

Comisión 4:

**Título : Discurso jurídico sobre El interés superior del niño. Un recorrido a través de la doctrina, sentencias y entrevistas a informantes clave.**

Laura N. Lora<sup>1</sup>

La utilización de esta expresión en el mundo del derecho a partir de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los instrumentos internacionales, sugiere preguntas. ¿Cuál es su contenido? ¿Cómo y cuándo se la utiliza? ¿Cuáles son los criterios que determinan su aplicación?.

La CIDN; 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.<sup>2</sup> De estos instrumentos, y de otros como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el PIDESC, y de las “leyes que por debajo de ese techo se encuentran vigentes”, surgen normas que receptan, para resolver conflictos en los que los niños se vean involucrados, la consideración primordial del “Interés Superior del Niño”.

---

<sup>1</sup> Docente-investigadora. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja.

Con algunas modificaciones este trabajo forma parte de un capítulo de la Tesis de Doctorado presentada el 2 de Junio del corriente año en la Facultad de Derecho U.B.A.

e-mail: [lauralora@derecho.uba.ar](mailto:lauralora@derecho.uba.ar).

<sup>2</sup> Si bien las Reglas de Beijing, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes privados de libertad y las Directrices de Riad, a diferencia de la CIDN, no constituyen fuente de obligación jurídica para los Estados, ya que a diferencia de aquélla, sólo comportan un conjunto de principios generales aceptados por los gobiernos, no obstante, en tanto han sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los gobiernos de los Estados miembros, tienen responsabilidad moral ante la comunidad internacional efectiva.

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...”*

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 preámbulo del Convenio de La Haya<sup>3</sup> sobre restitución internacional de menores enuncia como fin primordial el interés superior del niño, en todas las cuestiones atinentes a su custodia. Su finalidad es la de protegerlo en el plano internacional ante un traslado o retención ilícita de que pueda ser objeto, restituyéndolo a su residencia habitual, así como de garantizarle el derecho de visitas con el otro progenitor. En este Convenio se tiene en cuenta la opinión del niño, ya que se prevé que ante su oposición, y siempre que haya alcanzado una edad y un grado de madurez producto del cual resulte apropiado y además necesario, se podrá negar su restitución.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer<sup>4</sup>, en su art. 5 inc. b) obliga a los Estados partes a tomar las medidas apropiadas para

---

<sup>3</sup> La República Argentina adhirió a este convenio el 1 de junio de 1991, mediante ley 23.857. El convenio tiene su origen en una propuesta canadiense en el año 1976. Dicha propuesta consistió en la creación de una organización que se ocupara de dar solución a los innumerables casos de menores trasladados o retirados ilícitamente en el extranjero por uno de los padres. Desde el año 1976 hasta 1980, la oficina Permanente de la Conferencia de la Haya envió a los Estados miembros cuestionarios sobre el tema referido, con el objeto de que fueran analizados. Teniendo en cuenta la respuesta dada por los Estados Miembros, la Conferencia preparó un informe con aquellos puntos que consideró importantes y organizó dos reuniones de expertos de los Estados Miembros en derecho de familia, para que elaboraran un proyecto de Convenio. En las reuniones se estudiaron y discutieron los puntos principales y sus posibles soluciones, elaborándose un proyecto de Convenio que fue negociado y firmado en las sesiones de la Conferencia de Derecho Internacional Privado del 14 al 25 de Octubre de 1980.

<sup>4</sup> Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de Setiembre de 1979, Suscripta por la República Argentina el 17 de Julio de 1980. Ratificada según ley 23.179 ( sancionada el 8/5/85,

“garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”

Además en el artículo 18 inciso 1 dispone que "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño".

En el ámbito de la legislación nacional encontramos también distintas normas, por ejemplo el art. 317 del Cciv. establece los requisitos para otorgar la guarda de un “menor”, entre ellos, tomar conocimiento de las condiciones personales de los adoptantes o de la familia biológica, teniendo en consideración las necesidades o intereses del niño. También, y con esta finalidad, el juez deberá valorar los medios de vida, cualidades morales y personales de los adoptantes.

El artículo 264, tercer párrafo del CCiv., referente a la patria potestad, establece que “en caso de desacuerdo entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá recurrir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo...”

