

# Interés superior del niño

## CSJN, “S., M. A. s/ art. 19 de la C.I.D.N.”, 27 de noviembre de 2018

*Por Carolina A. Videtta<sup>1</sup> y Martina Salituri Amezcua<sup>2</sup>*

---

### 1. Antecedentes

#### 1.1. Los hechos del caso

El 19 de agosto de 2008 los progenitores de M., quien por entonces era una adolescente de 15 años de edad, denunciaron ante el Juzgado de Garantías del Joven N° 1 de Moreno, provincia de Buenos Aires, que su hija cursaba un embarazo de siete meses como consecuencia del abuso sexual cometido por la ex pareja de una tía materna.

Conforme surge del relato efectuado en la sentencia en comentario, la joven M. manifestó en audiencia con la magistrada su deseo de dar en adopción a la niña por nacer. Así las cosas, la magistrada ordenó que, ante la internación de la joven, le practiquen una operación cesárea en el Hospital Posadas, hecho que tuvo lugar el 23 de octubre de 2008, y la posterior internación de la recién nacida en el

1 Abogada, especialista en Derecho de Familia. Doctoranda en Derecho (UBA). Profesora de la Facultad de Derecho (UBA).

2 Abogada (UBA). Doctoranda en Derecho (UBA). Becaria Doctoral (CONICET). Profesora de la Facultad de Derecho (UNICEN). Coordinadora del Observatorio de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Facultad de Derecho (UNICEN).

servicio de neonatología por no resultar favorable la vinculación con su progenitora, lugar en el que permaneció hasta su ingreso al programa de la asociación Familias de Esperanza el 14 de noviembre de ese año.

El día 29 de diciembre, en la audiencia judicial prevista por el artículo 317, inciso a del entonces vigente Código Civil, la madre y la abuela de la niña ratificaron el deseo de darla en adopción. Dicha audiencia se celebró sin la presencia de Asesor/a de Menores ni de letrado<sup>3</sup> que la patrocinara jurídicamente.

El 30 de enero de 2009, la jueza encomendó la guarda provisoria de la pequeña S. al matrimonio H.-M. y finalmente, el 12 de julio de 2010 decretó su estado de desamparo y situación de adoptabilidad.

Dicha decisión fue apelada por la abuela materna, por sí y en representación de su hija aún menor de edad. Esto motivó a que la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes declare la nulidad de todo lo actuado hasta el dictado de dicha sentencia, inclusive, en el entendimiento de que el proceso estaba viciado por tres motivos: a) la progenitora adolescente no había actuado representada por ambos padres (cf. art. 264 del Código Civil derogado); b) tanto ella como su madre no tuvieron la asistencia letrada obligatoria durante el procedimiento (art. 27, inc. c de la Ley N° 26061) y c) los actos procesales por los cuales la joven M. había expresado la voluntad de entregar a su hija carecían de validez, en un caso por haber sido anterior al nacimiento y en el otro porque no le habían permitido tener contacto con la niña.

Por otra parte, la Cámara consideró que la magistrada había cometido irregularidades en el otorgamiento de la guarda provisoria de la pequeña, toda vez que entregó la niña sin la previa declaración del estado de abandono y adoptabilidad al matrimonio H.-M., que se había inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un mes después del nacimiento de aquella y fueron dados de baja con posterioridad porque no completaron el proceso de evaluación. Además, no se había corrido vista de las actuaciones al Asesor/a de Menores ni se había pedido su conformidad.

No obstante ello, el tribunal de alzada hizo mérito de la buena impresión que en la entrevista personal le habían causado los guardadores, destacando el trato afectivo y cariñoso que daban a la niña, con quien habían concurrido. En consecuencia, y en virtud del interés superior de la pequeña, decidió mantener la guarda y ordenar que se tomaran las medidas adecuadas en la instancia ordinaria para llevar adelante un proceso de vinculación con su madre biológica y, en su caso, con el grupo familiar. Asimismo, dispuso que la causa continuara su tramitación en el juzgado de familia de la localidad de Mercedes.

