

El principio del interés superior del niño en un fallo⁶²⁰

Por Julieta Rodríguez⁶²¹

I. Introducción

En un fallo de principios del año 2018, la jueza Erika Fontela, titular del Juzgado N° 11 de Familia, Civil, Comercial, de Minería y Sucesiones de El Bolsón, ordenó a los padres de un niño de tres meses que contrajo meningitis y al cual no se le habían aplicado las vacunas obligatorias del plan nacional de vacunación, a cumplir con una serie de estrictas medidas cautelares durante el plazo de seis meses a los fines de evaluar, una vez cumplido dicho plazo, el compromiso asumido y el cambio de conducta y comportamiento en favor del niño. Además, dispuso un seguimiento especial de los órganos protectores hacia la familia, de manera de garantizar el interés superior del niño.

Entre las medidas cautelares, se dispuso que los padres deberían informar diariamente de forma telefónica al servicio de urgencias sobre el estado del menor y concurrir al servicio de pediatría como mínimo cada 72 horas. Además, deberían tomar intervención con la terapeuta para iniciar un tratamiento rehabilitante de estimulación temprana, acreditar la asistencia a una nutricionista, acreditar la inscripción del niño a una obra social, acreditar el informe de un trabajador social respecto a las condiciones de habitabilidad, entre otras medidas preventivas y paliativas.

⁶²⁰ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina” que se desarrolla en la Universidad de Flores bajo la dirección de la Prof. Mirta Beatriz Álvarez.

⁶²¹ Estudiante de la carrera de Abogacía de la Universidad de Flores.

Asimismo, dispuso que un referente del servicio social debería acompañar un informe cada 24 horas al asesor de menores y que la vivienda debería ser accesible para el personal del hospital de El Bolsón.

II. Derechos afectados

En este fallo hay dos cuestiones en juego: por un lado, la libertad de elegir voluntariamente la forma de vida que tienen los padres, que cede ante el interés superior del niño. Dicha libertad, si bien en principio encuentra amparo en el artículo 19 de la Constitución Nacional, también tiene en el mencionado artículo su límite, ya que según el texto de la Carta Magna, las acciones privadas de los hombres no deben perjudicar a un tercero para estar exentas de la autoridad de los magistrados. Y en este caso, el tercero perjudicado es el niño.

En palabras de la jueza en el fundamento del fallo, “no está en discusión cuál es el modelo que los padres eligen como forma de vida familiar, sino cuál es el límite que tiene dicho modelo en el ejercicio por representación de los derechos de los miembros de dicha familia”.

Por otra parte, en este fallo se pone de manifiesto un concepto de salud pública, que es el que justifica la obligatoriedad de las vacunas previstas en el artículo 11 de la Ley 22.909: la importancia de la vacunación no se manifiesta tan solo a nivel individual, sino también en el plan de la comunidad, ya que es la sumatoria de las vacunas de toda la comunidad la que genera la inmunidad y prevención de las graves enfermedades.

III. La opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En un fallo del día 12 de junio del 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia que disponía que se intimara a los padres de un menor a que acrediten el cumplimiento del plan de vacunación oficial.⁶²² El Alto Tribunal entendió que la no vacunación expone al niño al peligro de contraer enfermedades, a la vez que pone en riesgo la salud de la comunidad.

Los padres habían basado su petición de rechazar la sentencia en el artículo 19 de la Constitución Nacional, a lo que la Corte contestó que toda conducta que perjudique derechos de terceros queda fuera del ámbito de reserva aquel artículo. Además, sostuvo que el derecho de privacidad familiar resulta permeable a la intervención estatal en pos del interés superior del niño.

⁶²² N.N.O U., V. S/Protección y Guarda de Personas (12/06/2012 – N. 157. XLVI).

En el considerando 11 del fallo, el máximo tribunal manifiesta que “la decisión de los padres pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunación oficial pues la vacunación no alcanza solo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de los objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población. Solo de esta forma puede entenderse el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para ‘todos los habitantes del país’ previsto en el artículo 11 de la Ley 22.909 (Ley de Salud Pública)”.

