

# **Derecho a la convivencia familiar, proyecto de vida autónomo y derecho de los adolescentes en situación de institucionalización a ser oídos**

Gabriela Carolina Colef<sup>1</sup> y Rocio Antonina Vittorello Longoni<sup>2</sup>

## **Resumen**

El artículo reflexiona acerca de la situación en la que se encuentran los adolescentes institucionalizados, sin familia, y que habiendo ejercido sus derechos a ser oídos, expresaron que no desean ser adoptados, entrecruzándose de este modo el derecho a la convivencia familiar con el derecho al proyecto de vida autónomo. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina exige el consentimiento expreso del pretense adoptado mayor de diez años. Sin embargo, no establece la solución ante la falta de consentimiento. Asimismo, de los datos estadísticos que obran en el Registro de Adoptantes de la Provincia del Chaco surge que no existen personas inscriptas para adoptar adolescentes. La tensión entre los dos derechos mencionados nos compele a encontrar una solución legal. En tal sentido, sostenemos que corresponde al Estado apoyar al adolescente en la elaboración de su proyecto de vida y planificación de su egreso del sistema de protección integral. Existe un vacío legal al respecto. Por ello, nuestra propuesta es que se trabaje desde los tres poderes del Estado en la implementación del Derecho al Proyecto de Vida. El Legislativo, a través de la sanción de la norma adecuada, el Ejecutivo, asignando de modo efectivo recursos para la implementación de políticas públicas destinadas a promover la real autonomía de cada adolescente institucionalizado, y el Poder Judicial, haciendo cumplir la ley.

**Palabras clave:** Derecho a la convivencia familiar, adolescentes en situación de institucionalización, derecho de los adolescentes a ser oídos, proyecto de vida autónomo.

---

<sup>1</sup> Abogada. Profesora Adjunta de la Cátedra de Derecho Civil V de la UCP, en la carrera de Abogacía, dictada en la sede central.

<sup>2</sup> Abogada. Se desempeñó como Adscripta a la Cátedra de Derecho Civil V de la UCP, en la carrera de Abogacía, dictada en la sede central durante el primer cuatrimestre del año 2017.

# **Right to family cohabitation, autonomous life project, and institutionalized, adolescents' right to be heard**

## **Abstract**

The article examines the situation of institutionalized adolescents who have no family and who have exercised their right to be heard to make it clear that they do not want to be adopted. This highlights two seemingly conflicting rights: the right to family cohabitation and autonomous life project. The Civil and Commercial Code requires the express consent of the child adopted who is older than ten years. However, the Code is silent in the event of lack of consent. Additionally, there is no one registered to adopt adolescents in the Register of Adopting Persons of the Province of Chaco. The tension between the two mentioned rights compels us to find a legal solution. In this regard, we maintain that it is up to the State to support the adolescent in the preparation of his life project and to in the planning for his or her exit from the comprehensive protection system. There is a legal vacuum in this regard. Therefore, our proposal is to work from the three branches of the State in the implementation of the Right to a Life Project: Congress, through the sanction of the appropriate norm, the Executive branch, through the allocation of resources for the implementation of public policies destined to promote the autonomy of each institutionalized adolescent, and the Courts, through the enforcement of the law.

**Keywords:** Right to family cohabitation, institutionalized adolescents, adolescents' right to be heard, autonomous life project.

## **I. Introducción**

El objetivo de nuestro trabajo es abordar el entrecruzamiento de los derechos a la convivencia familiar, al proyecto de vida autónomo y a ser oído, que poseen las personas menores de edad entre 13 y 17 años<sup>3</sup>, que viven en hogares del Estado, sin familiares en condiciones de cuidarlos, y que no quieren ser adoptados; o no son encontradas familias adoptivas para ellos por el sistema judicial. Esta tensión de derechos, ¿cómo se resuelve? ¿Son armonizables u opuestos? Y en este último caso, ¿cuál debe primar? ¿Cuál debiera ser el plan de trabajo con el adolescente para garantizarle el goce de sus derechos?

---

<sup>3</sup> En la normativa de la República Argentina la adolescencia es esta franja etaria entre los 13 y los 17 años, y en este trabajo usaremos el término “adolescentes” en este sentido.

La praxis diaria nos obliga constantemente a poner en jaque las normas para conocer si son de utilidad para el ciudadano (en este caso, el adolescente sin familia), para descubrir si lo que está escrito en las leyes es cumplido en la realidad y si los derechos proclamados son efectivamente gozados.

Quienes elaboramos esta ponencia tenemos el privilegio de trabajar en el Ministerio Público de Menores de Edad de la Provincia del Chaco, situada al noreste de la República Argentina. Desde nuestro lugar, somos actores involucrados en la vida de niños, niñas y adolescentes institucionalizados, en tanto forma convivencial alternativa, dispuesta por la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, órgano técnico administrativo encargado de llevar adelante el sistema de protección integral de derechos.