Contra dicho pronunciamiento, el Asesor de Incapaces –en representación de la niña– y el matrimonio guardador dedujeron sendos recursos de inaplicabilidad de ley, que fueron denegados por no dirigirse

3 El uso de un lenguaje que no marque diferencias discriminatorias entre hombres y mujeres es una de las preocupaciones de las autoras. Sin embargo, no existe acuerdo entre los lingüistas sobre la forma de resolver este dilema en español. Con el fin de evitar la sobrecarga que supondría marcar léxicamente la diferencia genérica, en la redacción de este artículo se optó por emplear la letra “x”.

contra la sentencia definitiva del caso, circunstancia que motivó la interposición de las respectivas quejas, admitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

La Corte local, por mayoría de votos concurrentes, rechazó los citados recursos. Para así decidir, sostuvo que más allá de las presuntas irregularidades cometidas por la magistrada de grado, que serían evaluadas en las actuaciones disciplinarias formadas al efecto, los recurrentes no habían logrado rebatir con argumentos eficaces un fundamento central del fallo: la ausencia de patrocinio letrado de la progenitora adolescente, hecho que había maximizado la situación de vulnerabilidad en la que había estado inmersa.

Contra dicho pronunciamiento, los guardadores interpusieron un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), el cual fue concedido y da lugar a la sentencia objeto del presente comentario.

## 1.2. Los derechos involucrados

Podríamos decir que la situación descripta tiene varias aristas para analizar: desde los derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos de la joven M. y la actuación que le corresponde al Estado en casos de abuso sexual, tal como la denuncia que da inicio a todo el proceso; el vínculo filiatorio entre M. y su hija; el derecho a la identidad; la decisión libre e informada de dar a su hija en adopción; el derecho a la defensa técnica y el derecho a tener una sentencia en un plazo razonable.

En definitiva, el tema que subyace y transversaliza la decisión tiene que ver con definir el contenido que en este caso tiene el principio genérico contenido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), esto es, el interés superior de la pequeña S. En efecto, ¿responde a su interés superior declarar la nulidad de todo lo actuado, luego de diez años de convivencia de la pequeña con sus guardadores y sin haber tenido contacto nunca con su progenitora ni su familia de origen?

## 1.3. La decisión del tribunal federal

La CSJN declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, deja sin efecto el fallo apelado (en sentido contrario al propuesto en el dictamen de la procuradora fiscal). Asimismo, dispone que continúe la guarda de la pequeña con sus actuales guardadores, unida a la vinculación – paulatina y de acuerdo a las posibilidades– con la familia biológica en el marco del llamado “triángulo adoptivo-afectivo”, devolviendo el expediente a la instancia de origen, a fin de que se continúe con la tramitación de la causa y se defina, a la mayor brevedad posible, la situación legal de la niña.

## 2. Análisis de la sentencia de la CSJN

Adelantamos al lector/a nuestro acuerdo con lo resuelto por la CSJN, esto es mantener a la pequeña S. con sus guardadores y disponer en la medida en que esto sea posible el llamado “triángulo adoptivo-afectivo” mediante el cual la niña, su familia de origen –para este entonces la joven M. ya tuvo otra hija que permanece junto a ella– y los guardadorxs pueden entablar una relación, en virtud de la protección adecuada de los derechos de la niña conforme a su interés superior y la incidencia del tiempo transcurrido.

Sin embargo, no es menos importante destacar que nos distanciamos de algunos argumentos de la CSJN en los cuales se sustenta el fallo por los motivos que expondremos a continuación, resaltando así las irregularidades que han rodeado al caso, agudizando situaciones de gran vulnerabilidad.

### 2.1. Las irregularidades del caso y la deficiente protección de las vulnerabilidades comprometidas

En primer lugar, corresponde señalar que al inicio de las actuaciones se trataba de dos personas menores de edad. La progenitora adolescente, que en el momento de la denuncia de abuso sexual tenía 15 años, y su hija S. Es decir, ambas se encontraban doblemente vulneradas: en razón de la edad y de la situación que atravesaban de gravedad e irreparabilidad.

