

IMPLICANCIAS DE LA PARTICIPACION DEL NIÑO

EN SU PROCESO DE ADOPCION: UNA MIRADA PSI - JURIDICA

Autora: Dra. Rosa Lucia Cabral con la colaboración de Lic. Fabiana Isa.-

I.- ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS.

El sentido de esta presentación es brindar un aporte interdisciplinario que de cuenta de la complejidad y de los alcances que las reformas jurídicas tienen en la vida de las personas afectadas por estas, en especial los niños.

Intentamos proponer un análisis de la implicancia del consentimiento obligatorio de los niños mayores de diez años. La temática planteada se interrelaciona y esta profundamente interconectada con numerosas cuestiones, ello si contemplamos al sujeto en su integralidad, desde la dimensión y el impacto de las modificaciones legales en la subjetividad de la personas.

A partir de la Convención de los Derechos del Niño se fue instaurando un nuevo paradigma de actuación frente a situaciones en las que los niños estaban involucrados, específicamente en los temas relacionados con el derechos de familia se propicio el denominado fenómeno de “*Constitucionalización del derecho de familia*”. Es este proceso, el cual creemos que continua en una dinámica y profunda trasformación y definición de contenidos, se va estructurando una nueva perspectiva, signada por la internacionalización de los derechos humano y como consecuencia de ello una mirada de integral de la familia.

Nos encontramos en un sistema de normas que se interrelaciona con otras, en el orden interno e internacional, lo que conlleva una repercusión, trasformación y un profundo impacto en las estructuras, en las practicas y en las vidas de las personas.

Esta legalidad fue originada luego de la reforma del artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna, donde se instaura el llamado “*bloque federal de constitucionalidad*”.

Consecuentemente esta protección que se brinda a las personas y no a los institutos es el canal que permite avanzar en el diseño de un Derecho de familia más humano y respetuoso de la tolerancia, libertad, igualdad y participación.

Para plantear la hipótesis de trabajo en primer lugar partimos de la idea central del niño como sujeto, como titular de todos los derechos que corresponden a todas las personas, más

derechos específicos por encontrarse en una etapa de la vida de crecimiento. ¹ “...son -como debían haberlo sido siempre- sujetos de derechos ya que son personas y de su propia dignidad de tales derivan sus derechos y deberes en la convivencia social... (...) Solo por su edad – y no por otra razón que suponga una verdadera capitis diminutio-, merecen la tutela y protección de la ley.”²

Introduciendo las maravillosas palabras del Dr. Baratta cuando sostiene “Las oportunidades de refundación democrática de nuestra sociedad, están en larga medida en la capacidad de introducir en el proceso de refundación este principio constituyente de la niñez como ciudadanía. No se trata, sin embargo, de emancipar solamente a los niños. Se trata sobre todo, de modificar esencialmente el pacto social, rescatando, nosotros los adultos, a través del respeto hacia los niños nuestra niñez reprimida, nuestra vinculación cortada con el tiempo de la cultura, nuestra memoria histórica para poder ser más capaces de futuro. Para que el futuro, en lo posible, se convierta en más real que el presente...”³

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “García Méndez, Emilio y otros”, causa nro. 7535, se refiere al niño como un sujeto pleno de derechos, que transita un todavía incompleto desarrollo madurativo, proceso natural de construcción de su aparato físico, psíquico y emocional, como así también la absorción de principios valores y normas que hacen a la convivencia y desarrollo pacífico de la vida de una sociedad democrática.⁴

Ahora bien, cada vez que se reconoce un derecho en la normativa legal de infancia, se lo limita por diversas razones, teniendo en cuenta la noción de madurez, capacidad para formarse un juicio propio, desarrollo emocional o interés superior del niño. El sentido del reconocimiento es su máxima satisfacción pero la disyuntiva de resolver es cómo se compatibiliza el ejercicio de unos derechos con la etapa de crecimiento que un niño se encuentra atravesando. Así, protección integral significa protección de derechos e interés superior del niño significa satisfacción de sus derechos, el conflicto es “cómo y cuándo”.