Este órgano administrativo, al detectar una situación de vulnerabilidad de derechos de niños y adolescentes, debe intervenir para su restablecimiento. Este abordaje a veces recorre el camino descrito en la ley que culmina en la adopción de la persona menor de edad. Pero otras veces la realidad supera las previsiones legales, y el discurrir de la vida no puede ser encuadrado en una norma jurídica. En estos casos se impone la necesidad de reflexionar y la de ser creativos en dar respuestas jurídicas humanizadas y adecuadas a las necesidades de los sujetos involucrados.

Bajo esta mirada crítica reflexiva, entendemos que negarse a la adopción como alternativa para garantizar el derecho a la convivencia familiar hace al respeto al proyecto de vida y en estos casos corresponde apoyar al adolescente para elaborar su egreso planificado del sistema de protección integral.

## **II. Desarrollo**

### ***a) La Convención de los Derechos del Niño y su recepción en las leyes nacionales y provinciales***

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>4</sup> fue aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre del año 1989 y por el Senado de la República Argentina mediante Ley N° 23489 el día 27 de septiembre de 1990. En la reforma constitucional de 1994 fue elevada, junto con otros tratados de derechos humanos, al rango constitucional mediante su incorporación en el art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna. De manera que en nuestro país la Convención forma parte integrante de la Constitución y gozan de la misma jerarquía que la

---

<sup>4</sup> En adelante nos referiremos a la misma con la siguiente abreviatura: CDN.

Ley Suprema, como si se tratara de una pirámide con cúspide bifronte. Constitución y Convenciones de Derechos Humanos con jerarquía constitucional forman el bloque constitucional-convencional que irradia sus principios a todas las normas inferiores, que deben conformarse a éstas so pena de inconstitucionalidad.

Por ello, desde 1994 hasta el año 2015 la labor de los operadores jurídicos argentinos fue especialmente ardua en el intento de conciliar<sup>5</sup> los derechos y principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño con la legislación inferior engendrada bajo viejos conceptos de niñez.

La CDN instauró el paradigma de la protección integral de derechos, reconociendo la calidad de sujeto de derechos a las personas menores de edad, consagrando un cúmulo de derechos específicos a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes y revalorizando las políticas públicas como estadio primigenio y más apto para el tratamiento de los problemas relacionados con la niñez y la familia. Este modelo era opuesto a la concepción de las normas por entonces vigentes en la República Argentina: el Código Civil redactado en 1869 por Vélez Sarsfield y la Ley de Patronato N°10903 que databa del año 1919.

El mencionado código definió a las personas menores de edad como sujetos **incapaces** de hecho<sup>6</sup>, sujetos a la representación de sus padres y tutores, mientras que la ley referida los consideró **objetos de protección**, facultando a jueces y miembros del Ministerio Público de Menores a disponer de niños infractores de la ley penal, abandonados y en peligro, poniéndolos en hogares sin las garantías del debido proceso.

Recién en el año 2005 se derogó la Ley de Patronato en nuestro país, y se sancionó una norma conteste con el paradigma de la Convención: la Ley Nacional N°26061 de Protección Integral de Derechos. En ella se recogen las concepciones, principios y derechos internacionales en materia de niñez, ampliándoselos. La ley regula también el funcionamiento del sistema de protección integral<sup>7</sup>. Para ello, crea el órgano administrativo de protección con facultades para tomar medidas ordinarias (de asistencia familiar) y extraordinarias (de separación del niño de su familia) sujetándose al procedimiento previsto en la norma.

Hacia el año 2015, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, se derogó el régimen de la incapacidad de los menores de edad. El principio general

---

<sup>5</sup> Pues la inconstitucionalidad era el remedio último cuando la conciliación no era posible, por la gravedad que el instituto significa para el sistema de derecho.

<sup>6</sup> La incapacidad de ejercicio era absoluta en el caso de menores impúberes (menores de 14 años de edad) y relativa en el caso de menores adultos (mayores de 14 años de edad).

<sup>7</sup> Sucintamente se puede afirmar que consiste en un conjunto de garantías y procedimientos destinados al ejercicio de la mayor cantidad de derechos posibles por parte de los niños, niñas y adolescentes, en todos los ámbitos en que se desarrollen, que deben serles garantizados por la familia, la comunidad y el Estado, en ese orden.

en nuestro país es ahora el reconocimiento de la capacidad para el ejercicio personal de los derechos. De manera que las personas menores de edad son capaces de ejercicio y la incapacidad de obrar es excepcional, cuando no cuenten con el grado de madurez suficiente para el acto en cuestión.

