

# Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición N° 1. Junio de 202

## EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Por Sabrina Gisela Pinnavaria<sup>1</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad abordar el “Interés Superior del Niño”, respecto de la Convención de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, el cambio de paradigma y su tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina).

### 2. CAMBIO DE PARADIGMA

Algunos de los elementos, que generó un cambio de paradigma y la incorporación, que trajo consigo la incorporación de la Convención de los derechos del Niño (CDN) a la Constitución Nacional Argentina en el art 75 inc. 22, son:

- 1) El derecho del niño a informarse, participar y ser oído tanto en el ámbito privado como en el público en todos los asuntos que le competen y en los cuales se encuentre involucrado será analizado a través del

---

<sup>1</sup> Es abogada, graduada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Morón. Es Especialista en Derecho de Familia. Es Vicedirectora del Instituto de Derecho de Familia y Sucesiones de la Asociación Iberoamericana de Derecho, cultura y Ambiente – AIDCA.

estudio de su recepción u omisión en la ley la jurisprudencia y en la práctica.

2) La redefinición de la relación niño, familia y sociedad (Art. 5, 17) lo que significa un cambio sustancial en lo que hasta ahora se considera la patria potestad es sustancial en nuestro quehacer. La familia abandona sus características piramidales y deberá transformarse en una familia democrática donde el respeto mutuo coadyuvará a un mejor desarrollo de cada uno de sus integrantes y al fortalecimiento de la institución familiar.

3) El interés superior del niño deberá ser atendido prioritariamente en todas las medidas concernientes a ellos es orientación y directriz para cualquier acción; tanto en nivel familiar, social o estatal deberá analizarse en profundidad para que no se transforme en una proyección de la subjetividad de los adultos sino en un instrumento eficaz para lograr el cumplimiento de los derechos.

La CDN ha marcado un antes y un después en la concepción jurídica de la infancia y adolescencia, al construir una nueva legalidad e institucionalidad para estas personas a nivel mundial, reconociendo derechos y principios propios de este grupo social que también se encuentra en situación de vulnerabilidad por su condición de personas en pleno desarrollo. Es la herramienta normativa central en todo lo relativo a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, es dable destacar que en CDN, fija el rango etario de protección, el cual comienza con la concepción y concluye a los 18 años de edad.

### **3. LEY 26.061**

El Interés Superior del Niño, se encuentra conceptualizado en la ley 26.061, y de ella resulta la satisfacción de todos y cada uno de los derechos que la propia ley les ha reconocido.

Dejándose atrás la concepción paternalista, que los consideraba como un objeto de protección; y que tal protección fuera librada al criterio del organismo de infancia o del operador judicial interviniente.

La mencionada ley, establece, en su art. 3, qué ha de entenderse por el "Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente", especificando que es ": la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley", debiéndose respetar lo que se detalla a continuación:

- a. Su condición de sujeto de derecho;
- b. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c. El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d. Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e. El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f. Su centro de vida, Se entiende por "centro de vida" el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Resultando este un precepto trascendental en materia de derechos, ya que en cuanto exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

#### **4. EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO**

El Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina) en su art. 25 establece que se considera menor de edad, a la persona que no ha cumplido 18 años y denomina adolescente a la persona menor de edad que ha cumplido 13 años. Si analizamos este art con el anterior Código Civil, antes de la reforma, marcaba a la mayoría de edad como un umbral rígido, que separaba la incapacidad de la capacidad. El nuevo art, viene a adecuar la norma nuestra

legislación interna a la convención de los Derechos del Niño. Asimismo deja de la lado la nomenclatura de menor impúber y recoge la figura de adolescente, estas enmiendas, ya habían sido recogidas por la ley 26.061.

El art 26 del CCCN, consagra un cambio de paradigma en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que si bien establece como regla general que los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, consagra el concepto de la capacidad progresiva, que implica reconocer, teniendo en cuenta su edad, madurez y desarrollo, aptitudes o competencias en el niño, niña o adolescente. Como así también el derecho a ser escuchado.

