

## **El interés superior del niño en el caso “S., M.M., Adopción plena”**

*Por Maria Luisa Echeverria*

Análisis jurisprudencial de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el caso” 29/09/1998. El uso del principio Interés Superior Del Niño y el arribo a tres soluciones distintas en un mismo pronunciamiento.

### **Introducción:**

En nuestro país, se aprobó con fecha 16 de Octubre de 1990, mediante la ley 23.849, la Convención de Derechos del Niño (CIDN en adelante), la cual fue firmada por nuestro país en el año 1989. Dicha convención a su vez, con la reforma constitucional de 1994, ha adquirido supremacía constitucional a través del artículo 75 inciso 22 de dicho cuerpo Legal.

Ello así, desde el año 1990 la CIDN es de aplicación obligatoria; y desde 1994 su observancia es de carácter constitucional.

Aclaro que me remito solo a la normativa mencionada, en función que el resto de las leyes imperantes hoy en día en nuestro país (Ley 13.298, 26.061, 13.634), a la fecha de sentencia en análisis, aún no se encontraban dictadas.

La CIDN; junto con otros instrumentos como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing); las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de libertad; las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad) son los instrumentos jurídicos que constituyen la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia.

Estos instrumentos rompieron con el paradigma dominante a lo largo del siglo XX, dejando de considerar al menor como objeto de compasión, tutela y represión, y reconociendo a los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Sus lineamientos constituyen un marco renovado, que obliga a repensar y modificar el derecho de menores a la luz de estas nuevas fuentes normativas. De estos instrumentos, surgen normas que receptan, para resolver conflictos en los que los niños se vean involucrados, la consideración primordial del “Interés Superior del Niño”.

Así, tan sólo para citar algunos ejemplos, encontramos que: en la CIDN, el artículo 3 establece en el párrafo 1: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño”. El artículo 9 de la CIDN, indica “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño...”. Y en especial para el caso en análisis, el artículo 21 prescribe que los Estados garantizarán, entre otros, el instituto de la adopción, cuidando que el interés superior del niño sea lo primordial, que esta situación esté determinada por las autoridades competentes y que sea admisible previendo la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales (el subrayado me pertenece).

Es en función de este principio rector, que el fallo en análisis arriba a tres soluciones distintas a lo largo de los distintos votos, lo cual lleva a plantearse interrogantes acerca de su uso e interpretación, considerándose que el principio mencionado en el art. 3 y concordantes de la CIDN resulta vago, ambiguo y posibilita la lectura en base a “caprichos o estereotipos” del intérprete.

### **El caso:**

Brevemente los hechos sobre los cuales se plantea esta apelación extraordinaria son los siguientes:

El 29 de diciembre de 1992, según resulta de acta notarial, E. E. S., madre y única titular en ejercicio de la patria potestad, entregó en guarda "irrevocable y definitiva" "para la futura adopción plena" a su hijita M. M. S., a M. I. M.,

Fundó su proceder en circunstancias personales, familiares y económicas, que le hacían imposible, según dijo afrontar el cuidado, sustento y educación de su hija. La niña tenía entonces veinte días.

Casi inmediatamente se arrepintió. e inició gestiones (extrajudiciales y prejudiciales) reclamando la restitución de su hija. De ellas dan cuenta, suficiente y acabadamente, las declaraciones de una y otra parte.

Citada a juicio, a menos de cuatro meses del acto referido, reiteró su arrepentimiento y ese pedido de restitución.

A lo largo de todo el trámite del proceso que duró más de cuatro años y medio no hizo otra cosa que insistir en ello ante los jueces.

La sentencia de grado otorgó la adopción simple, La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, confirmó en lo principal, la sentencia de la instancia anterior, modificándola para otorgar la adopción plena de M. M. S., a la Sra. M. I. M.; fundándose para ello principalmente en el acta notarial, a la que atribuyó el carácter de irrevocable, la situación socioeconómica de la progenitora y las circunstancias de internación en instituciones de sus otros hijos, a los cuales no ha logrado externar, sin perjuicio de las visitas que les realiza la misma. Contra esa decisión, se alza la madre de sangre de la menor, la Sra. L. E. S., patrocinada por el Sr. Defensor Oficial, por medio del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que, denunciando violación de los arts. 19, 21, 845, 872, 1445 del Código Civil y 11 de la ley 19.134., decidió otorgar en adopción plena a la menor a la actora. Se fundó para ello principalmente en el acta notarial, a la que atribuyó el carácter de irrevocable, la situación socioeconómica de la progenitora y las circunstancias de internación en instituciones de sus otros hijos, a los cuales no ha logrado externar, sin perjuicio de las visitas que les realiza la misma.