El nuevo código de fondo finalmente se ajusta al sistema de la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes ya previsto en el art. 5 y concordantes de la CDN y 3, inc. d, de la Ley N° 26061. Está específicamente consagrada en el párrafo segundo del art. 26 del CCC, y de allí se irradia e influye otros institutos regulados por el código como la responsabilidad parental, la tutela, la adopción y los principios procesales del proceso de familia.

Propio del federalismo adoptado por Argentina como forma de Estado, las provincias tienen autonomía para darse sus propias autoridades, instituciones y normas siempre que se adecuen a los principios y garantías consagrados en normas de jerarquía superior<sup>8</sup>. Así es que la provincia del Chaco dictó en el año 2012 la Ley N° 7162 que aborda el sistema local de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Esta norma pone en cabeza de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia la ejecución del sistema. En tanto órgano administrativo apropiado, le corresponde llevar adelante las políticas públicas adecuadas para garantizar a los ciudadanos menores de edad de nuestra provincia el pleno goce de sus derechos. La ley provincial replica el sistema de medidas ordinarias y excepcionales regulado en la Ley Nacional, y es orgullosamente receptiva de los derechos y garantías sentados en dicha norma y en la CDN.

### ***b) Relación entre el sistema de protección integral y la adopción***

Del punto desarrollado anteriormente puede advertirse entonces que el sistema de protección integral se rige por una ley especial, mientras que el procedimiento de adopción está regulado en el código de fondo. Pero se relacionan de tal manera que la adopción puede llegar a ser la consecuencia más extrema del sistema de protección integral.

En efecto, cuando un NNA se encuentra en situación de vulnerabilidad de derechos, el órgano administrativo de protección debe intervenir a través de políticas públicas generales o específicas. Tal es el caso de las medidas ordinarias de protección, que son aquellas medidas de acción positivas tendientes a lograr el fortalecimiento familiar, brindando la asistencia

---

<sup>8</sup> Este principio conocido como “supremacía del bloque constitucional-convencional” surge del art. 31 de nuestra Constitución Nacional.

apropiada a los progenitores o demás adultos responsables del cuidado de las personas menores de edad miembros de la familia. Compatibilizando entonces el derecho a la convivencia familiar con la protección especial.

Pero existen otros casos en los que el interés superior del niño exige que no permanezcan en el medio familiar. Ante estos supuestos, el órgano administrativo es el encargado de decidir respecto de la necesidad de separación del NNA de su familia, valiéndose de criterios de oportunidad, mérito y conveniencia. El procedimiento legal para la toma de esas decisiones está determinado en las normativas provinciales –en tanto competencia no delegada al gobierno nacional–, las que deben respetar las garantías del debido proceso. En Chaco, la Ley 7162<sup>9</sup> establece que las medidas excepcionales tienen un plazo máximo de 90 días y son prorrogables por única vez por idéntico período máximo<sup>10</sup>.

Tanto la disposición que adopta la medida excepcional como la prórroga están sujetas al control judicial de legalidad, que se lleva a cabo en un procedimiento especialmente previsto para ello que tiene por finalidad comprobar: a) El agotamiento de las medidas de protección ordinarias sin resultado positivo, o bien, que la gravedad o urgencia del caso justifique el dictado de la medida excepcional; b) La proporcionalidad de la medida adoptada en el caso concreto; y c) La idoneidad de la medida adoptada frente a la situación concreta<sup>11</sup>.

Pero ¿qué sucede cuando ha transcurrido el plazo máximo de 180 de días de institucionalización? Cumplidos todos los plazos legales, sin que la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia haya resuelto las causas que motivaron la medida excepcional de alojamiento en una institución del Estado, el juzgado deberá definir la situación jurídica del NNA. Para ello, el Juez de Familia debe considerar la propuesta efectuada por el órgano administrativo, requiriendo informes y por supuesto garantizando la escucha de la persona menor de edad y demás partes interesadas<sup>12</sup>. Es aquí donde el sistema de protección integral *puede* ensamblarse con la institución de la adopción. En este "ensamble" se produce el entrecruzamiento de derechos objeto de análisis en esta ponencia.

### ***c) Derecho a la convivencia familiar***

---

<sup>9</sup> Es importante resaltar que se puede acceder a la normativa nacional y también links hacia los sitios de las legislaturas provinciales, a través de la página web de InfoLEG: [www.infoleg.gob.ar](http://www.infoleg.gob.ar) que contiene información fiable y actualizada legislativa y documental de la República Argentina.

<sup>10</sup> Confrontar art. 31 de la ley 7162 del Chaco.

<sup>11</sup> Ver art. 49 Ley 7162.