II. NIÑO CIUDADANO.

Al concebir al niño como sujeto de derecho surge como consecuencia de ello que es “parte” del procedimiento judicial donde se tramita la declaración de estado de adoptabilidad y

¹ Cf. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002.

² Consideración sobre la incidencia de la Convención sobre los derechos de los niños en Uruguay. Jorge A. Marbotto. Justicia y Derechos del niño, Volumen 3, Unicef.

³ BARATTA, Alessandro; “La niñez como arqueología del futuro”, en El Derecho y los chicos, María del Carmen Bianchi (compiladora), Buenos Aires, Espacio Editorial, 1995, p. 21.

⁴ (1) “García Méndez .Emilio y Otro. s/causa nro. 7537”.Corte Suprema Justicia Nación S.C.G. 147. LXIV .

posteriormente la adopción, extremo contenido en el Anteproyecto en correlato con el artículo 21 de la CDN.^{5 6}

En esta línea de ideas es que de lo dicho precedentemente, en el caso de los niños, gravita una participación diferente a la de los adultos. No sería lógico pensar que este reconocimiento, como partes del proceso, puede llevarnos a sostener que los niños participan de igual forma en que una persona adulta, desoyendo toda la especificidad normativa a su respecto.⁷ La normativa de infancia creemos que no pretende que los Estados reconozcan al niño como sujeto de derecho y como consecuencia de ello lo traten como un adulto. Si se tratara de algo semejante sería la peor pesadilla realizada.⁸

Como sostiene la Dra., Mary Beloff en su trabajo *“Defensa pública de acceso a la justicia”*, del Ministerio Público de la Defensa, página 373 *“... el paternalismo del modelo tutelar clásico no estaba justificado por que privaba a los niños de las garantías fundamentales, pero la alternativa en el derecho internacional de los derechos humanos no es un enfoque liberal que haga cuenta que los niños son adultos.”*⁹ *El derecho internacional de los derechos humanos asume un Estado con intensos deberes de prestaciones positivas hacia la niñez. En definitiva, cuales son entonces los deberes de prestaciones positivas tienen respecto a la infancia y sus límites se tienen que auto-imponer, cuando cumplen con esas prestaciones positivas fueron preguntas que condujeron, originalmente, la Opinión Consultiva n°17.”*

Este trato diferenciado se ha desarrollado en la Opinión Consultiva 17¹⁰ la Corte en cuanto al trato diferente es que ha desarrollado el concepto establecido que *“no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”*. En el mismo documento establece que la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en que *“los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”*, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando *“carece de*

⁵ el art. 21 de CDN dispone “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario

⁶ Artículo 608. Anteproyecto del Código Civil.

⁷ Como así ocurrió con el Fallo “Gault” de la Corte Suprema de Justicia de EEUU. Los niños no son adultos y es por ellos que se ha escrito incansablemente de su especificidad

⁸ Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos humanos, Mary Beloff, Justicia y derechos de los niños, página 77, Unicef

⁹ La doctora en el texto original refiere en un llamado al pie que parafrasea la frase de Massimo Pavarini y Matilde Beti al analizar críticamente el proceso de des-manicoidalización que tuvo lugar en Italia en los años 80 cuando afirma “Hicimos de cuenta que los locos estaban cuerdos “en Pavarini, Massimo y Beti, Matilde La tutela social de la locura. Notas teóricas sobre la ciencia y la práctica psiquiátrica, frente a las nuevas estrategias de control social, en “Revista delito y Sociedad”, Buenos Aires, Año 8, número 13, 1999, página 93/112.

¹⁰ Cf. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002

justificación objetiva y razonable” esas distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.-

Sentado ello y sosteniendo la situación de que como ha destacado la doctrina no se trata de incapaces, sino de sujetos de derecho cuya particularidad es que están creciendo. Se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos precisamente por el hecho de que están en un proceso evolutivo. Concordante al artículo 19 de la Convención Americana cuando señala que deben recibir “*medidas especiales de protección*”. De ahí que de todos los derechos que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en correlato con su interés superior.

El principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias del niño, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

Para poder visualizar el impacto en la subjetividad de un niño de una práctica o una norma se debe analizar a partir del suceso específico, la mera enunciación de un principio general y la modificación de una ley, no es suficiente si lo que se pretende es impactar en las condiciones efectivas de vigencia de los derechos de esos niños. Como se ha sostenido el modelo derivado de los tratados implica un paternalismo justificado y complementario de las garantías procesales civiles fundamentales.

El derecho del niño a ser oído resulta ser un derecho humano reconocido por la normativa actualmente vigente y con carácter constitucional, por ende cualquier acción u omisión que importe su desconocimiento por parte de un funcionario público, implica la violación de la estructura legal en materia de infancia.¹¹

Como sabemos el derecho a la vida familiar tiene hoy pleno reconocimiento en el ámbito internacional, en cuanto a su dimensión pasiva, respeto por la intimidad familiar y no intromisión arbitraria, como en la necesidad de que los estados partes asuman una función positiva a fin de favorecer, promocionar, fortalecer políticas públicas que tiendan a resguardar este derecho.

¹¹ CSJN, 07/07/1992 -Ekmekdjian, Miguel c. Sofovich, Gerardo -, en LL 1992-C-543:

Por último es necesario destacar la importancia de la reforma en cuanto en el concepto incorporado en el Anteproyecto se destaca que la institución tiene en miras, primordialmente, *el interés de los niños*.

En el Anteproyecto se establecen como principios rectores a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de la permanencia del niño en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos y su separación por razones fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes y f) el derecho del niño a ser oído y valorada su opinión de conformidad su edad y grado de madurez, **en casos de niños de 10 años o más, se establece que los niños deben dar el consentimiento para ser incorporados a una familia desde el instituto de la adopción.** (Artículo 595 inc. f). Tema que nos convoca a escribir el presente.

En este orden de ideas es que es nuestra intención introducir algunas cuestiones desde lo psi jurídico que creemos necesarias a la hora de poder analizar los alcances e implicancias para un niño de esta “*obligatoriedad*” de que preste su consentimiento para ser adoptado.

III.- LA DIMENSIÓN DEL DERECHO A SER OÍDO

Como sabemos el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño se estructura sobre la base de la condición jurídica y social del niño, el cual carece de la plena autonomía del adulto siendo sujeto pleno de derechos.

En este sentido en la normativa internacional se intenta garantizar a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez. En cuanto este derecho debe ser asegurado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

En la OBSERVACIÓN GENERAL N° 12 (2009) la Corte Interamericana, se ocupa específicamente de desarrollar el derecho del niño a ser oído refiriendo “*Se ha conceptualizado*

en sentido amplio como "participación", (...) Este término ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos.

En este sentido en el apartado número 30 de referido documento, llena de contenidos la madurez: *“Se hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño. La madurez es difícil de definir; en el contexto del artículo 12, es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayor sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.”*

En particular en el apartado 33 se determina que el derecho a ser escuchado es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por el niño, como la separación de los padres o la adopción. Siendo que se alienta a los Estados a que introduzcan medidas legislativas por las que *se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño y las consecuencias para el niño.*

Estableciendo como marco adecuado, la necesidad de que el entorno no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

En cuanto a las opiniones de los niños sostiene que deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que un análisis caso por caso indique que el niño es capaz de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, **el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión.** Asimismo sostiene que deben establecerse buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño.

Se hace necesario destacar que aquí se empieza a visualizar la diferencia que realiza la Corte en cuanto a que una cosa es la escucha eficaz, el derecho fundamental a ser oído, el

espíritu de la CDN busca materializar la intervención protagónica del niño en el proceso, la que debe **ser directa, libre y oportuna**. Por otro lado la posibilidad de tenerla en cuenta, siendo que remarca que hay un adulto (el juez) que es el encargado de tomar la decisión, quien deberá evaluar la capacidad de esos niños para formarse un juicio respecto del tema en cuestión y así tenerla en cuenta.

Luego en el título “*Separación de los padres y formas sustitutivas de cuidado*” establece y vuelve a remarcar que cuando se adopte la decisión de apartar a un niño de su familia porque el niño es víctima de abusos o negligencia en su hogar, debe tenerse en cuenta la opinión del niño para determinar el interés superior.

