

# **UNIVERSIDAD SIGLO 21**

## **TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**



### **“EL DERECHO A SER OÍDOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN”**

Adriana Elisabeth Romero

ABOGACÍA

2017

## AGRACEDIMIENTOS

- A la Abogada, Dra. Mariela Cano  
por su generosidad para compartir sus  
conocimientos y orientación con este  
trabajo.
- A la Profesora Tutora, Docente María  
Cecilia Caro Leopoldo por su estímulo y  
apoyo constante.
- A la Profesora en Ciencias de la  
Educación Daniela Adaro por su  
colaboración en la redacción del  
presente trabajo.

## RESUMEN

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes han sido reconocidos a lo largo de los años de manera paulatina. De ser considerados objetos de derecho se produce un cambio de paradigma, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño que modifica totalmente el modo de concebirlos y de reconocerlos, visualizándolos en un todo como sujetos de derechos. Uno de los derechos que más ha impactado en lo que implica a su desenvolvimiento y los ámbitos en los cuales el niño participa es el “derecho a ser oído”.

Escucharlos y ser tomados en serio, tal cual reza el Art.12 de la Convención de los Derechos del Niño, es una obligación para los adultos porque la ley argentina los visualiza como sujetos y titulares de derechos en perfecta coincidencia con la Convención. El hecho de que puedan opinar en un proceso judicial y administrativo donde se centran sus intereses e inquietudes los posiciona en un lugar diferente.

El recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación – a través de todo su articulado – acoge instrumentos de tinte nacional e internacional, que hacen a distintos aspectos de las personas y, en el caso de los niños concretamente, se establece el derecho a ser oído en procesos judiciales, entre ellos, en aquel que resuelve su propia adopción, según su edad y madurez, en el que además debe dar su consentimiento, llevando al Juez a tomar decisiones que pueden dar lugar a retrotraer el proceso a la etapa de guarda con fines de adopción.

Se prevé entonces realizar un análisis del derecho del niño a ser oído en etapas que deciden su propia adopción, con la expectativa de obtener de los eventuales lectores, un replanteo en la visualización de la figura del niño como titular de derechos.

## ABSTRACTS

The rights of children and adolescent were recognized through years gradually. At first, they were considered as object of law, there is a paradigm shift from the Convention on the rights of the Child which modifies the mode of conceiving them and recognize them as subject of law. One on the rights most it has impacted in implying to their development and interest of the children and the areas in which the child participates is he “right to be Heard”.

Listen to them and be taken seriously, according to the article 12° of the Convention on the rights of the Child, the children must be heard by the adults because the Argentine law see them as a subject and holder of rights in perfect coincidence with the Convention. In fact, they can say their opinion and declare in the judicial and administrative process where their interests are discussed, and this situation places them in a different place.

The recently enacted Civil and Commercial Code of the nation of Republic Argentine (through all its articles), takes different National and international instruments about several aspect of the people and specifically about the children. This code considerer that the children must be Heard in a judicial proceedings, especially in themes as their own adoption, according to the age and maturity, where they must accept and by virtue of it the judge would take various decisions which may lead to the process being taken back to the custody stage for adoption purposes.

Is necessary an analysis of the right of the child to be heard in stages that decide their own adoption, with the expectation of obtaining from the eventual readers, a rethinking in the visualization of the figure of the child as holder of rights.

## ÍNDICE DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

▪ INTRODUCCIÓN.....	7
▪ CAP. I: NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	
1- Noción general de Niñez y adolescencia.....	10
2- Niño, Niña y Adolescentes: Nuevos paradigmas.....	16
3- Evolución de la autonomía progresiva del niño.....	19
4- Conclusiones parciales del capítulo.....	20
▪ CAP.II: EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.	
1- Proceso: concepto.....	22
2- Características y principios de los procesos de familia.....	23
2.1 Principios de los procesos de familia.....	24
3- El niño y el adolescente como sujetos de derechos en los procesos de familia.....	26
4- Derechos y garantías procesales del niño.....	27
5- Principio Rector: El interés superior del niño.....	29
6- Conclusiones parciales del capítulo.....	31
▪ CAP.III: PROCESO DE ADOPCIÓN	
1- Adopción: consideraciones generales.....	32
2- La adopción según la ley N° 24.779.....	35
3- La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	36
4- Proceso de Adopción: principios generales en el CCCN.....	39
5- Rol del Juez de familia en el proceso de adopción. ....	45
6- Conclusiones parciales del capítulo.....	48
▪ CAP IV: DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A SER OÍDO.	
1- El derecho del niño a ser oído en su proceso de adopción.....	49
2- Antecedentes legislativos del derecho a ser oído: Instrumentos legales...51	

3- Criterios jurisprudenciales del derecho del niño a ser oído y la figura de la adopción. Fallos judiciales: art.606 a 627 del CCCN.....	54
3-1 -Caso testigo.....	66
4- Criterios doctrinarios del derecho del niño a ser oído.....	70
4.1-En relación a la edad del niño.....	72
4.2-En relación al contexto tribunalicio.....	73
4.3-En relación a la forma de dialogar con el niño.....	73
5- Conclusiones parciales del capítulo.....	73
▪ CAP. V: REGULACIÓN NORMATIVA CONCRETA DEL DERECHO DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OIDO.	
1- Convención de los Derechos del Niño: art.12.....	75
2- Ley N° 26.061 de Protección Integral de niños, niñas y Adolescentes.....	78
3- Código Civil y Comercial de la Nación: Artículos relacionados.....	82
4- Conclusiones parciales del capítulo.....	86
▪ CONCLUSIONES GENERALES.....	88
▪ BIBLIOGRAFÍA.....	91

## INTRODUCCIÓN

La adopción en nuestro país se ha caracterizado durante años, por ser un proceso lento y desgastante, para quienes se encuentran dentro de las especificaciones legales a fin de acceder a esta alternativa, de tener una familia con hijos no engendrados biológicamente. Ello implicó en su momento que los matrimonios fueran incorporados a una lista de espera según requisitos establecidos en un proceso legal con características burocráticas.

La participación de los niños en situación de adoptabilidad no estaba contemplada en ninguna etapa del proceso, lo que en realidad no implicaba obstáculos para que algún Magistrado de un Tribunal de Familia pudiera dialogar con ellos, a fin de conocer sus intereses respecto de la familia con la cual convivieron, bajo la figura de una guarda pre adoptiva con fines de adopción.

Sin embargo, y a medida que los derechos de los niños se socializan de modo tal que constituyen principios básicos a ser considerados en cada situación donde los mismos sean partícipes, crece la necesidad y obligatoriedad de contemplarlos en aquellas instancias donde sus intereses se encuentren involucrados. Así el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) no sólo define la institución de la adopción sino que además incorpora al niño como eje fundamental en el proceso en tanto se rige no sólo por el principio rector del interés superior del niño sino por un conjunto de otros aspectos en estrecha relación a sus derechos complementarios.

Aparece así el derecho a ser oído en el proceso de su propia adopción según su edad y madurez e incluso a dar su consentimiento, bajo pena de nulidad absoluta en caso que el Tribunal no haya considerado esta instancia de participación del niño. Incide fundamentalmente en esta postura legal el hecho de un cambio de paradigma con respecto al niño, que deja de ser objeto de derechos sobre el cual se toman disposiciones y decisiones con cierta arbitrariedad en ocasiones, para pasar a un modelo de Protección Integral que lo considera sujeto y titular de derechos, abriéndose un abanico de posibilidades y de ejercicio pleno de los mismos. En este sentido el CCCN entonces, recepta lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño que tiene jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22) y en la Ley N° 26.061

de Protección Integral sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente ampliándose el concepto de participación de nuestros niños en aquellos ámbitos que les conciernen y donde sus intereses se encuentren involucrados.

El problema planteado en el presente trabajo, es conocer cuáles son los criterios legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios para el reconocimiento del derecho del niño a ser oído en el proceso que resuelve su adopción, teniéndose además la finalidad/objetivo de analizar esos criterios a la luz del marco del ordenamiento jurídico argentino. Para ello se trabajará en base a una investigación de tipo exploratoria descriptiva que permite generar perspectivas teóricas a fin de indagar y describir en qué consiste el derecho del niño a ser oído en su propio proceso de adopción, y qué incidencia tiene su opinión respecto de la decisión judicial que culmina en una sentencia que decide su futuro.

Se utilizarán fuentes primarias que son las que brindan datos de primera mano en tanto se basan en documentos resultantes de “*investigación bibliográfica o revisión de literatura*” (Sampieri, 2006, pág. 66) considerándose contenidos jurisprudenciales como sentencias, fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como sentencias de la Cámara de Apelaciones de Familia del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza y sentencias de Juzgados de Primera Instancia en Derecho de Familia donde se haga referencia a voces de niños que fueron escuchados en sus procesos de adopción y que definieron la problemática; temas como Interés superior del Niño, capacidad progresiva; capacidad para dar su consentimiento; medidas de excepción solicitadas por el OAL (Órgano Administrativo Local, ley N° 26.061 ) al Poder Judicial.

En el caso de la Legislación Nacional se tomarán como referencia el CCCN; Ley N° 26.061; Ley N° 24.779 e Internacional como la Convención sobre los Derechos del Niño. También se analizará la postura de la CSJN respecto al interés superior del niño y las actividades estarán relacionadas con : lectura de ley nacional referida a la niñez y adolescencia y sus derechos; lectura y análisis del articulado del CCCN respecto a la adopción, requisitos y nuevos contenidos incorporados al mismo, a partir de su puesta en ejecución; lectura de la Ley de Adopción y de instrumentos legales internacionales a los cuales adhirió nuestro país, mencionada en el presente



párrafo. También se dará lectura al Régimen Jurídico de Protección de Minoridad, Ley N° 6354, ya que en esta última legislación, el caso testigo que se presenta corresponde a la Cuarta Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza; también se mencionarán aspectos que se refieren a la ley de adopción en la Provincia de Córdoba.

Las fuentes secundarias refieren al material doctrinario, donde constan distintos materiales bibliográficos referidos a la temática mencionada ut supra, artículos de revistas especializadas como “La ley” y ponencias sobre el tema.

Por último, las fuentes terciarias incorporan contenidos bibliográficos de una ciencia auxiliar del Derecho como lo es la Psicología del Desarrollo, concretamente para hacer referencia a variables que hacen al desarrollo del niño y la capacidad progresiva del mismo, atentos a que el CCCN marca una edad legal para ser oído en un proceso de adopción, quedando sin claridad de respuestas sobre qué ocurre en aquellos casos en que el niño tiene una edad inferior a ésta.

El trabajo consta de cinco capítulos ordenados de la siguiente forma: en primer lugar se dará una descripción general de qué se entiende por niñez y adolescencia, considerando a la misma como una construcción histórica social, lo que lleva implícita la concepción subyacente de niño y adolescente (infancia) según el tramo histórico de nuestro país; también se hace referencia a los nuevos paradigmas y la evolución de la autonomía progresiva del niño. En el segundo capítulo se trabajará la figura del niño como sujeto de derechos en los procesos de familia, considerando características de este tipo de procesos; derechos y garantías procesales y el principio del interés superior del mismo. El capítulo tres tratará del Proceso de Adopción según la Ley N° 24.779, el Código Civil y Comercial de la Nación, y los principios que rigen la adopción según esta última normativa y el rol del Juez de Familia centrado en la adopción. El capítulo cuarto se refiere al derecho del niño y adolescente a ser oídos, tomando como referencia, distintos tramos en la adopción como espacio de análisis y contexto donde se da la escucha. El trabajo finaliza con la regulación normativa del derecho a ser oídos en el sector poblacional mencionado ut supra y las conclusiones generales del trabajo.

## CAPÍTULO I: NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Resulta de fundamental importancia partir de la concepción de niñez y adolescencia, considerando a la misma como una construcción histórica social, ya que ésta se ha modificado en forma sustancial en nuestro país a lo largo de la historia, dando lugar a un cambio de paradigma en que el niño deja de ser objeto y pasa a ser sujeto de derechos.

### 1. NOCIÓN GENERAL DE NIÑEZ y ADOLESCENCIA

En la Convención sobre los Derechos del Niño” *se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”. La ley N° 23.849 refiere que con respecto a este artículo la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. El art. 25 del CCCN define “*a menor de edad y adolescente de modo que menor de edad es la persona que no ha cumplido 18 años de edad.*” (Se debe recordar que la mayoría de edad se obtiene a los 18 años según la ley N° 26.679). El art. 25 denomina que “*Adolescente es la persona menor de edad que cumplió 13 años*”.<sup>1</sup>

En el art.26 del Código CCCN se avanza en el ejercicio de los derechos de las personas menores de edad marcando a qué edad pueden ejercerse distintos tipos de derechos partiendo en que:

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne. Por otra parte se presume que el adolescente entre 13 y 16 años de edad tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos... y a partir los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo..<sup>2</sup>.

El ser niño implica una verdadera categorización real y formal de los individuos que pueden denominarse como tales y conlleva ostentación

---

<sup>1</sup> Art. 25 CCCN.

<sup>2</sup> Art. 26 CCCN.

de un estatus jurídico superior al resto de las personas físicas. Hablar de niño supone referirse a una minoría social titular de amplias y mayores prerrogativas (Feldman, 1998, pág. 15)

Llegar a esta instancia actual donde el niño es considerado persona/sujeto o titular de derechos es resultado de un largo camino que llevó aparejado concepciones distintas del niño y adolescente que se fue plasmando en políticas públicas acerca de: qué hacer con el niño, como tratarlo, que instrumento legal lo protege, como se lo concibe, o como se lo define. En este orden de ideas vale establecer que la infancia, en la visión de la autora Garcés es analizada desde una perspectiva histórica social, visualizándola “*como una categoría social diferenciada que es producto de procesos complejos, representaciones sociales respecto de la niñez y la adolescencia y de acciones orientadas a ellos*” (Garcés, 1997, pág. 1). Hay otras concepciones del vocablo infancia.<sup>3</sup>

La autora (Garcés, 1997) plantea que en cada etapa histórica de nuestro país subyace una concepción de infancia (que comprende la niñez y la adolescencia) y en base a ello son las políticas sociales públicas a planificar y ejecutar desde el Estado. La infancia entonces fue abordada a través de los años mediante instrumentos legales acorde a las circunstancias y procesos históricos sociales.

Así se sanciona la ley Nacional de Patronato N° 10.903 de 1919, la ley Nacional N° 23.849 de 1990 que es la normativa por la cual se aprueba la Convención de los Derechos del Niño y la ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes, entre las más importantes sin dejar de pensar que otros instrumentos ya de corte institucional complementan estas normativas en acciones concretas tendientes a la atención de la infancia en sus distintos aspectos, como por ejemplo creación de instituciones de minoridad,

---

<sup>3</sup> Para Diane E Papalia, Wendkos Olds y Dislin Feldman, 2009, hay tres infancias. La primera es desde el nacimiento a los tres años de edad, la segunda de los tres años a los seis años y la tercera de los seis años a los 11 años. La adolescencia es el periodo que va de los once años a los veinte aproximadamente.

Para la UNESCO la primera infancia abarca del nacimiento a los ocho años de edad y es una etapa que se caracteriza por un extraordinario desarrollo del cerebro. Recuperado el 14/03/2017 de: [www.unesco.org/news/es/education/themes/](http://www.unesco.org/news/es/education/themes/)

abordajes psicosociales, tratamientos socio educativos, medidas socio educativas, acciones de inserción social, entre otros y que perduran hasta nuestros días con distintas calificaciones quizás pero que responden al modelo actual sustentado por el Estado y su concepción respecto del niño / adolescente.

A modo de síntesis y con el fin de adentrarnos en la situación de la infancia en nuestro país puede decirse que la misma ha atravesado por distintas etapas según las políticas establecidas por el Estado. Así surge el primer período de corte asistencial (años 1860- 1900 a 1940) que se caracteriza por la falta de especificidad en el control de la infancia desde el Estado y donde las acciones de control en la niñez y adolescencia pesa en poder de la familia, de la Iglesia e instituciones privadas de asistencia.

La escuela desempeña un papel importante dentro de los mecanismos de control formal de la infancia y es así que cuando esta Entidad no logra incluir en sus aulas a toda la población comprendida en la etapa de la infancia aparece el Estado asumiendo el control y dando origen a “*los instrumentos de la política social en Minoridad*”(Garcés, 1997, pág. 4) que tenían como fin encauzar aquellos objetivos dirigidos a este sector minoril que no lograba adecuarse a lo socialmente establecido y que sumado a la participación significativa del sector religioso católico dieron nacimiento a organismos que albergaron a esta población en lo que se dio en denominar Las Casas del Buen Pastor, internados educativos y reformatorios entre otros.

El discurso político de la época se centró en que había que formar para el trabajo efectivo, ordenado, sistematizado y ello implicaba que había que mantener al niño sano y en lo posible ocupado. Las familias y la escuela que no pudieron contener a aquellos niños y adolescentes, desplazaron y ubicaron a los mismos en la categoría de niños marginales y como tal, sujetos a control formal. Ya cuando la escuela no resultó suficiente ni efectiva entonces surgió la necesidad de otros espacios de control formal que pudieran incorporar al sector de niños que se encontraba al margen.

Desde el ámbito legislativo se sanciona la ley N °10.903 de Patronato del Estado o Ley Agote en el año 1919, constituyéndose en la primera ley específica en minoridad en nuestro país con fuerte protagonismo e intromisión estatal en la vida de

las familias y en el rol de los padres, hasta el punto que la tutela del estado avanzó en protección de la minoridad en terrenos como el cese o privación de la llamada entonces patria potestad que complementada con la actuación judicial acerca de si un niño estaba en estado de abandono moral o material, decidía el destino de los infantes por tiempo indeterminado.

En esta época empieza usarse el término “ menor” como construcción jurídica que supone considerar al niño como pequeño sin posibilidades de opinar, ser oído, ejercer derechos y ser titular de los mismos. La medicina como ciencia aporta lo suyo y la concepción de un niño sano o no los introduce en un modelo médico que establece conductas esperables y las consiguientes categorías de desviaciones para aquellos que no se adecúan a estos parámetros de salud. (Garcés, 1997)

En un segundo trayecto entre los años 1940 a 1970-1973 se habló de la necesidad de readaptar socialmente a la minoridad marginal. Aparecen innumerables posiciones teóricas donde la readaptación social constituyó el eje central de los estudios sociales confiando en que estas posiciones o miradas y la labor estatal lograrían al fin la adaptación total del individuo al medio social en el que está inserto.

El fin principal es incluir por lo que los objetivos políticos de la época se encauzaron a través de la Dirección Nacional de Asistencia Social creada en 1948 que se ocupó del menor huérfano, abandonado e incluso delincuente con atención a la educación y formación de este sector poblacional promoviendo el deporte infantil, la cobertura de necesidades básicas en todas variables posibles con un cambio de paradigma en la concepción de la infancia ya que la misma ya no será objeto de trabajo de la sociedad de beneficencia, sí de la Fundación Eva Perón (1948-1955) que centró su accionar en la acción social y educativa. Subyace el concepto de menor desadaptado y la readaptación entonces tiene como objetivo asistirlo, ampararlo a través de políticas educativas y de capacitación. Se esperaba que el niño viviera en base a parámetros de normalidad que la sociedad consideraba como tales y se ajustara en orden a ello. (Garcés, 1997)

Los conceptos de normalidad y anormalidad fueron usados con frecuencia en la época y se referían a aquellos niños y adolescentes cuya vida y situación familiar no se enmarque y no responda a lo esperado a nivel social y dentro de la familia modelo

o familia tipo, es decir a aquellos que tienen una educación deficiente, abandonados, faltos de higiene y pobres. Su modelo de familia no es coincidente con el modelo de familia tipo y sus hijos son denominados “menores”. (Garcés, 1997)

En la etapa de los años 1970 -1976 a 1980-1983 aparece la concepción del peligroso social sancionándose en la década del 80 la Ley Nacional sobre Régimen Penal de Minoridad que abarcando a un sector de menores imputables, inimputables y medidas necesarias para abordar la problemática minoril transgresora y en conflicto con la ley penal. La ley N° 22.278 modificada luego por la Ley N° 22.803 plantea algunas medidas como: restricción del ejercicio de la patria potestad o tutela, discernimiento de la guarda cuando así correspondiere (incisos b y c respectivamente de la ley N° 22.278).

El concepto del niño latente en este periodo fue el de menor peligroso o menor no ajustado a lo socialmente esperado planteando un enfoque preventista hacia la sociedad y prevencionista para que los niños y adolescentes enmarcados en la concepción de peligrosos no llegaran a ser delincuentes en su etapa adulta. Los niños que se encontraban en esta situación irregular eran los pobres, los que no tenían la posibilidad de asistir a la escuela, los pertenecientes a familias desarmadas, disgregadas, quebradas en lo afectivo y material y bajo este panorama familiar y social es el Estado fiel al cumplimiento de su rol protector, quien debió asumir estos vacíos.

La doctrina de la situación irregular visualiza al niño como objeto de abordaje judicial en el que está inserta la concepción de la necesidad del tratamiento social de conducta y en la protección que necesitan estos niños para no convertirse en el futuro en un problema de mayor gravedad que implica introducirse en la delincuencia adulta.

Desde los años de 1983 a 1989 en adelante, se deja a un costado la doctrina irregular y comienza a hablarse de la Protección Integral. El Estado cambia de postura y entiende que la niñez y adolescencia es un tema de todos lo que implica que abandone su rol de benefactor y empiece a delegar en la familia, en la comunidad, y en la sociedad toda, a través de distintos actores sociales, sean personas físicas o jurídicas la atención de la niñez. Surgen entonces movimientos en defensa de los derechos de la Infancia y Adolescencia y los cambios políticos y sociales a nivel

mundial dan nacimiento al reconocimiento de los derechos del niño y adolescente y a los derechos humanos en general dando paso a la proclamación sobre los derechos del Niño aprobada por la ONU en 1989 lo que significa un cambio de modelo/paradigma al considerar al niño como Sujeto de Derechos lo que implica que sea titular de los mismos y que el Estado como actor principal los garantice y los contemple en el marco de las políticas públicas. (Garcés, 1997).