<sup>12</sup> El seguimiento judicial de la medida excepcional y la eventual necesidad de definición de la situación jurídica de la persona menor de edad se abordan en el art. 52 de la Ley 7162.

En Argentina, el derecho a convivir en familia está consagrado en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional: artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; art. 23 y 24, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y arts. 5, 9, 10, 11, 18, 20 y 21 de la Convención sobre los derechos del niño, y sexto párrafo de su Preámbulo. Como así también en el ámbito nacional a través de la ley 26061 y su Decreto N°415/2006. Y en el orden de la provincia del Chaco, en la Constitución local (artículo 35), y ley N° 7162.

Comprende el derecho conocer a los padres, ser criado por ellos y a no ser separado de la familia de origen por cuestiones económicas. Entonces es acertado concluir que el derecho a la convivencia familiar se satisface en principio en la familia biológica. Por ello la familia merece protección adecuada, en tanto grupo fundamental de la sociedad, cédula de la misma. De ahí el reconocimiento del derecho a la asistencia a los progenitores, para permitirles cumplir adecuadamente sus funciones de cuidado y protección.

Pero como ningún derecho es absoluto, la convivencia y la intimidad familiar tampoco lo son. Si se detectan causas que impiden el desarrollo adecuado del niño en el seno de su familia de origen, el Estado tiene la responsabilidad de disponer programas aptos para su superación. Si fracasan estas medidas tendientes al fortalecimiento familiar, el derecho a la vida familiar subsiste y la adopción aparece como un instituto adecuado para dotar al NNA de un núcleo familiar idóneo para su desarrollo. Pues es la familia –biológica o adoptiva– el ámbito primordial donde los NNA satisfacen más acabadamente sus derechos.

En este sentido, el Código Civil y Comercial Argentino ha previsto que cuando se venza el plazo máximo de 180 días de la medida excepcional, sin que se hayan podido revertir las causas que motivaron la separación del NNA de su familia de origen o ampliada, puede ser resuelta su situación de adoptabilidad<sup>13</sup>.

La declaración de adoptabilidad es un procedimiento en el que se dilucida si se han agotado todas las medidas posibles para garantizar la convivencia familiar biológica, si es conveniente la permanencia o insistencia en esa familia. Es que el trabajo de fortalecimiento familiar no debiera extenderse *sine die*, pues ello colisiona con el derecho del niño a no permanecer alojado más tiempo que el estrictamente necesario.

---

<sup>13</sup> Los supuestos que habilitan a la declaración de adoptabilidad son abordados por el art. 607 del Código de fondo. Analizamos aquí el supuesto previsto en el inc. c).

El procedimiento de declaración de adoptabilidad está previsto resolverse en 90 días como máximo, como manifestación de las intenciones del legislador argentino para cumplir con las exigencias de asumir diligencia y celeridad excepcionales para resolver cuestiones que involucran a personas menores de edad, señalamiento que fue efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al condenar a nuestro país en los Casos Fornerón y Furlan<sup>14</sup>.

La adoptabilidad establece el desamparo en sentido jurídico en un proceso que se dilucida conforme las reglas del debido proceso y le da participación a todos los sujetos intervinientes: el niño, niña o adolescente, sus padres u otros representantes legales, el órgano administrativo de protección y el Ministerio Público. Incluso se escuchará a parientes y otros referentes afectivos, pues la adoptabilidad puede no ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste<sup>15</sup>.

En la misma sentencia que declara la adoptabilidad se comienza la búsqueda de familia adoptiva, mandando a pedir al Registro Centralizado de Adoptantes legajos de aspirantes inscriptos acordes a las necesidades y perfiles del niño. Es que en la adopción el centro gravitacional de esta institución jurídica es la persona menor de edad, y se erige como un medio jurídico para dotar de una familia idónea a un niño o adolescente declarado en situación de adoptabilidad, y así garantizar su derecho a la convivencia familiar. Y no a la inversa: no es pues, un medio de provisión de niños a familias que carecen de descendencia. De ahí el carácter social y el interés público en el instituto.

El ensamble jurídico entre el sistema de protección y el instituto de la adopción parece ideal: fracasado el sistema de protección, el derecho a la convivencia familiar se garantiza a través de la adopción, la tutela o la guarda a un pariente. Pero no siempre sucederá así. Quienes somos parte del sistema de protección y del judicial sabemos que no todo niño declarado en situación de adoptabilidad encuentra familia adoptiva, a veces porque el vínculo que se pretende construir en la guarda preadoptiva se frustra. Otras veces el sistema falla mucho antes: en la búsqueda de aspirantes a guarda con fines de adopción que sean acordes a las características y necesidades del NNA. Cosa que sucede muy a menudo cuando los niños

---

<sup>14</sup> Ambos disponibles en el portal web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/>