Un dato preocupante es que, en nuestro país, anualmente, cerca de 3.000 niñas y adolescentes menores de 15 años se convierten en madres.<sup>4</sup> Esto no solo acarrea el riesgo de mayores complicaciones físicas que representa el embarazo a tan temprana edad, sino también pone de manifiesto el hecho de que, a menor edad, mayor es la probabilidad de que el embarazo sea producto de abuso sexual, relaciones forzadas y/o explotación sexual.<sup>5</sup>

Las consecuencias de un embarazo adolescente no deseado constituyen en sí mismas una barrera para que las niñas y adolescentes puedan ejercer plenamente su derecho a un desarrollo saludable, acarreado consecuencias a lo largo de sus vidas, como altas tasas de retraso y/o abandono escolar con la consecuente dificultad en la inserción al mercado laboral, afectando negativamente sus trayectorias de vida.<sup>6</sup>

Por otro lado, se encuentra el factor tiempo. El caso se inicia en el año 2008 y al momento de la sentencia de la CSJN, diez años después, la situación legal de la pequeña S. no se encuentra resuelta, vulnerándose todos sus derechos y, específicamente, sus derechos a la integridad psíquica, identidad y protección de la familia. En este sentido, tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han señalado que el derecho

4 Ministerio de Salud de la Nación, Dirección de Estadísticas e Información de Salud (2015). Recuperado de <http://www.deis.msal.gov.ar> (compulsado el 21/1/2019).

5 Amnistía Internacional Argentina, Informe al Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, 78th session (2018). Recuperado de <https://www.amnesty.org> (compulsado el 21/1/2019).

6 Ministerio de Educación de la Nación, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Ministerio de Salud de la Nación, Plan Nacional de Prevención y Reducción del Embarazo no Intencional en la Adolescencia 2017-2019, Resolución 982/2017 de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, p. 5.

a la protección de la familia del niñx, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conlleva a que “los Estados están obligados no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, conforme al artículo 19 de la Convención, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”.<sup>7</sup>

Al respecto, las separaciones legales del niñx de su familia de origen solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niñx, si son excepcionales y temporales (cf. art. 39 y ss. de la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes). Asimismo, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, en lo que respecta a posibles efectos en el derecho a la integridad personal, el derecho a la identidad y el derecho a la protección de la familia, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niñxs, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades.<sup>8</sup>

Tomando en cuenta las particularidades del caso, la CSJN consideró que desde su nacimiento, la niña S., actualmente de casi diez años de edad, está separada de su madre y familia biológica. En tal sentido, tanto la abuela como la progenitora han alegado que inicialmente la madre, quien en ese entonces tenía 15 años, y su familia biológica no recibieron los apoyos especiales necesarios para proporcionar su voluntad respecto a la entrega y adopción de la niña.

En este sentido, se ha sostenido doctrinariamente que

[n]o son aislados los casos que enfrentan a los principios de autonomía y vulnerabilidad, en su despliegue y aplicación práctica. Así, el reconocimiento de mayores dosis de autonomía puede verse severamente limitado si consideramos las diferentes capas o factores de vulnerabilidad que pueden abrazar la situación de un niñx en concreto.<sup>9</sup>

A ello se suma la falta de defensa técnica, situación que ponen de manifiesto tanto la Cámara como la Corte local –en el voto de la mayoría– al considerar que

7 Cf. Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 66; *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párrafo 141; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párrafo 157, y *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrafo 125.

8 Cf. Corte IDH, *Caso Fornerón vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 51.

9 Fernández, S. E. (13/07/2018). El ejercicio de derechos personalísimos por niñas, niños y adolescentes. Tensiones entre autonomía y vulnerabilidad. *RCCyC 2018*, 30, Cita online: AR/DOC/1208/2018.

las manifestaciones de voluntad de la joven madre habían sido dadas solo en compañía de su progenitora, que no era abogada, y sin patrocinio letrado ni representación del Asesor de Incapaces; reiterando que al no haberse dado cumplimiento con lo dispuesto por el citado art. 27 de la Ley 26.061, la adolescente no había podido hacer valer sus derechos con toda la amplitud que los arts. 18 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución provincial determinaban.

Por el contrario, la CSJN en su decisión considera que

la adolescente no ha estado librada a su suerte sino que ha recibido contención y acompañamiento en su decisión antes y después del alumbramiento, sin que sea posible presumir que el Asesor de Menores y la jueza de grado no le hubieran señalado, en las distintas oportunidades en que tomaron contacto personal con aquella, las consecuencias que se derivaban de ella.