Las políticas públicas son decisiones de cada Estado orientadas a *“atenuar los efectos negativos de los problemas sociales generados por las desigualdades económicas, es decir que las políticas sociales son un tipo de políticas estatales”*. (Fernández y Rozas, 1992, pág. 22)

Las políticas sociales se piensan en función de todos los aspectos en los cuales se necesite de la intervención estatal. Así el art.4 de la ley N°26.061 en referencia a las políticas públicas en relación a la Niñez y Adolescencia establece que se deben pensar y elaborar en función del fortalecimiento familiar, la descentralización de los organismos de aplicación de programas y/o proyectos acerca de la niñez y adolescencia, la gestión coordinada con organismos de gobierno, la promoción de redes intersectoriales y que tiendan a propiciar o favorecer la constitución de organizaciones para la defensa y protección de niños y adolescentes.<sup>4</sup>

Lo expresado en este artículo se plantea de esta manera porque no se puede pensar en la protección de la población minoril sin coordinar con distintas organizaciones comunitarias entiéndase por ellas a los Centros Integradores Comunitarios, Centros de Desarrollo Infantil, Centros Deportivos, Culturales y/ o recreativos, Centros Educativos, Grupos Religiosos, otras instituciones del medio como Servicios de Niñez y Adolescencia del Poder Ejecutivo sean del orden Provincial o Municipal; Equipos Interdisciplinarios del Poder Judicial, Consejos de Niñez formados por numerosos referentes de distintos organismos atentos a la temática infantil; familiares (familia nuclear o extensa) y otras áreas de gobierno como del ámbito de salud por ejemplo, todas a través del trabajo en redes para abordar y contener las distintas situaciones que aquejan a nuestros niños y sus familias.

---

<sup>4</sup> Art.4. Ley N° 26.061.

El Estado por si plantea los lineamientos sociales y políticos en protección de la niñez y adolescencia pero esto es un trabajo de todos los sectores, cada uno dentro de sus parámetros de actuación y competencias. A partir de la Convención se suprime el perfil del menor como objeto de derechos para abordar su situación de allí en más como sujeto o titular de derechos.

Los niños y adolescentes ya no son objetos pasivos de intervención del Estado, sociedad o familia sino que se los concibe con derechos, tienen prioridad absoluta, deben ser los primeros en recibir protección, atención y cuidados en cualquier circunstancia o situación ocupando el centro de atención de servicios públicos y en la formulación de políticas sociales. A partir de las nuevas leyes se habla de protección que implica la reducción de los niveles de vulnerabilidad social y psicológica. La función del Estado se centra ahora en garantizar el desarrollo armonioso de los niños y adolescentes promoviendo su desarrollo y personalidad enfatizando el accionar estatal en coordinación con otros entes no gubernamentales en pos de la protección, del bienestar, del desarrollo y los intereses de los jóvenes.

## 2. NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTES: NUEVOS PARADIGMAS.

Cuando hablamos de paradigmas nos referimos a modelos, ejemplos, muestras, tipos. Este concepto trasladado a los derechos de niños, niñas y adolescentes se ve plasmado en el cambio de modelo producido en las leyes en la forma de mirar o considerar al niño. La doctrina de la situación irregular planteó en su momento un modelo tutelar del Estado para con las personas menores de edad, que consideraba a los niños como menores y objeto de derechos, protegidos y representados por sus padres, tutores y por el Estado quien interviene en la situación de los niños inmersos en problemas económicos y sociales.<sup>5</sup>

Los avances significativos en derechos, se avizoran a partir de la Carta de las Naciones Unidas que trata de derechos y libertades básicas de todo ser humano para preservar la paz en el mundo entero elaborada luego de concluida la Segunda Guerra Mundial (1945) que tantas atrocidades produjo en los individuos, colectividades y países en su conjunto. Basta con recordar las medidas tomadas con los niños en

---

<sup>5</sup> Art. 14. Ley N° 10.903 de Patronato del Estado de 1919, conocida como Ley Agote.



distintos Estados en guerra desde la separación de sus padres, el adoctrinamiento político, la inserción en conflictos armados, el abuso físico o psicológico al que fueron sometidos muchos de ellos, el maltrato, hasta ser niños pasivos en la implementación de distintos abordajes en salud, para aquellos con incapacidades o hermanos gemelos a fin de experimentar con ellos en nombre de la “ciencia”.

Por ello, entre otros aspectos, y a fin de evitar situaciones de avasallamientos similares los países en una sola voz dan lugar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre ambas de 1948. Posteriormente se redactan la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989; Reglas de Beijing de 1985; Reglas de Riad de 1991 y Las Directrices de Riad del mismo año como las más importantes de destacar. Es a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño que se visualiza un cambio de paradigma de la Infancia estableciéndose entonces la Doctrina de la Protección Integral del Niño y Adolescente.

A partir de esta instancia la función del Estado es disminuir los niveles de vulnerabilidad social o psicológica de los niños, ahora es sujeto o titular de derechos, se respeta su dignidad y libertad y se trabaja en función de su protección abriendo un abanico de posibilidades para incluirlos y bregar por su educación y satisfacción de necesidades básicas primordiales.

El actuar estatal se centra en elaborar políticas sociales y en fortalecer y favorecer la participación comunitaria a través de distintos actores sociales para hacer posible las mismas. Con la ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes se deroga la Ley de Patronato N° 10.903 y se operativizan los derechos de los niños, niñas y adolescentes establecidos en la Convención. Así entonces en la Ley Nacional N° 26.061 en perfecta coherencia con lo establecido en la Convención, se establece el principio de igualdad y no discriminación para los niños y adolescentes lo que implica por tanto un mismo estatuto legal para la infancia y adolescencia respetando paralelamente las individualidades, su identidad.<sup>6</sup> En este sentido es importante rescatar lo expresado por el Dr. Bidart Campos que refiere que:

---

<sup>6</sup> Art. 8. Convención sobre los Derechos del Niño.

El derecho a la identidad se relaciona con el derecho “a la diferencia” o “a ser diferente” .El derecho a la igualdad exige que a cada ser humano se le respete o preserve lo que hay en el de diferente respecto de los demás porque de ese modo se le resguarda a la vez su identidad es decir lo que en su “mismidad” hay de distinto y -no de igual- con los otros (Birdart Campos, 2005, pág. 528)

Por último se considera importante señalar que el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia más conocido como UNICEF, que es un Programa de las Naciones Unidas y tiene su sede en New York posee una mirada especial de los niños y adolescentes y de las acciones que deben concretarse para este sector poblacional en tanto considera que las políticas públicas/sociales llevadas a cabo por un Estado en beneficio de los mismos deben ser coincidentes con lo establecido por la Convención y los Objetivos del Desarrollo del Milenio (ODM)<sup>7</sup>. Ello brinda un panorama del cumplimiento de dichos objetivos y el compromiso de los países en pos del bienestar de la infancia en general pudiéndose apreciar si existen brechas concretas tomando como referencia parámetros como el cumplimiento del Estado y objetivos de la Convención y otros instrumentos.

La situación de la niñez y adolescencia en nuestro país concretamente se analiza entre esos polos sobre todo si consideramos que la Argentina ratifica la CDN en el año 1990 y que “*configura el horizonte al cual deben apuntar los esfuerzos de las políticas públicas y el accionar de la sociedad en temas que afecten a las personas menores de 18 años*”<sup>8</sup>. Por otra parte, en el documento de UNICEF Argentina,<sup>9</sup> se hace referencia además a la necesidad de configurar lo que da en llamar “un entorno protector” de los niños que pueden desarrollarse con la participación de organismos de la comunidad, y los respectivos poderes ejecutivos a nivel municipal, provincial y nacional. Hace hincapié que todos los derechos: a la identidad, a la educación, a la

---

<sup>7</sup> Objetivos del Desarrollo para el Milenio UNICEF, Recuperado el 25 de marzo de 2007 de: [https://www.unicef.org/LAC/ODM\\_Infancia\(24\)PDF](https://www.unicef.org/LAC/ODM_Infancia(24)PDF) .

<sup>8</sup>La niñez y la Adolescencia. UNICEF Argentina. Recuperado el 25 de marzo de 2017 de: <https://www.unicef.org/argentina/spanish/children.html>.

<sup>9</sup> La Niñez y la Adolescencia. UNICEF Argentina, Recuperado el 25 de marzo de 20017 de: <https://www.unicef.org/argentina/spanish/children.html>.

salud, entre otros, son importantes y que no hay supremacía de unos sobre otros. No obstante aclara que:

Todos son esenciales y complementarios entre sí: hay claras sinergias entre el derecho a la identidad y el ejercicio de todos los otros derechos, entre el derecho a la salud y nutrición y el ejercicio del derecho a la educación, por otro lado el derecho a medidas de protección especial dedicadas a re-establecer derechos ya vulnerados, se hace evidente esencialmente en situaciones donde el ejercicio de derechos básicos como aquellos antes mencionados no se concretizó en medida suficiente.(UNICEF Argentina, s/d )

### 3. EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL NIÑO

Cuando hablamos de evolución del niño y adolescente no pensamos en una línea fija que delimite con claridad el paso de una etapa a otra, por el contrario la misma es gradual y progresiva siendo estos dos aspectos claves a considerar en el análisis de la capacidad y autonomía progresiva. Ser niño/adolescente autónomo en sus decisiones y en función de los propios intereses es un concepto al cual han adherido nuestras leyes. Sin dudas cuando hablamos del niño o adolescente en el sentido evolutivo pensamos que son innumerables los factores que de un modo u otro contribuyen en cada ser a formar esta autonomía.

Así entonces: crianza, estimulación temprana, contexto socio-económico en el cual se desenvuelve el niño, factores genéticos, acceso a ventajas de políticas sociales sean estas educativas, recreativas, de salud, vivienda, seguridad, asistencia, desarrollo y promoción social, cultura, además de la tecnología como factor más reciente que ha contribuido al desarrollo del niño y adolescente en sus habilidades y competencias, son en su conjunto variables evaluadas y admitidas por nuestra normativa.

Este conjunto de variables abarca desde la recepción de la Convención de los Derechos del Niño del art.75 inciso 22 de la Constitución Nacional, el art.23 de la misma Carta Magna que establece el dictado de medidas de acción positiva dando prioridad a niños, ancianos, mujeres, personas con discapacidad, hasta la ley N°

26.061 de Protección integral sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y el recientemente sancionado Código Civil Comercial de la Nación, Ley N° 26.994.

Desde el punto de vista de este último, la autonomía progresiva del niño está directamente relacionada con el ejercicio pleno de sus derechos. Así en el articulado “Ejercicio de los Derechos por la persona menor de edad”<sup>10</sup> refiere que éstas ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, además contempla en lo que atañe a su ejercicio y en base a su edad y madurez que pueda tomar decisiones acerca de su cuerpo concretamente en la etapa adolescente y siempre que se trate de tratamientos o abordajes en salud que no resulten invasivos, que dañen su estado de salud o lo coloquen en situación de riesgo.

Dentro del cuerpo normativo del CCCN se hace referencia además a otros derechos como por ejemplo: a ser escuchados y a opinar/ expresarse en procesos que le conciernen<sup>11</sup>, poder opinar en un proceso de adopción que decide su destino (art.617); con respecto al apellido en el caso de la adopción plena (inciso d del art.626); en los efectos de la adopción simple (inciso d del art.627); en caso de la responsabilidad parental ( inciso c del art. 639); en el caso del cuidado unipersonal unilateral ( inciso c del art.653), entre otros.

El abanico de posibilidades es amplio, complejo, aparece además como apoyo y representante de sus intereses la figura del abogado del niño para aquellos que no puedan expresarse por sí solos o donde sus intereses estén en conflicto con sus representantes legales, sin embargo a mayor autonomía menor representación legal, siempre teniendo como directriz el interés superior del niño, que como principio rector cubre todos los actos donde este sector etario en cuestión participe.

#### 4. Conclusiones parciales del Capítulo:

En este capítulo se ha transitado por la concepción de niño y adolescente según trayectos históricos de nuestro país donde cada en etapa se observa un pensamiento de la infancia (niñez y adolescencia) propio de la época y donde se actúa con políticas acordes a la visualización que tiene de este sector etario. Los

---

<sup>10</sup> Art.26 del CCCN.

<sup>11</sup> Art.707 del CCCN.

modelos de niñez y adolescencia han ido cambiando con el tiempo estableciendo criterios de abordaje implementados desde el Estado y todos los actores sociales involucrados. La adhesión de nuestro país a la Convención de los Derechos del Niño y la sanción de la ley Nacional N° 26.061 han marcado un rumbo definido en el tratamiento de niños y adolescentes, sus derechos y garantías con el consiguiente cambio de políticas públicas/ sociales pensadas en función del bienestar de nuestros niños y adolescentes en cumplimiento de los compromisos acordados por nuestro país, lo que implica en principio la modificación de leyes o revisión o adaptación de las mismas pensando en el interés superior de los niños.

## CAPÍTULO II: EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

El cambio de modelo de abordaje del niño y adolescente a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño implica un avance significativo en este sentido porque aparece la infancia con la posibilidad del ejercicio de todos sus derechos con la protección y garantía estatal necesaria para ello, lo que implica que los países adherentes a este Instrumento Internacional – como el nuestro- deban de una forma u otra revisar sus normativas internas y adaptarlas a esta visión del niño. El hecho que el niño pueda hacerse oír en un proceso judicial del fuero de familia como lo es la adopción y a que su opinión sea considerada, marca una línea de pensamiento acorde a la realidad actual que posiciona a la figura infantil y adolescente en un lugar distinto.

### 1. PROCESO: CONCEPTO.

Cuando se habla de proceso en líneas generales, se lo define como un conjunto de actos destinados a dar solución a un conflicto o un litigio a través de una norma individual o sentencia. El procedimiento en cambio está constituido por distintas etapas que comprende el proceso. El proceso puede ser definido como:

un conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas pre-establecidas que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraños al órgano, frente a quienes se ha requerido esa intervención.( Palacio, 2010, pág. 52).

El proceso se basa en principios fundamentales para avanzar en la finalidad del mismo por lo cual nos referimos al de preclusión, disposición, economía procesal y adquisición, contradicción, escritura y publicidad. En el ámbito del derecho de familia “ *el proceso se caracteriza por tratar temas o cuestiones derivadas de las relaciones de familia y por presentar características particulares que los diferencian del resto de los procesos en general*” ( Herrera, 2015, pág. 81). La autora citada hace referencia a las consideraciones generales a tener en cuenta en este fuero. Así centra la atención

en la figura del juez y en la especialización que requiere la materia como aspectos importantes a tener en cuenta. En este fuero, el acceso a la justicia implica la intervención estatal especializada lo que supone que las cuestiones relacionadas a familia deben dirimirse en Tribunales especializados que se conocen como Tribunales de Familia. En caso de Juzgados unipersonales, el Juez trabajará con el acompañamiento de un equipo de peritos especializados en la temática de niñez. En la adopción desde el inicio hasta la culminación del proceso el magistrado debería ser el mismo, es decir el del centro de vida<sup>12</sup> del niño de modo que sea una sola autoridad la que interviene ya que le permitirá conocer la situación de niño con mayor profundidad. El equipo interdisciplinario aportará los saberes de cada ciencia a fin de acompañar al juez en este proceso. (Herrera, 2015)

## 2. CARACTERISTICAS y PRINCIPIOS DE LOS PROCESOS DE FAMILIA.

Los procesos de familia se encuentran incluidos en el Título VIII, Capítulo I, del CCCN donde se receptan las disposiciones generales como ámbito de aplicación, principios que rigen el derecho familiar; la participación de personas con capacidad restringida, niños, niñas y adolescentes de modo que tienen derecho a ser oídos en todos los procesos en que su interés se encuentre involucrado y ser tenida en cuenta su opinión según su edad y grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso. Se hace referencia además a los principios de oficiosidad<sup>13</sup>, acceso limitado al expediente, principio relativo a las pruebas que pueden ser aportadas en el proceso y testigos de las partes involucradas en cuestiones del derecho de familia.

Los procesos de familia son especiales por el tipo de partes involucradas con las que se trabaja y situaciones que se abordan en la temática de familia en general. Cuando intervienen niños la particularidad se hace más patente considerando que al momento de elaborar la ley el legislador tuvo en cuenta la necesidad de plasmar en el articulado del CCCN, principios generales del proceso que abarquen a todo el país independientemente que los códigos procesales sean obra de cada provincia. Ello implica entonces que *“el CCCN reconoce un auténtico derecho procesal de familia,*

---

<sup>12</sup> Art.3, inc. f) de la ley N° 26.061. 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.

<sup>13</sup> Arts.706 y 709 CCCN.

*cuyas normas son aplicables en todo el territorio de la Nación”* (De los Santos citada por Herrera, 2015, pág. 85).

En este sentido Mizrahi considera que *“el hecho de unificar principios procesales que tengan validez en todo el país supone una real efectividad de los institutos regulados y la homogeneidad en la aplicación del derecho de familia”* (Mizrahi, 2015, pág. 161) contrarrestando de esta forma las diferencias que pudieran existir en los códigos procesales de cada provincia. Lo principal a considerar en el derecho de familia es la especialización del fuero que implica una multiplicidad de problemáticas a abordar (divorcio, alimentos, violencia de género, adopción, entre otras), los procedimientos, la forma y además las características que debe tener el juez y personal perito que lo acompaña en el tratamiento de cada situación familiar, lo informa, evalúa y sugiere al magistrado.

Cuando hablamos de la intervención de niños y adolescentes la mirada cambia en tanto deben considerarse Tratados Internacionales, Pactos y sus protocolos todos incluidos en el bloque de constitucionalidad del art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional; leyes específicas en minoridad nacionales o provinciales y cualquier otra normativa que los contemple. Los procesos de familia tienen principios básicos<sup>14</sup> y propios del fuero.

## 2.1 PRINCIPIOS DE LOS PROCESOS DE FAMILIA.

- En el caso del sector minoril la tutela judicial efectiva, es una garantía contemplada en el bloque de constitucionalidad y refiere a que la pretensión que se persigue a favor del niño o adolescente sea real, efectiva, eficaz con prerrogativa del interés superior del niño. La tutela implica además el acceso a la jurisdicción de manera de hacer efectivo los derechos sustanciales.<sup>15</sup>

Respecto de niños y adolescentes, diversas normas del CCCN establecen en parte de su articulado la intervención de este sector en justicia, basta con adentrarnos por ejemplo en la adopción donde en la mayor parte de las etapas el niño o adolescente accede con su voz y opinión *“resultando incluso arbitraria y discrecional*

---

<sup>14</sup> Art. 706 del CCCN.

<sup>15</sup> Ar.27, inciso a) de la ley 26.061.



*una resolución en que se haya decidido una cuestión concerniente a un niño sin haber recabado su opinión mediante su intervención adecuada en el proceso”*(Gil Domínguez, Famá, Herrera, 2007, pág. 444).

- La intermediación supone *“el contacto directo entre el Juez, las partes y lo auxiliares del proceso”* (Herrera, 2015, pág. 89). La forma como se lleven a cabo los procedimientos en el fuero de familia lleva a que el juez dialogue con las partes las que tienen derecho a ser oídas por un magistrado independiente e imparcial (características principales de todo juez) tomando contacto con la realidad concreta de cada situación familiar llevada a proceso. En el caso de los niños y adolescentes la comunicación directa con el magistrado que decidirá sobre la situación familiar es esencial en tanto el niño puede expresarse con total libertad. En este sentido:

Oír al niño no es simplemente percibir sonidos o darse por entendido de algo dicho (...) oír es algo más que una acción e involucra sistemáticamente otras acciones que lo integran y completan: es empatizar, es observar, es escuchar, es saber preguntar, es relacionar, es contrastar, es analizar (...). (Pereyra citada por Gil Domínguez, “et al”, 2007, pág. 450).

- El acceso limitado al expediente no es novedad en los procesos de familia ya que en este fuero se trabaja con la intimidad de las personas que forman parte de un grupo familiar, de allí que suele decretarse la reserva del procedimiento y el secreto del sumario. Este principio limita a que terceros ajenos al proceso puedan tomar contacto de los contenidos (lo dicho en audiencias, por ejemplo) que llevaron a las partes a solicitar la intervención judicial. Habiendo niños que fueron oídos en las familias profundiza la necesidad de la privacidad ya que son pasibles de protección integral. La Convención de los Derechos del Niño<sup>16</sup> da cuenta del derecho a la intimidad de los mismos así como en otros instrumentos legales. En caso que el expediente sea solicitado por otro Juzgado la remisión del mismo debe ser con carácter restringido y con pedido de reserva del procedimiento.

- La solución pacífica del conflicto familiar supone arbitrar medios como la mediación o conciliación en algunas temáticas donde sea posible el encuentro de las

---

<sup>16</sup> Art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño.

partes. En caso de la adopción no es posible- por las características del procedimiento y la temática en concreto - que intervengan mediadores de familia. Es el Juez quien resuelve de principio a fin.

- El principio de buena fe y lealtad procesal se plasman en el proceso familiar en vistas a evitar el abuso del derecho. Estos deberes pesan sobre la actuación de las partes sometidas a proceso y el CCCN lo contempla en los arts. 9 (buena fe) y 10 (abuso del derecho).

- El principio de oficiosidad del art. 709 del CCCN hace referencia a que el impulso procesal está a cargo del Juez. La figura del magistrado en los procesos de familia y su actuación es fundamental. La autoridad tiene la facultad de ordenar pruebas sin que ello suponga avasallar los derechos de las partes. En caso de la adopción por ejemplo, el juez puede proveer lo necesario para el inicio del proceso, así como solicitar al Órgano Administrativo informes que den cuenta de la situación del niño para declarar el estado de adoptabilidad, informes de peritos especializados tanto del organismo mencionado como del equipo interdisciplinario judicial acerca de la situación emocional del niño y de su grupo familiar para contar con todos los elementos necesarios que avalen/fundamenten sus decisiones.

La libertad y amplitud probatoria es para aquel que esté en mejores condiciones de probar y en este sujeto se funda la carga de la prueba independientemente que el Juez solicite de oficio las que considere pertinentes.

### 3. EL NIÑO y EL ADOLESCENTE COMO SUJETOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.

A partir de la Convención de los Derechos del Niño cambia la concepción del mismo tenida hasta ese momento, de modo que de ser objeto de protección pasa a ser sujeto o titular de derechos. Ya no son objetos pasivos de intervención del Estado, de la familia, y sociedad. Ahora se los visualiza como sujetos que deben ser respetados, con derecho a la dignidad y libertad a la vez de ser considerados con prioridad para recibir protección y ayuda en cualquier circunstancia, sea en la atención de servicios públicos o en la formulación de políticas públicas para reducir los niveles de vulnerabilidad o inestabilidad social a fin de corregir en la medida de las

posibilidades las carencias en las cuales pueden sentirse inmersos. *“Pensar en niños o adolescentes como sujetos de derechos es pensar en ciudadanos en construcción”* (Puebla, 2005, pág. 136). Otros autores consideran que *“hablar de niños o adolescentes como sujetos de derechos significa un quiebre de paradigma en la historia jurídica de la niñez dejándose atrás una doctrina paternalista con un modelo tutelar que los consideraba como “incapaces” o “menores”* (Herrera, 2015, pág. 38).