También, las leyes 22.278 y 22.803, facultan al juez para que pueda ordenar las medidas que crea convenientes respecto del niño, que siempre serán modificables *en su beneficio*.

Como puede observarse de la descripción precedente del marco jurídico del ISN, no surge una definición de este concepto. Para darle al ISN un contenido a continuación se mencionarán algunas nociones doctrinarias que hacen referencia a esta expresión - ISN-.

Además de tener en consideración la doctrina, se mencionarán las posturas judiciales esbozadas en las sentencias y los conceptos que con respecto al ISN brindan los distintos informantes claves, por medio de entrevistas.

Actualmente existen diversos criterios técnicos acerca de lo que algunos intérpretes entienden como el “ISN”. En este sentido, algunos refieren que la Convención de la Haya no

---

promulgada el 27/5/85, publicada , BO 3/6/85. Incorporada con jerarquía constitucional en el art. 75. inc. 22 en 1994.

define el término “interés del menor”, por entender que este es un concepto que varía de acuerdo a cada cultura en particular.<sup>5</sup>

Para Freedman Diego el ISN cumple dos funciones normativas: en el art. 3 es un principio jurídico garantista y en los demás artículos actúa como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos del niño.

Según Piero Solari la posición de John Ekelar respecto del contenido del ISN refiere que existen dos formas de operar la determinación del contenido : Modelo objetivo “ quien adopta las decisiones se inspira en criterios y convicciones sobre las circunstancias que se consideran optimas para el desarrollo del niño”; Modelo del autodeterminismo dinámico: El niño interviene en las decisiones de modo de contribuir él mismo al resultado.

Respecto al concepto del ISN, y expresiones similares, (vgr. “*lo mejor para el niño*” y “*lo más beneficioso para el niño*”), en el área del instituto de la adopción encontramos autores que sostienen: lo “mejor para el niño” es una expresión tan aparatosa, tan ineficaz y tramposa como la que afirma “el interés superior del niño”. *Lo mejor para el niño* es una expresión que -aislada del texto de la CIDN-, otorga un grado de libertad desmesurada para quienes tienen que definir la entrega de un niño en adopción.<sup>6</sup>

Para otros autores, si no se define el contenido de la expresión, las normas que la comprenden se convierten en eufemismos que legitiman, en la práctica, la aplicación de criterios tutelares proteccionistas. De esta manera se crean estereotipos que no sólo no favorecen el ISN, sino que acentúan los rasgos de segregación y exclusión social.

Nadie entonces puede garantizar que el contenido utilizado acerca de lo “mejor” sea adecuado o aceptable para el niño.

#### El Interés Superior del Niño en notas y comentarios doctrinarios sobre adopción.

Luego de la búsqueda y selección de notas y comentarios doctrinarios sobre adopción publicados en las revistas jurídicas JA, ED y La Ley se han seleccionado aquellas/os que contenían en sus textos la categoría ISN. Los autores que a continuación son citados

---

<sup>5</sup> Hasta Febrero de 2001 esta Convención obligaba a mas de sesenta y cinco Estados que pertenecen a ámbitos geográficos y culturales diferentes, ver Najurieta María Susana, Tesis Doctoral, La Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional, 2001. Presentada y defendida en la Facultad de Derecho, UBA, pág 141.

<sup>6</sup> Giberti, Eva, Eva en Las Éticas y la adopción. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1997, págs. 46/47.

comentando sentencias de adopción dictadas tanto por jueces de primera instancia como de Cámara o de la CSJN o SC, también publicadas, han sostenido:

“Todos los jueces invocan el ISN, aunque arriban a tres conclusiones distintas e irreconciliables entre sí. ...”<sup>7</sup>

“...El principio del ISN ha recibido diferente tratamiento en la doctrina jurídica especializada, dando lugar a posiciones que van desde la denuncia de su indeterminación y consecuente inutilidad práctica; pasando por los que afirman el peligro de su uso abusivo; aquellos otros que identifican el principio con los derechos reconocidos; y los que resaltamos su utilidad e importancia desde una perspectiva antropológica e interdisciplinaria en la realización efectiva y concreta de los derechos expresa o implícitamente reconocidos a los niños.” (el subrayado me pertenece).