Específicamente en el apartado 55 se determina “*Cuando se haya previsto para un niño la adopción y finalmente vaya a ser adoptado, es de vital importancia que el niño sea escuchado. Este proceso también es necesario cuando los padres adoptivos o el hogar de guarda adopten a un niño, aunque el niño y los padres adoptivos ya hayan estado viviendo juntos durante algún tiempo.*”

Siempre es de destacar que si un niño no está en condiciones de formarse un juicio propio, el interés superior queda sujeto a la discreción de un “*otro*”, un juez, un operador judicial, un adulto que intenta discernir su mejor interés. Si se trata de un niño con madurez suficiente, su participación activa juega un papel fundamental para indagar cuál es la satisfacción de sus derechos en el caso concreto. Recientemente la Corte Interamericana ha señalado que la determinación de ese mejor interés se debe hacer a partir de la evaluación de cuestiones concretas y específicas y su impacto en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y no meras especulaciones, presunciones o estereotipos, o consideraciones generalizadas sobre características personales.¹²

En este sentido la normativa implementada por la Ley Nacional número 26.061 nos permite observar que en su artículo 3 define el “*interés superior*”, siendo que pondera y le da un papel fundamental al derecho a ser oído para su determinación, por la incidencia que tiene la participación activa del niño o adolescente en las cuestiones que lo afectan.

En este mismo orden de ideas y en la misma inteligencia es que en el art. 24 de la Ley Nacional 26.061 establece “*Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta*

¹² Fallo Forneron e hija vs Argentina, sentencia del 27 de abril del 2012, apartado 50.

conforme a su madurez y desarrollo”. Un elemento de suma importancia es la amplitud de este derecho, el cual como señala este mismo articulado “(...) se extiende en 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”.

Todo lo dicho gravita en que el objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten.

Ese objetivo exige preparación de todos los operadores para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos en que los niños puedan potenciar y demostrar su capacidad. Exige además un compromiso para destinar recursos e impartir la capacitación necesaria de todos los involucrados.

Es dable volver a destacar que el derecho del niño a ser oído resulta ser un derecho humano reconocido por la normativa actualmente vigente y con carácter constitucional, por ende cualquier acción u omisión que importe su desconocimiento por parte de un funcionario público, implica la violación de tales derechos.

En este sentido ha sostenido la Dra. Nelly Minyersky *“El análisis de las leyes vigentes y en especial la aplicación de las normas constitucionales nos llevan ineludiblemente a la dignificación de la persona del niño y a la resignificación del concepto de incapacidad, el cual deberá impregnarse del respeto de los derechos humanos de los niños y en especial de sus derechos personalísimos. Este deberá ser un ámbito en el cual la voluntad del niño y adolescente juega, o debe jugar, un rol totalmente diferente del que se consideró hasta ahora.”*

Esta implicancia del derecho a ser oído puede no ser correlato del mejor interés de un niño o adolescente en función a lo que éste exprese o desee. Entendiendo al *“interés superior del niño”* como la satisfacción de la mayor cantidad de derechos. Pero como se desprende de lo dicho es que si una decisión se contrapone a lo expresado por la argumentación debe ser suficiente para demostrar los motivos del apartamiento, se produce una *“inversión de la carga probatoria”*.

Cuando una resolución respeta la expresión de voluntad de un niño que tiene madurez suficiente para ser participe de su propio conflicto, este elemento es de tal peso que con su sola presencia la decisión quedaría debidamente fundada. En cambio, si la resolución es contraria a

la voluntad del niño o adolescente, el juzgador deberá fundar el por qué se aparta de tal expresión de voluntad.

Por lo cual como plantea la Doctora Marisa Herrera hay una íntima relación entre el interés superior del niño –como paradigma de la mirada adulta- y el derecho a ser oído –como paradigma del protagonismo de niños y adolescentes.¹³

Nuestra Corte en el fallo “Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M.G.G. en la causa “G., M.G. s/ protección de persona causa N° 73.154/05”: “Han de aplicar el principio del interés superior del niño *"Estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente"* (Comité cit., *Observación general N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 2003, HRI/GEN/1/ Rev. 7, párr. 12, p. 365*). *Es de reiterar, ciertamente, que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia queda totalmente desvirtuada si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar* ("S., C. s/ adopción", cit., p. 2892).”