Al intervenir niños y adolescentes en un proceso se modifica la estructura tradicional en los procesos de actor-demandado que litigan ante un tercero que es el Juez. Al incorporarse niños en la contienda, la bilateralidad se transforma en *“triangulación ya que los niños tienen intereses propios que son de orden público”*<sup>17</sup> es decir que implican un piso mínimo, básico, que no es posible obviar. Esta triangulación se producirá independientemente” *del grado de intervención del niño o adolescente sea que solo lo escuche el tribunal”* (Mizrahi, 2005, pág. 209) además de que sus opiniones sean tenidas en cuenta, que dé su consentimiento en la adopción como protagonista principal en este instituto. Cambia además la actuación del juez en el proceso porque debe asegurar la tutela judicial efectiva de los niños atentos a las disposiciones internacionales al respecto ya se debe garantizar la participación del niño o adolescente en el proceso con los derechos que por ley le corresponden.

El autor mencionado ut supra hace la diferencia en el hecho que el niño sea escuchado y que participe en el proceso ya que el Juez puede convocar a una audiencia y no necesariamente admitir que lo haga en representación propia. La Convención establece que el niño debe poder formarse un juicio propio o por lo menos poder manifestarse con un lenguaje inteligible para su interlocutor (Mizrahi, 2015). El CCCN no establece una edad en el niño y adolescente en general para los procesos de familia, salvo para el consentimiento de la adopción, o poder leer su expediente que lo llevó a la adopción, si bien en términos generales se ajusta a la Convención de los Derechos del Niño y a la Ley N° 26.061 por lo que hay una amplitud de criterio en este sentido.

#### 4. DERECHOS Y GARANTIAS PROCESALES DEL NIÑO.

---

<sup>17</sup> Art. 2 de la Ley 26.061.

La ley Nacional N° 26.061 refiere a las garantías mínimas de procedimiento y garantías en los procedimientos judiciales o administrativos en los que el niño, niña o adolescente participen indicando con ellos que los organismos del Estado deben garantizar a todo niño en cualquier procedimiento en que esté involucrado derechos y garantías como:

ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite el niño, niña o adolescente; a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; a ser asistido por un letrado especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya y en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; a participar activamente en todo el procedimiento y a recurrir frente al superior frente a cualquier decisión que lo afecte.<sup>18</sup>

El art. 27 de la ley de Protección Integral de Niñas, Niños y adolescentes establece los lineamientos básicos para que esta franja etaria participe en procedimientos donde se involucren intereses propios. La tutela judicial efectiva o el acceso a la jurisdicción son pilares para garantizar el pleno ejercicio de los derechos procesales y es el Estado el que debe asegurar los mismos. El acceso a la jurisdicción abarca todo el proceso desde que inicia hasta la sentencia de adopción de manera de poder acceder a una decisión fundada y justa dictada por el órgano que interviene.

La opinión consultiva N° 17/2002 de la CIDH, destaca que: en el caso de los niños, los derechos procesales y sus correspondientes garantías implica por las condiciones especiales en las que se hallan los menores, la adopción de medidas específicas con el fin de gozar efectivamente de dichos derechos y garantías. Este documento internacional establece en el Capítulo IX los Procedimientos judiciales o Administrativos en que participen los Niños, el debido proceso y garantías.

Entre los párrafos 92 a 98 se reconoce que las garantías consagradas en los art. 9 y 25 de la CDN es para todas las personas por igual, que debe haber correlación

---

<sup>18</sup> Art.27.Ley 26.061.

con los derechos del art. 19 de la Convención de manera que se vea reflejado en cualesquiera de los procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.<sup>19</sup> Así también refiere que las condiciones en que participa un niño y un adulto en un proceso son distintas por lo cual es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación entre quienes participan en un procedimiento<sup>20</sup>

En cuanto a las garantías procesales el instrumento legal destaca: "...(...) *deben ser reconocidas en todos aquellos procesos judiciales o administrativos en donde se discuta directa o indirectamente sobre un derecho fundamental de los niños*"<sup>21</sup>

##### 5. PRINCIPIO RECTOR: EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.

El interés superior del niño es producto de la confluencia entre los derechos humanos y los derechos del niño y es considerado como eje rector y guía en el modelo de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Es mencionado en varios tramos de artículos de la Convención como el primer párrafo del art.3; el primer y tercer párrafo del art. 9; primer párrafo del art. 18; art.40 inciso b-III, entre otros En la ley 26.061 se entiende "*por interés superior de la niña, niño o adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por ley*"<sup>22</sup>

Beloff refiere que:

La falta de claridad de que es lo que se entiende por interés superior del niño no ha permitido plantear la discusión en términos superadores de la obsoleta cultura tutelar. Es que se trata de una noción que aunque inserta en la Convención respondió a una visión del mundo y de la infancia diferente de la que se instaura con ella. El interés superior del

---

<sup>19</sup> Condición jurídica y Derechos humanos del Niño, CIDH, 2002, Párrafo 95 Opinión Consultiva N° 17.

<sup>20</sup> Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño, CIDH, 2002, Párrafo 96 Opinión Consultiva N° 17.

<sup>21</sup> Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño, CIDH,2002, Opinión Consultiva N° 17.

<sup>22</sup> Art.3. Ley N° 26 .061.

niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuando era el interés superior del niño o niña involucrado ya sea en el plano judicial o administrativo(...) obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales.(Beloff, 2006, pág. 15, 16)

Este concepto de interés superior del niño tratado por el Comité de los Derechos del Niño refiere que el mismo tiene tres funciones: ser un derecho sustantivo, de aplicación directa e implica una obligación intrínseca para los estados que adhieren a la Convención; es un principio porque si una disposición admite más de una interpretación será el interés superior del niño el que se tomará para tomar la interpretación que se adecue al mismo; y es una norma de procedimiento porque la evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales.( Herrera, 2015).

Por último en el marco del CCCN el concepto jurídico del interés superior del niño está presente en forma expresa en el art. 26 cuando lo sitúa en relación a los conflictos entre el niño y sus progenitores en los temas referidos a tratamientos invasivos; en el caso de adopción concretamente como uno de los principios generales que rige el proceso<sup>23</sup>; en el caso de adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial el juez valorará la incidencia de esa ruptura al ponderar el interés superior del niño<sup>24</sup>; también en lo referente a las facultades que tiene el Juez para otorgar adopción plena o simple<sup>25</sup>; en cuanto a efectos de la adopción simple y en el caso que la familia de origen tenga derecho a comunicación con el adoptado excepto que sea contrario al interés superior del niño<sup>26</sup>. En otros procesos de familia como la responsabilidad parental también se hace mención a ese concepto como por ejemplo en el art.639 como principio general que rige la responsabilidad de los padres.

---

<sup>23</sup> Art.595,inciso a) del CCCN

<sup>24</sup> Art.604 del CCCN

<sup>25</sup> Art.621 del CCCN

<sup>26</sup> Art.627,inciso b) del CCCN

Se relaciona en forma directa el derecho a ser oído con el interés superior del niño destacando que el Comité de los derechos del Niño resaltó que existe una complementariedad entre estos dos principios y que no es posible hacer efectivo el art.3 de la ley N° 26.061 si no se respetan los componentes del art. 12 de la Convención que alude al derecho a ser oído. (Mizrahi, 2015).

#### 6. Conclusiones parciales del Capítulo.

En este tramo del trabajo se ha hecho mención a los procesos de familia porque la adopción es una de las temáticas a tratar en este fuero. El proceso de familia como tal tiene características especiales, no significa ello que otros fueros no tengan su cuota de especialidad desde ya que es así. Lo especial de familia es el tipo de temáticas que trata, no se habla de una persona, sino de un grupo familiar sea ensamblado, nuclear, u otro. Se trata la intimidad, dinámica de sus miembros, se trata lo vincular, lo afectivo, el objetivo del grupo como tal y sus intimidades que muchas veces no pueden quedar por escrito o si lo hacen es en reserva a fin de no herir susceptibilidades de algunos de sus componentes grupales. Se ha trabajado además el tema de los principios que rigen estos procesos explicando el alcance de cada uno de acuerdo al articulado del CCCN y opiniones de parte de la doctrina al respecto. No se ha obviado el principio rector como es el Interés Superior del Niño que debe estar presente en los procesos sean judiciales o administrativos donde niños y adolescentes sean oídos dándose así fiel cumplimiento a lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño y leyes que en nuestro País posteriormente la receptaron.

### CAPITULO III: PROCESO DE ADOPCIÓN

En este capítulo se tratarán aspectos básicos relacionados al Proceso de Adopción según la Ley N° 24.779 que desde su sanción tiene una visión del niño y adolescente en base al nuevo paradigma de protección de la infancia, además de los cambios introducidos en el Código Civil y Comercial de la Nación respecto del instituto de la adopción, principios que rigen esta figura y el rol del juez de familia en procesos de este fuero incluida la institución tratada en este trabajo donde surge una participación activa del niño y adolescente sirviendo su presencia como parámetro en la toma de decisiones del Magistrado en pos del interés superior del niño.

#### 1. ADOPCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES.

El término adoptar proviene del latín y está conformado por el prefijo “ad” que significa tendencia o proximidad y el radical “optare” que significa desear o querer. Por tanto el origen de la palabra no lleva a un primer concepto que significa que adoptar es querer la presencia de algo o alguien. El término tiene historia de modo que surge en el Éxodo, capítulos 1,2 y 48, también en el Código de Hamurabi del 1700 en adelante. El Derecho Sucesorio griego ya mencionaba derechos para la familia e hijos adoptivos y en el Derecho Romano aparece la adopción en dos formas que son la adrogación y la adopción, en el Derecho Hispano, en las Siete Partidas, esta Institución se denominaba prohijamiento (Zicari y Formaggini, 2000).

Otros Estados como el germánico y el francés contemplaron la adopción. Así el Código de Napoleón establecía determinadas condiciones en la adopción como edad del adoptante, con respecto al adoptado que debía ser mayor de edad, era una institución de tipo contractual y se mantuvo con estas características hasta las dos primeras décadas del 1900 en la que se admite la adopción para menores de edad (Zicari y Formaggini, 2000).

En nuestro Derecho, Vélez Sarsfield suprime la figura por considerar a grandes rasgos que no era conveniente introducir en la familia a alguien que no pertenecía a ella, lo relacionaba con la beneficencia en el sentido que esta podía hacerse por otros medios sin recurrir a la adopción. En 1971 se promulga la ley N° 19.134 y en 1997 se sanciona y promulga la ley N° 24.779 (Zicari y Formaggini,



2000). Posteriormente en 2014 se sanciona el CCCN, Ley N° 26.994, que trajo consigo importantes cambios en esta institución jurídica como es el caso del derecho del niño a ser oído en este proceso, la edad del adoptante, la diferencia de edad entre adoptado y adoptante, la declaración de adoptabilidad, el juicio de adopción, como los principales.

Independientemente del aspecto histórico presentado, a modo de introducción es importante destacar que la adopción no es un proceso fácil<sup>27</sup> pensemos que primero debe existir una familia, persona sola, pareja o matrimonio que han agotado las instancias de procrear hijos biológicos viendo frustrado el deseo de tener un hijo a quien brindarle afecto, quererlo y dedicar su vida además de prolongar la especie. El deseo de incursionar en la adopción no es unilateral en el sentido que el afecto debe ser correspondido también por el niño. El adulto adopta a un niño y este al adulto. Así entonces si el niño no puede expresar el afecto con palabras lo hará con actitudes que permiten desentrañar si se produjo” ese ida y vuelta” de manera conjunta con los pretensos adoptantes.

Otro de los aspectos a considerar es que el pretenso adoptante debe integrar una lista de espera que implica sumarse al Registro de Adopción donde deben acreditarse una serie de requisitos como domicilio, situación económica laboral e ingresos, hijos biológicos si los tienen o estudios médicos en caso de no poder procrear por problemas de salud u otros, certificado de residencia y de antecedentes policiales. Según la modalidad de intervención trabajada por cada provincia serán abordados por un equipo de profesionales de características interdisciplinarias preferentemente con especialización en adopción que someterá indefectiblemente a los pretensos adoptantes a estudios socio ambientales, evaluaciones psicológicas, reuniones periódicas o talleres donde se trabajen aspectos que hacen a la adopción, maternidad y paternidad, vínculos, entre otros, con derivaciones a terapias si es que así se requiere o médicas en casos especiales.

---

<sup>27</sup> Consultar: Por qué es tan difícil adoptar en Argentina. 15 de junio de 2013 INFOBAE. Recuperado el 11 de marzo de 2017 de: <http://www.infobae.com/2013/06/15/715635-por-que-es-tan-dificil-adoptar-argentina>

Ello no implica obstáculo alguno para que este equipo acompañe paralelamente a los pre-adoptantes en todo el proceso, contenerlos, orientarlos ya que la primera etapa en caso que cumplan con las condiciones psicosociales, legales, personales, es la guarda con fines de adopción y se trata de un proceso complejo donde consciente o inconscientemente aparece en los adultos la idea que la familia biológica los recuperará hundiéndose muchas veces en sentimientos de incertidumbre y miedos.

En ese lapso establecido legalmente y de lo cual el CCCN da cuenta, la familia pretensa fortalecerá los vínculos en su propio ámbito, en su casa con su familia extensa y con su entorno de amistades personales y laborales a fin de lograr ensamblar a ambas partes involucradas, esto es : niño y adultos en cuestión y el entorno. La maternidad se construye día a día. Luego se estará a la espera de continuar el proceso judicial de la adopción propiamente dicho donde ingresa el niño con el derecho a ser oído en distintas etapas hasta culminar los tiempos legales y obtenerse una sentencia que pondrá fin al proceso.

Lo que antecede que parece simple no lo es ni tampoco es un mero trámite. Hay personas involucradas, seres humanos con miedos, temores, inseguridades, frustraciones personales, con expectativas y sentimientos distintos. Si pensamos en el niño debemos tener claro que el mismo para formar parte de aquellos en estado de adoptabilidad es porque ha atravesado distintas situaciones, quizás no pudo ser criado por su familia de origen sea porque la misma no estaba preparada para ello, porque no deseaba al niño en este tramo de su vida, porque no cuenta con recursos económicos y personales para responsabilizarse de otra vida o porque el niño fue encontrado en estado de abandono moral y material que supone entonces pensar que el mismo es merecedor de un mejor destino.

Con sus aciertos y errores porque no hay perfecciones cuando se trata de personas, la adopción viene a ser una alternativa totalmente válida donde se ponen en juego aspectos que hacen a la vida misma, que brinda posibilidades de realización de roles parentales a los pretensos y da un marco de afecto, amor y deseo de ser querido a un niño que no tuvo esa posibilidad desde su llegada a este mundo.

En los títulos siguientes se explicarán aspectos de la ley de adopción y de lo establecido en el CCCN con respecto a forma de concebir esta figura, clases y principios generales del proceso.

## 2. ADOPCIÓN SEGÚN LA LEY 24.779

La ley Nacional N° 24.779 fue sancionada y promulgada en el año 1997 hace ya dos décadas. Sin dudas en momento histórico de su promulgación responde a otra época, otro país. Se incorpora al Código Civil velezano como Título IV de la Sección Segunda. Libro Primero pues como se explicó oportunamente Vélez Sarsfield no agregó este instituto en ocasión de redactar la norma N 340. La ley N° 24.779 (Régimen Legal de la Adopción) fue sancionada en la Cámara de Diputados de la Nación el 28 de febrero de 1997, la norma no precisa el concepto de adopción y tampoco determina la finalidad de esta institución. No obstante al momento de los debates que llevaron a la sanción de esta ley surgieron distintos sentidos, concepciones, que consideraron a la adopción como acto jurídico, como institución de protección familiar y social y como instituto de protección al menor. Esta nueva ley viene a reemplazar la ley N° 19.134.

En lineamientos generales el instituto de la adopción en nuestro País ha atravesado por distintas etapas si consideramos los antecedentes legislativos. Así por ejemplo Vélez Sarsfield había adoptado una posición al respecto refiriendo que la adopción no la exige ningún bien social” *la innecesidad de establecer una institución que no está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social ni ha sido utilizada por los particulares sino en casos muy singulares*”. (D’ Antonio, 1997, pág. 30)

En 1933 el senador Ramón Castillo presenta un proyecto que incluía la adopción de menores huérfanos y abandonados, menores de 18 años y en 1938 el Dr. Jorge Eduardo Coll redacta su proyecto con contenidos similares al senador Castillo. El Proyecto de Código del Niño del diputado José A. Cabral de 1940 contemplaba la adopción de menores de 15 años y este proceso de iniciativas culmina en 1948 con la sanción de la ley N°13.252 que incorpora la adopción en nuestro ordenamiento jurídico positivo pero en la modalidad de adopción simple. En 1971 se pone en vigencia la ley N° 19.134 que incorpora a nuestro derecho la adopción en su doble

régimen: mantiene la adopción simple y establece la adopción plena como tipo adoptivo. (D´Antonio, 1997)

La importancia de los cambios aparejados en la ley de adopción tomando al CCCN como referencia es que fundamentalmente se ajusta a la Convención de los Derechos del Niño concibiendo a la persona menor de edad como sujeto de derecho lo que implica un avance significativo en la ley protectoria de la minoridad. También considera el resguardo a la identidad del adoptado, las garantías derivadas de la intervención judicial en lo que respecta al otorgamiento de las guardas pre-adoptivas, la creación de un registro único de aspirantes a la adopción y la necesidad de residencia en el país de los pre-adoptantes.

En este orden de ideas es importante destacar que nuestro país al ratificar la Convención hace expresa reserva de los incisos b, c, d y e del Artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño y manifiesta: *“que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta”*<sup>28</sup>.

La ley de adopción en análisis prevé dos tipos de adopción la plena y simple a diferencia de los cambios introducidos en el CCCN que posibilita o reconoce tres tipos de adopción: plena, simple e integrativa<sup>29</sup>.

### 3. LA ADOPCIÓN SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

El CCCN, ley N° 26.944, remite a la adopción en el Título VI, Capítulo I, libro II, desde el art. 594 al art. 637. El CCCN define a esta figura como:

una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le puedan ser proporcionados

---

<sup>28</sup> Art.2.Ley N° 23.849 de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>29</sup> Art.619 del CCCN.

por su familia de origen. La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este código<sup>30</sup>

Esto significa que la adopción tiene como fin proteger a la niñez abandonada en cualquiera de sus aspectos tomando como eje rector el interés superior de este sector poblacional; brindarle a aquellos matrimonios igualitarios o no; parejas en unión convivencial con hijos biológicos o no, personas solteras y solas de ambos sexos la posibilidad de criar hijos haciendo realidad el deseo de plasmar su maternidad o paternidad en un niño, integrar la familia, o en su caso dar continuidad al proceso a través del paso al estadio siguiente de una situación de guarda pre adoptiva y culminar en una sentencia. Cuando nos referimos a familia podemos definirla como *“el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado (art.17, inciso I del Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos aprobado por la ley 23.054)”* (Yungano, 2001, pág. 3).

Es importante destacar que el Código Civil no definía/ conceptualizaba la adopción por lo cual no existen normas similares en la antigua norma. El art. 594 del CCCN establece parámetros concretos respecto del instituto ya que define cual es el objeto, que se espera de las familias adoptivas para con los niños que no pueden ser criados en el seno de su familia de origen, se menciona la satisfacción de necesidades afectivas y no solo las materiales que no dejan de ser significativas, se establece que la adopción se otorga solo por sentencia lo que le da el carácter de institución legal lo que permitirá que sea revocada o anulada.

El CCCN desestima totalmente otras alternativas utilizadas o por lo menos consideradas en tiempos anteriores a su sanción no admitiendo por ejemplo la entrega en adopción por acto notarial o administrativo y desalentando prácticas no contempladas en la ley para adoptar a una persona menor de edad; además emplaza al niño en estado de hijo con los alcances dispuestos por el Código atento a que en los distintos tipos de adopción hay diferencias sustanciales en este sentido sobre todo en la permanencia o no de los vínculos con la familia de origen. En la doctrina se

---

<sup>30</sup> Art. 594 del CCCN.

encuentra un concepto acerca de la adopción refiriendo que *“uno de sus caracteres que se ha mantenido estable durante el correr de los siglos es el carácter legal de crear un vínculo de filiación entre dos personas que no se encuentran unidas biológicamente”* (Medina, 1996, pág. 11)

El CCCN reconoce en el art. 619 tres tipos de adopción que son: la plena, la simple y la integrativa. Las dos primeras ya existían en el Código velezano y *“la última había sido regulada pero de manera poco sistemática por lo cual el anteproyecto le otorga entidad propia”*<sup>31</sup>. La adopción de integración puede ser otorgada en forma simple o plena según la situación que se presente, en función del interés superior del adoptado y a criterio del magistrado interviniente.

La plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con su familia de origen si bien persisten los impedimentos matrimoniales a diferencia de la adopción simple que si bien confiere el estado de hijo al adoptado no crea vínculos jurídicos con los parientes ni cónyuge del adoptante, también se mantiene el derecho de la comunicación con la familia de origen con el adoptado salvo que resulte contrario al interés superior del menor. La adopción de integración tiene lugar cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente y *“este tipo de adopción permite que el adoptado y su progenitor de origen mantengan el vínculo filiatorio”*<sup>32</sup>.

Entre los cambios figura además la ampliación para quienes puedan tener la calidad de adoptantes como es el caso de las personas en unión convivencial, también se reduce la edad para adoptar (de 30 años a 25 años de edad) y tanto los unidos en convivencia como las personas casadas pueden adoptar si lo hacen en forma conjunta y así también se prevé que las personas divorciadas o una vez terminada la unión convivencial puedan adoptar en forma conjunta. Se prohíben las guardas de hecho y se reduce el plazo para las guardas con fines de adopción y para esta última debe previamente declararse el estado de adoptabilidad del niño. Esto es un gran paso si se considera que con anterioridad muchas familias tenían niños en guarda pensando en

---

<sup>31</sup> Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, pág.85 y 86. [www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf](http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf)

<sup>32</sup> Art.630 del CCCN.

una adopción posterior que en ocasiones se veía frustrada ya sea porque no se encontró a uno de los progenitores del niño a fin que consintiera o fuera notificado de la situación de su hijo o porque situaciones burocráticas terminaban por desalentar a los matrimonios que deseaban adoptar.