Augusto Diez Ojeda cita lo sostenido por Sophie Ballestrem, quien coincidiendo con Giberti en el concepto, afirma que “La noción general del interés superior del niño que constituye la base de toda intervención en contra de niños que se comportan de manera delictiva, elude una definición jurídica precisa y da una discreción muy amplia a jueces y otras autoridades. Faltan criterios objetivos y la situación facilita abusos graves bajo el pretexto del interés superior”. Este autor cita también nociones de Cillero Bruñol “Generalmente se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra jurídico que no satisface debidamente las exigencias de seguridad jurídica.” Seguidamente afirma que Bruñol sostiene que “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos; interés y derecho, en este caso se identifican.”

“Esta reducción del principio a una función de reafirmación global de los derechos fundamentales de los niños es reconocida por el citado autor al expresar: ‘Esta interpretación, sin embargo haría innecesario el principio del ISN, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente...’, aunque luego señala que ‘...esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a

---

<sup>7</sup> Diez Ojeda, Augusto, El interés superior del niño necesidad de su regulación legal, nota al fallo de la SC de la Provincia de Buenos Aires, septiembre 29-998, S., M. M. publicado en La Ley t.1999-C, págs. 238 a 253.

desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general’.”

Esto último lleva a Diez Ojeda a sostener que “Es cierto que se han cometido y aún se cometen *algunos abusos* invocando el ISN, pero no lo es menos, y tiene mayor significación, que fue la permanente consideración de tal interés la que impulsó -durante años- la evolución de las ideas jurídicas a favor de los derechos de los niños, cuyo máximo logro es la CIDN, que lo recoge expresamente en su texto (artículo 3°).”

Por otra parte no podemos omitir que el contexto jurídico nacional e internacional se ha modificado sustancialmente con la aprobación de la CIDN y su recepción local en los países signatarios. Algunas interpretaciones abusivas del ISN fueron posibles cuando no existía un cuadro normativo explícito, pero hoy solo de mala fe podría eludirse la consideración de los derechos fundamentales de los niños, expresión prolongada y específica de sus derechos humanos; ya nadie puede sostener una interpretación del ISN que se contraponga con la efectiva vigencia de sus derechos.

El carácter de “principio jurídico” que ostenta el “ISN” impone que su idea, definición o desarrollo conceptual, considere las diversas funciones normativas que por la doctrina se le reconocen, por ejemplo: generación de normas legales o reglamentarias, solución de conflictos de derechos, orientación de las políticas públicas y de la actuación familiar y/o privada, etcétera.

Para realizar ese desarrollo conceptual nada mejor que recurrir a los cuerpos normativos internacionales que, al propio tiempo que consagraron un extenso catálogo de derechos reconocieron a los “intereses de los niños” como el principio “superior” del cual se derivan y al que se someten, en orden a su interpretación y conciliación, entre sí y con otros derechos individuales.

El autor finalmente se pregunta ¿Cuál será la cantera de la que extraeremos el material que nos permita realizar nuestra obra?, a lo que responde: “Nada mejor, ni más objetivo, que consultar las manifestaciones del consenso universal, expuestas en los documentos que conforman la “doctrina de la protección integral”.

Los documentos específicos son:

La CIDN; Las Reglas de Beijing; Las Directrices de Riad; Las Reglas para la protección de los menores privados de libertad.

Los documentos internacionales sobre derechos humanos son:

Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración de los Derechos del Niño; PIDESC; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Estas manifestaciones deben abordarse en su conjunto, pues como lo afirma Willie Mc Carney “No se puede tratar separadamente los instrumentos internacionales siempre más numerosos, ya que representan todos una gama compleja de normas y obligaciones, que corresponden y se refuerzan mutuamente.”<sup>8</sup>

Atento a que la finalidad del Instituto de la Adopción, manifestada en sus legislaciones, es la conveniencia del menor o su interés superior, Francisco Ferrer hace una síntesis, basada en diferentes fallos, del contenido “conveniencia del menor”. Así ha sostenido que: “La mayoritaria interpretación jurisprudencial estricta de la prohibición de adoptar a los nietos, sin margen para contemplar excepciones, lamentablemente no siguió los carriles de una opuesta y acertada doctrina judicial que desde la sanción de la primera Ley de Adopción, N° 13.252, se fue abriendo paso y afirmando un criterio hermenéutico amplio, inspirado en un espíritu comprensivo y flexible para acceder al otorgamiento de la adopción.