IV. ¿CONSENTIMIENTO = DERECHO A SER OIDO?

Sentado lo anterior es necesario introducir conceptos en cuenta al **principio de capacidad o autonomía progresiva** el cual implica reconocer que el niño, como sujeto de derecho, adquiere discernimiento a medida que crece para comprender el sentido de sus acciones. Ello lo establece la Convención, en su artículo 5 en concordancia con el artículo 12 establece que las opiniones del niño -con capacidad de formarse un juicio propio-, en ejercicio de su derecho a ser oído, serán tenidas en cuenta en función de su edad y madurez.¹⁴

¹³ IV Jornadas Regionales y I Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción. Mendoza septiembre de 2006, “Luces y sombras sobre la voz del niño en su adopción”_Marisa Herrera

¹⁴ Para profundizar el tema de la autonomía progresiva ver. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Dignidad y autonomía progresiva de los niños, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derechos del Paciente”, 2010-3, Santa Fe – Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, pp. 123 y ss.; MINYERSKY, Nelly; Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio

La doctrina ha referenciado un elemento interno de la voluntad La cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce o distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente. La madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias

Por lo cual podemos diferenciar capacidad con el discernimiento, el primero apunta a la naturaleza concreta del sujeto. Capacidad que es una determinación legal abstracta y ordenadora. Este nuevo enfoque se vincula con las competencias de todo niño. La competencia es un concepto flexible que no se ajusta a un momento determinado, sino que se forma en función del desarrollo y madurez. En cambio, la capacidad jurídica responde a términos rígidos dispuestos en una norma.

Ahora bien, a esta altura se hace necesario definir el consentimiento el cual es una manifestación de la voluntad libre y consciente válidamente emitida por una persona capaz, o por su representante autorizado, precedida de la información adecuada.

Es la **acción y efecto de consentir** (permitir que se haga algo, condescender, tener por cierto algo, otorgar). El consentimiento implica **aceptar, aprobar o tolerar cierta condición**. Para el **derecho**, el consentimiento es la **manifestación de voluntad** para aceptar derechos y obligaciones, es la conformidad sobre sus contenidos. El derecho civil requiere del consentimiento para la formalización de contratos y para la asunción de diversos derechos y obligaciones, como el **matrimonio**.

También lo podemos definir como el acto jurídico de voluntad unilateral mediante el cual una persona manifiesta su conformidad, como condición de validez, respecto de ciertos actos. Consentimiento es el que se presta para ejecutar un acto o para la celebración de un contrato.

Por otro lado podemos diferenciarlo del Asentimiento, que es posterior a una iniciativa ajena; en realidad es adherirse uno a la opinión manifestada por otro. Prestar la conformidad con lo afirmado por otra persona. Aceptarlo, aprobarlo.

Específicamente doctrinarios españoles con respecto al consentimiento del adoptado sostienen que es una declaración de voluntad, determinante, y menos conformadora, de los efectos jurídicos reconocidos por el ordenamiento; pero sí aceptación libre y plena, en concepto

cuerpo, en "Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia", N° 43, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 131 y ss.;

de parte, de la relación jurídica paterno filial adoptiva. (...) El consentimiento de los adoptantes y del adoptando mayor de doce años, es, cada uno verdadera declaración de voluntad.

Entonces hay que llenar de contenidos los diferentes conceptos planteados los cuales no son sinónimos, por un lado el derecho a ser oído, el derecho del niño a ser parte en el proceso de adopción, el consentimiento obligatorio, el asentimiento. A partir de estos conceptos vertidos podemos visualizar que no es lo mismo la escucha eficaz, el tomar conocimiento personal, que el consentir una situación o asentir la misma.