Uno de los cambios más significativos y en relación con el tema del presente trabajo es que la adopción se rige por principios fundamentales que hacen a la valoración del niño - como partícipe en distintas etapas de este proceso- considerando su interés superior, reconocimiento de ser sujeto de derechos, el respeto por su identidad, derecho a conocer sus orígenes, entre otros y que serán tratados a lo largo del presente trabajo.

#### 4. PROCESO DE ADOPCIÓN: PRINCIPIOS GENERALES SEGÚN EL CCCN.

Los principios generales por los cuales se rige el instituto de la adopción se encuentran establecidos en el art. 595 del CCCN. El articulado enumera los siguientes:

el interés superior del niño; el respeto por la identidad, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de los grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas, el derecho a conocer sus orígenes, el derecho del niño ,niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los 10 años.<sup>33</sup>

- El interés superior del niño se encuentra mencionado en varias oportunidades a lo largo del texto de la ley Nacional N° 23849 en oportunidad de aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño. La Convención establece en el art. 3.1 que:

---

<sup>33</sup> Art.595 del Código Civil y Comercial de la Nación.

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 la que se atenderá será el interés superior del niño.

Si tomamos a la Convención como norma fundamental que se refiere a los derechos de los niños tal como está planteada no hay artículo o contenido en el cual no sea posible aplicar este principio fundamental. Pensemos por ejemplo en el art. 9, inciso 1 donde se hace referencia a la separación del niño de sus padres que debe ser siempre que sea en orden al interés superior del niño o el inciso tercero de dicho artículo cuando refiere que el niño debe tener contacto regular con sus padres salvo si es contrario al interés superior del niño.

El Comité de la Convención precisó que este principio es uno de los cuatro principios generales fundamentales de la Convención siendo los tres restantes el de no discriminación, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y por último el respeto a la opinión del niño. La terminología usada en el caso del principio del interés superior del niño trajo aparejado una serie de discusiones a nivel mundial o por lo menos en los Estados Partes firmantes de la Convención acerca de la aplicación del mismo y del significado concreto al que hacía alusión a la vez de la necesidad de pensar cuál eran los criterios al aplicar el mismo ya sea el de las normas objetivas de cada estado o tener en cuenta además la opinión del niño. Lo que queda claro es que el Comité ha mencionado a este principio como rector –guía y en general lo ha utilizado en tres contextos distintos como:”*en relación con las asignaciones generales de recursos; como principio paraguas que debería estar presente en todas las actividades gubernamentales relevantes y por último en relación con un conjunto de asuntos concretos bastante limitado*” (Alston y Gilmour-Walsh, 1997, pág. 63).

La ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes trata el interés superior disponiendo que:

A los efectos de la presente ley 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 agregándose que debe respetarse su edad, su condición de sujeto de derecho, el respeto



a su desarrollo en su ámbito familiar, social, cultural; el equilibrio entre derechos y garantías, el centro de vida es decir el lugar donde el niño, niña o adolescente viva y haya transcurrido la mayor parte de su vida, el derecho a ser oídos, rige además en materia de filiación, adopción patria potestad (ahora responsabilidad parental), culminando el artículo estableciendo que en caso que hayan conflictos entre los derechos y garantías de los niños frente a otros legítimos prevalecerán los primeros.<sup>34</sup>

Ambos conceptos referidos al interés superior del niño esto es, el dictado por la Convención y el redactado por la ley N° 26.061 no son contrapuestos de modo alguno considerándose que tienen el mismo espíritu y tienden a lograr los mismos resultados, son si se quiere complementarios

La Convención hace referencia a quienes son los encargados de hacer posible el interés superior refiriéndose a organismos públicos, autoridades, y en el segundo caso se define el interés superior ampliando el campo de aplicación en concreto en todas los ámbitos en los cuales pueda participar o lo involucre considerando su edad, madurez, derecho a ser oído, entre otros aspectos fundamentales de su desarrollo y bienestar.

La recepción de nuestro país en la Constitución Nacional, de la Convención con jerarquía Constitucional en el art. 75, inciso 22, obliga al Estado a adecuar su normativa especial y a adoptar medidas de acción positiva como reza el inciso 23 del art.75 de la Carta Magna para niños, mujeres, personas con discapacidad, entre otros sin perder la directriz en el caso de los niños en función del interés superior de los mismos.

El estado debe abocarse a trabajar en políticas sociales que involucren a todos estos sectores de manera que mejoren su calidad de vida, que se piense en los niños rodeados de su familia o grupos subsidiarios como en el caso de la adopción, a mejorar la educación pensando en su presente y futuro e inserción en el mundo laboral; también en su salud con políticas sanitarias preventivas, en mejorar el ambiente a fin que puedan crecer sanos, sin riesgos concretos de enfermedades, y

---

<sup>34</sup> Ar.3 .Ley 26.061.

poluciones ambientales que les produzcan deterioros en su estado orgánico, y a pensar en políticas de seguridad que los proteja, los cuide, entre otros aspectos.

Debe estarse atentos a la producción de los cambios políticos sociales a favor de la niñez y adolescencia porque si bien se les reconocen sus derechos y garantías siguen formando parte de los sectores más vulnerables.

- El derecho de la identidad del niño se consagra en el derecho interno en la Constitución Nacional, art.75, inciso 22, art. 7 y 8 de la CDN y en el art. 11 de la ley N° 26.061. El derecho a la identidad acompaña a la persona desde su nacimiento y hasta la muerte, es la esencia de la persona y constituye un sello que la acompaña durante toda la vida. Según la ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes está relacionado con:

El derecho a tener un nombre, nacionalidad, conocimiento de quienes son sus padres y a la preservación de sus relaciones personales, culturales, idiosincrasia. Es tarea del Estado procurar la búsqueda de los padres o familiares haciendo hincapié en el derecho de los niños a conocer a sus padres biológicos y a criarse con los mismos. El último párrafo de ese artículo refiere a que solo en los casos que sea imposible que los niños vivan con sus padres biológicos y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva de conformidad con la ley.<sup>35</sup>

Es importante la conceptualización que realiza Zannoni quien clasifica el derecho a la identidad desde la faz jurídica tomando tres aspectos:

- 1- identidad personal en relación a la realidad biológica que comprende el derecho de las personas a conocer sus orígenes, saber quién es la familia a la cual pertenece, a ser emplazado en el estado de familia según su realidad biológica;
- 2- - la identidad personal en referencia a los caracteres físicos de las personas que son los rasgos externos que la individualizan como los atributos de la personalidad, la propia imagen y

---

<sup>35</sup> Art. 11 de la Ley 26.061 Protección Integral de niñas, niños y Adolescentes.

3- la identidad personal en referencia a la realidad existencial de la persona como las ideologías, costumbres, elementos culturales en su conjunto. (Zannoni citado por Krasnow, 2015, pág. 2874 y 2875).

La identidad es lo que hace que una persona sea lo que es: de una raza determinada, sus huellas digitales, sus genes, y también llevar en si características propias de su lengua de origen, cultura, ideología y valores sociales en los cuales está inserto y se ha desarrollado. Todos estos aspectos permiten el desarrollo y despliegue de potencialidades de todo ser humano. La identidad se relaciona con el derecho de la persona a conocer sus propios orígenes que es otro de los principios que rigen en la adopción y que el CCCN destaca en su articulado

- En relación al derecho del niño a conocer sus orígenes la letra del CCCN hace referencia a *“que el niño adoptado tiene derecho a conocer su origen, que los adoptantes deben comprometerse a hacer conocer el origen al niño quedando constancia de ello en el expediente judicial”*.<sup>36</sup> Parte de la doctrina refiere que:

Este derecho no se supedita al cumplimiento de los 18 años sino que se relaciona con la edad del adoptado y su grado de madurez por lo que puede ser reconocido antes de la mayoría de edad, pudiendo intentar el niño adoptado una acción autónoma, luego de los 13 años, de modo que pueda acceder al expediente con asistencia letrada a fin de conocer su origen. (Bueres, 2014, pág. 413).

En la práctica judicial no es requisito ineludible que se recurra a una asistencia letrada, salvo casos especiales que puedan ser objeto de determinación judicial. Así entonces si una persona se constituye en el espacio judicial a fin de conocer su origen porque el mismo no le fue informado por los adoptantes en su momento, el Magistrado puede ordenar el desarchivo del expediente y solicitar al asistencia del personal técnico del Área de Familia.

Se procura que este personal técnico colabore con el adoptado en su requerimiento mediante la lectura del expediente, aclaración de dudas, explicación de

---

<sup>36</sup> Art. 596 del Código Civil y Comercial de la Nación

procedimientos que por ley corresponden, entre otros, iniciado en ocasión de su adopción donde consta la información respecto de su origen.

Se considera que es tan significativo para una persona conocer sus orígenes que no será posible negar la información solicitada.

- Con respecto a la preservación de los vínculos fraternos la letra del CCCN es clara en este sentido. Se prioriza *“la adopción de grupos de hermanos en la medida de las posibilidades por la misma familia adoptiva y si ello no fuera posible deberá priorizarse la el mantenimiento de los vínculos jurídicos entre hermanos por razones debidamente fundadas”*.<sup>37</sup>

No siempre es posible la adopción de grupos de hermanos, ello estará en relación a las capacidades económicas, afectivas u otras de los adoptantes. Para poder aminorar supuestos de índole económica es necesario trabajar en coordinación con otros organismos que puedan brindar asistencia sostenida hasta tanto los pretensos puedan estabilizarse en este aspecto. Si se piensa que los niños hermanos ya no cuentan con sus padres biológicos por alguna situación especial se debe trabajar fuertemente en priorizar lo que les queda de sus orígenes para que puedan criarse juntos a fin de no profundizar sentimientos de desprotección y abandono. La no separación de los hermanos bilaterales o unilaterales contribuye básicamente al interés superior del niño ya que la convivencia en adopción con sus lazos naturales favorece ampliamente su desarrollo emocional.

En referencia a las adopciones múltiples y simultáneas parte de la doctrina considera que:

Al flexibilizar el CCCN los tipos adoptivos ello implica la posibilidad de mantener subsistentes ciertos vínculos con algún miembro de la familia de origen en la adopción plena o crearlos en la adopción simple con algún miembro de la familia adoptiva sino también ser respetuoso de los vínculos de cada hijo adoptivo. (Herrera, 2015, pág. 568).

---

<sup>37</sup> Inciso d) del art. 595 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Lo que antecede está relacionado además con la segunda parte del inciso d) del art. 595 del CCCN en tanto se considera que debe estarse atentos a cada situación de niño adoptado en la misma familia adoptiva o en distintas (sean hermanos o no) ya que en algunos casos será posible mantener vínculos con la familia de origen y en otros no considerándose que las razones fundadas a las que hace alusión el articulado se refieren al principio rector del interés superior del niño.

La ley N° 24.779 presenta a la adopción en sintonía con la Convención de los Derechos del Niño ya que garantiza derechos de los mismos en tanto los reconoce como sujetos de derechos planteando un avance importante en la concepción de los niños y adolescentes. El CCCN de 2014 recepta estos principios de la Convención y ley Nacional N° 26.061 ampliando su participación en los procesos de familia y administrativos que se rigen por principios específicos y donde sus intereses se encuentren involucrados fundados en el interés superior de los mismos.

- El derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta se encuentra explicado a lo largo de este trabajo por lo cual no se ampliará respecto del mismo en este apartado.

##### 5. EL ROL DEL JUEZ DE FAMILIA EN EL PROCESO DE ADOPCION

Se ha hecho mención a lo largo del presente capítulo que el fuero de familia se caracteriza por el principio de la especialización, entre otros. Es especial no solo por el tipo de conflictos que aborda el fuero, las formas y los procedimientos de llevarlo a cabo si no porque el juez que interviene en ellos como el personal de equipos interdisciplinarios que lo acompañan con sus peritajes deben estar formados/especializados en la materia. Esa formación es lo que permite a los distintos operadores actuar, escuchar, abordar en términos generales las problemáticas que se presentan. Escuchar a un niño no es sentarse frente a él o a su lado y prestar atención, es tratar de decodificar el lenguaje con el cual se expresa, oír que va mas allá que escuchar, es “*poder distinguir lo manifiesto de lo latente, lo demandado de la necesidad sentida, lo que aparece de lo que es*” (Pereyra citada por Gil Domínguez, “et al”, 2015, pág. 450)

El Juez interviniente en este fuero es un “*juez protagonista*” definido así por (Herrera, 2015, pág. 82) queriendo explicar con ello que no se trata de un magistrado con cierta estructura postural, en un rol típicamente de espectador y enfocado principalmente en lo escrito en expedientes. El rol que se espera que cumpla es activo, conocedor de la complejidad del sistema familiar, atento a las necesidades de cada miembro del grupo, lo que les preocupa, qué lugar ocupan dentro de la estructura familiar y cuál es la dinámica de los componentes en su conjunto. De este modo podrá pensar en estrategias de intervención que tengan por finalidad unir o recomponer a la familia con la salvedad que puede pensar otras distintas a ese camino en función del interés superior de los niños del grupo o el bienestar de los adultos que lo componen. La tendencia en derecho de familia tiene en miras a un juez componedor y fundamentalmente adoptando un rol de acompañamiento de la familia.

Otros autores consideran por ejemplo, que el desafío de los jueces de familia a la luz de las modificaciones de la normativa y globalización de la misma en referencia a los Tratados sobre derechos humanos y a la constante demanda que presenta el fuero, se centra “*en que deben constituirse en jueces de derechos humanos de ciertas personas en situación de vulnerabilidad social*” (Raffo, 2014, pág. 45). El autor ut supra refiere que hay tres normas que dieron lugar al cambio en el derecho de familia como: la ley que dejó sin efecto el ejercicio de la patria potestad en cabeza del progenitor; la ley que instituyó el divorcio y la ley que permitió incorporar el contenido de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro país (Raffo, 2014)

Los jueces entonces, que deben intervenir en materia de familia deben considerar en el fundamento de sus sentencias no solo la normativa del CCCN sino la de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y en los principios reconocidos por nuestra Constitución Nacional. Esta postura tuvo lugar por ejemplo en el caso Fornerón<sup>38</sup> donde se dispuso que:

El estado debe implementar en el plazo de un año (...) un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales, incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios de la provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niñas

---

<sup>38</sup> Fornerón e hija Vs. Argentina Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 242. 27/04/2012.CIDH.

y niños que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos particularmente en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación.

El respeto por la normativa en derechos humanos implica que el magistrado acepte y se someta a las decisiones de instancias supranacionales que serán las que en última instancia custodien/aseguren el cumplimiento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Esta nueva visión jurisdiccional convierte a los jueces en “*jueces de los derechos humanos*” (Raffo, 2014, pág. 47) así como en jueces que apliquen Convenios sobre derechos humanos, jueces vinculados por el derecho de la Unión Europea lo que trasladado a la normativa en tratados establecidos por nuestro país implica posicionarse en aquellos establecidos en el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

En orden a la niñez el autor refiere” *Deben ser nuestros Tribunales los principales garantes del respeto de los derechos de niños y adolescentes entendiendo dicho accionar como la manera más efectiva y democrática de reconocimiento de la subjetividad de la niñez*” (Raffo, 2014, pág. 52)

La adopción es un instituto propio del derecho de familia por lo cual la actuación del Juez no difiere en cuanto a lo explicitado respecto del Juez de familia en términos generales. Sin embargo es posible señalar que en adopción, el juez trabaja en forma conjunta con el Organismo Administrativo Local establecido en la ley 26.061 de modo que incluso, esta Entidad, tiene participación activa en distintas etapas del proceso( art.606, inciso c; y art. 617 inciso c por ejemplo).

Cuando se habla de una actitud de escucha especial o distinta en los procesos de familia, se profundiza el alcance de esta actitud para escuchar en el caso de la adopción por el hecho en concreto que niño y adolescente deben ser oídos a fin de considerar el interés superior porque este es base y guía en las etapas que llevan al juicio de adopción. Es aquí donde el Magistrado debe adoptar una actitud de escucha con las características expresadas *ut supra* porque escuchar al niño es tan significativamente importante que de ello puede depender el éxito o fracaso de las medidas adoptadas por el Juez y que indefectiblemente incidirán en la vida presente y futura del niño.

## 6. Conclusiones parciales del capítulo

En este tramo del trabajo se ha hecho mención a los procesos de familia porque la adopción es una de las instituciones a tratar en este fuero. El proceso de familia como tal tiene características especiales, no significa ello que otros fueros no tengan su cuota de especialidad, desde ya que es así. Lo especial de familia es el tipo de temáticas que trata, no se habla de una persona, sino de un grupo familiar sea ensamblado, nuclear, u otro. Se trata de la intimidad, dinámica de sus miembros, se trata lo vincular, lo afectivo, el objetivo del grupo como tal y sus intimidades que muchas veces no pueden quedar por escrito o si lo hacen es en reserva a fin de no herir susceptibilidades de algunos de sus componentes grupales.

Se ha hecho hincapié en la actitud que debe tener un juez de familia, su formación en la materia al igual que los peritos que lo acompañan. La actuación del magistrado no se agota en una audiencia o en la lectura de las demandas y contrademandas y se ha mencionado la participación del niño como parte en el proceso. En opinión de parte de la doctrina *“la actuación de personas menores de edad en el proceso judicial no puede encasillarse en el concepto tradicional de parte procesal”*( Kemelmajer, Molina y Mariel F, 2015).

El Juez como “director” en los procesos de familia y más concretamente en el caso del instituto de la adopción debe desempeñar un papel de significativa importancia a la hora de oír al niño ya que su actitud de escucha debe trascender este plano para saber mirar más allá, saber interpretar y decodificar que dice el niño porque si es oído es porque el tema lo afecta y le concierne tal como reza la Convención.



## CAPITULO IV: DERECHO DEL NIÑO, NIÑA y ADOLESCENTE A SER OÍDOS.

Cuando se piensa en que es un niño o adolescente el que participa en un proceso sea judicial o administrativo, se infiere que aquellos responsables adultos de escucharlos deben arbitrar los medios a su alcance para posibilitar que el niño pueda sentirse en un ambiente cómodo, en espacios que favorezcan el habla del niño y la escucha de los adultos, donde pueda expresarse sin sentir presión alguna y preguntar si algo no comprende según su edad y madurez conforme al juicio que haya podido formarse respecto a la situación concreta. La adopción le dará la posibilidad de una nueva familia con la cual vivir y desarrollarse considerándose de vital importancia que sea informado en consecuencia para que se exprese en base a ello.

### 1. EL DERECHO DEL NIÑO A SER OIDO EN SU PROCESO DE ADOPCION.

Es importante señalar que el derecho a ser oído y el derecho a opinar constituyen dos caras de una misma moneda y la información que debe recibir para opinar es parte de este grupo de derechos. El niño puede expresarse a través de un sinnúmero de formas según su edad, madurez y haya llegado a la formación de un juicio propio o no.

El lenguaje es la forma por excelencia de comunicación. Esta no se da siempre a través de la palabra hablada, sino que el niño desde sus primeros años de vida logra establecer conexión con su madre por ejemplo a través del olfato, el tacto, con su mirada y el seguimiento de la figura materna da indicios claros que el niño busca lo que quiere, lo mismo sucede con el amamantamiento y la necesidad de alimentarse. También expresa lo que quiere y cuando no puede hacerlo por medio de palabras o frases, lo hace posible mediante dibujos, los colores que utiliza para ello, garabatos, el aspecto lúdico, el llanto, los berrinches e incluso la actitud negativa ante determinados estímulos o requerimientos de los adultos.

El derecho que nos ocupa en este trabajo está relacionado directamente a que el niño no sólo puede ser oído en distintas instancias / procesos que le conciernen y que son de su interés, sino a su participación en los mismos y a que sus opiniones sean

escuchadas, consideradas, tomadas en serio y tenidas en cuenta por quien o quienes tengan la potestad de tomar decisiones respecto de ellos.

En el caso de la adopción (libro segundo, Título VI) este derecho está presente en varias etapas. Así entonces el niño con su voz puede opinar y ser oído en:

El Capítulo 1: en el inciso f) del art.595 que hace referencia a los Principios Generales referidos a la adopción; en el caso del art. 598 que ordena que los descendientes del adoptante deben ser oídos según su edad y madurez; en el Capítulo 2: inciso a) del art. 608 que hace referencia a los Sujetos del Procedimiento (en este caso está acompañado de asistencia técnica –letrada); en el inciso b) del art. 609 de las Reglas de Procedimiento de la declaración judicial de adoptabilidad del niño; en el Capítulo 3. art.613 in fine se hace referencia a que el niño debe ser oído respecto a la elección del guardador; en el Capítulo 4: en los incisos b) y d) del art. 617 respecto de las Reglas de Procedimiento del Juicio de Adopción donde debe ser oído por el Juez y dar su consentimiento respectivamente si es mayor de diez años; en la Sección Segunda del Capítulo 5: en el inciso d) del art.626 referido al Apellido del hijo por adopción plena. El derecho del niño a ser oído es tan significativo en la adopción que incluso conlleva la nulidad absoluta si el niño no ha dado su consentimiento como reza el inciso i) del art. 634 de Nulidades Absolutas de la sección cuarta del capítulo 6: Nulidad e Inscripción; y el inciso c) del art.635 Nulidad Relativa también establecida en el Capítulo 6, cuando la adopción no ha tenido en cuenta la disposición referida al derecho de ser oído a petición exclusiva del adoptado (CCCN, 2014)

No queda fuera de consideración que el derecho a ser oído abarca prácticamente todos los procesos de familia como por ejemplo en el caso de los principios generales de la responsabilidad parental, entre otros.

Oír al niño según su edad y madurez no debe entenderse como una expresión aislada. Este derecho debe verse complementado con la actitud de escucha de quienes deben tomar decisiones o solicitan la presencia del niño, su participación y además tener en cuenta esa opinión, tomándola con seriedad, respetándola, ya que hace a la

exteriorización de sus sentimientos, sean ellos temores, deseos, alegrías, intereses en su conjunto. Tener en cuenta las opiniones del niño tiene relación con la madurez que tiene el mismo, la posibilidad de que se haya formado un juicio propio sobre el tema a tratar y que pueda expresar su opinión de la mejor forma posible. En relación a quien escucha al niño parte de la doctrina considera que:

El adulto que entrevista deberá “mirar”, saber preguntar, generar confianza, atender a los detalles que se deslizan en el ejercicio de la comunicación, tener presente que según sea el grado de autonomía del niño o niña y su desarrollo madurativo será la forma en que puede expresarse (Caramelo, Picasso, Herrera, 2015, pág. 372.)