<sup>15</sup> El solo hecho de que algún familiar se interese por asumir el cuidado del niño es insuficiente para paralizar el procedimiento de declaración de adoptabilidad, pues lo relevante es analizar si constituye o no un recurso hábil, el interés superior del niño hace que no se deba admitir como tal. Quedará además la posibilidad de declarar la adoptabilidad y posterior adopción, manteniendo el vínculo de parentesco. Toda vez que los nuevos tipos adoptivos regulados en el Código Civil y Comercial permitirán flexibilizar los efectos de los efectos del instituto cuando ello sea al mejor interés del menor de edad involucrado.



en situación de adoptabilidad superan la primera infancia, se trata de grupos de hermanos o padecen alguna discapacidad. A lo que debemos agregar, cuando el menor de edad se niega a ser adoptado o no presta su consentimiento expreso.

Por lo general, la posibilidad de ser ahijado en una familia adoptiva es inversamente proporcional a la edad de la persona menor de edad involucrada. En Chaco sólo el 11 % de inscriptos en el Registro Centralizados de Adoptantes de la Provincia busca ahijar niños mayores de 7 años<sup>16</sup>. Asimismo, conforme la nómina mensual de inscripción al mes de agosto del año en curso, sólo 4 aspirantes aceptan hasta 10 años de edad, no existiendo ningún inscripto para la franja etaria de adolescentes. Mientras que hay ... NNA institucionalizados en la ciudad de Resistencia, de los cuales sólo el ... % tiene declaración de adoptabilidad y oscila entre las edades de ... a ... años de edad<sup>17</sup>.

#### ***d) Derecho a ser oído***

El derecho a ser oído fue incorporado explícitamente al derecho argentino a través de la Convención sobre los Derechos del Niño que lo consagra en el art. 12. Debe ser interpretado como una garantía al debido proceso, adecuada a su capacidad evolutiva.

En sentido amplio nos referimos a la participación del niño y del adolescente, la que en un proceso judicial puede abarcar dos aspectos: la posibilidad de opinar sobre las cuestiones que le interesan, a que las mismas sean tenidas en cuenta y la posibilidad de ejercer su defensa técnica.

La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño efectúa el análisis exhaustivo de este derecho al que propone denominarlo “derecho a ser escuchado”. Interpreta que su ejercicio no puede ser válidamente limitado a ciertas edades; ser oído no es para el niño una obligación sino una facultad, la capacidad del niño y adolescente para formarse una opinión propia debe presumirse; es una garantía de procedimiento abarcativa de todos los ámbitos que lo involucren (familiar, escolar, sanitario, judicial, administrativo, etc.); para ejercer adecuadamente este derecho el NNA debe ser informado sobre la existencia del mismo

---

<sup>16</sup> Los datos referidos son reales, fueron proporcionados por el Registro Centralizado de Adoptantes de la Provincia del Chaco actualizados al día 28 de septiembre del año 2016, estadística que fue confeccionada con la mayor predisposición por sus autoridades para cumplir con las expectativas de este trabajo y a quienes hacemos público agradecimiento por la colaboración prestada. El análisis completo de los datos se encuentra disponible para el lector en los anexos de este trabajo.

<sup>17</sup> Nótese que en nuestra provincia el órgano administrativo no lleva ningún registro de niños, niñas y adolescentes en situación de institucionalización, por ello los datos que aquí se ventilan sólo reunidos para la ciudad de Resistencia.

y cómo puede ejercerlo; también debe explicarse al menor de edad cómo han influido sus manifestaciones en la resolución de la cuestión.

El derecho a ser oído también tiene consagración en la normativa nacional, a través del art. 24 de la Ley N° 26061. Incluso el Código Civil y Comercial de la Nación lo recepta de manera general al regular los principios procesales que inspiran el proceso de familia<sup>18</sup> y de manera particular al regular cuestiones relativas a la capacidad de las personas menores de edad, la responsabilidad parental, la tutela, las restricciones a la capacidad por cuestiones de salud mental e inclusive la adopción.

La relevancia de la opinión de la persona menor de edad tiene trascendencia jurídica tal que el Código de fondo ha previsto que el niño, niña o adolescente mayor de diez años de edad debe *consentir en forma expresa* su adopción<sup>19</sup>. Este supuesto se refiere específicamente al rechazo o aceptación de la pretensión adoptiva planteada en el expediente de adopción. Estos casos implicarían que se ha frustrado la construcción del vínculo pretendido por la guarda preadoptiva, habilitando a la persona menor de edad que ha alcanzado la edad prevista a oponerse a la construcción del vínculo con el/los adoptante/s implicado/s, lo que habilitaría una nueva búsqueda de aspirantes inscriptos y un nuevo intento de guarda preadoptiva.