Adelantando la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, la misma con voto de los Dres. Pettigiani, Negri, Hitters, Laborde, de Lazzari, Salas, San Martín, Ghione y Pisano; existiendo disidencias, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario interpuesto, casándose la sentencia impugnada manteniéndose la de primera instancia.

### **La sentencia y sus votos:**

Como se adelantó más arriba, la sentencia arriba a su solución mediante el voto de la mayoría de los magistrados votantes, existiendo disidencias. Del análisis de los diferentes votos emitidos, surge que pueden distinguirse tres grupos de argumentos y soluciones; encontrándose por un lado la solución mayoritaria y por otro lado dos grupos de votos minoritarios.

Para un mejor análisis del fallo en comentario, se han agrupado los diferentes votos, conforme a la solución a la que arriban.

#### **A) Voto minoritario 1: Aquí los magistrados votantes fueron los Dres. Pettigiani y Hitters.**

En sus respectivas argumentaciones, los jueces hicieron hincapié en la entrega realizada a los 20 días de vida por parte de la madre biológica, entendiendo que la misma es irrevocable por falta de motivos suficientes. Observaron la imposibilidad de atender adecuadamente a la niña por parte de la madre biológica, destacando que la misma poseía otros hijos internados en el Patronato a los que no atendía, o solo lo hacía en irregulares apariciones.

Basados en estos hechos, y fundando su argumentación en el “Interés Superior del Niño” confirman la sentencia de Cámara (que otorga la adopción plena) en consonancia con lo dictaminado por el Asesor de Menores de ambas instancias.

De la lectura del voto del Dr. Pettigiani se observa que basa su opinión en la estricta aplicación de la ley vigente al momento del dictado de la sentencia; corroborando el estricto cumplimiento de los requisitos exigidos por aquella norma; considerando que atento que los mismos se encontraban

cumplidos no cabe otra decisión que la adoptada por la Cámara de apelaciones.

Por su parte el Dr. Hitters, destaca que el caso debe resolverse a la luz de los principios emanados de la CIDN, haciendo mención especialmente al niño como sujeto de derecho y al principio del interés superior del niño. Considera que éste último debe considerarse como “la clave bóveda” para resolver, juzgando que el decisorio de la Cámara que otorgó en adopción plena a la niña debe confirmarse; ya que para arribar a tal conclusión el a quo ha tenido en cuenta el beneficio prioritario de la misma, destacando lo expuesto en tal decisorio el cual sostuvo que: *“el interés del menor es el que impregna toda decisión en materia de adopción, habida cuenta que esta institución tiende a tutelar a quien está en una etapa de formación física, intelectual y moral...”*, *“...lamentablemente E. E. S., no ha podido hacerse cargo de otros hijos a quienes ha mantenido internados en el Patronato de la Infancia y con irregulares apariciones a efectos de retirarlos y mantener el vínculo materno-filial que los une. Que nada indica que la situación respecto de la menor M. M. pueda diferir de la que le ha tocado vivir a sus hermanos...”*.

Finalmente sostiene que a su criterio tal conclusión basilar del decisorio en crisis deviene firme en aquella instancia extraordinaria, ya que no ha sido cuestionada por la recurrente.

**B) Voto minoritario 2: los magistrados votantes fueron los Dres. Negri y Laborde.**

Ellos entendieron que fundándose en el “Interés Superior del Niño” se debía rechazar la adopción y ordenar la posterior entrega a la madre biológica, proporcionándole mayor importancia al derecho del niño a su identidad personal, a la preservación de sus relaciones familiares biológicas, al derecho de la madre a no ser alejada de su hijo, de poder educarlo, etc. en función del rango constitucional de los textos internacionales que proclaman dichos derechos; y entendiendo que la circunstancia de pobreza comprobada en la causa no sirven para desplazar la maternidad de origen.