Lo cierto es que en la adopción el niño ejercita su derecho a ser oído en forma progresiva partiendo desde opinar a dar su consentimiento en el mismo proceso. Determinar el alcance de sus opiniones y su vinculación con el proceso es tarea del Magistrado interviniente en el mismo.

## 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DERECHO A SER OÍDO. INSTRUMENTOS LEGALES.

Como se ha visto a lo largo de este trabajo el derecho del cual trata el mismo tiene antecedentes en varios instrumentos legales que en el tiempo han ido perfeccionándose y abarcando cada vez más aspectos que hacen al niño, niña y adolescente y sus derechos. De este modo podemos remontarnos al año 1924 con la Declaración de Ginebra que tiene cinco artículos y que fue adoptada por la Sociedad de las Naciones y considerada como Carta de la Infancia.<sup>39</sup>

Posteriormente en el año 1948 se redacta la declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948, tres años después de finalizada la Segunda Guerra Mundial; Declaración de los derechos del niño de las Naciones Unidas de 1959; el

---

<sup>39</sup> Declaración de Ginebra de 1924 adoptada por la Sociedad de las Naciones como Carta de la Infancia. Recuperado de: [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion\\_de\\_ginebra\\_de\\_derechos\\_del\\_niño.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_niño.pdf)

Se sugiere consultar Beloff, Mary (2006) Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano. Ira.ed.pág.2.Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Pacto de Derechos Económicos, Civiles y Políticos de 1966, el Pacto San José de Costa Rica de 1969. Se suma a este grupo de documentos “*el Marco Jurídico sobre adopción y hogares de guarda dispuesto por resolución 41/85 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1986*” (Gil Domínguez”et al”, 2007, pág. 12).

En 1989 se redacta la Convención sobre los Derechos del Niño a la cual nuestro país adhiere a través de la ley N° 23849 en 1990 y por ley N° 25043 se efectúa una enmienda al segundo párrafo del art.43 de la Convención sustituyendo la palabra “diez” por “dieciocho”.<sup>40</sup> La Convención adquiere rango constitucional en la reforma de 1994 de la Constitución Nacional Argentina, en el art. 75 inciso 22.

En el año 2005 se sanciona la Ley Nacional N° 26.061, decreto reglamentario 415/06 de Protección Integral del Niño, Niña y Adolescente que en su art. 1 del Título I dice:

Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

La ley produce cambios significativos en la interpretación o concepción de la niñez y adolescencia pues ahora se habla de doctrina de protección integral, de interés superior del niño y del mismo como sujeto de derechos, dejando rezagados los conceptos de objeto de protección, doctrina irregular o modelo tutelar que visualizaba a los niños como menores e incapaces, entre otros. El hecho de considerar a los niños y adolescentes como personas con derechos concretos y específicos, capaces de expresarlos, fue advertida en su momento por la Opinión Consultiva N° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup>Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Recuperado de:  
[https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_MNDerechos.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNDerechos.pdf)

<sup>41</sup> Consultar OC N° 17 /2002 de la CIDH. [www.corteadh.or/docs/opiniones/seriea\\_17-esp.pdf](http://www.corteadh.or/docs/opiniones/seriea_17-esp.pdf)

El principio del derecho del niño, niña y adolescente a ser oído, tema central de este trabajo se consagra en varios instrumentos legales,<sup>42</sup> principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 12 del cual además se ha efectuado una extensa y rica descripción en la observación del Comité que lleva la misma numeración. Básicamente la letra de este artículo no difiere de lo tomado en el CCCN en su redacción del inciso f) primera parte del art.595. Por tanto se hace hincapié en la necesidad que según su edad y madurez el niño pueda expresarse, tomando en cuenta su opinión. La Convención no hace referencia a una edad determinada si bien expresamente establece que el niño debe estar en condiciones de formarse un juicio propio.

Es discutible a qué edad el niño puede estar en condiciones de formarse un juicio propio, puede incluso ser antes de 10 años que es la edad establecida en nuestro Código por ejemplo, para dar consentimiento a su adopción. Se da por supuesto que el niño es capaz, esta es la regla y no la excepción y entonces quienes deben oírlos evaluarán el alcance de las opiniones en determinadas situaciones cuyos intereses estén involucrados y si el niño está en condiciones de expresarse acorde a las circunstancias. Se toma como importante en este tema la capacidad progresiva del niño lo que sin duda puede determinar que a mayor capacidad más incidencia o significancia tienen sus opiniones ante un proceso judicial. El CCCN ha valorado la opinión del niño, niña y adolescente bajo los lineamientos de la Convención y de la Ley N° 26.061 en varios tramos de su redacción ya sea en el tema adopción que nos ocupa o en otros igualmente importantes para esta franja minoril.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Consultar regla N 3 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. <https://www.poder-judicial-go-cr/accesoalajusticia/inages/documento/reglas.brasilia.pdf>.

Art. 8.1 Convención Interamericana de Derechos Humanos.  
[www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3Convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf](http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3Convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf)

Comité de los Derechos del Niño. Recuperado de: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-observacionesgeneralesdelcomiteDelosDerechosdelNino-WEB.pdf>.

Art.5 de la Ley 26.743. Identidad de Género.  
[Serviciosinforeg.gob.ar/inforeginternet/anexos/195000\\_199999/normahtm](http://serviciosinforeg.gob.ar/inforeginternet/anexos/195000_199999/normahtm)

<sup>43</sup> Art.26,113,117,595,598,608,609,613,617,626,627,634,635,639,643,646,653,655 y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En 2014 se sanciona el Código Civil y Comercial de la Nación que entra en vigencia en agosto de 2015 por ley N° 26.994. En sus lineamientos y en perfecta coherencia con la Convención toma los pilares básicos de la ley N° 26.061 en derechos atinentes a niños y adolescentes y los introduce en su articulado.

Especial mención merece el Comentario General N 12 del Comité de los Derechos del Niño de 2009 respecto del derecho a ser escuchado como derecho de cada niño en todos los ámbitos donde sus intereses estén involucrados y en aquellos asuntos que les conciernen. El niño debe estar informado de manera suficiente para poder opinar en consecuencia de la manera más completa posible y sin que ello implique ocasionarles dificultades o problemas a la hora de expresarse. El comentario General consta de 136 párrafos donde se hace referencia a la opción del niño a expresarse sea en la escuela, respecto de su salud, de su familia, de los lugares de trabajo si se desempeñara en alguna tarea sujeta a formas de explotación laboral, entre otros, siendo obligación de los Estados Parte de respetar al niño y adecuar sus prácticas en todas aquellas instancias donde ellos participen.

Sin embargo el párrafo cuatro hace mención a las dificultades que aún persisten para el ejercicio pleno de este derecho en algunos grupos de niños como los que pertenecen a una minoría étnica o a un sector económico desfavorecido, “*o aquellos que tienen poca edad (más pequeños) perdurando prácticas y actitudes inveteradas y obstáculos de índole política y económica.*”<sup>44</sup>

### 3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO y LA FIGURA DE LA ADOPCION. FALLOS JUDICIALES: ARTS.606 A 627 DEL CCCN.

El derecho del niño a ser oído ha tenido vasto tratamiento jurisprudencial. Las opiniones de los niños son importantes, deben ser consideradas según el tipo de procedimiento, o temática en la que opinan pero sus decisiones no son vinculantes, es decir que el Juez que entiende en la causa no necesariamente debe sentenciar en función de lo manifestado por el niño si bien ello tampoco implica que sus opiniones

---

<sup>44</sup> Comité General de los Derechos del Niño. Comentario General N° 12.El derecho del Niño a ser escuchado. U.N. Doc.CRC/C/GC/11, 2009.Universidad de Minnesota.Human Rights Library.Ginebra. Recuperado el 25/05/2017 de : [hrlibrary.umn.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment12.html](http://hrlibrary.umn.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment12.html)

sean desestimadas y constituyan solo un trámite burocrático para dar cumplimiento a la normativa vigente. Así entonces la opinión del niño debe ser analizada en contexto con otros aspectos que hacen a la causa y comprender que *“la escucha de niños no es para que desempeñen el papel de jueces o árbitros sino a los fines que intervengan como sujetos de derecho...”* (Mizrahi, 2015, pág. 69).

En el caso del instituto de la adopción en el nuevo CCCN, el niño participa en varias etapas del proceso e incluso debe dar su consentimiento porque si ello no se considera de esta forma, acarrea la nulidad absoluta. Si no es escuchado en los tramos que marca la ley acarrea la nulidad relativa. De ahí la importancia de considerar su opinión, porque mas allá de las sanciones previstas en el CCCN el niño puede ampliar con su voz aspectos que den al Juez un panorama más completo y amplio de su realidad con los guardadores con fines de adopción o con su familia de origen en su momento. Ello permitirá al Magistrado actuar con mayor celeridad en función del interés superior del niño. La controversia suele presentarse respecto a qué edad y con qué madurez el niño está en condiciones de opinar. Las franjas etarias sin duda plantean dificultades a la hora de hacer efectiva la escucha. De este modo un bebé no puede expresarse con palabras<sup>45</sup> y un niño de diez- según nuestra ley- e incluso menor de esa edad podría hacerlo.

La Convención y por consiguiente la ley N° 26061 por ejemplo no establecen una edad concreta para el ejercicio de este derecho por lo que se entiende entonces que el hecho de ser de muy corta edad no significa que no pueda expresarse a través de gestos, miradas, entre otros y de cuyo tema ya se ha hablado en el presente trabajo. En definitiva el Juez y equipo de profesionales judiciales si es que el Magistrado lo estima conveniente podrán evaluar si lo expresado por el niño reviste la suficiente importancia o coherencia con la temática a tratar y si está en condiciones de opinar acorde a la circunstancias, no debe obviarse por lo tanto la información que se le brinde al niño para que opine en consecuencia. Un niño con discapacidad necesitará sostén de asistencia legal juntamente con apoyo de profesionales peritos en familia

---

<sup>45</sup> Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Expediente N 1772/16/3F/LH-843/16 (L. C. A. B. POR ADOPTABILIDAD) Sentencia de fecha 07/02/2017 recuperada el día 07/04/2017 de: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveídos/vertexto.php?ide=5231553676>

para considerar su interés superior en un proceso. En orden a la necesidad de la figura del Defensor del Niño:

La acción de amparo radicada por la Fundación Sur Argentina y otro c/ en Honorable Cámara de Senadores de la Nación y Otros s/ Amparo ley N° 16.986 da cuenta que nuestro país no ha dado cumplimiento a la designación del defensor de los Niños, Niñas y Adolescentes en virtud de lo establecido en los artículos 49 y 4 de la Ley N° 26.061. La acción planteada refiere que la figura del defensor del Niño adquiere suma relevancia en tanto debería ser la entidad subsidiaria por excelencia en lo que hace a la defensa de los derechos de niño, niñas y adolescentes en aquellos casos en que el Defensor local no actúe o como sucede en la mayoría de las provincias no exista.<sup>46</sup>

Más allá de ello hay situaciones que quizás no permiten que el niño pueda expresarlas con soltura, comodidad y confianza, quizás sea reticente a hablar porque no hay que olvidar que el niño tiene temores, inseguridades y en muchos casos no expresa sus sentimientos por miedo a perder cierta estabilidad que ya posee. La formación del magistrado en familia y la colaboración de los peritos sin dudas posibilitarán que el niño paulatinamente pueda hacerse oír en la forma que pueda hacerlo.

#### Artículo 607 del CCCN. Fallos

Siguiendo el orden del articulado del CCCN respecto al tema que nos ocupa surge en el art. 607, la declaración de adoptabilidad. Esta instancia es parte del proceso de adopción en tanto si no tiene lugar no es posible avanzar en otras etapas de dicha institución jurídica. Así para que el niño sea considerado en estado de adopción se mencionan una serie de situaciones o requisitos como que su padres estén fallecidos, o no tener filiación conocida; haber sido dado en adopción expresamente por sus padres biológicos luego de 45 días de nacido; haberse agotado los plazos para

---

<sup>46</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N 3 (Fundación Sur y Otro c. En Honorable Cámara de Senadores de la Nación y Otros s/ amparo ley 16.988) Recuperado el 03 de abril de 2017 de Boletín Diario Biblioteca Martín Zapata. Provincia de Mendoza. Sentencia de fecha 09 de marzo de 2017. Cita online: AR/JUR/2760/2017.



la búsqueda de familia de origen o extensa que esté en condiciones de asumir responsabilidades de crianza y cuidados con el niño, niña o adolescente.

- En un fallo de la Provincia de Mendoza donde se cita a la CSJN respecto a lo que ésta considera en relación a la familia de origen dice:

que la CSJN ha dicho que la procedencia sanguínea no es absoluta, sino que constituye una presunción conectada entre otros extremos con el hecho que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto de una barrera infranqueable para la consideración de las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida o genera sufrimiento y daños aún mayores que los propios de un cambio. La verdad biológica no es un dato absoluto cuando se lo relaciona con el interés superior del niño.<sup>47</sup>

Finalmente habiéndose agotado los plazos legales y resultar infructuosas las gestiones o intervenciones del Órgano Administrativo Local en la búsqueda de familia extensa del niño capaces de actuar en función del interés superior del mismo, el Juez debe resolver la situación de adoptabilidad en un plazo de noventa días<sup>48</sup>. Sin embargo *“el Juez no podrá declarar la situación de adoptabilidad si algún familiar referente afectivo del niño ofrece asumir su guarda o tutela y el magistrado considera que es lo más conveniente para el interés del menor”* (Bueres, 2014, pág. 418). Con anterioridad a esta normativa expresa, el Estado Argentino fue demandado por no brindar las garantías necesarias a un padre que reclamó la guarda de su hija que fue dada en adopción simple desconociéndose los derechos de ambos.<sup>49</sup>

No obstante si estos familiares afectivos deseen obtener la guarda o tutela tal como explica el autor es necesario que los mismos sean evaluados por profesionales

---

<sup>47</sup> Poder Judicial de la Provincia de Mendoza.( A.P.A y otros P/ Med. Prot. Derechos ( ley 6354).J:P96425/07.OF.FISCAL 6 .Las Heras. Sentencia de fecha 24 de junio de 2013.Recuperada el 18/09/2016 de:: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=3259351841>

<sup>48</sup> Art. 607 in fine del CCCN.

<sup>49</sup> Fallo Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 242 27/04/2012.Corte Interamericana de Derechos Humanos.

especializados en familia a fin de determinar si realmente pueden brindarle al niño, niña o adolescente lo necesario para su crianza.

- Esta situación responde concretamente a un fallo dictado por el Poder Judicial de la Provincia de Mendoza en cuanto la abuela materna de un grupo de hermanos que fue declarado en estado de adoptabilidad por haberse comprobado el estado de abandono y desamparo de los mismos ( marzo de 2015) sin que sus progenitores pudieran revertir las conductas negligentes no obstante el apoyo y seguimiento estatal brindado a través de distintas instituciones del medio, sumado a la abdicación de los mismos a los deberes inherentes a la patria potestad ( hoy responsabilidad parental) apelara la decisión del Juzgado interviniente por entender que no se la había entrevistado en su momento ni considerado como familia biológica. Luego se la entrevista surgiendo que posee limitación en sus recursos personales para asumir el cuidado de sus nietos y prioriza sus propias necesidades sobre el interés de los chicos rechazándose la apelación.<sup>50</sup>

El hecho de ser familia no garantiza que se haya estado atentos a la situación y desenvolvimiento de este niño en concreto cuando sus padres se desentendieron de sus cuidados.

- En este sentido un fallo del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza de la Cámara de Apelaciones de Familia en el cual la progenitora del niño con representación técnica apela la decisión del juez *a quo* de dar en adopción a su hijo da cuenta del rol de la familia extensa o ampliada en torno al niño en cuestión. La sentencia refiere que en todo el proceso que el niño debió atravesar: separación de sus padres, institucionalización, ubicación e integración en una familia guardadora con fines de adopción, queda visible la situación de desamparo y riesgo del niño ya que ni su madre ni su familia extensa pueden brindarle los cuidados que necesita ni el estado de bienestar al que tiene derecho. Surge de la letra de la sentencia que la familia biológica extensa del niño tampoco acompañó a la madre del mismo para que ella

---

<sup>50</sup> Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, Cámara de Apelaciones de Familia. (“DINAF por los niños P.T.V.M. y D. por medida de excepción- Control de Legalidad”).Sentencia de fecha 12 de agosto de 2016. Recuperada el 07/04/2017 de:

<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveídos/vertexto.php?ide=4913784450>

ejerciera su rol en forma adecuada atentos a sus características y aptitudes personales<sup>51</sup>.

#### Artículo 608 del CCCN. Fallo

El art. 608 del CCCN hace referencia a los sujetos del procedimiento que culmina con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad. Tanto el niño, niña y adolescente están contemplados como parte en el procedimiento en el inciso a) de dicho artículo siempre que tenga edad y grado de madurez suficiente debiendo asistir con asistencia letrada que tiene como fin defender derechos de los niños ante distintas instituciones donde sus intereses se encuentren involucrados y/o comprometidos.

El abogado del Niño es una figura contemplada en el art. 27, inciso c) de la ley N° 26.061 siendo posible que cuente con instrumentos legales en defensa de sus derechos accediendo a la justicia a través de un profesional que lo represente y vele por su bienestar.

- En fallo ya citado (cita N° 46) se desprenden una serie de datos estadísticos referidos al acceso a la justicia de niños, niñas y adolescente. De este modo se consigna que:

En 2008 del total de niños y niñas institucionalizados por cuestiones asistenciales solo el 13% logró ser patrocinado por un abogado y en 2011 por ejemplo solo el 5% del colectivo de niñas y niños separados de su medio familiar logró acceder a la justicia mientras que en 2012 la Asesoría General Tutelar solicitó que se garantice el acceso a la justicia del 56% de niños y niñas institucionalizados (cerca de 700 niños) lográndose solo en tres casos la asignación de un abogado.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Poder Judicial de la Provincia de Mendoza .Expediente N 25.993/2-999/11. (M.M. y su hijo menor U.S.M. P/ Medida Tutelar). Sentencia de fecha 16/12/2013. Recuperada el 18/09/2016 de: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveídos/vertexto.php?ide=3516901515>

<sup>52</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N 3.( Fundación Sur Argentina y otro c .En Honorable Cámara de Senadores de la Nación y Otros s/ amparo ley 16.986). Recuperado el 03/04/2017 de Boletín diario Biblioteca Martín Zapata. Sentencia del 09 de marzo de 2017 Cita online: AR/JUR/2760/2017.

Un tema que no debe soslayarse en este artículo es la calidad de parte del niño como sujeto de procedimiento. Al respecto parte de la doctrina considera que el niño puede participar de distintas maneras en un proceso donde lo tratado en el mismo le concierne, de modo que si tiene edad y madurez suficiente podrá hacerlo solo ya que estará en condiciones de formarse un juicio propio pero si no puede comprender en un todo de que tratan determinadas etapas del proceso o que se resuelve allí lo hará con asistencia letrada. “*La actuación de las personas menores de edad en el proceso judicial no implica que se utilice el concepto tradicional de parte procesal en el sentido de aquel que pretende y contra quien pretende*” (Kemelmajer, “et al”, 2015, pág. s/d)

#### Artículo 609 del CCCN. Fallos

El art. 609 del CCCN refiere a las reglas de procedimiento que deben tenerse en cuenta para la declaración judicial de adoptabilidad. Así entonces el inciso b) establece puntualmente que “*es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita.*” Establece un plazo de diez días para que se le remitan los legajos seleccionados por el registro de adoptantes a fin que el magistrado pueda evaluar la situación de los pretensos guardadores con fines de adopción que mejor respondan por sus características al interés superior del niño, niña o adolescente en cuestión.

- En este sentido un fallo del Poder Judicial de Mendoza refiere:

La juez *a quo* citó a ambos progenitores a fines de ser escuchados de conformidad con el art. 40 de la ley 26.061...compareciendo únicamente la madre por lo que mal puede quejarse el apelante (progenitor) de la falta de patrocinio letrado cuando no consta que haya concurrido a la sede de los juzgados de familia a solicitarlo para intervenir en el proceso en ocasión de haber sido citado<sup>53</sup>.

En este fallo surge además que las niñas en estado de adoptabilidad manifestaron expresamente el deseo de seguir viviendo con la familia cuidadora que

---

<sup>53</sup> Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Cámara de apelaciones de familia. (OAL P/ A. R. Y M.E. P/ MEDIDA DE EXCEPCION) Sentencia de fecha 27 de octubre de 2014. Recuperado el 10/10/2016 de: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=3913547494>

lo hacían hasta ese momento y se hace mención in fine de la sentencia, a lo dispuesto en el art. 609 en el sentido de la obligatoriedad de escuchar a los padres si existen y a los niños.

#### Artículo 610 del CCCN.

El art.610 no contempla la posibilidad que el niño sea oído ya que refiere directamente a la equivalencia entre la sentencia de declaración de adoptabilidad y la de privación parental, en función que en esta última” *ya se ha juzgado la conducta de los progenitores, se ha garantizado su derecho de defensa y se ha concluido que su conducta es perjudicial para los menores*” (Bueres, 2014, pág. 419).

#### Artículo 611 del CCCN. Fallo

El art. 611 se refiere a la prohibición de la entrega de niños en guarda de hecho o por escritura pública o acto administrativo y que constatada esta situación el Juez podrá separar el niño transitoria o definitivamente del hogar de sus guardadores excepto que se compruebe que existe parentesco entre el niño y la familia que lo acoge. Agrega el artículo que ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción

-En este orden de ideas se sugiere la lectura del fallo 28041<sup>54</sup>. De este surge la entrega de parte de la madre biológica de su hija de ocho meses de edad en una guarda de hecho a un matrimonio a quien autoriza además a salir del país con la niña mediante escritura pública. Uno de los miembros de la pareja era extranjero y no cumplía con el requisito de vivir cinco años en el país por lo cual no está en condiciones de acceder al instituto de la adopción. La Cámara toma intervención en función de la irregularidad de la situación y de la vulneración de derechos de la niña a fin de resolver en consecuencia.