La Dra, Marisa Herrera ha manifestado “*el consentimiento –informado- del adoptando reposa en los siguientes dos pilares sobre los cuales se estructura, en definitiva, la llamada “doctrina de la protección integral de derechos”: a) la condición de los niños como “sujetos” de derechos –en especial en lo que se refiere al goce o ejercicio de derechos- y b) el principio de capacidad progresiva de niños y adolescentes que descansa en el derecho a ser oído*”.¹⁵

Como podemos apreciar y coincidir con la mencionada jurista, un niño en su primera infancia se encuentra en una situación de debilidad jurídica mayor a la de otros niños que por su grado de competencia y madurez pueden ser parte en el proceso. Esta realidad justifica un mayor protagonismo del Estado a través de medidas que garanticen la efectividad de los derechos comprometidos. Aclaremos que esta intromisión es justa y responde a lo dispuesto en la Convención: el Estado, la familia y la comunidad deben contribuir en el desarrollo y protección de los niños.

V. LO SUBJETIVO QUE INSISTE...

La Institución es el sistema jurídico que en nombre del que se menciona como niño abandonado pone en funcionamiento “montajes complejos” (Mari E.2001) capaces de organizar una representación que produce efectos sociales y subjetivos. Estas son las instituciones que se ocupan de recibir a niños, los trámites, las oficinas de los juzgados, la carpeta, etc. Las instituciones propias del sistema judicial, constituyen el **referente** de la adopción en tanto y cuanto actúan en nombre de la criatura abandonada (Eva Giberti e.2003 b).

La ley, y los jueces operan en el caso de la adopción como medios estructurantes y decodifican para el niño la situación en la que está inserto. Deben ofrecer con su respuesta, el espacio para abrir el campo de la interrogación y permitir el máximo de simbolización posible

¹⁵ Ob cit IV Jornadas Regionales Mendoza

que el niño está demandando al momento de su formulación, respetando a su vez, los tiempos de este, sus posibilidades de interrogarse y de metabolizar la respuesta que se le ofrece.

En un intento de graficar los efectos de la dimensión de la ley en la subjetividad del niño que pasa por un proceso de adopción es que podemos traer a cuenta una situación de dos hermanos de 10 y 12 años, que fue trabajada por nosotras en forma interdisciplinaria dada la complejidad de la historia.

Ambos niños mantenían contactos semanales con su genitora, quien durante 6 años no logró sostener ningún proyecto viable para egresarlos.

Atento a que entendíamos que el derecho a ser oído es de carácter personalísimo, y no puede viabilizarse su ejercicio a través de ningún representante, procedimos a escuchar a estos dos hermanos, para conocer cuáles eran las sensaciones que el conflicto a resolver, había generado, y cuál sería la mejor realización de su interés. Luego de entender que era lo que necesitaban y querían se hizo necesario realizar un trabajo terapéutico para que los niños pudieran comprender y aceptar la imposibilidad efectiva de su genitora de criarlos y sólo así poder abrirse a un nuevo vínculo filiatorio (adopción).

Este trabajo subjetivo de los niños, atravesó diferentes estados: culpa, dolor y luego de un tiempo surgió algo de esperanza...conectándolos con la posibilidad de soñar con una nueva familia para ellos dos.

Conjuntamente las dos disciplinas entrecruzaban información para poder armar el andamiaje en donde la nueva vida de los niños podía iniciarse apoyada en columnas sólidas.

Una vez realizado el trabajo del área psicológica era el momento oportuno para la declaración del estado de abandono, necesario para poder iniciar el proceso de desprendimiento y así poder iniciar la búsqueda de una nueva familia.

Al momento de notificar a los niños de la resolución, ya firme del estado de abandono, se analizaron todas las posibilidades. Si debían firmar la resolución como forma de notificarse de la misma, teniendo en cuenta su autonomía progresiva y la implicancia de esta decisión en su vida o si por el contrario la firma suponía un grado de responsabilidad en la decisión que debía ser soportada por los adultos. Llegamos a la conclusión que era la ley quien decidía el corte con su familia de origen, y no ellos. Era la ley la que operaba como corte, era la que soportaba ese desprendimiento, los niños no podían ni debían hacerlo, era el juez, el adulto responsable quien debía soportar el peso de esa decisión.

Ese es el sentido en el que se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos al considerar " *Es deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*" (Opinión Consultiva OC 11-90, del 10 de agosto de 1990, párrafo 23). Traduciendo derechos humanos en restablecer un derechos fundamental básico de los hermanos a vivir en una familia, ello sin causar un daño sin sentido, tan solo por la incapacidad de trabajar interdisciplinariamente y ver la dimensión de cada actividad jurisdiccional, en cuanto a su impacto en la construcción de ese sujeto y su nueva inserción familiar, no debemos volver a caer en el autismo autoinducido clásico del viejo derecho tutelar.