El Dr. Negri en su extensa votación sostiene que: *“El arrepentimiento de la madre ha sido inmediato, manifiesto, recepticio y se ha revelado con una*

*magnitud de insistencia que sólo puede nacer de una real magnitud de amor. Resulta imposible desde esa perspectiva desconocerlo. Decidir a favor la adopción equivaldría así a consumir el despojo a una madre, que no ha cesado de reclamar en toda ocasión procesal y extraprocesal posible la conservación del vínculo biológico con su hijo.”* Asimismo sostiene que al haber sido inmediato y manifiesto el arrepentimiento de la madre, y se ha revelado con una magnitud de insistencia que sólo puede nacer de una real magnitud de amor; resulta imposible desde esa perspectiva desconocerlo. Decidir a favor la adopción equivaldría así a consumir el despojo a una madre, que no ha cesado de reclamar en toda ocasión procesal y extraprocesal posible la conservación del vínculo biológico con su hija.

Funda su decisión de rechazar la adopción y propone la restitución inmediata a la madre biológica; en los hechos de la causa y en el interés superior del menor de conservar su y su identidad personal y en los legítimos derechos de su madre, a la luz de lo que disponen los arts. 14 bis de la Constitución nacional; 25 y 26 de la Declaración de Derechos Humanos; 17 inc. 1 y 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); 7, 8 y 9 incs. 1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 36 inc. 1 de la Constitución provincial.

Por su parte el Dr. Laborde adhiere a la votación del Sr. Negri, agregando que atento haber entrado en vigencia la “nueva” ley de adopción 24.779, la cual prohíbe la entrega de menores en guarda mediante escritura pública, siendo la misma aplicable al caso; no resulta oponible la entrega realizada previamente.

**C) Voto mayoritario: los jueces aquí votantes fueron los Dres. Lazzari, Salas, San Martín, Ghione y Pisano.**

Aquí los magistrados entendieron que debían otorgar la adopción simple del niño a la adoptante, a los efectos de preservar las relaciones jurídicas con la familia biológica, a excepción de la patria potestad que se encontraría en la adoptante; prestando atención a la posibilidad de indigencia que conlleva la posible entrega a la madre biológica, y la circunstancia del tiempo transcurrido

(seis años); considerando que en ese tiempo la niña, había *“construido su psiquis y retornarla a la madre biológica equivaldría a comprometer su personalidad y su conformación como ser humano”*.

Es el Dr. Lazzari quien se extiende en su voto, resultando los demás magistrados votantes adherentes a lo expuesto por él.

Ello así, el juez en su argumentación manifiesta que la restitución de la niña, a su madre biológica no respeta la premisa básica estampada en nuestro régimen jurídico supra y legalmente (art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75 inc. 22, Constitución nacional; inciso i) del art. 321, C.C.): el superior interés de la niña. Para fundar su argumento sostiene textualmente que: *“Han transcurrido casi cinco años y medio y en cada una de las horas sucedidas y en cada una de las experiencias vividas el referente, el eje, la plataforma vital ha sido la adoptante. En esas condiciones, retornarla a la madre biológica equivale a aniquilar todo ese andamiaje, que ha constituido la base organizadora del psiquismo de la niña, comprometiendo seriamente su personalidad y su conformación como ser humano, afirmaciones que vierto conforme a las máximas de experiencia, desde mi propia instalación como hombre, hijo y padre. En resumen, a la pérdida inicial de su madre de sangre, acaecida por la desgraciada conjunción de factores socioeconómicos -la invasión fatal de las necesidades, se sumaría una nueva pérdida; la de esta otra madre que la acogió y la condujo hasta ahora.”*