#### Artículo 613 del CCCN. Fallo

---

<sup>54</sup> Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial. Sala III. Mar del Plata Buenos Aires. (“ L.N.A s/ ADOPCION.ACCIONES VINCULADAS”) Sentencia de fecha 07/03/2017. Boletín del 13/03/2017. Recuperada el 15 de marzo de 2017 de: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/interno/boletines2/fallo.php?id=28041>. Cita online: RCJ1379/17.

En el art. 613 in fine del CCCN surge que el Juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión será tomada en cuenta según su edad y madurez en ocasión de la elección del guardador con citación - si bien puede hacerlo en forma espontánea- del organismo administrativo interviniente en el proceso de declaración de adoptabilidad de los niños en cuestión. Es significativo considerar la opinión de los niños en situación de adopción porque son ellos quienes compartirán el día a día con esta familia o persona a seleccionar. Es el momento propicio para que los niños y adolescentes puedan expresar con total apertura dentro del marco de confianza y privacidad que ofrece el magistrado, que es lo que piensan y sienten en este tramo del proceso porque puede ser definitivo en sus vidas.

La edad del niño, niña o adolescente es un factor importante a tener en cuenta porque a mayor edad mayor posibilidad de formarse un juicio acorde a las circunstancias pero a mayor edad también son menores las posibilidades de acceder a la adopción ya que en la mayoría de los casos los pretendientes adoptantes optan por niños de escasa edad. No obstante ello no debería ser un obstáculo para ser aceptados y queridos en el seno de una familia, pareja convivencial o persona sola.<sup>55</sup>

-El fallo 27.927 de la Provincia de Salta está en consonancia con lo referido en el artículo citado en tanto hace referencia a que la niña de once años de edad en situación de adoptabilidad vivía con un matrimonio- el que actuaba en calidad de familia sustituta- y que en su momento había sido evaluado determinándose que presentaban “falta de garantías de idoneidad para el cuidado de la misma”. El hecho es que la niña es oída en una primera instancia en Cámara Gessel labrándose acta de la respectiva audiencia. En otro tramo de la sentencia el Fiscal de Cámara manifiesta que:

Debería informarse a la niña que tiene derecho a ser patrocinada por un letrado que la asista ya que la joven presenta confusión respecto del concepto de adopción, si bien en la pericia psicológica efectuada

---

<sup>55</sup> El 74% de los niños que esperan ser adoptados tiene más de cinco años. Diario La Nación, 2015. El artículo periodístico hace referencia a la situación de los niños de más de cinco años, a la espera de ser adoptados en la Provincia de Buenos Aires. Recuperado el 11/03/2017 de: <http://www.lanacion.com.ar/1833486-el-74-de-los-ninos-que-esperan-ser-adoptados-tienen-mas-de-cinco-anos>

en su momento surge que la niña no quiere vivir con su madre ni que la adopte el matrimonio con el que vive porque se pelean y pegan sino que desea ser adoptada por una familia que tenga una hija de su edad para jugar.<sup>56</sup>

#### Artículo 617 del CCCN. Fallo

En el art. 617 del CCCN y ya dentro del Capítulo 4 “Juicio de Adopción”, se establecen las reglas de procedimiento de modo que en los incisos del artículo *ut supra* surge que:

En el inciso a) son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado, si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada

En el inciso b) el Juez debe oír personalmente al pretenso adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez

En el inciso c) debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo

En el Inciso d) el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso.

En el inciso e) las audiencias son privadas y el expediente reservado.

Acá ya nos encontramos en la etapa final del proceso en tanto el niño, niña o adolescente ya ha permanecido seis meses de su vida con los pretensos adoptantes trabajando día a día en la adaptación mutua, de vivir situaciones quizás tensas o de conflicto, incertidumbres, alegrías, paseos, diversión, estudio, recreación, relaciones con el afuera, con la familia extensa o ampliada de los pretensos adoptantes, todo un circuito de vida que les permite opinar con fundamentos si están a gusto y se sienten contenidos afectivamente por quienes constituirán de ahora en mas su grupo de pertenencia. Si fueran de muy corta edad y no se hubieran formado un juicio al

---

<sup>56</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta. ( Expediente R.M.L. s/ protección de personas) Sentencia de fecha 10/01/2016. Boletín del 22/02/2017. Fallo 27.927. Recuperado el 10/03/2017 de: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/inerno/boletines2/fallo.php?id=27927>

respecto se tendrán en cuenta otras manifestaciones que no sean por vía de la palabra hablada; los peritos del poder judicial podrán opinar ya que han evaluado a las partes involucradas, el Ministerio Público cuya presencia es muy importante en el proceso constata que el mismo se lleve a cabo sin vulnerar derechos de las partes y el art. 103 CCCN da cuenta de su importancia; el personal profesional del organismo administrativo por su parte tiene una valiosa cuota de información de los niños en cuestión ya que han intervenido a lo largo del proceso y conocen el pasado, la historia vital de los niños y están pudiendo observar el presente de los mismos en este proceso.

-Un ejemplo de la opinión de una niña respecto a quedarse a vivir con sus actuales guardadores habiendo trascendido la relación entre todos de modo que ya son denominados como papá y mamá es un fallo procedente del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza que hace referencia a la opinión de una niña que:

Fue declarada en estado de abandono y de adoptabilidad y que habiendo sido escuchada por el Tribunal con la presencia de la Sra. Asesora de Menores expresó sus deseos de continuar viviendo con sus hasta ahora guardadores a los que llama mamá y papá no recordando quiénes son sus padres biológicos, por lo que sin duda alguna, responder a tales deseos es lo que mejor informa su interés superior<sup>57</sup>

La escucha del niño en este tramo se relaciona con su vida diaria con las personas con las cuales ha transitado el período de guarda pre-adoptiva con fines de adopción. Solo el niño que es el principal protagonista del proceso puede dar cuenta a su modo y con su propias palabras o formas de expresión que es lo que quiere y como se siente. El Juez preguntará si sabe porque está citado y en base a ello da comienzo la entrevista o diálogo con el niño, sino lo sabe debe ser informado. La Asesoría de Menores e Incapaces debe estar presente de acuerdo al inciso b) del artículo en tratamiento. Se evaluará entre otras situaciones el vínculo que une al niño con los hasta ahora pretendidos, cual es su desenvolvimiento, si tiene relación con la familia

---

<sup>57</sup> Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Cámara de Apelaciones de Familia (“C. N. E. y S. C. P. E. p/ Medida Tutelar”). Sentencia de fecha 14 de agosto de 2015. Recuperada el 18/09/2016 de: <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4305239865>



extensa de los pretensos adoptantes, si concurre a la escuela, que otras actividades realiza y en compañía de quien, si tiene amigos o hermanos de su familia de origen, si los conoce y visita, y cuál es el grado de compromiso y acompañamiento de los pretensos con este niño que busca una familia. Es importante que el niño se sienta tranquilo, pueda responder con confianza y sin temores ni presiones.

Una vez finalizada esta instancia la causa seguirá su curso hasta el dictado de la sentencia.

-Una sentencia del Primer Juzgado de Familia N° 1 de la Cuarta Circunscripción de la Provincia de Mendoza resolvió la situación de adopción de un niño de 10 años de edad luego de ser escuchado y donde el mismo tuvo la oportunidad de dialogar con el Sr. Juez y Asesora de Menores e Incapaces acerca de su desenvolvimiento diario, aspectos afectivos y expectativas con respecto a sus pretensos adoptantes manifestando por ejemplo: “*que he venido al Juzgado para que mis papás figuren en los papeles como mis padres biológicos*”<sup>58</sup> comentando otras situaciones con respecto a los pretensos acerca de la compañía que le brindan, trato que recibe, cariño que le prodigan, sanciones, entre otras.

Así el Sr. Juez resuelve entonces otorgar –mediante la sentencia- la adopción plena (y no la simple como se inician los autos) por la cual la filiación paterna y materna de origen queda sustituida por la adoptiva, subsisten los impedimentos matrimoniales tal como reza la normativa y “*que subsisten los vínculos fraternos del niño en cuestión con sus hermanos biológicos*”. En este punto en concreto el Magistrado cita en los considerandos lo siguiente “*nuestra Cámara de Familia (hace referencia a la de la provincia de Mendoza) ha sostenido el principio vigente en materia de adopción de “inseparabilidad de los hermanos”* (Expediente: 201/13, 2014). La subsistencia del vínculo entre hermanos vivan o no juntos y especialmente en el caso del instituto de la adopción ha sido tratado en este trabajo haciéndose hincapié en la necesidad de la persistencia del vínculo fraterno siempre que estén dadas las posibilidades y sea en interés superior del niño a fin de no suprimir todos los

---

<sup>58</sup> Primer Juzgado de Familia de la Cuarta Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza. AUTOS N 39.968 (S.V.A Y T.H.S. P/ LA MENOR P.A.M. P/ ADOPCION SIMPLE) Sentencia del 08 de febrero de 2017. Recuperada el 17 /04/2017.

lazos biológicos porque ello hace a su identidad, considerando sobre todo si ya se ha reemplazado el filial.

#### Artículos 626 y 627 del CCCN.

En los artículos 626 y 627 del CCCN respecto a la adopción plena y simple respectivamente, el niño es escuchado con relación al apellido que llevará a futuro una vez culminando el proceso a fin que el Juez ordene su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas según se observa en los resolutive judiciales, ley N° 26.413, Capítulo IX (Adopciones)<sup>59</sup>.

#### 3.1. CASO TESTIGO

El caso testigo <sup>60</sup> refleja distintos aspectos que se han considerado en el instituto de la adopción referido a la escucha del niño, intervención del órgano administrativo, evaluación de los progenitores en función de su rol parental, búsqueda de familia extensa o ampliada de origen que reúna los requisitos necesarios y suficientes que aseguren el cuidado y protección de los niños, selección de los pretendientes para otorgar la guarda con fines pre-adoptivos, audiencias a fin de conocer la situación de los niños en cuestión, declaración de adoptabilidad, guarda de los niños en la familia seleccionada. La escucha de los niños ha marcado un antes y después en este caso en concreto porque terminó definiendo la situación actual de los mismos no porque sea vinculante con la decisión del Magistrado pero lo expresado por los niños en estas instancias claves del proceso sin dudas incidieron en la resolución del caso previo replanteamiento del mismo.

A fin de esgrimir una reseña del caso puede decirse que tiene comienzo cuando el Órgano Administrativo (ley N° 26.061) solicita al Juez de Familia en turno control de legalidad en la situación de dos niños que son hermanos unilaterales (un varón y una niña) de siete y ocho años de edad respectivamente quienes convivían con su madre y a raíz de una denuncia de un vecino se toma conocimiento por parte del

---

<sup>59</sup> Ley N° 26.413.Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. <https://ar.vlex.com/tags/ley-26413-1471749>

<sup>60</sup> Expediente N 39.064/2. “OAL P/ menores A.C y L P/ medida urgente”. Sentencia del 20 de agosto de 2014.Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Cuarta Circunscripción Judicial.

Servicio de Protección de Derechos que los mismos se encontraban solos sin un adulto responsable.<sup>61</sup>

Un día después de la denuncia, personal del órgano administrativo local se constituye en el domicilio familiar donde entrevista a la progenitora de los niños quien se compromete a regularizar la situación civil de sus hijos así como su escolarización. Días después la madre se retira del lugar, su casa, con destino a otro Departamento de la Provincia de Mendoza a fin de percibir las asignaciones universales perdiéndose comunicación con la misma y desconociéndose su paradero. El órgano toma la decisión de ubicar a los niños en una Institución Albergue ya que no existen otros familiares ni red extensa que pueda responsabilizarse de los mismos. Las Trabajadoras Sociales de este organismo informan sobre la situación de los niños en el ámbito que les incumbe.

Posteriormente el Ministerio Público se notifica de la medida de excepción dispuesta por el Organismo Administrativo dictaminando que en el caso concreto la medida adoptada ha superado el control de legalidad. Se solicita la evaluación psicológica de la progenitora desde los peritos del Área de Salud Mental del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario del Poder Judicial no presentándose a la primera citación del Juzgado solicitándose en consecuencia un nuevo turno. El órgano administrativo continúa trabajando para procurar el reintegro de los niños a su madre. La Asesoría solicita legajos e información completa de los niños así como alternativas que hubiera efectuado el organismo en la búsqueda de familiares. Recibida dicha documentación la Asesoría solicita que los niños y su madre biológica sean escuchados. Se labra acta de la audiencia celebrada con los niños en cumplimiento del art. 12 de la CDN y art.3, 24 y 26 de la ley N° 26.06 a la que asisten los Técnicos del Órgano Administrativo que son los que han intervenido en la presente causa. El Juzgado realiza las averiguaciones necesarias para buscar familiares de la red extensa por considerar que no se agotó la búsqueda de miembros del grupo familiar. Finalizadas las gestiones el

---

<sup>61</sup> Fojas 1 de Expediente N° 39.064/2 "OAL P/ menores A C y L P/medida urgente", 2014, Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Cuarta Circunscripción Judicial.

Ministerio Público Pupilar emite dictamen y a foja siguiente se llama autos para resolver.<sup>62</sup>

En los considerando el Juez declara el estado de adoptabilidad de los niños atentos a lo obrante en autos respecto a la situación familiar, la falta de interés de los padres de visitar a sus hijos durante la internación en un Hogar, no haber solicitado el reintegro de los mismos ni plantear visitas. En otro tramo de autos surge que los padres no son idóneos para cumplir con la función que su rol implica representando un serio riesgo para su normal desarrollo. Se hace mención al interés superior del niño con fundamento en doctrina, lo surgido de la letra de la ley relativo al derecho de los mismos de vivir y criarse en su familia de origen pero también se hace referencia a las excepciones en caso que los mismos y sus derechos estén en riesgo o vulnerados

También se menciona el cumplimiento de lo establecido en la normativa vigente respecto al derecho de los niños a ser oídos como en el caso de la Convención y a expresar libremente su opinión en asuntos que les conciernen según art. 24 de la ley N° 26.061 haciendo la salvedad que las opiniones de los niños no necesariamente deben ser atendidas y en caso de no hacerlo el juez debe expresar los motivos del apartamiento de la opinión recogida de los niños explicándoles los motivos que llevaron a su decisión como Magistrado. En el caso concreto el magistrado considera que según lo obrante en autos y lo manifestado por los niños en audiencia no corresponde tomar una decisión contraria al deseo de los mismos así como en virtud del interés superior de los mismos no corresponde prolongar por más tiempo la situación en la que se hallan cuando de lo obrado no se evidencia que en un tiempo prudencial los padres puedan revertir la situación para prestar a sus hijos la asistencia que necesitan.

En el resolutivo se declara el estado de adoptabilidad de ambos niños otorgándose la guarda con fines de adopción, se notifica la resolución a los padres y se le hace saber a la madre los plazos procesales para interponer recursos así como la posibilidad que por ley le corresponde contar con asesoramiento legal y representación gratuita del Cuerpo de Co- Defensoras de Familia y/ o Abogadas Ad

---

<sup>62</sup> Fojas 1 de expediente N 39.064/2 Sentencia de declaración de adoptabilidad N° 39.064/2, de fecha 20 de agosto de 2014. Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, Cuarta Circunscripción Judicial.

Hoc; dar intervención al Equipo de Adopción del Registro Único de Adoptantes a fines de proceder a la selección de un matrimonio de la lista de pretensos adoptantes para otorgar al guarda de los niños previo período de adaptación. La sentencia se fecha en agosto de 2014.<sup>63</sup>

Un año después (11/09/2015) ambos niños comparecen el Tribunal interviniente a fin de ser escuchados nuevamente si bien en forma separada al inicio de la audiencia y luego los dos juntos. Se le pregunta a la niña si sabe cuál es el motivo por el que está en el Juzgado y dice que es “porque su hermano quiere volver al Hogar”, se le pregunta que quiere ella y responde que “quedarse con los tíos” (guardadores). De su relato surge que su hermano “no tiene buen comportamiento con los guardadores, que no da una razón de porque quiere volver al Hogar (Institución para Niños), que su hermano contesta mal, se porta mal”.<sup>64</sup>

Luego ingresa a la audiencia el varón quien refiere que no desea estar con la familia de guardadores, sino con su madre biológica relatando cuando la vio por última vez y en qué circunstancia. Se le explica que su decisión debe ser tenida en cuenta para la toma de decisiones. Luego se le expresa que no existen posibilidades que vuelva con su madre biológica preguntando el niño por otras alternativas familiares como un tío residente en otra región de la Provincia. Las autoridades judiciales le hacen saben pormenores del expediente y el estado de adoptabilidad. Insiste en que quiere a su familia y no a otra. Luego ingresan a la sala licenciadas en minoridad del Órgano Administrativo quienes evalúan con las autoridades judiciales sobre la situación de ambos niños. Se escucha a los guardadores quienes comentan la cotidianeidad con los chicos y las dificultades comunicativas que tienen con el varón. Se decide que este último regrese a la Institución provisoriamente y mantenga

---

<sup>63</sup> Segundo Juzgado de Familia de la Cuarta Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza. Expediente N 39.064/2 “OAL p/ menores A.C y L. P/ MEDIDA URGENTE”) Sentencia de fecha 20 de agosto de 2014.

<sup>64</sup> Audiencia con los niños de autos N 39.064.foja 625.Poder judicial de la Provincia de Mendoza. Cuarta Circunscripción Judicial.

comunicación con su hermana ya que ésta quedará con los guardadores respetándose la opinión de ambos niños.<sup>65</sup>

Se destaca que un mes después de esta audiencia se realiza otra donde la niña manifiesta al Sr. Juez su deseo de regresar a la Institución y vivir en el mismo lugar donde está su hermano dándose lugar a dicha petición debido al estado anímico de la misma. Actualmente tanto el Órgano Administrativo como el Juzgado interviniente se encuentran abocados a la búsqueda de otra familia guardadora que pueda incorporarlos a su hogar con una nueva posibilidad de iniciar una nueva vida con un entorno familiar que los contenga.

#### 4. CRITERIOS DOCTRINARIOS DEL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO.

##### 4.1. En relación a la edad del niño:

En el derecho del niño que nos ocupa reviste especial importancia la edad del mismo para opinar y ser oído Cabe recordar que legislación como en el caso de la Convención de los Derechos del Niño y la ley Nacional N° 26.061 no establecen una edad determinada para que el niño sea oído, pueda opinar y participar, así también el CCCN que se mantiene en la misma postura salvo en fijar la edad de 10 años para dar su consentimiento en la adopción o cuando se fija la edad de 13 años en adelante para cuando el adolescente quiere instar acción autónoma con asistencia letrada para conocer los orígenes. En doctrina hay autores que han expuesto su postura al respecto.

Parte de la doctrina refiere en primer lugar que para poder materializar el derecho a ser oído debe entrecruzárselo con la autonomía progresiva del niño y que si bien el CCCN adhiere a la postura de que el niño sea escuchado considerando su edad y madurez en el caso de fijar una edad para el consentimiento establece la de 10 años *“porque se trata de un acto jurídico de tal envergadura que no se lo puede dejar sujeto al arbitrio del juzgador”* (Kemelmajer, Herrera, Lloveras, 2014, pág. 103). Para la autora este parámetro etario se debe que a la edad de 10 años, el niño ya puede entender el alcance de lo que implica integrarse o incorporarse a otro grupo familiar y

---

<sup>65</sup> Audiencia de fecha 11 de septiembre de 2015. Expediente N 39.064. fojas 625. Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Cuarta circunscripción Judicial.

expresarse en tal sentido sobre todo si consideramos que está en juego el interés superior del mismo.

Así también explica que la edad de 10 años ya había tenido tratamiento en la ley N° 19.134 si bien con respecto a la escucha y no al consentimiento en la adopción como lo es actualmente. Sambrizzi refiere que fijar la edad de 10 años para el consentimiento en la adopción “*es una edad demasiado reducida debiendo haberse fijado una edad un tanto mayor que podría ser de no menos de 13 años, en que el menor pasa a ser adolescente*” (Sambrizzi citado por Kemelmajer, “et al”, 2014, pág. 107). El autor no brinda fundamentos de porque la edad debe ser de 13 años y porque no debe ser a partir de los 10.

Mizhari plantea la escucha al niño en cuanto a su edad y madurez haciendo referencia a lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño en el sentido que no se impone límite de edad al derecho del niño a ser oído ya que la edad no puede determinar la significancia de las opiniones y además porque los niveles de comprensión no van necesariamente unidos de manera uniforme a su edad biológica. Así mismo el autor expresa “*que los niños podrán ser oídos en cualquier forma que se manifiesten en orden al art. 2 de la ley Nacional N°26.061. Esto infiere que los niños pueden manifestarse de distinta manera según su edad y estado madurativo*” (Mizrahi, 2015). Desde ya un niño de corta edad se manifestará a través de otras expresiones si es que con la palabra no puede hacerlo y aquellos que están en condiciones de formarse un juicio propio podrán hacerlo a través del lenguaje hablado Así el autor citando a Dolto considera que:

Es un error estimar que el hecho de que el niño - o el bebé- no posea una técnica expresiva gramatical oral determina su inhabilitación para entender lo que se pretende transmitir mediante la palabra. Es decir que el niño aunque incapaz de expresarse por medio de un lenguaje inteligible para un adulto, oye y comprende lo que este está dispuesto a comunicar (Dolto citado por Mizrahi, 2015, pág. 72).

Scherman después de analizar el derecho a ser oído en distintos institutos del derecho de familia concluye en que es:

esencial definir protocolos de escucha del niño que prevean el conocimiento de los distintos momentos del desarrollo infantil tanto en lo que respecta al área intelectual (adquisiciones lógicas, capacidades y limitaciones). Ello posibilitará acceder y mantener una charla de acuerdo a su edad y también brindar herramientas para los instrumentos propios de la interacción (juego, dibujo, lenguaje propiamente dicho) (Scherman citada por Fernández S, 2015, pág. 2617).

#### 4.2. En relación al contexto tribunalicio:

Cuando decimos que el niño, niña o adolescente tienen derecho a ser oídos en su propio proceso de adopción debemos pensar que el contexto donde se expresa es el de tribunales ya que en todo el proceso interviene el Juez y en otras etapas en forma conjunta lo hace el magistrado con el Órgano Administrativo. La adopción desde ya solo se otorga por sentencia judicial por tanto en este ámbito donde el niño expresa lo que siente, lo que piensa y en donde da su consentimiento para ser acogido por una nueva familia.