Al respecto nos preguntamos, ¿puede considerarse válida la declaración de dar a su hija en adopción durante el embarazo y luego del parto, sin haber tenido contacto con la niña y sin haber estado contenida ni informada? ¿La contención y el acompañamiento terapéutico y/o de la familia equivale a una defensa técnica? ¿Ese tipo de acompañamiento satisface el derecho a tomar una decisión libre e informada en los términos del artículo 607, inciso b del Código Civil y Comercial (CCyC)? ¿Realmente el Sistema de Protección Integral resguardó adecuadamente los derechos de las dos personas menores de edad (progenitora adolescente y su hija recién nacida) ante tal escenario de gran vulnerabilidad? Las respuestas son a todas luces negativas.

Por su parte, el hecho de la intervención del Asesor de Menores, incluso desdoblándose la intervención del Ministerio Público tanto para la progenitora como para la pequeña S., tampoco es óbice para sustentar que la joven madre no fue asesorada jurídicamente. En este sentido, es importante poder tener en claro la diferencia que hay entre la actuación del Ministerio Público y del abogadx del niñx, figura que incorpora<sup>10</sup> el artículo 27, inciso c de la Ley N° 26061<sup>11</sup> y que sigue el artículo 26 del CCyC.<sup>12</sup>

10 Corresponde señalar que, ya antes de la sanción de la Ley N° 26061, en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997), se resolvió que el derecho de los niños a “tener la garantía del patrocinio letrado en cuanto sea necesario, debe ser respetado en todo tipo de procesos en el que sean partes o en el que se encuentre involucrado su persona o sus bienes”.

11 Artículo 27: “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

12 Esta figura ha tenido recepción y tratamiento especial en las legislaciones provinciales, a modo de ejemplo: la Ley N° 3062/2009 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de Santa Cruz (arts. 63 y ss.); la Ley N° 14568 de la provincia de Buenos Aires, así como también en la Ciudad de Buenos

Resulta preciso, entonces, distinguir las funciones de representación –propias del Ministerio Público (cf. art. 103 CCyC)– con la específica de asistencia jurídica, a cargo del abogadx del niñx. Ello surge del propio Decreto N° 415/2006, que al reglamentar el artículo 27 de la Ley N° 26061 señala:

El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

Así, la Defensoría General de la Nación, a través de la Resolución N° 1234/2006, recomendó a los defensores públicos de menores e incapaces que, en aquellos supuestos que denoten complejidad o se vislumbre la posibilidad de intereses contrapuestos o sea solicitado por el niñx o adolescente, se arbitren los medios para la provisión de un letrado e insten, por vía directa o indirecta, al organismo al que se le ha asignado el rol de garante del cumplimiento de la normativa de aplicación.

Incluso, desde el plano jurisprudencial, se ha dicho que

[n]o es dudoso que no se trata de una nueva forma de representación, que reemplace o concurra con la representación necesaria de padres o tutores (art. 57, inc. 2 y 67 y 274, CCiv.), con la representación promiscua del Ministerio Público (art. 59, CCiv.) o con la representación propia del tutor *ad litem* que pueda designar el juez en circunstancias especiales (arts. 61 y 397 CCiv.). Prevé la actuación del menor en el proceso por su propio derecho, con patrocinio letrado, cuya función obviamente, no implica sustituir la voluntad del patrocinado, sino, básicamente, proporcionarle asistencia y orientación jurídica dentro del régimen del ejercicio profesional de abogados; sin que, por otra parte, implique la carga procesal prevista por los arts. 56 y 57 del Código Procesal.<sup>13</sup>

Al respecto, también es importante señalar que el derecho a ser oído (cf. art. 12 de la CDN; arts. 2, 24 y 27, inc. a de la Ley N° 26061 y arts. 26 y 707 del CCyC), tal como se produjo tanto en primera como en segunda instancia, tampoco sustituye el derecho a un abogadx de confianza que asesore y represente los intereses de la joven.