Demostraron los jueces en estos casos haber captado esencialmente la intención primordial del legislador en materia de adopción, que no es otra, según se ha declarado reiteradas veces, que favorecer el interés y la conveniencia del menor, incluso antes que el de los padres o el de los adoptantes. Esta finalidad tutelar de la ley y la función moralmente formativa de la realidad familiar en la que está inserto el adoptando, se ha dicho, han de orientar la interpretación y aplicación de las normas legales sobre adopción. En sentido concordante se ha resuelto que el aspecto esencial que decida la procedencia o no de la adopción, está determinado por el fin perseguido por esta institución: la conveniencia del menor a que se refiere el artículo 10 inciso d) de la ley 19.134. Este precepto dispone que el juez valorará si la adopción es conveniente para el menor, y por eso ha declarado que el interés y la conveniencia del menor es el objetivo primordial que persigue la ley de Adopción, constituyendo, por tanto, el principio legal directriz en la materia y el motivo determinante

---

<sup>8</sup> Diez, Ojeda, op. cit.

para el otorgamiento de la adopción. De ahí que, en razón de la finalidad tuitiva de la ley de Adopción, ésta debe ser interpretada por los jueces con toda amplitud y generosidad, en función del beneficio de los menores. Precisamente de la propia exposición de motivos de la ley 19.134 resulta su espíritu generoso y su preocupación por favorecer las posibilidades de adoptar y ser adoptado.

El ISN y el criterio amplio como pauta interpretativa de la ley de Adopción ha sido confirmado por el artículo 21 de la CIDN...”

Si bien se afirma que es un principio legal directriz hasta aquí se confirma la posición que sostiene que el ISN es un concepto indeterminado y que otorga poderes a los jueces.

Sigue Ferrer diciendo que “... En el Derecho Comparado es uniforme el criterio del interés del menor como condición esencial y decisiva para el otorgamiento de la adopción, reconociéndose como fin preeminente del instituto asegurar el desenvolvimiento pleno de la personalidad del niño, su promoción y educación en el lugar más idóneo. La Convención de Estrasburgo de 1967<sup>9</sup> sobre adopción de menores enumera los distintos aspectos que deben considerarse para que la adopción se acuerde en el interés del menor: la realidad individual del niño, de su familia de origen; la personalidad, la salud, y la situación económica del adoptante, su vida de familia y su aptitud para educar al niño, los motivos que tiene para adoptar, etcétera. (Parte II, artículo 9, pto. 2)...”<sup>10</sup>

Otro autor, Osvaldo Onofre Álvarez, en su comentario al fallo de la CNCiv., sala F, Setiembre de 1998 C.C.A. s/adopción<sup>11</sup> sostuvo “ Si bien es correcto afirmar que el instituto de la adopción ha sufrido, desde el punto de vista de su finalidad, un cambio fundamental a

<sup>9</sup> Cfr. Najurieta María Susana, “ Europa...Atravesada en pleno siglo XX por el odio y la muerte, se renovó al fin de la Segunda Guerra Mundial gracias al formidable proyecto político y económico que se propuso la construcción de la unidad europea. Sobre las ruinas de la guerra, diez Estados crearon el Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo...A solo un año de su creación, el Consejo aprobó la Convención Europea de protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, vigente desde 1953. También en este Consejo se firmó uno de los primeros instrumentos que se ocupan, específicamente, de los derechos sociales y económicos de los niños y del derecho del niño y de su familia a la protección social, legal y económica, es decir la Carta Social Europea. En 24 de Abril de 1967 se firmó la Convención europea sobre adopción de niños. Como parte de los principios fundamentales obligatorios que la Convención establece, encontramos referencias concretas al consentimiento que la madre debe prestar y los compromisos que tiene la autoridad competente, entre otros: otorgar la adopción después de una investigación concerniente al adoptante, al adoptado y a su familia.

