias emitidas a destiempo, que los organismos de intervención pueden convertirse en facilitadores de la construcción de vínculos de afecto que luego, paradójicamente, son los que imponen una decisión imposible de desatender. El contexto fáctico se vuelve irresoluble. Lo que se nombra “vínculo socioafectivo” no resulta ser el producto del desenvolvimiento de los vínculos, ni las redes de afecto que emergen de la vida de las personas y reclaman reconocimiento jurídico, sino son resultado de la misma intervención jurisdiccional que debería evitar su consolidación (Grosman y Herrera, 2005; Moreno, 2019; Siderio y Ventura, 2015; Villalta, 2018).

La Corte IDH, en una medida provisional,<sup>11</sup> afirmó que

El mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo. En otros términos, el paso del tiempo se constituiría inevitablemente en un elemento definitorio de vínculos afectivos que serían difíciles de revertir sin causar un daño al niño o niña. Esa situación comporta un riesgo que no sólo resulta inminente, sino que ya podría estar materializándose. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual y volver nugatoria y perjudicial para los intereses del niño L.M, cualquier decisión en contrario.

En “Fornerón”, de relevancia específica en tanto el Estado argentino se encontró condenado por la violación a derechos consagrados en la CADH, la Corte IDH sostuvo coincidentemente que

<sup>10</sup> CSJN, *Fallos* 331:942.

<sup>11</sup> Corte IDH, Medidas provisionales respecto de Paraguay - asunto L.M., Resolución de 1° de julio de 2011.

el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible.<sup>12</sup>

Uno de los puntos centrales de la sentencia “Fornerón” radica en el reconocimiento de cuatro estándares que construyen el concepto de debida diligencia en materia de procesos de guarda. Como explica Murganti y Crespi (2015), debe ser subrayada la necesidad de respetar: 1) la observancia de los requisitos legales y el rechazo de 2) las omisiones probatorias; 3) la utilización de los estereotipos; y 4) el retraso judicial como fundamento de la decisión. En tal orden, como fuera advertido por el Tribunal regional, los procesos deben ser ágiles y estar regidos por plazos abreviados, y “no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de los requisitos legales, la demora o los errores en los procedimientos judiciales”.

Si los niños, niñas o adolescentes están con una familia guardadora, cualquiera sea el origen de la guarda, el paso del tiempo transcurre igual consolidando vínculos, lo cual hace que sea muy difícil, casi imposible, que los jueces después resuelvan en contra o produciendo la ruptura del lazo afectivo ya consolidado. ¿Cuánta libertad tiene un juez/a para indagar sobre la capacidad de los guardadores para ser adoptantes cuando el niño, niña o adolescente ya se siente totalmente identificado con ellos? (Herrera et al, 2021).

La propia CSJN en un pronunciamiento previo de similares características<sup>13</sup> sostuvo que el ISN debe primar frente a los intereses de los adultos involucrados y que, entonces, la filiación de origen no significa de modo automático que deba procurarse su preservación en cualquier contexto. Así, reconoció que

no puede pasar inadvertido que en el caso la incidencia del tiempo repercute en la vida de la niña y se convierte en un factor que adquiere primordial consideración a la hora de determinar su interés superior. Frente a las normas que desaconsejan separar a los padres de sus hijos contra la voluntad de aquellos, constituye la excepción la situación de la niña que exhibe integración óptima al grupo familiar de los guardadores, con quienes vive prácticamente desde su nacimiento –por aproximadamente 10 años– y desea continuar viviendo según lo expresado.

En los dos pronunciamientos ahora reseñados se ha dejado en evidencia que la decisión que se adopta responde al entendimiento que el ISN debe ser evaluado conforme a las particularidades del asunto y teniendo en cuenta la situación actual y real de las niñas involucradas. Así, el contexto de integra-

12 Corte IDH, *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 52.

13 CSJN, *Fallos* 331:942.

ción de aquellas a los respectivos matrimonios litigantes se convierte en el hecho determinante para sostener su permanencia con los guardadores y se viabilice el pedido de adopción por ellos requerido.

El primero de aquellos casos (E. M. B.) tuvo un contexto de entrega irregular, sin haberse atravesado las instancias legales procedentes al instituto de la adopción y la niña permanecía con el matrimonio cuidador desde sus nueve meses de vida, y durante 13 años. Lo complejo del asunto es que la promoción de las actuaciones ocurrió cuatro meses después de la entrega, y el litigio se desarrolló desde entonces, mediando reclamos de la progenitora biológica destinados a la restitución de su hija.