Máxime tratándose de una decisión trascendental para la vida de ambas –progenitora e hija– que tendrá, sin lugar a duda, proyección en toda su existencia. A mayor abundamiento, cabe mencionar el artículo 21 de la CDN referido a la adopción, que dispone la obligación de los Estados parte de cuidar ciertos principios, entre ellos el de velar

Aires (conf. art. 9 del Decreto Reglamentario de la Ley N° 114). A su vez, resulta interesante destacar la Ley N° 26657 de Salud Mental y su Decreto Reglamentario que prevé el derecho de las personas menores de edad ante supuesto de internación a recibir asistencia técnica, de un abogado preferentemente especializado en niñez y adolescencia (art. 26).

<sup>13</sup> C. Nac. Civ., sala I, 4/3/2009, “L., R. v. M. Q., M. G.”.

por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario (inc. a).

¿Acaso podemos decir que en este caso el consentimiento de la progenitora y de la abuela materna fueron realmente informados, plenos y libres?

Párrafo aparte merece la mención a la irregularidad cometida en la elección de los guardadores, quienes según las constancias de la causa habían iniciado el trámite de inscripción en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un mes después del nacimiento de la niña, sin completarlo.<sup>14</sup>

Al respecto, cabe realizar dos observaciones distintas. Por un lado, recordar la importancia y sentido de la función del Registro para la protección de derechos, el cual fue creado a nivel nacional en el año 2003 por la Ley N° 25854, cuyo artículo 16 dispone la inscripción de los peticionantes de guarda preadoptiva como requisito esencial, postura reafirmada por el CCyC en su artículo 60, inciso b, con el objetivo de “evitar el tráfico de niños, el amiguismo en la entrega de menores en condiciones de adoptabilidad, el peregrinaje de los padres adoptantes por diversas circunscripciones territoriales a los fines de adoptar un niño y las deficiencias de las entidades no gubernamentales”.<sup>15</sup>

Por otro lado, la CSJN también ha señalado el carácter instrumental del Registro, cediendo en su rigorismo ante el interés superior del niño en el caso concreto, al sostener que el motivo de su existencia

no tiene como destino hacer de la inscripción en el Registro Único una suerte de recaudo carente de todo sentido, o sólo aplicable bajo criterios antojadizos o meramente subjetivos de los magistrados; tampoco desarticular un régimen enderezado al logro de los elevados propósitos anteriormente expresados. Antes bien, de lo que se trata es de que el requisito sea interpretado y aplicado con arreglo al

14 Surge del dictamen de la procuradora fiscal que “la guarda fue otorgada a personas con domicilio en esta Ciudad, no admitidas en el R.U.A.G.A., ni inscriptos en el Registro de Aspirantes a guarda con fines de adopción del Juzgado o en el Registro de la Provincia que centraliza, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (cf. Ac. 2707/96, ley local 13.326 y res. del SCJBA N° 2681/06, - v. fs. 254 vta./255). s más, a los guardadores designados no se les realizó pericia alguna ni informe socio-ambiental (v. fs. 21 del expte. 9044/2010 y fs. 146 y 183/184) y, haciendo caso omiso a las presentaciones de fojas 82/85, que daban cuenta de la voluntad de la familia biológica de instar la tenencia o guarda de M.S., se declaró su estado de abandono y situación de adaptabilidad (fs. 86/103). Esta sentencia fue notificada al Asesor de Menores, Dr. A. Kosicki (v. fs. 103)” (considerando IV).

15 Informe de las comisiones de Justicia, de Legislación General y de Familia, Mujer y Minoridad, de la Cámara de Diputados de la Nación, respecto al Proyecto de Ley de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (Ley N° 25854), citado en CSJN, “G., M.G. s/ protección de persona”, Fallos 331:2047, considerando 3.



principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, vale decir, el interés superior de éste.<sup>16</sup>

Puntualizando que

al enunciar el interés superior del menor, el art. 3 de la citada ley 26.061 advierte que debe respetarse el ‘centro de vida’ de aquél [...]. Es de reiterar, ciertamente, que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia queda totalmente desvirtuada si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar.<sup>17</sup>

## 2.2. El interés superior del niño y el factor tiempo

Así las cosas, la comprensión de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos impone una atención central hacia el interés superior del niño, que orienta y condiciona cualquier decisión en materia de personas menores de edad, titulares de una protección especial que debe prevalecer como factor esencial de toda relación judicial (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