Asimismo, destaca en el considerando 13 que “la Organización Mundial de la Salud ha planteado entre sus objetivos no solo proteger a las personas de enfermedades que son prevenibles, sino también alcanzar su erradicación y la disminución de la mortalidad infantil”.

Respecto al Interés Superior del Niño, la Corte expresa en el considerando 18 del fallo que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la atención principal al Interés Superior del Niño apunta a dos finalidades básicas que son: la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. En tal sentido, se ha considerado que la regla del artículo 3.1⁶²³ de la Convención sobre los Derechos del Niño tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos por más legítimos que estos resulten”.

Por último, expresa la Corte en el considerando 22 de su fallo que “lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño y en ese sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sean vacunadas reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas de todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse, si todos imitaran la actitud de los actores.”

⁶²³ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3º. Punto 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 se atenderá será el interés superior del niño.

IV. El Interés Superior del Niño en el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial, vigente desde el 1º de agosto de 2015, reepta en su nueva redacción la terminología de la Convención de Derechos del Niño, y lo que antes se denominaba “patria potestad” fue reemplazado por la expresión “responsabilidad parental”. Desde hace varios años, diversos doctrinarios señalaron la necesidad de reemplazar la denominación “patria potestad” y la elección del término “responsabilidad” tiene su fundamento en los artículos 5, 18 y 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña. En ellos se alude directamente a las “responsabilidades de los padres” como así también se establece el principio de coparentalidad, cuya finalidad es la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

En los Fundamentos del Anteproyecto, se resaltó que “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico. Por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”,⁶²⁴ denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. El vocablo responsabilidad implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores, que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño.⁶²⁵

⁶²⁴ En los Fundamentos del Anteproyecto se expresa: “... La palabra ‘potestad’ de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la ‘potestas’ del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo ‘responsabilidad’ implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente a satisfacer el interés superior del niño o adolescente. Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo: algunos ordenamientos han cambiado la denominación de patria potestad por la de autoridad parental; otros por responsabilidad parental como acontece, por ejemplo en el Reglamento del Consejo Europeo nro. 2201/03 del 27/03/2003 –también denominado ‘Nuevo Bruselas II’– se refiere a la ‘Competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental’; la Ley 26.061 y varias legislaciones locales reeptan de manera genérica la expresión ‘responsabilidad familiar’ al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al Código Civil...”

⁶²⁵ “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora,” en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires: Ediciones Infojus, 2012, p. 597.

En el artículo 639 de nuestro Código Civil y Comercial se enumeran los principios generales de la responsabilidad parental, y ellos son:

1. El interés superior del niño.
2. La autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo.
3. El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Estos principios configuran pautas de interpretación que enfatizan y precisan el sentido y funcionalidad de la responsabilidad parental.

Los tres incisos recogen derechos y garantías provenientes de diversos instrumentos de derechos humanos, en particular de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña (artículos 3°, 9°, 18°, 21°, 37°, 40°) de aplicación directa en todas aquellas cuestiones que involucren a niños, niñas y adolescentes, y reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, nacional e internacional.

V. La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes

La Ley 26.061, sancionada el 28 de septiembre de 2005, estableció en su artículo 3° qué es lo que se debe entender por “Interés Superior del Niño”. A tal fin determina que

se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

VI. Los derechos de los niños en el derecho romano

Sebastiano Tafaro, profesor ordinario de Derecho Romano de la Universidad de Bari, analiza en su artículo titulado “Los derechos de los niños en la experiencia jurídica romana”,⁶²⁶ la evolución de las instituciones orientadas a su tutela. En tal sentido, expresa Tafaro que

ciertamente en el derecho romano no existió un elenco de los “derechos de los niños” tal como se encuentra hoy previsto en los diferentes tratados y convenciones internacionales. Sin embargo, los valores que fundamentan tales derechos sí se encontraban presentes en la experiencia jurídica romana, lo que permitía hablar de un “derecho de nacer” del concebido, cuya tutela se confiaba en forma concurrente a los *patres* y a la *civitas*; de un “derecho a la paternidad” o derecho de ser acogido en la familia; de un “derecho al nombre” con el cual el niño se identificaba en la colectividad y entraba oficialmente en la familia; de un “derecho a la crianza”, esto es a ser alimentado y criado; además de otras disposiciones dirigidas a la protección jurídica de los niños, tales como la prohibición del trabajo forzado y la prohibición relativa a las convenciones sobre prestaciones laborales, así como el derecho del impúber a ser asistido y protegido por un tutor.