<sup>10</sup> Ferrer, Francisco A. M. en su nota al fallo de la CCiv. y Com. Santa Fe, sala 3 21/12/95<sup>10</sup> en el punto IV titulado “La Doctrina judicial amplía, el interés del menor y la equidad”. También Germán Bidart Campos comentó este fallo de la CCiv. y Com. Santa Fe de 1995. La nota se titula “La Ley no es el techo del ordenamiento jurídico, publicación La Ley viernes 14 de Noviembre 1997, pág. 4.

<sup>11</sup> CNCiv., sala F, Setiembre de 1998 C.C.A. s/adopción, Osvaldo Onofre Álvarez, Las cualidades personales de los adoptantes en concordancia con los términos de la Convención sobre los derechos del niño., E.D.T. 183 pág. 203 a 207.



través del tiempo, adquiriendo -en la actualidad- papel preponderante el interés del adoptando conf. CNCiv, Sala A 22.03.94; ED,1158-96, también es dable acotar que esta expresión no, necesariamente, se halla vinculada a la idea paternalista del mayor hacia el sujeto más débil sino que, por el contrario, focaliza su atención en la figura del incapaz, como individuo en formación. Con ello se aspira a resaltar que aquel elevado recaudo no se agota en la elección entre los diversos intereses privados, sino que tiende -además- a satisfacer la dimensión pública inherente a dicha temática –conf. Kemelmajer de Carlucci. La nueva ley de adopción. Revista de jurisprudencia Argentina del 16/09/98.<sup>12</sup>

También sobre la expresión ISN se manifestó Bidart Campos “... *Felizmente, tres magistrados de un tribunal colegiado de familia de instancia única se dieron cuenta de que el interés superior del niño y la protección integral de la familia son principios constitucionales, con fuerte anclaje -además- en el derecho internacional de los derechos humanos, que deben prevalecer sobre la ley cuando, en un caso concreto, sus circunstancias conducirían a una solución “legal” intrínsecamente injusta. Y, por supuesto, a una solución que por su injusticia sería inconstitucional.! Nada más y nada menos!*”

“Con la muy buena argumentación usada en la sentencia se deja bien en claro que los estándares de “interés superior del niño” y “protección integral de la familia” no son slogans vacíos ni expresiones decorativas. Al contrario, cuando los jueces saben emplearlos mediante una interpretación aplicativa a las circunstancias del caso que resuelven, muestran que en la apertura de las fórmulas hay espacio para cuantos contenidos hagan falta de acuerdo a la singularidad de cada situación.”<sup>13</sup>

#### El ISN en las sentencias.

A efectos de observar cómo se aplican y cuáles son los criterios con los que se opera para determinar las nociones mencionadas precedentemente a las sentencias, a continuación se transcribirán cuatro fragmentos de sentencias que hacen referencia al ISN.

1.-) “..una persona en crecimiento y como tal requiere comprender sus inquietudes, sus aspiraciones, sus afectos, sus vínculos, y a partir de allí bucear en su profundidad para

<sup>12</sup> Osvaldo Onofre Álvarez en su comentario al fallo de la CNCiv, sala F, Setiembre de 1998 C.C.A. s/adopción.

<sup>13</sup> Bidart Campos, Germán, nota al fallo TColeg. Familia N° 1 Quilmes, Setiembre 23.999 V.;D.A., Pág 16.

*conocer cual es el interés de este niño, en particular con ésta, su historia vital y su realidad fácticas donde está inserto...”*

*Se pregunta el juez ¿a qué se refiere el ISN al que cuidadosamente reitera la Convención en el art. 3 incs. 1 y 3, 18 inc.1, 20 inc. 1 y 37 inc. c, a lo que responde “El principio es de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento histórico, de modo tal que lo que hoy se estima beneficia al niño o joven, mañana se puede pensar que lo perjudica. Constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal interés en concreto, de acuerdo con las circunstancias del caso” cita a Cecilia Grosman en “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las Relaciones de Familia”, LL 1993 B-1094. También destaca Grosman que el ISN debe ser armonizado con las necesidades de todo el grupo familiar.<sup>14</sup>*

*“ En síntesis la situación de hecho ha generado el equilibrio necesario para el desarrollo armonioso y tal equilibrio debe ser preservado pues aparece estrictamente ligado al interés del menor. (El subrayado me pertenece)*