VI – LA CAPACITACION COMO HERRAMIENTA DEL CAMBIO

Podemos seguir intentando el respeto de los derechos de los niños, pero esto no se va a traducir en el plano de la realidad si la nueva legalidad no es compartida y entendida por todos los operadores, como se ha dicho la ley sola no produce los cambios. Debía haberse previsto la necesidad imperiosa de asociar las reformas legales a reformas institucionales concretas, que incluyeran presupuesto, perfiles profesionales, capacitación.¹⁶

El Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre justicia juvenil (CJS Ch- 2010- 3 E), determinan que dicho entrenamiento ha de ser multidisciplinario. En su preámbulo señalan "Que *todos los profesionales que trabajan en contacto con niños en la justicia deben recibir un apropiado entrenamiento y soporte para orientar sus prácticas a fin de garantizar e implementar adecuadamente los derechos de los niños*"....

Es indudable, que la capacitación para lograr este fin, ha de ser especializada integrando los saberes jurídicos con conocimientos provenientes de otras disciplinas, ya que la intervención en la justicia juvenil prevé espacios multidisciplinarios, y en ocasiones abordajes interdisciplinarios tendientes a la transdisciplinariedad.

En este sentido, la UNESCO ha afirmado¹⁷: "*La interdisciplinariedad realizada a través de grupos de materias conexas no implica el abandono de la noción de disciplina. Por el contrario, las disciplinas con sus métodos y epistemologías propias, en razón de su misma especificidad, deben considerarse necesarias tanto para una formación intelectual sistemática como para una buena comprensión del mundo. La interdisciplinariedad entonces no busca*

¹⁶ Mary Beloff: Ministerio Público de la Defensa "Garantía de acceso a la justicia."

¹⁷ Interdisciplinariedad y ciencias humanas. L.Apostel y otros. Editorial Tecnos. Unesco 1983

apartarse de la propia disciplina sin que intenta apartarse de la parcelación del saber, para captar vínculos profundos entre los distintos aspectos de los conocimientos del hombre”.

La corte interamericana con motivos de expedirse en el caso *Formaron*¹⁸ al considerar que el Estado incumplió su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, ordenó como medidas de reparación, que el Estado debería implementar un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos. Considerando que la falta de capacitación de los operadores operaba en detrimento de los derechos de los niños. Sostuvo en este sentido que en ese caso la gran responsabilidad del Estado provino en gran medida de la falta de capacitación de sus funcionarios públicos.

En el mismo caso la en el apartado 181 sostuvo que no basta con disponer protección y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y consecuentemente sobre la efectiva protección de sus derechos.

La única garantía a los efectos de logara una mejor y mayor protección de los derechos de la infancia es a través de la capacitación, los legislador en su función de legislar y el juez en su función de administrar justicia, deben asumir el compromiso de abrir su pensamiento para actuar conforme los valores y principios que iluminan el Derecho Constitucional de Familia.

La destacada jurista afirma *“Por otra parte, no se debe perder de vista que la adopción involucra un derecho de raigambre constitucional de suma relevancia como lo es el derecho a la identidad. En este sentido, este derecho humano que titulariza el adoptado se vería respetado si el pretense adoptado participara en forma amplia en su proceso adoptivo. Sobre ello no hay duda alguna. Asimismo, esta mayor presencia satisface otro derecho de gran desarrollo –al punto tal de haber alcanzado cierto grado de autonomía- como lo es el derecho a conocer los orígenes.”*¹⁹ Siendo que entendemos que la participación necesaria y eficaz del niño como parte se puede ver plasmada con el derecho a ser oído en el proceso y así resguardar ese derecho constitucional, como lo manda la normativa en materia de infancia que no exige el consentimiento.

Acompañamiento con escucha y respeto por su opinión. No toma de decisiones.