⁶²⁶ Tafaro, S. (2009). “Los derechos de los niños en la experiencia jurídica romana”. En *Revista de Derecho Privado Externado*, N° 17, p. 177 a 202.

Estos derechos deben ser valorados de acuerdo con la realidad jurídica de la experiencia romana, y no sobre la base de nuestros esquemas actuales. Dicha experiencia, caracterizada por un sistema abierto de fuentes, daría vida a principios de indiscutible civilidad jurídica, muchos de ellos aún vigentes.

En cuanto a los “Derechos de los Niños”, Tafaro expresa: “Frente a la pregunta de si en el derecho romano pueden encontrarse normas dirigidas a la tutela específica de las expectativas de los niños, considero que es necesario evidenciar los valores que también en la sociedad romana estaban a la base de la protección de éstos. Con frecuencia se trataba de la intuición de principios que, aun sino de manera general, ofrecieron soluciones inspiradas en la tutela de las expectativas de vida y de crecimiento de los niños.”

Continúa su desarrollo haciendo referencia a la expectativa de nacimiento y el derecho a la vida. Tafaro dice que “el concebido era considerado persona y tenía relevancia jurídica autónoma ya desde el momento de la concepción, en consecuencia, tenía derecho de nacer”. En apoyo de tales afirmaciones pueden citarse:

- La prohibición existente ya desde la edad regia de sepultar a la mujer encinta antes de que le fuese extraído el *partus*.
- El hecho de que la condena capital de una mujer encinta podía ejecutarse solo después del parto.
- El hecho de que la mujer encinta no fuese sometida a inquisición judicial, ni eventual tortura y condena.
- La disposición según la cual para no causar perjuicio al niño una vez nacido, debía diferirse para después del parto la acusación de adulterio en contra de la mujer puesta en posesión de los bienes en nombre del *nascituro*.
- El rescripto que declaraba que el marido podía obtener el reconocimiento del estado de embarazo y la designación de personas que tuvieran por tarea vigilar a la mujer para impedirle cualquier acto contra el nacimiento del hijo que llevaba en su vientre
- También la inclusión del aborto que el marido no hubiese deseado entre los *crimina*, cuando los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla hacen del aborto un hecho perseguible incluso penalmente como crimen fuera del sistema, disponiendo que el alcalde de la provincia mande en exilio temporal a la mujer.
- La asignación por parte del pretor a la madre encinta, independientemente de sus posibilidades económicas de alimentos destinados directamente al *nascituro* y garantizados con la asignación de un *curator ventris*. Esta disposición estaba destinada a asegurar el nacimiento del concebido.

La tutela de la expectativa de nacimiento siempre se reforzaba, además, con la protección de los derechos patrimoniales. Ello se manifestaba:

- En la admisión del *nascituro* a la herencia legítima.
- En la posibilidad para la madre de pedir al pretor la disponibilidad de los bienes a los cuales tendría derecho al *nascituro*.
- También en el encargo al *curator ventris* de la obligación de proveer a la tutela de los intereses patrimoniales cuando se presentara la necesidad.

Podríamos concluir entonces que en el derecho romano se encontraba reconocido el derecho a nacer del concebido, y que ese derecho era objeto de tutela, aun si su iniciativa se confiaba a veces a uno de los cónyuges.

La protección del nacimiento también se verificaba mediante la tutela del interés concurrente de la colectividad (*civitas*), dando lugar a una especificidad en cuyo ámbito debe circunscribirse la existencia del “derecho a nacer” del concebido.

Cabe destacar que en el derecho romano, la expectativa del niño de nacer y de vivir tenía raíces profundas y ya había contado con formas de tutela eficaces desde las Doce Tablas, que introdujeron límites rigurosos. Además, la muerte de los hijos fue campo de acción de los censores y quizás de los tribunales domésticos.