*2.-) “lo que se intenta proteger es el interés del menor, como se establece en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño”.<sup>15</sup>*

*3.-) “... El interés de esta es el que debe regir la solución, y los derechos que pudieran corresponderle a la madre biológica o a los adoptantes deberán ser apreciados desde el punto de vista mas favorable al bienestar de aquella.”<sup>16</sup>*

*4.-) “...La adopción que está establecida en interés del menor (ya sea de amparo, legítimamente o de integración) procura lograr la formación material y moral de seres humanos que sean útiles para sí y para los demás. El menor ha de recibir una formación moral y la moral no se enseña solamente con palabras, sino con el ejemplo vivo y constante”<sup>17</sup>*

Vemos de esta forma cómo la primera sentencia aplica distintas nociones doctrinarias estableciendo que el ISN es un concepto indeterminado que otorga poderes a los jueces, pero también hace referencia al desarrollo de la personalidad del niño y a noción de la relatividad del concepto según el contexto. La sentencia 2), al remitirse al artículo 3° de la CIDN,

<sup>14</sup> Sentencia de 1 Instancia Santa Fe, Junio 30 de 1994 y Sentencia de Cámara Civ. Y Com. Santa Fe, Sala 3, 21/12/95 T.,J. A. y otra, adopción plena. Consid. IV pto. c sent. 1 inst. pág. 41/42.

<sup>15</sup> CNCiv., Sala F Julio 2 1997, U. C. A.

<sup>16</sup> CNCiv., sala C, Junio 28-979 E. D., t. 84, Pág. 314/319

<sup>17</sup> Sentencia 1 Inst. Civil de la Capital V. A. M 1982 E. D. T. 101

responde a la noción del carácter indeterminado del concepto. En la tercera de las sentencias se aplica la noción según la cual la finalidad tutelar de la ley y la función moralmente formativa favorece el interés y la conveniencia del menor, incluso antes que el de los padres o el de los adoptantes, mientras que la cuarta se acerca a la tercera noción, en tanto sostiene la importancia de una formación moral para el niño.

Es de resaltar que en una de las sentencias se pone en evidencia la existencia de contenidos en relación al ISN que legitiman la aplicación de criterios tutelares.

#### El ISN en las entrevistas a jueces de familia.

¿Qué entiende por condiciones más beneficiosas para el niño o interés del niño o interés del menor?

*Juez 1.-“Esto es difícilísimo de contestar. Porque en cada caso en concreto hay que evaluar cual es el mejor interés. Si es un chico recién nacido es una cosa. Seguramente los legajos que me mandan son legajos de gente ya evaluada por los profesionales y que entienden que le van a dar lo mejor de sí a ese chico, mucho afecto; mucha contención; que es un hijo deseado; con lazos familiares estables, por lo menos hasta el momento que se hace la evaluación...”* (El subrayado es mío).

*“Esto es terriblemente difícil porque tiene que ver con la racionalidad jurídica. La racionalidad jurídica de los legisladores y de los jueces. Porque cada juez en relación a esto te va a decir una cosa distinta. ¿Por qué? Porque para cada juez el mejor interés del niño va a tener que ver con su ideología, con su historia, con su historia familiar. Ahí se pone la subjetividad pura, porque son las normas abiertas del derecho de familia, donde lo que cada uno vuelca va a tener que ver absolutamente con uno...”* (El subrayado me pertenece).

*Juez 2.-“Yo creo que eso es una evaluación que hay que hacer en cada caso en concreto que es lo mejor para el chico. Creo que no existen reglas fijas, cada niño es distinto, cada necesidad de un chico es distinta y bueno habrá que ver en cada caso que es mejor”* (El subrayado me pertenece)

*Juez 3.-“Es un término muy abstracto. El ISN del niño se ve en el caso en concreto. Porque el niño es un individuo con su personalidad, con su formación con sus necesidades, depende del niño cuáles van a ser esas necesidades o esa protección o ese interés”*

*Juez 4.-El ISN del niño es tener una familia. Ahí está englobado todo. Podemos hacer todo un código sobre las cosas que necesita un chico, o podemos resumir eso en una palabra que es familia. Un niño que cuente con una familia seguro que va a tener todas esas cosas que están en la CIDN. Aquel chico que no tenga familia le van a empezar a faltar la mayor cantidad de todas esas cosas que están redactadas en la CIDN.*

*Yo resumiría la Convención en un solo artículo que todo niño tiene derecho a tener una familia.*

*Juez 5.-“El ISN es el interés en primer lugar por los derechos de un niño aquí y ahora, no se trata ni de la protección física, ni económica, ni material es en primer lugar la protección de la mayor cantidad de derechos posibles en una circunstancia temporal determinada para un niño en particular”.* (El subrayado es mío).