El segundo de los casos (M. L.) no respondía a una entrega irregular, sino a una guarda preadoptiva legalmente otorgada por la judicatura luego de ser decretado el estado de adoptabilidad de la niña, pero cuando aún esta última resolución no había adquirido firmeza. Desde que aquellas dos resoluciones fueron dictadas por la primera instancia, y fuera remitido para su tratamiento a las instancias superiores los recursos interpuestos por la progenitora de la niña trascurrieron, hasta el pronunciamiento de la CSJN, cuatro años de permanencia de la niña con los guardadores con fines a la adopción.

Como ha sido puesto en resalto al iniciar este comentario, lo expuesto no significa que las resoluciones emitidas sean desacertadas. El problema se encuentra en el modo en que las prácticas judiciales siguen siendo deficientes en orden al modo en que se aborda, desde sus inicios, este tipo de procesos. Al mismo tiempo, la forma en que se patentiza el quiebre con los estándares internacionales que han sido pronunciados por los organismos regionales de derechos humanos encargados de interpretar sus normas, con jerarquía constitucional en nuestro país.

## 5. El triángulo adoptivo como solución posible

En los dos supuestos bajo estudio la CSJN encontró el equilibrio entre la búsqueda de la satisfacción del INS, los contextos particulares atravesados en las vidas presentadas y los intereses de cuidadores y familia biológica haciendo uso del modelo del “triángulo adoptivo legítimo”, que permite construir un vínculo adoptivo con los adoptante y al mismo tiempo preservar alguno/s con los que existan con la familia de origen.

En “B. E. M.” se optó por la adopción, siempre que permita mantener subsistente el vínculo con la familia biológica. En “L. M.”, en cambio, la CSJN alertó al juez/a de primera instancia que debía establecer una vinculación con su progenitora en el marco “triángulo adoptivo legítimo”, en la medida en que se corrobore que sea beneficioso para la niña.

Una de las importantes reformas sufridas por el régimen adoptivo con la sanción del Código Civil y Comercial ha sido consagrar un sistema legal que recepte la flexibilidad de los tipos adoptivos en función de las específicas necesidades de los niños y/o niñas involucrados, y de la salvaguarda del derecho a la identidad de las personas afectadas.

En los Fundamentos de la Reforma se explicitó:

Se define cada uno de estos tres tipos de adopción introduciéndose cambios en su morfología; la modificación sustancial es la mayor flexibilidad que se le otorga a adopción plena como a la simple en lo relativo a la generación de mayor o menor vínculo con determinadas personas. De este modo, es facultad de los jueces, según la circunstancia fáctica y en interés del niño, mantener subsistente el vínculo con algún pariente (por ejemplo, en la adopción plena con los hermanos que no pueden ser dados en adopción a los mismos adoptantes) y en la adopción simple, generar vínculo jurídico con determinados parientes del o los adoptantes (por ejemplo, con los ascendientes del o los adoptantes).

Sobre la base de aquellos argumentos, el artículo 621 del CCyCN dispone que

El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen de legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

En definitiva, la norma faculta a la judicatura, a modificar, respetar o generar determinadas consecuencias jurídicas con alguno o varios integrantes de la familia de origen, ampliada o adoptiva, de acuerdo con las necesidades específicas que se evidencien y con los derechos que se encuentren involucrados, circunstancia aquella que deberá encontrarse debidamente fundada (González de Vicel, 2015; Medina y Piponzi, 2016: 628; Roveda, 2014: 462; Basset, 2015; Herrera, 2015: 476; Medina y Roveda, 2016: 695; D'Acunto y Uzal, 2016).

Fundándose en el respeto a la identidad (art. 595, inc. b), en el interés superior del niño (art. 359, inc. a), como en los restantes principios generales previstos en el artículo 359, las referidas facultades se imponen como un mecanismo excepcional, frente a las consecuencias generales de los tipos adoptivos previstos en el ordenamiento, destinado a atender a las particularidades que se planteen en cada caso, las que debidamente fundadas justificaran su aplicación (Fernández, Fortuna; 2017: 705).

La solución que prescribe el artículo 621 del CCyC se trata de facultades atribuidas al juez por el legislador, y su procedencia, aun cuando corresponda estar debidamente fundada, no depende de petición alguna, que podrá existir o no, sino de la apreciación que la persona a cargo de la decisión haga de la cuestión llevada a examen, en función de los referidos principios generales que rigen el régimen de

la adopción (art. 595, CCyCN) y de los que gobiernan los procesos de familia (art. 706, CCyCN), especialmente el de tutela judicial efectiva (Fortuna, 2018).