No parece haber dudas en cuanto a que el ejercicio de la *patria potestas* siempre sufrió limitaciones. En la práctica, la facultad de los padres fue restringida en lo que hace al poder de castigo frente a los hijos culpables de faltas graves.

El abandono del hijo infante también fue limitado por el concurso de los tribunales domésticos y los censores. La *expositio* del neonato terminó por ser castigada por Constantino con la pérdida de la *patria potestas* y sancionada como crimen por Valente y Graciano.

Con relación al derecho a la paternidad, manifiesta Tafaro: “Los padres tenían el derecho de aceptar o no a sus hijos. Al efecto, existía la ceremonia religiosa familiar del *tollere liberos*, que no parece constitutiva de la *patria potestas*, sino preclusiva de la facultad de exponer al hijo o de desconocerlo”.⁶²⁸

Sin embargo, este derecho de los padres no fue absoluto. Por el contrario, sufrió fuertes limitaciones y controles, y finalmente los censores reconocieron

⁶²⁸ Amunátegui Perello, C., *Origen de los poderes del pater familias. El pater familias y la patria potestas*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 37 en ese sentido afirma: “...el poder del padre sobre la familia (*patria potestas*) es el elemento fundamental que marca la entrada y salida al grupo, rigiendo además las relaciones entre sus miembros.”

al hijo, el derecho a ser acogido en la familia paterna cuando había nacido del matrimonio legítimo, o en la familia materna si era ilegítimo.

En el año 73 d. C., mediante el senadoconsulto Planciano se estableció el procedimiento para los casos de embarazos posteriores al divorcio. En el mismo, se determinaba que la esposa podía notificar al marido que estaba embarazada de él, con el fin de que reconociera al *nascituro* como propio. Esta denuncia debía producirse dentro de los 30 días contados a partir del divorcio con documento u oralmente comunicando el estado de embarazo. El marido podía optar entre negarse a reconocer que la mujer estuviera embarazada de él, o recibir la noticia y enviar a personas para que siguieran la evolución del embarazo y del parto. En caso de no optar por ninguna de estas alternativas, podía ser obligado al reconocimiento por medio del recurso del procedimiento extraordinario.

En caso de negación de la paternidad, la esposa debía probar que había quedado embarazada del marido, en cuyo caso el padre quedaba obligado a reconocer al *nascituro*. Posteriormente, un nuevo senadoconsulto previó para los *nascituri* nacidos durante el matrimonio que se podía demandar el reconocimiento de la paternidad, en el caso de que, muerto el padre del *nascituro*, el abuelo no pretendiese reconocer al niño.

Concluye Tafaro que “esta disciplina presupone el reconocimiento de un principio que implica la aceptación del derecho del niño al reconocimiento por parte del padre, el cual se estaba abriendo camino con menoscabo de la concepción del poder absoluto de este último.”

En cuanto al derecho a la identificación mediante el nombre, Tafaro dice: “Con el reconocimiento, el neonato adquiriría el derecho a ser identificado mediante el nombre. Al momento del nacimiento, el niño era sometido a una inspección cuidadosa por parte de una mujer experta, quien verificaba la presencia y la salud de los miembros, luego de lo cual el neonato era presentado al padre con el objeto de que lo acogiera en su familia. El niño era colocado en el suelo, a los pies del *pater familias*, quien con un gesto manifestaba su voluntad: si realizaba el acto de levantarlo, el neonato era reconocido; de otro modo, era expuesto en la vía pública”.

En ese momento, además, el niño recibiría el nombre con el cual habría de entrar oficialmente en la familia y sería reconocido por la colectividad.⁶²⁹ Sin embargo, esto no sucedía de forma inmediata sino al noveno día para los varones y al octavo día para las niñas.

⁶²⁹ Torrent Ruiz, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Edisofer, 2005, p. 762 con respecto al término *nomen*, sostiene: “A) Término que sirve para designar a un ciudadano romano libre indicativo de su gentilidad.”