Sin embargo, en la praxis diaria hemos registrado casos en los que la persona menor de edad no quiere incorporarse en una familia adoptiva. En Argentina no existe previsión legal alguna sobre qué debemos hacer los operadores del sistema cuando ello sucede. El vacío legal también desconcierta en cuanto a qué hacer cuando pese a querer ser ahijado en una familia adoptiva, no se encuentran persona/s alguna/s dispuesta/s a asumir su cuidado (por ejemplo, por haber ingresado al sistema de protección integral de derechos y ser declarados en adoptabilidad transcurriendo su adolescencia, superando ampliamente su edad la expectativa adoptiva de los inscriptos en los registros). En este último caso, comprendiendo el carácter instrumental de la inscripción en los Registros de Aspirantes a Guardas con Fines de Adopción, se realizan convocatorias públicas para incluir en las evaluaciones a personas que

---

<sup>18</sup> El derecho a ser oídos y a la participación está consagrado en el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<sup>19</sup> “**Art. 617 del Código Civil y Comercial de la Nación:** Reglas del procedimiento. Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas:

- a) son parte los pretendos adoptantes y el pretense adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;
- b) el juez debe oír personalmente al pretense adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;
- c) debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo;
- d) el pretense adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso;
- e) las audiencias son privadas y el expediente, reservado.”

sin estar inscriptas manifiesten su deseo e idoneidad para ahijar a un NNNA en situación de adoptabilidad. No siempre se obtienen los resultados esperados. Es en estos casos donde entra en juego el análisis del derecho referido a continuación.

### *e) Derecho al respeto al proyecto de vida autónomo*

El derecho al proyecto de vida autónomo es manifestación del derecho a la autodeterminación también llamada capacidad progresiva, que fue introducida también en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es que en la lógica de la Convención el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas menores de edad no sería más que una proclamación vacía si no se les reconoce además el ejercicio personal de sus derechos. El respeto de la personalidad de los NNA supone fomentar su participación activa en su propio proceso formativo. La niñez y la adolescencia son etapas biológicas llamadas a terminar con la adultez, que trae consigo el reconocimiento de la plena capacidad jurídica. A ser adultos en sentido jurídico se llega con el cumplimiento de la mayoría de edad: en Argentina a los 18 años de edad<sup>20</sup>. Pero en los hechos convertirse en adulto es un proceso que se desarrolla durante toda la niñez y la adolescencia, período durante los cuales se aprehende de a poco a ser responsables de uno mismo. Los niños, niñas y adolescentes no pueden ser válidamente abstraídos de las cuestiones relativas a su propia vida, deben ser protagonistas<sup>21</sup>. De manera que en tanto portadores de dignidad y libertad ínsitas del ser humano, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a forjar proyectos de vida acordes a su personalidad y en pos de su realización personal.

Sumado a ello, no debe perderse de vista que el paradigma de la protección integral de derechos instaurado por la CDN estableció un sistema de responsabilidades a cargo de la familia, la comunidad y el Estado (en ese orden). Por tanto, los derechos a crecer, a capacitarse, a ganar autonomía y finalmente autovalerse, son también derechos que la persona menor de edad puede hacer valer frente a esa tríada de obligados.

---

<sup>20</sup> “**Art. 25 del Código Civil y Comercial:** Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años”. Aunque ya la Ley 26579 del año 2009 había reducido la edad en la que se alcanzaba la mayoría de edad de 21 en el Código Velezano, a 18 años.

<sup>21</sup> Un ejemplo de protagonismo del NNA en su propia vida que tiene previsión normativa en nuestro sistema jurídico es el derecho a la identidad de género, regulado en la Ley N° 26.743, la cual pretendió entre otras cuestiones la des-heteronomía para que la rectificación registral del sexo dependa únicamente de autopercepción de la identidad, sin necesidad de autorización judicial. En el caso de que se trate de niñas, niños y adolescentes, el reconocimiento de los derechos consagrados en la norma, no está sujeto a condicionamientos de edad. Al respecto la Comunidad Homosexual Argentina (CHA) ha elaborado una opinión técnica que indica cómo la identidad autopercebida de los niños se manifiesta desde muy temprana edad: aproximadamente a los 2 años. Por lo que corresponderá a los padres acompañar el proceso de sus hijos, siendo sus voceros, sin posibilidad válida de oponerse, a lo que la persona menor de edad autopercebe de sí misma.