Cuando el niño es oído participan en estas instancias asesores, peritos judiciales, personal profesional del Órgano Administrativo Local entre otros, por lo cual son muchas las miradas que se centran en el niño y cada una valora el desenvolvimiento del mismo y sus expresiones en base a su profesión o rol dentro del proceso con la mayor objetividad posible. Magistrado y niño son ejes centrales en estos intercambios entre ser oído y saber escuchar. La autoridad debe tomar contacto directo y personal con el niño. Scherman considera *“que el encuentro entre todos los agentes intervinientes en el proceso debe ser respetuoso desde las características específicas de la infancia, en relación con su desarrollo cognitivo, emocional y moral”* (Scherman, 2015, pág. 2616). En base a las características de los Tribunales el contexto no siempre es el más propicio para favorecer el habla del niño por lo cual la calidez en el trato, el respeto y la confianza hacia el niño pueden llenar estos vacíos que la institución no parece brindar en primera instancia dado su solemnidad.

Mizrahi hace referencia al entorno físico donde tiene lugar la escucha del niño y en este sentido refiere que *“es relevante, por lo que deviene indispensable que el lugar de celebración de la audiencia le resulte al niño o adolescente un ámbito*



*cómodo, seguro, neutral, acogedor, confiable, contenedor y no intimidatorio*” (Mizrahi, 2015, pág. 79). Este criterio ha sido considerado en el art.12 de la Convención y de allí las sugerencias a tener en cuenta cuando se escuche a un niño en audiencias donde se centren sus intereses.

#### 4.3. En relación al modo de dialogar con el niño:

Dialogar con el niño no implica el uso de tecnicismos que no haga más que confundirlo. Con el niño es necesario hablar con claridad no siendo necesario utilizar términos o conceptos escasamente apropiados para un infante si bien es prudente informarlo de aquello que debe saber para poder expresarse en consecuencia.

Mizrahi considera como *“medular que el Juez hable al niño conociendo los detalles de la causa y con plena convicción de que dicho niño va a comprender lo que se le dice”* (Mizrahi, 2015, pág. 78). El vocabulario a emplear con el niño debe ser claro, con preguntas abiertas de modo que si lo desea pueda ampliar y en ningún caso condicionar sus respuestas sino favorecer la expresión libre ya que de este modo exteriorizará su pensamiento sobre los temas que son de su interés y le conciernen. El diálogo debe tener características de informalidad, con un lenguaje sencillo para que el niño se sienta en confianza y darse en un clima de respeto por sus expresiones. El autor citado agrega que la comunicación del Juez con el niño debe ser *“mirándolo a los ojos”, lenguaje coloquial, pocas palabras y simples bien pronunciadas...*” (Mizrahi, 2015, pág. 78)

Cárdenas, Cimadoro, Herscovici y Montes refieren que el derecho a ser oído implica el ejercicio de otro derecho que es el de ser informado y en este sentido manifiestan *“en efecto para que el niño pueda expresarse debe antes habersele dicho donde está, con quien está, por qué está, cual es la finalidad de su presencia, que derechos le asisten, etc.”* (Gil Domínguez, ”et al,” 2007, pág. 444). La comunicación debe ser directa en dos sentidos según los autores citados que: es desde el niño de modo de conocer su opinión sin filtros y desde el Juez en tanto la entrevista debe ser personal y en lo posible sin intermediarios en quienes se delegue la facultad del magistrado (Gil Domínguez, “et al”, 2007, pág. 445).

#### 4. Conclusiones parciales del capítulo

El presente capítulo pretende mostrar en qué grado la legislación, la doctrina y jurisprudencia se han ocupado del derecho del niño a ser oídos que sin duda es vasto. En los criterios jurisprudenciales especialmente se ha tratado de completar cada artículo del CCCN referido a la adopción con un fallo que pueda brindar al lector una visión del modo como resuelven nuestros tribunales con respecto a los niños en estado de adoptabilidad y en base al derecho que nos ocupa en este trabajo. En todos sin excepción, se los ha escuchado dando fiel cumplimiento a los parámetros legales.

El caso testigo revela que los niños efectivamente pudieron expresarse y que si bien las decisiones judiciales no son vinculantes, en este caso en concreto se tomaron medidas para que cada uno de los hermanos pudiera estar donde se sentía a gusto en función del interés superior del niño porque las manifestaciones verbales de los mismos fueron evaluadas y las decisiones fueron adoptadas en función de dicho interés. ¿Podría el juez desconocer el deseo del niño de no quedarse con los pretendidos guardadores porque en realidad no se sentía bien allí? ¿Podría el Juez no considerar la opinión de la niña de quedarse con los guardadores y luego cambiar de idea y querer regresar al lado de su hermano cuando los jueces deben priorizar los lazos fraternos?

Por último las tres variables basadas en doctrina analizadas *ut supra* brindan de manera general que aspectos deben considerarse a la hora de escuchar a un niño, niña o adolescente en un proceso donde se trate su propia adopción. Sin dudas que existen limitaciones en algunos casos donde los niños tienen muy corta edad, capacidad restringida o padecen de alguna incapacidad debiendo en estas circunstancias ser acompañados por representantes letrados y/o Asesoría de Menores e Incapaces. Más allá de ello el contacto directo entre el juez y el niño no debe obviarse por ninguna causa siendo este hecho esencial, pues constituye pensar y obrar en función del interés superior del niño. Saber escucharlo exige del Magistrado conocimiento de las características de la infancia a la vez que el contacto se dé en un clima de cordialidad, libertad y respeto por las opiniones del niño independientemente que las decisiones judiciales sean en consonancia con las mismas. Saber dialogar con el niño permitirá conocerlo con mayor profundidad posibilitando que el mismo se pronuncie con soltura, sin presiones y en total libertad.

## CAPÍTULO V: REGULACIÓN NORMATIVA CONCRETA DEL DERECHO A SER OÍDOS.

En este capítulo se cree necesario, si bien se ha hablado de ello a lo largo del trabajo, presentar la regulación normativa concreta del derecho del niño a ser oído partiendo de la Convención sobre los Derechos del Niño, continuar por lo establecido en la ley N° 26.061 y concluir con lo receptado por el nuevo CCCN.

### 1. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: Art.12.

De mayo a junio de 2009 tiene lugar en la Ciudad de Ginebra el 51° período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño. En esa oportunidad se trata la Observación General N 12: El derecho del Niño a ser escuchado. El texto del art. citado dice lo siguiente:

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derechos de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones de niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo el procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La Observación General N 12 presenta una estructura que permite conocer cuáles son los objetivos del documento; el análisis jurídico que se hace respecto a los dos párrafos del artículo; el análisis literal del mismo; define los ámbitos en que el niño puede ser escuchado; plantea la diferencia entre el derecho a ser escuchado y el derecho a expresarse libremente tomando tres aristas de este término; explica en forma clara y concisa cuáles son las relaciones entre el art. 12 con otros artículos que conforman el cuerpo de la Convención, destacando la complementariedad entre los art. 3 y 12 específicamente.

Además se define el interés superior del niño; se brinda un concepto de madurez; no establece una edad para ser escuchado; se explica en que entorno debe ser escuchado el niño; se menciona la posibilidad que sea representado en conformidad a las normas procedimentales nacionales; como debería ser incluso el ambiente donde el niño pueda hablar; personas presentes; tipo de entrevista o diálogo priorizando la informalidad ; no se acepta un listado de temas en los que el niño debe ser escuchado manteniendo una postura amplia en este sentido; se hace referencia a cinco medidas para garantizar la observancia del derecho tratado; que recursos legales tiene el niño para asegurar el derecho a ser oído en caso que no fuera respetado; las obligaciones de los Estados partes con respecto a la legislación vigente en cada país sea su reformulación o revisión; las principales cuestiones en los que el niño puede ser escuchado y como : en forma individual, grupal, en procesos judiciales o administrativos y en diversas problemáticas; la importancia de considerar lo expresado por el niño para pensar en acciones políticas y sociales, preparar leyes o medidas en beneficio de los niños . También se menciona la escucha en el caso de niños infractores, niño víctima y niño testigo.

La amplitud del artículo 12 es significativa y prácticamente no deja nada al azar con respecto a este derecho. En los dos últimos párrafos destacan las conclusiones.<sup>66</sup>

Dos aspectos se cree conveniente tratar en este apartado: uno es el análisis jurídico que se hace del artículo y otro es la escucha del niño en el proceso de adopción- tomando para ambos temas- como referencia los puntos de vista de la Observación General.

Con relación al análisis jurídico, la Observación destaca la obligación jurídica de los Estados parte de reformular sus leyes, sancionar nuevas o revisar las vigentes de modo de asegurar el ejercicio pleno de este derecho del niño, lo que implica su reconocimiento y consideración para posibilitar que el mismo se exprese en todos aquellos asuntos que lo afectan. El niño puede optar por ejercer o no este derecho pues no supone una obligación para él sino una opción. Situación inversa es en el

---

<sup>66</sup> Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño.CDN, 2009.Recuperado de: [hrlibrary.umm.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment12.html](http://hrlibrary.umm.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment12.html).

caso del Estado a través de sus organismos donde es una obligación considerar al niño con sus opiniones y no es una opción “ dar” las posibilidades para que el niño ejerza este derecho. se reconoce al niño como sujeto de derechos y ello brinda un amplio espectro de posibilidades de ejercicio del derecho tratado.

Con referencia a las cuestiones en las que se exige que el niño sea escuchado la Observación menciona divorcio y separación de sus padres; separación de los padres y formas sustitutas de cuidado, debiendo tenerse en cuenta en estos casos que si el niño es separado de sus padres o familia de origen debe considerarse su opinión en función del principio rector que es el interés superior del mismo. Como las experiencias demuestran que no siempre el niño es escuchado sobre todo cuando se lo destina a Hogares de acogimiento familiar, esto es en nuestro derecho: Hogares Albergues; Hogares sustitutos, Pequeños Hogares o similares como guardas en familias evaluadas según parámetros de programas estatales dedicados a la atención y resguardo de niños, priorizando en la medida de lo posible el contacto con sus padres y familia y las visitas de éstos con el niño mientras permanezca bajo cualesquiera de estas modalidades de protección.

Así como en estas situaciones puede ser escuchado porque en concreto, las decisiones que se tomen lo afectan lo mismo sugiere la Observación General suceda en el caso de la adopción o la kafala del derecho islámico.<sup>67</sup>

La Observación establece que es importante que el niño sea escuchado en alguna de estas alternativas subsidiarias de la familia de origen, teniendo como horizonte en el tratamiento de esta temática el interés superior del niño el cual “no puede determinarse sin tomar en consideración las opiniones del niño”<sup>68</sup>. En función de lo antedicho (...) “se insta a los Estados partes a que brinden toda la información necesaria a los niños sobre los efectos de la adopción garantizando mediante leyes que las opiniones sean escuchadas”<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> La kafalá es una medida de protección, de mantenimiento y educación de niños sin crear vínculos de parentesco. Consultar: Caro Antonio, 2013. *Kafalá y adopción*. Recuperado el 30/05/2017 de [kafalayadopción.blogspot.com.ar](http://kafalayadopción.blogspot.com.ar)

<sup>68</sup> Observación General, 2009, párrafo 56.

<sup>69</sup> Observación General, 2009, párrafo 56 *in fine*.

2. LEY N° 26.061 “PROTECCION INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”.

La ley Nacional N° 26.061 del año 2005 quince años después de dictada la Convención de los Derechos del Niño, viene a aplicar en consonancia con la misma, los compromisos contraídos por nuestro país como Estado parte en la revisión, modificación y adecuación de las leyes internas a los parámetros fundamentales de dicha Convención con el consecuente cambio de paradigma en el tratamiento de los niños y adolescentes en lo que a sus derechos básicos se refiere. La ley trae consigo un cambio cultural y social, no solo jurídico en la visión que se tiene del niño y adolescente quienes dejan de ser objetos de protección para ser considerados sujetos de derechos en un plano de igualdad con los adultos, en lo que se da dado en llamar “*del menor al ciudadano*” utilizándose la noción de ciudadanía en la niñez (Baratta citado por Gil Domínguez, “et al”, 2007, pág. 20).

Con respecto al derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos la ley nacional hace referencia a ello regulándolo en su texto en varios tramos. De este modo al inicio de su texto ya en el art. 3, inciso b) se hace referencia al mismo en directa correlación con el interés superior, definido en el artículo mencionado ya que para saber cuál es su interés es necesario que el niño opine y sea oído por quien corresponda en el ámbito que se exprese. Es importante entonces “*que el niño opine para que su interés superior no se constituya en un acto puramente paternalista*” (Pérez Manrique citado por Gil Domínguez, “et al”, 2007, pág. 94).

El art. 24 de la ley N° 26.061 refiere exclusivamente al derecho de opinar y al derecho a ser oído. A tal efecto dice:

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que le conciernan y en aquellos que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes, entre ellos el ámbito

estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

En el artículo *ut supra* citado se hace referencia al derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le conciernan y que sus opiniones sean tenidas en cuenta según su edad y madurez. Este artículo tiene relación con el art.12 de la Convención que en su párrafo primero se establece la garantía que deben prestar los Estados parte para que los niños opinen libremente en todos aquellos asuntos que los afecten considerándose sus opiniones en función de la edad que tienen y el estado de desarrollo madurativo. También es importante contemplar los ámbitos de aplicación de este derecho sea en la escuela, en el barrio, en otras actividades socializadoras como el deporte, la cultura y la recreación.

Por último el art. 27 de la ley establece las Garantías Mínimas de Procedimiento sean Judiciales o Administrativos y dice lo siguiente:

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.

Este artículo trata del debido proceso y de las bases para el derecho de defensa de niños y adolescentes. Se reitera como en los artículos 3 y 24 el derecho a ser oídos, a considerar su opinión cuando la autoridad arribe a una decisión de donde se infiere que de apartarse de la opinión del niño y de su interés superior deberá estar debidamente fundada. En el art. 27 se establece que el niño puede ser patrocinado por un letrado garantizándosele desde el Estado la designación de un profesional en caso que no posea recursos económicos para afrontar los gastos de su representación. El artículo en análisis remite además a derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos legales a los que la Argentina haya adherido, se destaca su participación activa en el proceso y a recurrir las decisiones que lo afecten.

El derecho de ser escuchado es tan importante en lo que implica la protección de sus derechos que *“la ley ritual debería fulminar con la nulidad toda actuación jurisdiccional que afecte a un niño y en al cual este no haya tenido la debida participación”* (Mizrahi citado por Gil Domínguez, “et al”, 2007, pág. 443 y 444). En consonancia con esta concepción otro jurista agrega que *“(…) No es posible dictar legítimamente una decisión judicial que afecte a los derechos del niño, niña y adolescente sin oírlo previamente”* (Pérez Manrique citado por Gil Domínguez, “et al”, 2007, pág. 444).

Para la efectividad de lo establecido en el presente artículo es necesario que el niño sea informado, que se garantice la intervención real del niño en el proceso, que la entrevista con el niño tenga lugar en un espacio confortable y agradable que lo inste al diálogo resguardando su intimidad. Sobre las condiciones que deben estar dadas para ser oído se ha hablado a lo largo del presente trabajo por lo que sumar otros conceptos sería redundar en la misma temática.

Es importante considerar que al momento de la sanción de la ley N° 26.061 muchas provincias debieron revisar y/o modificar o dictar legislación sobre niñez a fin de dar cabal cumplimiento a lo establecido por la ley nacional. Así por ejemplo la Provincia de Córdoba sanciona en 2007 la ley N° 9396 de adhesión a la ley nacional



Nº 26.061 creando la figura del defensor de Niñez Provincial. En 2001 se sanciona la ley Nº 9944 de Promoción y Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes siendo la vigente en la actualidad. En sus disposiciones Generales el art.3 inciso b plantea el derecho a ser oído cualquiera sea la forma en que se manifieste y que su opinión sea tenida en cuenta, también se menciona el derecho en el art. 4 in fine; en el art.22 incisos b y c. En el Capítulo de Derechos el art.27 establece el derecho a opinar y ser oído, así también el art. 31 incisos a, b y d.<sup>70</sup>

En la Provincia de Mendoza rige la ley Nº 6354<sup>71</sup> de Protección Integral del Niño y el Adolescente desde el año 1995. Consta de 210 artículos y actualmente está en proceso de revisión a fin de modificar partes sustanciales del texto. Esta ley establece el derecho del niño y adolescentes a ser oídos en el art. 9, Capítulo II De los Derechos y Garantías del Niño y Adolescente que dice:

los niños y adolescentes no podrán ser privados de sus derechos sin el debido proceso legal, el cual garantizará el derecho a ser oídos en todo proceso judicial o administrativo que lo afecte y el respeto y dignidad que se les debe como personas en desarrollo.

El decreto Reglamentario Nº 1.644<sup>72</sup> de la ley en cuestión, en su artículo 4 refiere:

que el derecho a ser oído a que se hace referencia en el art .9 se implementará a través de la modalidad que resulte más adecuada en función de la edad, madurez y desarrollo de las facultades del niño, que se expresará en la primera oportunidad, y siempre antes que se adopte cualquier medida que resuelva sobre su situación.

---

<sup>70</sup> El Sistema de protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Recuperado el 23 /03/2017 de: [Colectivoinfancia.org.ar/docs/SPD-Argentina.pdf](http://Colectivoinfancia.org.ar/docs/SPD-Argentina.pdf)

Se puede consultar: ley Nº 9944 Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en la Provincia de Córdoba. Recuperado el 23 /03/2017 de: [Senaf.cba.gov.ar/wp-content/uploads/ley9944.pdf](http://Senaf.cba.gov.ar/wp-content/uploads/ley9944.pdf)

<sup>71</sup> Ley Nº 6354. Protección integral del Niño y el Adolescente. Provincia de Mendoza.

<sup>72</sup> Ministerio de Desarrollo Social y Salud. Decreto Reglamentario N 1644 (Reglamentario de la ley 6354) 1998.Expediente N 50.531-D-98-7730 originado por la Dirección de Niñez y Adolescencia, Ancianidad, Discapacidad y familia. Provincia de Mendoza.

### 3. CODIGO CIVIL y COMERCIAL DE LA NACION: ARTÍCULOS RELACIONADOS.

El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en función de su edad y grado de madurez ha sido receptado por el CCCN luego que la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley Nacional N° 26.061 establecieran este derecho en forma explícita en el art. 12 y art. 3 respectivamente, sin obviar lo hecho por las legislaciones en distintas provincias de nuestro país. En este último caso se menciona en el capítulo siguiente de manera general la situación legislativa de dos Provincias argentinas respecto de este derecho.

La Convención destaca la importancia de este derecho a la par de aquel que establece el de no discriminación, del interés superior del niño y el derecho a la vida y desarrollo. Para ejercerlo se plantean una serie de recomendaciones que deben ser consideradas a la hora de escuchar al niño para que este se exprese de forma más clara y completa a medida que adquiera mayor autonomía. No obstante, aspectos como el lugar de la entrevista con el niño, las personas presentes, la forma de preguntar y el clima que se establezca para favorecer la escucha y expresión son variables que no pueden ser dejadas al azar porque de ello puede depender el éxito y fracaso de la escucha del niño y adolescente.

Debemos así mismo recordar que el niño no está obligado a expresarse si no lo desea ya que para él es una opción ejercer este derecho o no, pero si lo decide, debe dársele la posibilidad de ser escuchado/oído en aquellas situaciones que lo afecten y a que su opinión sea tenida en cuenta antes de tomar decisiones que lo involucren.

En el caso de la adopción por ejemplo, el niño y adolescente tienen amplia participación en cuanto al ejercicio de este derecho hasta el punto de que el niño debe dar su consentimiento para el juicio que establece su adopción fijando la edad de 10 años en este caso, si bien nuestro CCCN no establece una edad determinada en otras instancias siguiendo los lineamientos de la Convención y de la ley N° 26.061 y la edad de 13 años con patrocinio letrado o sin el mismo si desea tomar contacto con su registro donde constan las actuaciones referidas a su adopción, motivos, informes, peritos intervinientes, situación de sus padres, hermanos, datos de la familia ampliada

que constituye una síntesis, una trayectoria de su historia de vida plasmada en documentos judiciales.

En función del derecho que trata este trabajo y su regulación normativa en el CCCN puede decirse que en el libro I, Título I, Persona Humana, Capítulo II: CAPACIDAD, el art. 26 “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad” establece que la:

Persona menor de edad ejerce todos sus derechos a través de sus representantes legales salvo que si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente pueda ejercerlos por sí solo en aquellos actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (...). La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que *le* concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona<sup>73</sup>.

El artículo claramente está planteado en la misma dirección que la Convención y de la Ley N° 26.061. Establece la autonomía progresiva porque va categorizando que pueden o no hacer los niños según su edad y madurez a la vez que el CCCN en su redacción se posiciona en un cambio de paradigma o modelo de abordaje de los niños lejos del conocido como tutelar, distintos al anteriormente establecido con la franja minoril.

En el Título VI, ADOPCIÓN, Capítulo I, Disposiciones Generales, tema relacionado en el presente trabajo con el derecho del niño a ser oído, surge en el art.595 como uno de los principios generales de la adopción. Es la primera vez que se plantean estos principios en el Código que también tuvieron reconocimiento anterior en la Convención que tiene jerarquía constitucional en el art.75 inciso 22.

Con respecto al segundo párrafo de este artículo se destaca que la ley N° 19.134 de 1971 en su “*art. 10 inciso c) disponía la facultad judicial que era escuchar al niño de más de diez años cuando se tratara de su adopción*”<sup>74</sup> pero el hecho de ser una facultad del juez no implicaba obligatoriedad de oír al niño. Es necesario el consentimiento del niño o adolescente en su adopción porque implica un cambio

---

<sup>73</sup> Art.26 del CCCN.

<sup>74</sup> Art. 10, inciso c) de la Ley N° 19.134.

trascendental en su vida ya que infiere un emplazamiento en un estado filial distinto. Ahora bien, si luego de haberse llevado a cabo los pasos prefijados en esta figura jurídica anteriores al juicio de adopción y el niño no diera su consentimiento o las vivencias del niño resultaren inconvenientes o fueren de desagrado y éste lo expresa, debe estarse atentos para evaluar si es posible, un replanteamiento de la situación grupal en cuestión- ya que a esa altura- no es solo el niño, sino también sus guardadores quienes están involucrados por lo cual es necesario trabajar aspectos comunicacionales con la colaboración de un equipo interdisciplinario de apoyo al Magistrado.