En cuanto al derecho a la crianza, dice Tafaro: “Al nacido, el derecho natural le reconocía el derecho de ser alimentado y criado.⁶³⁰ Ello se resumía, según se deduce de numerosos datos, en el derecho de alimentos y a recibir una formación física e intelectual adecuada. Una arraigada costumbre vinculaba durante los tres primeros años a las madres y a las nutridoras a amamantar y nutrir a los neonatos. Después del tercer año, la obligación de nutrición y de cuidado pasaba a los padres. Dicha obligación estaba comprendida en el ejercicio responsable de la *patria potestas*.”

Respecto a la protección de los niños destaca distintas soluciones dirigidas a su protección jurídica, entre ellas:

- Exenciones de los *munia*: la prohibición de trabajo forzado y de las convenciones de prestaciones laborales relativas a los niños.
- Tutela: el instituto estaba dirigido a la protección de los intereses patrimoniales de la familia, y solo indirectamente, a la protección de los menores.
- Debe considerarse también como una forma de protección, la total ausencia de legitimación frente al proceso dispuesta para los infantes y la necesidad de asistencia del tutor para los *infantia maiores* aun impúberes.

La intervención de los magistrados solo se daba en la medida en que fuera evidente la falta de la familia para la tutela de los niños. A modo de conclusión, el profesor Tafaro expresa:

El derecho de nacer y de crecer, consolidado durante el curso de la experiencia jurídica romana, ha dado vida a principios de indiscutible civilidad jurídica correspondientes a la visión de una sociedad basada en las fundamentales interacciones entre expectativas del particular y formaciones

⁶³⁰ Bonfante, P. (1965), *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid: Reus, p. 201. “Entre padres e hijos hay obligación y derecho recíproco a los alimentos, independientemente de la patria potestad (...)”;

Saccoccio, A., *Dall’obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*. En *Revista Roma e America*. Mucchi, 35/2014, p. 9, sostiene: “Per quanto riguarda le ragioni dell’emersione storica di un tale dovere, mi pare che le fonti confortino l’ipotesi per cui il punto de partenza sia costituito da richieste dei patres di essere alimentati dai figli ancora in potestate (e non viceversa), e solo successivamente il suo ambito applicativo sarebbe stato esteso a richieste corrispettive dei figli nei confronti dei genitori, anche al di fuori del vincolo potestativo, e poi, forse, nei rapporti del figlio con la madre o con gli avi e gli altri ascendenti del lato paterno (agnati) o reciprocamente tra fratelli e sorelle”.

sociales, a partir de la familia. Estos principios han sostenido las articulaciones de casi todos los ordenamientos de la edad moderna y contemporánea. Solo recientemente estos han sido parcialmente contradichos por el reconocimiento del derecho al aborto, aceptado sobre todo en atención a la potestad de autodeterminación de la madre. Pero resta preguntarse si el principio que se abrió camino en el derecho romano puede considerarse del todo superado, gracias a la legislación positiva, o si debe aún, por el contrario, considerarse válido y capaz de sugerir soluciones congruas respetuosas de dicho principio. Los derechos a la paternidad y al nombre se encuentran presentes y revitalizados en todos los ordenamientos contemporáneos. La proyección de un derecho de lo natural debía requerir la enunciación de reglas, la primera entre ellas, la de la tutela de la vida, en modo de hacerlo trasmigrar como valor en el sistema del derecho, creando una tensión propulsora entre situación de hecho y reglamentación jurídica.

VII. Conclusión

A lo largo de este desarrollo, hemos llegado a los fundamentos teóricos e históricos de la protección de los derechos de los niños y niñas, partiendo de un hecho de actualidad en el cual la magistrada a cargo de la resolución del mismo recurrió a los institutos modernos, agrupados bajo lo que hoy conocemos como “Interés Superior del Niño”, para resolver en favor del interés del menor.

Dicho interés, reconocido tanto en las convenciones internacionales como en la legislación local y en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, encuentra en última instancia su génesis en muchos institutos que se crearon y desarrollaron en la experiencia jurídica romana y que continúan vigentes en el derecho positivo actual.