**COMENTARIO FINAL:** Como surge del trabajo el ISN es un concepto que se evalúa para cada caso en concreto (como han sostenido los jueces en las entrevistas) .

Si bien la jurisprudencia ha generado pautas para acercarse al concepto ISN, es importante que no quede librado a una interpretación discrecional, pues ello podría vulnerar el principio de legalidad. El niño tiene las garantías que la Constitución Nacional establece para todos los ciudadanos.

También surgió que el ISN está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en la CN y en los “Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos” , además en las legislaciones nacionales. Finalmente el modo de operar el contenido responde al “modelo objetivo” ya que quien adopta las decisiones se inspira en criterios y convicciones sobre las circunstancias que se consideran optimas para el desarrollo del niño por oposición a un modelo del autodeterminismo dinámico: El niño interviene en las decisiones de modo de contribuir él mismo al resultado.

### **Abreviaturas**

CIDN	Convención sobre los derechos del niño
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNCiv	Cámara Nacional Civil
CNCiv y Com.	Cámara Nacional Civil y Comercial
CCiv	Código Civil
CN	Constitución Nacional
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación

DH	Derechos Humanos
ISN	Interés superior del niño
JA	Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina
LL	Revista Jurídica La Ley
ED	Revista Jurídica El Derecho
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
SC	Suprema Corte
Tcoleg	Tribunal Colegiado

## BIBLIOGRAFIA

Bidart Campos, Germán, La Ley no es el techo del ordenamiento jurídico, La Ley, 14 de Noviembre 1997.

Bidart Campos, Germán, El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales (La adopción de un menor por cónyuges divorciados), La Ley, T. 1999-F.

Diez Ojeda, Augusto, El interés superior del niño necesidad de su regulación legal, nota al fallo de la SC de la Provincia de Buenos Aires, septiembre 29-998, S., M. M. publicado en La Ley t.1999-C

Freedman Diego, Funciones normativas del interés superior del niño, Publicación virtual del Jura Gentium, Centro de filosofía del derecho internacional y de la política global <http://www.tsd.unifi.it/jg/es/index.htm?surveys/latina/freedman.htm>

Ferrer, Francisco A. M. nota al fallo de la CCiv. y Com. Santa Fe, sala 3 21/12/95 en JA 1996 I

Giberti, Eva en Las Éticas y la adopción. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1997.

Najurieta María Susana, Tesis Doctoral, La Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional, 2001. Presentada y defendida en la Facultad de Derecho, UBA.

Oswaldo Onofre Álvarez, Las cualidades personales de los adoptantes en concordancia con los términos de la Convención sobre los derechos del niño., E.D.T. 183

Sentencia de 1 Instancia Santa Fe, Junio 30 de 1994 y Sentencia de Cámara Civ. Y Com. Santa Fe, Sala 3, 21/12/95 T., J. A. y otra, adopción plena en J.A., 1996 I.

Sentencia CNCiv., sala F, Setiembre de 1998 C.C.A. s/adopción , en E. D. t. 183

Sentencia CNCiv., Sala F, Julio 2 1997, U. C. A., La Ley 1997-F

Sentencia<sup>1</sup> CNCiv., sala C, Junio 28-979, D.N.,F. del V., E. D., t. 84.

Sentencia 1 Inst. Civil de la Capital V. A. M 1982 E. D. T. 101

Sentencias TColeg. Familia N° 1 Quilmes, Setiembre 23.999 V.;D.A., La Ley 199-F.

Sentencia SC de la Provincia de Buenos Aires, septiembre 29-998, S., M. M. en La Ley t.1999-C.