Sin embargo, en Argentina, no existe ni en el Código Civil y Comercial de la Nación como tampoco en las Leyes de Protección Integral de Derechos, propuestas de trabajo para garantizar a los NNA el goce de su derecho a la autodeterminación en el proyecto de vida cuando encontrándose en condiciones de ser declarados en adoptabilidad, no desean incluirse en una familia adoptiva. La omisión no es menor, pues si bien el derecho a la convivencia familiar es importante, no es el único derecho que se deba tener en cuenta. Es aquí donde nuestra hipótesis elaborada al comienzo de este trabajo entra en juego: *Negarse a ser incluido en una familia adoptiva como alternativa para garantizar a una persona menor de edad en situación de adoptabilidad el derecho a la convivencia familiar hace al respeto al proyecto de vida y en estos casos corresponde apoyar al adolescente para elaborar su egreso planificado del sistema de protección integral.*

Apoyar el proyecto de vida autónomo del adolescente se encontraría dentro de las medidas de acción positivas reconocidas en el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 75, inc. 23, de la Constitución de la Nación Argentina, y art. 29 de la Ley Nacional N°26061. Es que cuando un Estado reconoce derechos no sólo debe abstenerse de interferir u obstaculizarlos (obligación negativa), sino que está obligado a adoptar medidas de promoción apropiadas para garantizar el goce efectivo de los derechos (obligación positiva).

Las medidas de acción positivas tienden justamente a sopesar la desigualdad de oportunidades, de manera que es razonable sostener que el NNA en situación de acogimiento en instituciones del Estado tiene derecho a acceder a iguales oportunidades que aquellos que crecen en el seno de una familia, donde se preparan para la vida adulta.

En esta instancia es necesario hacer una salvedad. No creemos que lo mejor para los niños y adolescentes sea crecer en un Hogar del Estado. El derecho a la convivencia familiar sigue siendo primordial. Pero ¿qué objeto tendría imponer este camino de manera apriorística como si fuera apropiado a todos por igual? Una guarda preadoptiva otorgada en contra de su opinión estaría condenada al fracaso y supondría el retorno al patronato, donde el juez disponía de las personas menores de edad como si fueran objetos de protección, violando así el principio de progresividad en el reconocimiento y goce de los derechos humanos de los NNA.

Abonando esta cuestión, la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño establece que el interés superior del niño se establece en consulta con éste. Entonces, más allá de que la persona menor de edad haya alcanzado o no la edad legal para consentir su propia adopción (en Argentina: 10 años de edad), entendemos que no se puede llegar a una

guarda preadoptiva hasta contar con su opinión favorable respecto de incluirse en una familia, so pena de violar su interés superior.

Esto sin perjuicio de que, en ciertos casos, mientras se respete la posición de la persona menor de edad respecto al instituto de la adopción, también se garantice su derecho a acceder a acompañamiento terapéutico que permita desterrar miedos y prejuicios que fundamenten esa negativa, para deconstruir esa posición echando luz a los intereses y necesidades que bajo ella se esconden<sup>22</sup>. Tiempo durante el cual, insistimos, tendrá derecho también a desarrollar su proyecto vida.

### **III. Conclusiones**

El sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, originado en la CDN, se encuentra actualmente consagrado en el orden legislativo nacional argentino en la Ley 26061 y el nuevo Código Civil y Comercial. Y, en el ámbito de la provincia del Chaco, mediante la Ley 7162.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina recepta el principio de la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes, que influye directamente en el instituto de la adopción.

Asimismo, la adopción se relaciona con el Sistema de Protección Integral de Derechos de las personas menores de edad, puesto que una vez vencidos los plazos legales para que el niño o adolescente que fue apartado de su familia regrese a la misma, sin que esto sea posible, corresponde definir su situación jurídica a través de la declaración de adoptabilidad del mismo.

El derecho del niño/adolescente a la convivencia familiar es uno de los tantos derechos humanos de los que son titulares las personas menores de edad, y en caso de que ello no sea posible, sólo sobre la base de la escucha de su opinión, y tratándose de adolescentes, contando con su consentimiento expreso, puede avanzarse hacia su adopción.

Las estadísticas del Registro de Adoptantes del Chaco revelan que los adolescentes con declaración de adoptabilidad no tienen posibilidades de incorporarse a familias adoptivas por falta de adoptantes inscriptos a tal fin, además de que existen en la provincia numerosos casos de adolescentes declarados en adoptabilidad.

---

<sup>22</sup> Nos valemos aquí de nociones aprendidas en la Teoría la Negociación de Harvard, donde la posición es lo que decimos querer y se distingue tanto de lo que deseamos (el interés) como de lo que verdaderamente necesitamos (necesidad insatisfecha).

Ante tal tensión de derechos (a vivir en familia y a expresar la opinión del adolescente de no querer ser adoptado), como así también de las casi nulas posibilidades de encontrar adoptantes (ya sea inscriptos o por convocatoria pública del Registro), cobra fundamental importancia el respeto al proyecto de vida autónomo del adolescente.