Manifiesta que mediante el instituto de la adopción simple, se dejan subsistentes los derechos y deberes que resultan del vínculo biológico del adoptado, a excepción de la patria potestad, no extinguiéndose el parentesco con los integrantes de la familia; respetándose así su identidad de origen. Considera que mediante este instituto se trata a la niña como sujeto y no como objeto, preservando su derecho a elegir oportunamente su propio camino, sin la odiosa imposición de situaciones irrevisables resueltas a sus espaldas. Señala que no se sabe que sucederá en el futuro, por lo que parece ajustado a un principio de justicia no coadyuvar a una suerte de ejercicio omnipotente del poder jurisdiccional que culmine arrebatando los lazos sanguíneos entre el niño y su familia de origen. Otorgar por un lado la adopción y, por el otro, mantener



insertado al adoptado dentro de la familia anterior, significa no caer en la ilusoria pretensión de apartar al niño del conflicto. Al contrario, se lo enfrenta a éste, estimando que la asunción del problema por el hijo, incorporándolo a su propia historia lo habilitará para el recorrido de una senda que, aunque dolorosa, contribuirá a su auténtica formación. Se trata de humanizar el conflicto que le toca vivir. El nivel de desinterés parental, suficiente para conceder la adopción, no lo es en cambio para decretar la aniquilación de los vínculos de sangre. La ineptitud de la madre para socializar a su hijo no obsta a la posibilidad de que logre conectarse afectivamente con él.

### **Conclusión:**

Expuestas las diversas soluciones propuestas por los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, y sus diversos y opuestos argumentos, resulta atendible citar al procesalista Dr. Augusto Diez Ojeda quien expresó: *“A los hombres de derecho, por lo general, no nos llama la atención que un mismo principio general frente a casos diferentes pueda conducir a soluciones distintas e incluso opuestas. Pero que, frente a un mismo caso, que un grupo de importante de juristas, invocando idéntico principio, sostengan conclusiones opuestas abre un serio interrogante en orden a la vigencia de los derechos y la seguridad jurídica”*<sup>1</sup>.

Del análisis sobre el uso del Principio Interés Superior del niño, puede vislumbrarse la vaguedad de la fórmula propuesta por la C.I.D. Es dable señalar que dicha Convención, plantea el mismo principio con distintos propósitos según sea su aplicación; es así que podemos ver como en un momento utiliza la misma para limitar la autoridad parental, como así también en otra oportunidad es utilizada con el fin de primar un derecho por sobre otro en caso de conflicto entre derechos.

En el caso, puede observarse como se ven en conflicto los derechos de la niña y los de su madre; y más aún puede verse cómo entran en conflicto los propios derecho de la niña, ello vale mencionar el conflicto entre el derecho a no ser apartada de su familia, contra el derecho a que le sea garantizada la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar.



Asimismo puede verse como entra a jugar el derecho a la identidad que fue (como “realidad biológica”) y la identidad que es (como construcción social), algo que también entró en crisis con las alteraciones de identidad durante la dictadura militar.

Es importante tener en cuenta respecto de la interpretación y uso del principio en análisis, que deben considerarse las particularidades del caso y el conjunto de derechos en juego, a fin de no hacer de su aplicación una mera expresión de deseo que fundamente casi cualquier decisión.

Puede verse en el caso particular, como se ha utilizado el principio del interés superior del niño como un “cheque en blanco”, adaptable a lo que uno quiera que diga. Resulta interesante advertir, que todos los magistrados utilizan la expresión, sin aludir a la convención de Viena, que debe ser utilizada para interpretarlo; y del mismo modo no mencionan los antecedentes de la CIDN y las consecuencias de su implementación como fuente de interpretación.

La aplicación de este principio implica el uso de técnicas de interpretación amplias que vayan más allá de la ley, implica un uso adecuado de la argumentación a fin de explicitar su uso en uno u otro sentido, y fundamentalmente requiere tener una visión del derecho con fuerte carácter axiológico y sin perder de vista que serán los niños los receptores de las decisiones que en su fundamento se tomen.

Cabe preguntarnos entonces: ¿resulta ser el principio de interés superior del niño una mera expresión de deseo vacía de contenido concreto? ¿Cómo garantizamos que el interés superior de cada niño niña o adolescente sea el real en cada caso en particular, despojado de los prejuicios y conceptos adultos? ¿Fundamenta el interés superior del niño cualquier decisión?...

---

<sup>i i</sup> La Ley 1999-C, 238.-