¹⁸ CASO FORNERON E HIJA VS. ARGENTINA CORTE INTERAMERICANA. SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 2012.-

¹⁹ Herrera, ob citada IV Jornadas Regionales y I Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción. Mendoza

VII. CONCLUSIONES FINALES

Podemos concluir con la importancia que tiene el crear las condiciones para una eficaz escucha del niño y que sólo una adecuada y efectiva reingeniería institucional podrá garantizar que su opinión sea tenida en cuenta.

Finalmente, pretendemos dejar expresada nuestra inquietud frente a la posibilidad de que el peso de una decisión semejante y trascendente en la vida de un niño, sea compartido con él y no debidamente asumida por un adulto, representado en la figura del Juez.

*Nos preguntamos: **¿Que implicancias tendrá para un niño si es este el que decide el corte, al prestar su consentimiento?***

En la labor cotidiana con contacto con niños se visualiza muy claramente esta cuestión. Generalmente y pensando que estamos hablando de niños de más de 10 años, como lo establece el articulado, usualmente siempre dependiendo de la situación particular una vez realizado el trabajo del área psicológica, se determina el momento oportuno para la declaración del estado de abandono, necesario para poder iniciar el proceso de duelo por la historia familiar que no pudo ser y así preparar terapéuticamente a los niños para su incorporación a un nuevo grupo familiar.

En muchas oportunidades nos hemos cuestionado respecto de cuándo es el momento oportuno de notificar a los niños de una la resolución tan trascendente en sus vidas. Si deben firmar la resolución como forma de notificarse de la misma, teniendo en cuenta su autonomía progresiva y la implicancia de esta decisión o si por el contrario la firma supone un grado de responsabilidad en la decisión que debía ser soportada por los adultos, la ley decidía el corte con su familia de origen, no ellos.-

Sabemos que para la construcción de un nuevo vínculo filiatorio primero hay que tramitar el dolor por lo que no pudo ser. En las situaciones de niños institucionalizados a veces la familia de origen de alguna forma está presente, o al menos en la fantasía de ese niño. Es por ello, que este trabajo de duelo debe realizarse en estas situaciones tan complejas para los niños, en donde las culpas, lealtades y promesas tiñen toda la escena terapéutica.

El impacto subjetivo que tendrá en el niño si la decisión de la separación parte del Juez, es muy diferente a lo que podría suceder si es el niño quien con su voz debe definir tal situación, de por sí desgarradora.

El dictamen de abandono, es todo un acto simbólico que inaugura y posibilita una nueva filiación para ese niño, que hasta hace un tiempo permanecía en un limbo jurídico en el que nadie definía su incierta situación, y se encontraba tironeado por un conflicto de lealtad hacia su familia origen.

Pensamos que a nadie se le ocurriría preguntarle a un niño si quiere ser amputado de uno de sus miembros (aun explicándole que su vida peligra), porque lógicamente él intentara evitar esa pérdida. Sin embargo, *¿Por qué le plantearíamos algo tan difícil como la pérdida de sus padres?* Y aún más, le pediríamos su consentimiento para ello... Acaso un niño puede por sí solo *¿Cambiar de padres y cargar de por vida con las consecuencias de esa decisión?*

Un niño no igual que un adulto y como tal no debe ser expuesto a la toma de decisiones respecto de sus genitores; ello no significa que no sea escuchado e informado de las resoluciones que le afecten. Pero, para un niño, las implicancias subjetivas del hablar expresando sus deseos no serán las mismas que si debe decidir perder a sus padres o renunciar definitivamente a ellos.

La responsabilidad subjetiva de un niño, para el psicoanálisis, va más allá de su edad cronológica, porque es constitutiva de su condición de sujeto deseante. Y coexiste con la responsabilidad parental de quienes lo cuidan, no entrando en colisión.

Hay decisiones que marcan la vida de las personas, pero que para tomarlas se debe contar con la madurez adecuada y la distancia emocional suficiente que lo posibilite.

De nuestro planteo se desprende que son los adultos los que toman las decisiones, y a los niños se los escucha eficazmente y se tiene en cuenta su opinión; pero que un niño si bien, puede dar su consentimiento para ser incorporado a un proyecto familiar, la decisión final al respecto deberá provenir del mundo adulto.