En el art. 608 el niño es sujeto de procedimiento que concluye con la declaración judicial de adoptabilidad y *“dispone en el inciso a) que el niño, niña o adolescente pueden intervenir con carácter de parte si tienen edad y grado de madurez suficiente compareciendo con asistencia letrada”*<sup>75</sup>. En esta instancia es importante la presencia de los niños y adolescentes en tanto son ellos quienes han vivido con los guardadores con fines de adopción y pueden expresar y hacerse oír en consecuencia. Es importante la intervención del Organismo administrativo que tiene un papel preponderante en el seguimiento de la situación de los chicos en esta etapa y los parientes de los niños pueden además ser escuchados por el juez. El Ministerio Público asegura el cumplimiento de los pasos procesales en esta institución jurídica e interviene en las audiencias por lo cual no puede obviarse su presencia bajo ningún concepto.

El art. 609 establece las reglas de procedimiento las que son de significativa importancia en tanto por medio de ellas se busca obtener la declaración de adoptabilidad del niño, niña o adolescente. En este sentido y en concordancia con el artículo anterior la regla *“del inciso b) requiere que el niño o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita mantengan con carácter de obligatorio, una entrevista con el juez y sus padres si es que existen”*<sup>76</sup> Se espera que el niño y adolescente puedan expresar sus vivencias diarias con los guardadores y puedan ser

---

<sup>75</sup> Art. 608 del CCCN.

<sup>76</sup> Art.609 del CCCN.

oídos respecto a lo que sienten y piensan en relación a lo que implica ser declarados en estado de adoptabilidad para lo cual deben estar previamente informados.

En el capítulo 4 se hace referencia “al juicio de adopción” y ello implica encontrarnos en los tramos finales del proceso, reiterándose:

“en el inciso b) del artículo 617 que el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según la edad y madurez, aclarándose en el inciso d) que el pretense adoptado mayor de 10 años debe prestar consentimiento expreso”<sup>77</sup>habiéndose explicado acerca de este consentimiento en el párrafo *ut supra* que alude al art. 595.

Se puede agregar que las audiencias entre juez y niños/s son privadas y los expedientes reservados. En este último caso se trata de uno de los principios de los procesos de familia a fin de resguardar la privacidad de las personas involucradas atentos que las temáticas que se tratan en este fuero rozan directamente la intimidad de las personas.

La edad del niño en este caso conlleva la idea que puede dar una opinión habiendo comprendido en que instancia se encuentra, que implica incorporarse a un grupo familiar que no es el de origen, que entiende las causas y ello depende de que haya sido debidamente informado, caso contrario sino comprende, está en condiciones de preguntar.

El art. 626 trata del “apellido” en el caso del hijo por adopción plena estableciéndose:

En el inciso d) que en todos los casos si el adoptado cuenta con la edad y madurez suficiente el juez puede valorar especialmente su opinión. El niño y adolescente opinarán sobre el apellido que llevarán si la adopción es unipersonal para lo cual podrán llevar el apellido simple o compuesto del adoptante; opinarán también en el caso de adopción conjunta y dará su parecer si desea mantener su apellido de origen.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Art.617 del CCCN.

<sup>78</sup> Art.626 del CCCN.

Es importante que se exprese-previa información acorde a las circunstancias- porque el apellido hace a su identidad y a su ubicación social como tal.

También en el caso de la adopción simple el art.627 *“en el inciso d) refiere a que el adoptado puede opinar- según su edad y grado de madurez- sobre la adición o anteponiendo el apellido del adoptante o uno de ellos al de origen”*<sup>79</sup>. En el caso de este tipo de adopción se mantienen los vínculos jurídicos con la familia de origen si bien la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental están en cabeza del adoptante. La necesidad de oír al niño respecto del agregado del apellido del adoptante y la ubicación de ese apellido constituyen aspectos en los que el niño puede opinar según su edad y madurez.

En los artículos 634 y 635 se hace referencia a las nulidades absoluta y relativa respectivamente en el caso de la adopción por haberse violado las disposiciones vigentes respecto de esta institución jurídica. En *“el inciso i) del art.634 el niño debe dar su consentimiento y la falta del mismo a petición del adoptado constituye una de las causas de nulidad”*<sup>80</sup> y del mismo modo *“ocurre en el inciso d) del art.635 donde se hace referencia al derecho del niño, niña o adolescente a ser oído a petición exclusiva del adoptado”*.<sup>81</sup> Si el adoptado formula un pedido de este tipo es que existen razones para hablar y ser oído colaborando de esta forma con el magistrado para la toma de una decisión final debidamente fundada.

#### 4. Conclusiones parciales del capítulo

Este capítulo plantea el derecho del niño, niña y adolescente a ser oídos y tal como está regulado concretamente en estos tres instrumentos legales: CCCN, la Convención sobre los derechos del Niño y Ley Nacional N° 26.061 y además dos legislaciones provinciales brindadas a modo de ejemplo ya que en todo el país las normativas son congruentes no dejando dudas respecto al derecho a ser oído del niño y el respeto que merece como sujeto de derechos en todos los ámbitos donde sea necesario que se exprese y deba ser oído. El art.12 de la Convención se presenta como

---

<sup>79</sup> Art.627 del CCCN.

<sup>80</sup> Art.634 del CCCN.

<sup>81</sup> Art.635 del CCCN.

fundamental y básico para las redacciones posteriores que se han adecuado al mismo en toda su amplitud. En el caso del CCCN se ha explicado el derecho en cuestión en cada uno de los artículos relacionados a la adopción

## **CONCLUSIONES GENERALES**

Para esta instancia final se considera necesario hacer mención al aspecto principal motivo de este trabajo que es el derecho del niño a ser oído. Sin dudas que este derecho conlleva el ejercicio de otros como el de expresión, el de información, el de participación, que han sido reconocidos en instrumentos legales de significativa importancia e incidencia en nuestro derecho vigente. Los doctrinarios en general han sido explícitos y han unificado criterios en admitir que el niño debe ser oído y que los interlocutores deben ser personas especializadas, haciendo hincapié además en los espacios; personas que pueden estar presentes cuando el niño es oído y hasta incluso el rol que el juez debe cumplir en los procesos de familia y por ende en la adopción como uno de ellos.

El derecho del niño a ser oído se plasma en el articulado del CCCN desde *ab initio* de manera explícita cuando al niño según su edad y madurez, en función de la autonomía progresiva se le reconoce su opinión y participación en todas aquellas instancias donde sea importante para él y para el proceso que se trate que el mismo participe. Que este sector etario sea escuchado supone sin lugar a dudas un avance en el reconocimiento del derecho del niño a ser oído, desde la normativa del Código en coincidencia con la ley nacional N° 26.061 y la Convención a la que nuestro país adhiere. En el caso de la adopción en concreto llega con su voz a ser protagonista fundamental en aquellas etapas donde la ley establece su participación ampliándose su derecho a lo largo de este proceso.

Más allá de ello y no obstante los cambios en la ley, lo cierto es que en la mayoría de los casos los niños por si solos no siempre piden hablar con un magistrado, ya sea porque no saben que pueden hacerlo, por temor ante la figura que representa un magistrado en un juzgado, porque el niño no ha sido informado como debiera, porque tiene una errónea concepción del juez, entre otros motivos. Si bien es una opción para el niño, salvo en las prácticas obligatorias para los jueces y marcadas por ley, la escucha del mismo es escasa.

Un aspecto importante a destacar a modo de conclusión es la importancia y alcance que tiene el interés superior del niño. Este principio rector es base, marco y guía toda vez que se trate de niños y adolescentes sea en procesos judiciales o en



cualquier otro en el que participen. Si bien la opinión del niño y la decisión judicial no necesariamente son vinculantes, lo que manifieste la persona menor de edad toda vez que tenga oportunidad de ser oído en un proceso como el de adopción por ejemplo, va a permitir que el Magistrado dicte sentencia en consecuencia o se aparte de lo manifestado por el niño o adolescente. Sea que resuelva en la misma línea de pensamiento del niño o en forma distinta siempre el juez tendrá en miras el principio rector del interés superior del niño. Jurisprudencia, doctrina y legislación dan cuenta de ello.

A fin de hacer de esta escucha una práctica frecuente, no traumatizante sino enriquecedora para la toma de decisiones y un aprendizaje para el niño, se sugieren algunas alternativas que podrían llevarse a cabo, como por ejemplo:

- optimizar el nivel de conocimientos no solo básicos sino amplios de psicología evolutiva (psicología del desarrollo) a fin de contar con un bagaje lo más completo posible sobre esta disciplina. Ello permitirá distinguir modos de escucha de niños de grupos etarios distintos y actuar en consecuencia.
- entrenar a los interlocutores del niño en estrategias para entrevistar a fin de comunicarse óptimamente con los niños. Por el hecho de ser niños el vocabulario debe ser especial no en el sentido de minimizar conceptos sino en buscar las palabras adecuadas, entendibles para que el niño responda en consecuencia.
- El encuadre físico donde se realiza la escucha debe favorecer la comunicación, no limitarla. Por ejemplo: un ambiente distinto al despacho de un juez. Por otro lado suele utilizarse la Cámara Gessel y no necesariamente este instrumento favorece la comunicación, si bien el niño sabe que está siendo observado. ¿No es victimizar? ¿El espejo de la cámara Gessel es un elemento neutro? ¿El hecho que el niño sepa que detrás del mismo hay otras personas no condiciona? Sería más adecuado quizás pensar en un circuito cerrado de televisión quizás antes que una cámara Gessel. Son interrogantes que los expertos en trabajar con niños deberían preguntarse. En cuanto al mobiliario donde

se dialoga con el niño las mesas redondas facilitan la comunicación, ya no hay una mesa por medio que marca distancias, el estar uno al lado del otro favorece el contacto, la mirada y el habla de uno al lado del otro y no frente al otro.

- Los jueces deben saber entrevistar a los niños y por ende deben estar capacitados para ello. Del mismo modo se considera en el caso de los operadores peritos del poder judicial o de otros organismos como en el caso del Órgano Administrativo local ya que el mayor tiempo trabajando con este grupo etario no implica necesariamente mayor formación para entrevistar a los niños.
- Escuchar al niño no es hacerlo hablar, ni inducir inconscientemente sus respuestas, hay que saber de qué se habla, asegurarnos que el niño entiende de que se trata, y qué significa lo que nos quiere decir incluso con sus silencios. Todo ello lo da la preparación en psicología como ciencia auxiliar del derecho o en seminarios de comunicación. Escuchar es saber de qué se habla, que posibilidades tiene el niño para expresarse, hay que tener entrenamiento en entrevistas de distinto tipo y enfocadas en niños, implica una escucha activa y sobre todo un marco de respeto hacia el niño y adolescente en el sentido de saber respetar sus silencios, su negativa para hablar determinados temas y sus tiempos de diálogo.

Adriana Elisabeth Romero

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **DOCTRINA**

ALSTON, P; GILMOUR, B (1997). *El Interés Superior del Niño .Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales.* Buenos Aires. Argentina. Ed: UNICEF.

BELLOF, M. (2006). *Los Derechos del Niño en el sistema Interamericano.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina. Ed: Editores Del Puerto.

BIDART. CAMPOS, G. (2005) *Manual de la Constitución Reformada.* (Ed: 4ta.Reimpresión)Tomo 1. Buenos Aires, Argentina. Ed: Ediar.

BUERES, A (2014) *Código Civil y Comercial de la Nación.* Buenos Aires. Argentina. Ed: hammurabi.

CARAMELO, G; PICASSO, S, y HERRERA, M. (2015). *Código Civil y Comercial comentado.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina. Ed: Infojus.

CARO, A (2013). *Kafala y Adopción,* Recuperado el 30 /05/2017 de: [Kafalayadopcion.blogspot.com.ar](http://Kafalayadopcion.blogspot.com.ar).

FELDMAN, G. (1998) *Los Derechos del Niño,* (Ed.: S/d). Buenos Aires Argentina. Ed: Ciudad Argentina.

FERNANDEZ, A. y ROZAS M. (1992) *Políticas Sociales y Trabajo Social.*( Ed.4ta) Buenos Aires, Argentina. Editorial: Hvmanitas.

FERNANDEZ, S, y otros (2015) *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes,* (Ed: 1ra.reinpresión). Buenos Aires .Argentina Ed.: Abeledo Perrot.

Fundamentos Del Código Civil y Comercial de la Nación (2015).Recuperado de: [www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf](http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf)

GARCES, L. E. (1997), *Tutela y Control.* Colección Investigaciones, Cuadernos de Servicio Social N 2. San Juan. Argentina. Ed: Facultad de Ciencias Sociales

Departamento de Servicio Social. Gabinete de Estudios e Investigaciones en Servicio Social. Colección Investigaciones.

GIL DOMINGUEZ, A, FAMA, M.V. y HERRERA, M (2007) *Ley Nacional de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Comentada, Anotada, Concordada*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

HERNANDEZ SAMPIERI, R. (2006). *Metodología de la Investigación*. (4ta. Ed). México D.F .Ed: McGraw Hill

HERRERA, M. (2015), *Manual de Derecho de las Familias*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina. Ed.: Abeledo Perrot.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A; HERRERA, M y LLOVERAS,N (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo III*. Santa Fé.Argentina.Ed.Rubinzal- Culzoni Editores.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A; MOLINA de JUAN, M, (2015) *La participación del Niño y Adolescente en el proceso judicial*. Recuperado el 25/03/2017 de:colectivoderechofamilia.com/np-content/uploads/2015/12/AKC\_MMJ-la-participacion-del-niño-y-el-adolescente-PDF.Publicado en: RCCyC2015.

MEDINA, G. (1996) *La Adopción*, Buenos Aires. Argentina. Ed: Rubinzal- Culzoni Editores.

MIZRAHI, M (2015) *Responsabilidad Parental*. (1ra. Ed.) Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina Ed.Astrea.

PALACIO, L (2010) *Manual de Derecho Procesal Civil*. (Ed.: Duodécima actualizada). Buenos Aires. Argentina: Abeledo Perrot.

PAPALIA, D; WENDKOS OLDS, S. y DISKIN FELDMAN, R (2009), *Psicología del Desarrollo*; (Ed.: undécima). México D.F. Ed: Mc Graw Hill

PUEBLA, M. (2005). *Democracia y Justicia Penal Juvenil*. Doctrina e Intervención.. San Juan Argentina. Ed: Fundación Universidad San Juan.

RAFFO, P (2014) *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia*. Buenos Aires. Argentina. ID SAIJ: DACF 150751. [www.saij.gob.ar/buscador/jurisprudencia-corte-suprema](http://www.saij.gob.ar/buscador/jurisprudencia-corte-suprema)

YUNGANO, A. (2001) *Derecho de Familia*, (3ra. Ed. Actualizada ) Buenos Aires. Argentina, Ed.: Macchi.

ZICARI, G y FORMAGGINI, M. (2000). *La Familia Adoptiva*, Argentina. Ed: Corregidor. Material de postgrado de abogado especialista en derecho de familia. Año académico 2002. Facultad de derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Psicología Familiar Aplicada. Rosario. Argentina.

### **LEGISLACION**

Ley N° 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación (2014).

Ley N° 26.061. Protección Integral del Niño, Niña y Adolescente.

Ley N° 24.779. Régimen Legal de la Adopción.

Constitución de la Nación Argentina (1994).

Ley N° 23489 de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ley N° 26.413 Registro Civil y Capacidad de las Personas.

Ley N° 6353 de Protección Integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Provincia de Mendoza.

Ley N° 9944 Promoción y Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la provincia de Córdoba.

Decreto Reglamentario N° 1644 de la ley N° 6353 de la Provincia de Mendoza. Ministerio de Desarrollo Social y Salud. Decreto Reglamentario N° 1644 (Reglamentario de la ley N° 6354), 1998, Expediente N 50.531-D-98-7730 originado por la Dirección de Niñez y Adolescencia, Ancianidad, Discapacidad y familia. Provincia de Mendoza

Ley N° 23.413. Registro del estado Civil y Capacidad de las personas. <https://ar.vlex.com/tags/ley-26413-1471749>

Ley N° 26.743. Art.5 Ley de Identidad de Género.

Comité de los Derechos del Niño, Comentario General N° 12. El derecho del Niño a ser escuchado. U.N. Doc. CRC/C/GC/11, 2009). University Of Minnesota. Recuperado de: [hrlibrary.umn.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment12.html](http://hrlibrary.umn.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment12.html)

## **JURISPRUDENCIA**

Cámara de Apelaciones de Familia de la Primera Circunscripción Judicial. Provincia de Mendoza. Expediente: 201/13 (2014) “G Y F Y. Y.M”.

Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Expediente N 1772/16/3F/LH-843/16 (L. C .A. B. POR ADOPTABILIDAD) Sentencia de fecha 07/02/2017 recuperada el día 07/04/2017.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N 3 (Fundación Sur y Otro c. En Honorable Cámara de Senadores de la Nación y Otros s/ amparo ley N° 16.988) Recuperado el 03 de abril de 2017 de Boletín Diario Biblioteca Martín Zapata Provincia de Mendoza. Sentencia de fecha 09 de marzo de 2017. Cita online: AR/JUR/2760/2017.

Poder Judicial de la Provincia de Mendoza.( A.P.A y otros P/ Medida Protección Derechos (ley N° 6354).J:P96425/07.OF.FISCAL 6 .Las Heras. Sentencia de fecha 24 de junio de 2013.Recuperada el 18/09/2016.  
<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=3259351841>

Fallo Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 242 27/04/2012.Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Poder Judicial de la Provincia de Mendoza, Cámara de Apelaciones de Familia.( “DINAF por los niños P.T.V.M. y D. por medida de excepción- Control de Legalidad”).Sentencia de fecha 12 de agosto de 2016. Recuperada el 07/04/2017.  
<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4913784450>

Poder Judicial de la Provincia de Mendoza .Expediente N 25.993/2-999/11. (M.M. y su hijo menor U.S.M. P/ Medida Tutelar). Sentencia de fecha 16/12/2013. Recuperada el 18/09/2016.  
<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=3516901515>

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N 3.( Fundación Sur Argentina y otro c .En Honorable Cámara de Senadores de la Nación y Otros s/ amparo ley N° 16.986). Recuperado el 03/04/2017 de Boletín diario Biblioteca Martín Zapata. Sentencia del 09 de marzo de 2017 Cita online: AR/JUR/2760/2017.

Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Cámara de apelaciones de familia. (OAL P/ A. R. Y M.E. P/ MEDIDA DE EXCEPCION) Sentencia de fecha 27 de octubre de 2014 Recuperada el 10/10/2016.  
<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveídos/vertexto.php?ide=3913547494>

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial. Sala III. Mar del Plata Buenos Aires. (“L. N.A s/ ADOPCION.ACCIONES VINCULADAS”) Sentencia de fecha 07/03/2017. Boletín del 13/03/2017. Recuperada el 15/03/2017 de:  
<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/interno/boletines2/fallo.php?id=28041>.  
Cita online: RCJ1379/17.

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Salta.( Expediente R.M.L. s/ protección de personas) Sentencia de fecha 10/01/2016. Recuperada el 10 /03/2017 Boletín del 22/02/2017. Fallo 27.927.  
<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/biblioteca/inerno/boletines2/fallo.php?id=27927>

Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Cámara de Apelaciones de Familia ( “C. N. E. y S. C. P. E. p/ Medida Tutelar”).Sentencia de fecha 14 de agosto de 2015.Recuperada el 18/09/2016.  
<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveídos/vertexto.php?ide=4305239865>

Primer Juzgado de Familia de la Cuarta Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza. AUTOS N 39.968 (S.V.A Y T.H.S. P/ LA MENOR P.A.M. P/ ADOPCION SIMPLE) Sentencia del 08 de febrero de 2017.Recuperada el 17/04/2017.

Expediente N 39.064/2. “OAL P/ menores A.C y L P/ medida urgente”. Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Cuarta Circunscripción Judicial. Segundo Juzgado de Familia de la Cuarta Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza.

## **DOCUMENTOS ON LINE**

Objetivos del Desarrollo para el Milenio. Recuperado el 25/03/2017 de [:https://www.unicef.org/LAC/ODM\\_Infancia\(24\)PDF](https://www.unicef.org/LAC/ODM_Infancia(24)PDF) .

La Niñez y la Adolescencia. Recuperado el 25/03/2017 de: <https://www.unicef.org/argentina/spanish/clidren.html>.

Por qué es tan difícil adoptar en Argentina.15 de junio de 2013. INFOBAE. Recuperado el 11/03/2017 de: <http://www.infobae.com/2013/06/15/715635-por-que-es-tan-dificil-adoptar-argentina>

Declaración de Ginebra de 1924 adoptada por la Sociedad de Las Naciones como carta de la infancia. Recuperada el 03/03/2017 de: [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion\\_de\\_ginebra\\_de\\_derechos\\_del\\_niño.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_niño.pdf)

Convención sobre los derechos del Niño, 1989, Recuperado con fecha 03 de marzo de 2017 de: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_MNDerechos.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNDerechos.pdf)

El 74 % de los Niños que esperan ser adoptados en la Argentina tienen más de cinco años. Diario La Nación, 2015, Buenos Aires. Recuperado el 11/03/2017 de: <http://www.lanacion.com.ar/1833486-el-74-de-los-ninos-que-esperan-ser-adoptados-tienen-mas-de-cinco-anos>

Regla N 3 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. <https://www.poder-judicial-go-cr/accesoalajusticia/inages/documento/reglas.brasilia.pdf>.

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC -17/2002 Corte Interamericana de Derechos Humanos. [www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

Art. 8.1 Convención Interamericana de Derechos Humanos. [www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3Convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf](http://www.bcnbib.gob.ar/old/tratados/3Convencionamericanasobrederechoshumanos.pdf)

Comité de los Derechos del Niño. <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-observacionesgeneralesdelcomiteDelosDerechosdelNino-WEB.pdf>.



Atención y Educación de la Primera Infancia, 2017.UNESCO. Recuperado de fecha 14/03/2017 de: [www.unesco.org/new/es/education/themes/](http://www.unesco.org/new/es/education/themes/)

## ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

### AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Romero Adriana Elisabeth
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	12.778.528
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	“El Derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en el proceso de adopción desde la perspectiva del Código Civil y Comercial de la Nación”
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	adrianaeromero59@gmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de la Tesis</b> <i>(Marcar SI/NO)<sup>[1]</sup></i>	si
<b>Publicación parcial</b> <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	-----

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

**Lugar y fecha: Tunuyán, Mendoza, 18 de agosto de 2017.**

---

---

**Firma autor-tesista**

---

**Aclaración autor-tesista**

---

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63). Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.