Tal como ha sido explicitado,

se trata de una potestad exclusiva del magistrado, y solo podrá recibir de la pretensión de las partes involucradas como una opinión, deseo o expectativa determinada, sin que condicione su determinación, que será sustentada en el interés superior del niño (González de Vicel, 2015: 558; Medina y Roveda, 2016: 695).

En los casos traídos a comentario, más allá de sus particularidades, la determinación del tipo adoptivo en un caso simple y en otro, para ser considerado en la oportunidad de ser sentenciada la adopción, es puesta de relieve en orden al resguardo de los vínculos de las niñas involucradas con sus madres biológicas.

En ambos casos, el Tribunal procuró construir un equilibrio entre los intereses involucrados, sin perder de vista el ISN de las niñas afectadas por la desunión. La inserción de las niñas en sus familias cuidadoras exigía, en base al contexto de cuidado y crianza acreditado, que no resultaba aconsejado ser separadas de las personas responsables de su cuidado. Aun así, ese argumento no implicaba desconocer el derecho de las niñas en mantener lazos con su familia biológica, en tanto sus madres demostraron un serio deseo y preocupación en asumir responsabilidades y mantener aquellos lazos de afecto, y legales.

La decisión que se adopta no es sencilla, aunque sí demanda un fuerte compromiso con los derechos humanos involucrados. Importa el obligado e intenso accionar, y sin demora alguna, de todos los organismos del Estado que intervienen para garantizar que los derechos de las niñas se encuentren debidamente garantizados. Ello sucederá en la medida en que se construyan herramientas y mecanismos adecuados que garanticen la participación de sus progenitoras biológicas en la crianza de cada una de aquéllas.

## 6. Conclusiones

Las transferencias de las responsabilidades y cuidados de NNyA, que hoy conocemos como adopción y asumimos como un modo más de crear vínculo filial, han atravesado la historia bajo distintas configuraciones, contextos y necesidades sociales y culturales. Como expresa Villalta, reconocer la historicidad y variabilidad del instituto nos permite apreciar sus cambios y mutaciones constantes. También, es preciso para “examinar las formas en que diferentes sociedades en distintos momentos históricos han conceptualizado el parentesco y las formas correctas de vivir en familia, como los modos adecuados de ser padre y madre” (Villalta, 2022: 59).

En ese derrotero, Argentina conoció los primeros registros de dichas transferencias signados por negocios o arreglos entre privados e instituciones de benéficas, exentos de control por parte del Estado (Guy, 1994: 217). Progresivamente las instituciones públicas ganaron terreno y se crearon organismos

encargados de intervenir en situaciones donde se corroborase la presencia de NNyA en situación de desamparo y en que el instituto de la adopción fuera el mejor recurso para la protección y crianza.

Estas reformas legales han estado atravesadas por la necesidad de atribuir al Estado la función de la transferencia, y ello ha sido en orden a la protección de las infancias, pensándolas como sujetos de derecho, en un estado de vulnerabilidad específica, y en donde los arreglos privados pueden convertirse en una afrenta a sus derechos humanos.

Así, el asunto deja entonces de ser percibido como algo privado y pasa a tener relevancia en orden a la protección de la “infancia abandonada”. Las sucesivas transformaciones sufridas por la ley, que no viene a cuenta aquí reseñar, delinearón el instituto legal revalorizando aquello que hoy entendemos como el ISN en la adopción.

A su vez, culturalmente, y también por razones histórico-políticas, hemos vinculado al ISN con el derecho a vivir con su familia de origen y, por ello, el Estado está obligado a proteger ese núcleo y a sus integrantes en el desarrollo de sus vínculos familiares. De tal modo, hemos afirmado que corresponde evitar intervenciones arbitrarias, salvo contextos donde el bienestar, la salud y seguridad de las infancias estuvieren comprometidos.

La protección a la familia de origen, a la que nuestro sistema legal ha adherido durante décadas, no solo tiene razones culturales en su estructuración. También es pensada desde la necesidad jurídica de proteger determinados vínculos en contextos de asimetría y abuso por parte de quienes tienen el poder material y simbólico, y con respecto a aquellas “malas madres” a quienes se les atribuye culpa por imposibilidad del cuidado.

En dicho contexto, el reconocimiento de la socioafectividad puede ser un valor que permita la nueva configuración del instituto en contextos muy específicos; pero debemos con precaución evitar que se transforme en una herramienta al servicio de desvirtuar los mecanismos protectorios que se edifican mediante el régimen jurídico de la adopción.