¿Podría invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales? La Corte IDH ya se pronunció por la negativa en “Fornerón e hija vs. Argentina”.<sup>18</sup>

Ahora bien, en el presente caso nos encontramos con dos derechos fundamentales que colisionan, uno de los cuales debe ceder ante el otro, sin que esto implique declarar inválido el derecho desplazado. El pronunciamiento de la CSJN convalida la primacía del interés superior de la niña por sobre los intereses de los adultos involucrados. Si bien el plexo normativo vigente (en especial, la CDN –cf. arts. 7, 8 y 9–) prioriza a la familia de origen “como el medio más favorable para el desarrollo de los niños”, podemos advertir que esta preferencia no es absoluta sino que constituye una presunción conectada –entre otros extremos– con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma.

<sup>16</sup> Ídem, considerando 4. Este criterio fue sostenido por la justicia nacional con posterioridad a la entrada en vigencia del CCyC, manifestándose que “[e]vitar la ‘cosificación’ del niño también es impedir que, en pos de pétreos postulados, se experimente en su protección; en este caso tratando de ubicarla con otra familia –inscripta previamente en el registro– cuando ni siquiera podría afirmarse que aquella sería mejor que la actual. Contrariamente, la posibilidad de que la niña se inserte en otra familia diferente a la del matrimonio peticionante [...] instala el alto riesgo de colocarla en nuevas circunstancias que podrían ser experimentadas bajo la lógica del abandono...”. Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, “L. G. M. s/Control de Legalidad - Ley 26.061”, 15/07/2016.

<sup>17</sup> Ídem, considerando 5.

<sup>18</sup> Cf. Corte IDH, *Caso Fornerón vs. Argentina*, cit., párr. 105.

De allí que la preeminencia de la filiación de origen no significa que el vínculo biológico debe ser preservado por encima de todo, incluso a costa del trauma que se derivará para la niña a raíz de una posible restitución, dando lugar a posibles excepciones en algunos casos en concreto cuando ello sea necesario para el resguardo de los derechos fundamentales a la integridad, dignidad e, incluso, identidad dinámica del niño o adolescente.

En este último aspecto, la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados socioafectivamente es también un dato con contenido axiológico que debe ser atendido por el derecho como tutela del interés superior del niño.<sup>19</sup>

Es en este caso justamente, por las razones expuestas, que se da la excepción. Pues el interés superior de la niña (es decir, la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos de acuerdo al caso concreto, tal como establece el art. 3 de la Ley N° 26061) consiste en no modificar su actual situación fáctica porque lo contrario, luego de diez años, le originaría un perjuicio que debe evitarse. Entendiendo, así, la CSJN 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”.<sup>20</sup>

Al respecto, es doctrina jurisprudencial de la Corte IDH 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.<sup>21</sup>

De allí, que la solución de “triángulo adoptivo-afectivo” resulta ser la más acorde al interés de la niña. Claro que para que ello funcione se va a requerir de la asistencia del Estado en tanto se lleve a cabo de manera acompañada, respetando los tiempos y deseos de la niña. No podemos dejar de advertir que la sentencia no dice la forma en que esto se llevará adelante sino que insta a la instancia de grado a que promueva este vínculo. ¿Pasarán otros diez años más hasta que ello ocurra?

19 Cf. considerando 13 del fallo en comentario, con cita al considerando 6 del voto de la mayoría en *Fallos* 328:2870.

20 Ídem, considerando 14.

21 Corte IDH, “Asunto L. M. respecto de Paraguay”. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, párr. 18.

### 3. Palabras de cierre

Una vez más, el aspecto que sustenta la decisión es el hecho de que el paso del tiempo se constituye, inevitablemente, en un elemento definitorio de vínculos afectivos difíciles de revertir sin causar un daño al niño.

Es justamente, el paso del tiempo el que hizo que los lazos afectivos se constituyan en el factor determinante de la decisión final sobre la guarda, custodia y relacionamiento de S. ¿Estamos en presencia de otro caso como el de “Fornerón”? Si bien difiere la plataforma fáctica, podemos observar claramente cómo el paso del tiempo sentencia.