Entendemos que “negarse el adolescente a su adopción como alternativa para garantizar su derecho a la convivencia familiar, hace al respeto a su proyecto de vida, y en estos casos corresponde apoyarlo para elaborar su egreso planificado del sistema de protección integral”.

Existe un vacío legal en relación a la regulación del derecho al proyecto de vida autónomo, en virtud de lo cual proponemos que se trabaje arduamente a nivel provincial, y a través de los tres poderes del Estado, en su desarrollo e implementación. Correspondiéndole al Poder Legislativo, sancionar la norma adecuada; al Ejecutivo, asignar de modo efectivo recursos para la implementación de políticas públicas destinadas a promover la real autonomía de cada adolescente institucionalizado; y al Poder Judicial, hacer cumplir la ley. Nuestra propuesta aspira a la mejora progresiva del sistema de protección integral de derechos en pos de una mirada garantista, inclusiva y universal de derechos humanos.

#### **IV. Bibliografía**

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Libro Segundo (Relaciones de Familia). Artículos 401 a 723, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, disponible para descargar on line en <http://www.saij.gob.ar/ediciones/libros/codigo-civil-y-comercial-comentado>.

Comentarios a Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, dirigido por Julio César Rivera. Editorial Abeledo Perrot, 2012.

Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo (2011), “Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias”. En *Revista de Derecho de Familia*, Nro. 51, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.

Belof, Mary (2012), *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y Anotada*, 1ªed., Buenos Aires, La Ley.

Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa (2006), *Derecho Constitucional de Familia*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar.

Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa (2007), *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Derecho Constitucional de Familia – Comentada, Anotada y Concordada*, Buenos Aires, Ediar.

Información Legislativa y Documental de la República Argentina puede ser consultada on line en <http://www.infoleg.gob.ar/>, con acceso a las legislaturas de los gobiernos provinciales.

Informe Anual de Actividades de Argentina para UNICEF 2015 disponible on line en <https://www.unicef.org.ar/informe2015/>.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todas disponibles on line en: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala del 19 de noviembre de 1999. Fondo.

Caso Forneron E Hija Vs. Argentina del 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

Caso Furlan Y Familiares Vs. Argentina del 31 de agosto de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, disponible on line en <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

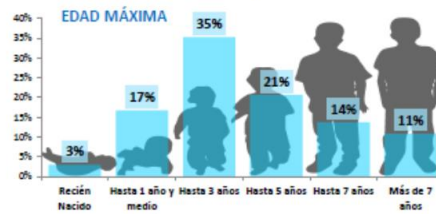
Fernández, Silvia Eugenia (directora) (2015), *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Tomo I, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

# V. Anexos

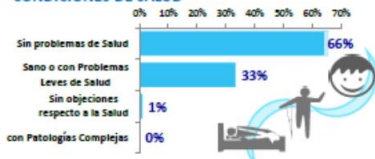
## REGISTRO CENTRALIZADO DE ADOPTANTES

### ASPIRACIONES EN LA DISPONIBILIDAD ADOPTIVA

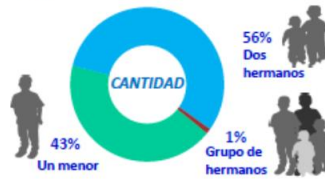
EDAD MÁXIMA	Cantidad	%
Recién Nacido	3	3%
Hasta 1 año y medio	17	17%
Hasta 3 años	36	35%
Hasta 5 años	21	21%
Hasta 7 años	14	14%
Más de 7 años	11	11%



### CONDICIONES DE SALUD

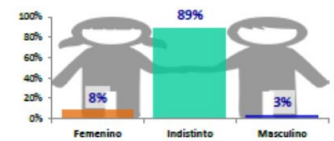
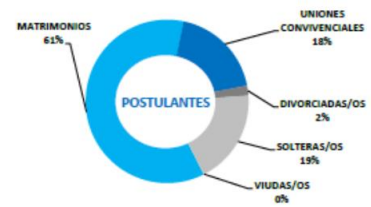


CONDICIONES DE SALUD	Cantidad	%
Sin problemas de Salud	67	66%
Sano o con Problemas Leves de Salud	34	33%
Sin objeciones respecto a la Salud	1	1%
con Patologías Complejas	0	0%



HERMANOS	Cantidad	%
Un Menor	44	43%
2 Hermanos	57	56%
3 o más Hermanos	1	1%

## 102 ASPIRANTES INSCRIPTOS



SEXO	Cantidad	%
Femenino	8	8%
Indistinto	91	89%
Masculino	3	3%

Fuente: Estadísticas remitidas mensualmente a la Secretaría de Superintendencia, e información proporcionada por Funcionarios de la Sala Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia el 31/08/2016.