De la misma forma, los organismos del Estado no deben perder de vista que una intervención demorada en el tiempo, o bien aquella que naturalice prácticas como modo de acceder al “deseo de hijo/a”, implican subvertir un sistema legal, controvirtiendo en objeto aquello cuya protección se declama.

Como se señaló, los dos fallos comentados cierran la discusión con una solución que parece ser la adecuada, no lo hacen a fuerza de la ley, ni de las premisas sobre las que dichas soluciones legales han sido construidas, sino producto de los hechos que, nuevamente, se imponen.

## Bibliografía

- Basset, U. (2015). Comentario al art. 621. J. H. Alterini (director general) y U. Basset (directora del tomo), *Código Civil y Comercial Comentado...*, tomo III. Buenos Aires: La Ley.
- OEA, CIDH y ONU, UNICEF (17 octubre 2013). Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13.
- D'Acunto C. I. y Uzal, M. L. (2016). Comentario al art. 621 del CCyCN. En C. A. Calvo Costa (dir.), *Código Civil y Comercial...* Buenos Aires: La Ley.
- Días, M. B. (2009). Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales. *Revista Jurídica*, (13), 83-90. Recuperado de <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/711> [fecha de consulta: 18/9/2022].
- Fernández, M. J. y Fortuna, M. J. (2017). Adopción. En O. J. Ameal (dir.), L. B. Hernández y L. A. Ugarte (codirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación...*, tomo II. Buenos Aires: Ed. Estudio.
- Fortuna, S. I. (marzo de 2018). La flexibilización de los tipos adoptivos en el art. 621 del Código Civil y Comercial de la Nación. Una sentencia que responde a las necesidades concretas de los involucrados. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 97.
- Gil Domínguez, A.; Famá, M. V. y Herrera, M. (2007). *Ley de Protección Integral de NNyA*. Buenos Aires: Ediar.
- González de Vicel, M. (2015). El régimen jurídico de la adopción: cuestiones de fondo. *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*. Buenos Aires: La Ley, pp. 93.
- (2015). Comentario al art. 621 del CCyC. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia...*, tomo III. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 558.
- Grosman, C. y Herrera, M. (2005). ¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del alto tribunal, *JA*, IV(32).
- Guy, D. (1994). Niños abandonados en Buenos Aires (1880-1914) y el desarrollo del concepto de madre. En L. Fletcher (comp.), *Mujeres y cultura en la argentina del S. XIX* (pp. 217-226). Buenos Aires: Faminaria ed.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Herrera, M.; Molina de Juan, M. y Salituri Amezcua, M. (2021). El derecho humano a tener una familia... En S. E. Fernández (dir.), *Tratado de Derechos de NNyA*, segunda edición actualizada y ampliada, tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Medina, G. y Pipponzi, S. (2016). Comentario al art. 621 del CCyCN. En A. J. Bueres (dir.) y J. O. Azpiri (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación...* Buenos Aires: Hammurabi.
- Medina, G. y Roveda, E. G. (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Molina de Juan, M. F. (2008). El nombre y la filiación. Dos facetas de la identidad... *RDF*, I, 91.
- (2014). Comentario al art. 556 del CCyCN. En A. Kemelmajer, M. Herrera y A. Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia*, tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Moreno, G. (2019). La prescripción adoptiva. *RDF*, IV, 1-25.

- Murganti, A. I. y Crespi Drago, A. (2015). Separación familiar de NNyA. Estándares internacionales. En S. E. Fernández (dir.), *Tratado de Derechos de NNyA*, tomo I (pp. 1135). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ONU, Comité de los Derechos del Niño (CDN) (2013). Observación General N° 14, Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), CRC/C/GC/14.
- Roveda, E. G. y Alonso Reina, C. F. (2014). Comentario al art. 621. En J. C. Rivera y G. Medina (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado...*, tomo II. Buenos Aires: La Ley.
- Tavip, G. (2021). Adopción y socioafectividad: la fuerza del cariño, la contundencia de los hechos. *RDF*, (98), 89-99.
- Ventura, A. I. y Siderio, A. J. (2015). Tiempos legales, tiempos subjetivos: situación y estado de adoptabilidad. *La Ley On Line*, AP/DOC/650/2015.
- Villalta, C. (2018). La adopción de niños desde una perspectiva antropológica. *La Ley On Line*, AP/DOC/EE/2018.
- (2022). Entre lo público y lo privado: historizando la adopción de niños en la Argentina desde una perspectiva antropológica. En C. Villalta y M. J. Martínez (coords.), *Estado, infancias y familia. Estudios de antropología política y jurídica* (pp. 59-102). Buenos Aires: ICA-FFyL, UBA, CELS.