Dicha norma establece una facultad en cabeza del niño, siempre y cuando éste sea adolescente -de 13 a 16 años- de poder decidir por sí, sobre aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan a su estado de salud, ni provoquen un riesgo grave en su vida. Ahora bien, si se trata de tratamientos que comprometan el estado de salud o pongan en riesgo la vida del adolescente, estos deben prestar consentimiento con la asistencia de sus progenitores; siendo que de existir conflicto entre ambos, se resuelve teniendo en cuenta el "interés superior", sobre la base de las opiniones médicas. A partir de los 16 años el adolescente es considerado como adulto, en lo referente al cuidado de su propio cuerpo, otorgándosele en la practica una especie de "mayoría de edad anticipada".

Por su parte el art. 64 del CCCN hace referencia al interés superior del niño, ya que establece en su apartado tercero que en los casos de hijos extramatrimoniales, cuyo reconocimiento por parte del otro progenitor se diera con posterioridad y no hubiese acuerdo entre los progenitores sobre el apellido o su composición será el juez quien lo decidirá, tomando como premisa el "interés superior del niño".

El art 112 y 113 del CCCN, que trata sobre materia de Discernimiento de la tutela, establece que para el discernimiento de la tutela, es competente el juez del lugar donde tiene su centro de vida el niño, niña o adolescente. En este caso y en todos los referentes a una persona menor de edad, el niño, niña o

adolescente tiene el derecho previo a la toma de una resolución, a ser escuchado y que sus manifestaciones sean tomadas de acuerdo a su edad y madurez y que las decisiones que tome el juez tenga como premisa el interés superior del niño.

El art 113, establece una regla general en la cual el juez debe cumplir con tres mandatos inescindibles. Si bien no se establece la norma una edad, es necesario que el niño pueda comunicarse. El derecho del niño a ser escuchado no se traduce que el juez hará lo que el niño quiere o manifieste, sino que deberá por un lado ponderar la edad y grado de madurez, pero es primordial que se rija por la premisa primordial que es el interés superior del niño.

En materia de adopción el CCCN, convierte en exigencia que el juez debe requerir el consentimiento del niño a partir de los 10 años. El art 594, define el concepto de la adopción, cuya finalidad es proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes en vivir en y desarrollarse en una familia, que pueda satisfacer sus necesidades, siempre que no puedan hacerlo en la familia de origen. Asimismo se remarca la necesidad de satisfacer las necesidades afectivas.

Por su parte el art 595, establece los principios generales de la adopción encontrándose en su inc.1 "el interés superior del niño", continuando con el derecho a la identidad, el derecho a tratar de ser criado por su familia de origen, la preservación de vínculos fraternos (en caso de hermanos), derecho a conocer sus orígenes y el derecho de ser escuchado, al que ya nos hemos referido.

El art. 604, por su parte, prescribe que las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de edad, pueden adoptarla conjuntamente aun después del divorcio o cesada la unión. Siendo así que el juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar si satisface el "interés superior del niño".

Asimismo, podemos observar que en el art 621, en el cual se dispone que el Juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias, y

atendiéndose fundamentalmente al "interés superior del niño". En este art. Se incorpora expresamente la facultad del juez de optar por otorgar la adopción plena o simple, cuya premisa es el interés superior del niño. De esta forma también se flexibiliza, ya que el juez que otorga una adopción plena, puede permitir que se mantenga el vínculo con algunos miembros de su familia de origen.

Podemos agregar los efectos de la Adopción Simple, los cuales regulados en el art 627, disponen que la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño.

En el Libro II, Título VII Responsabilidad Parental, el art 638, establece el concepto de responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección y desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. A su vez el art. Siguiendo, 639, establece los principios generales por los que se deben regir encontrándose en el inc. A el interés superior del niño. Estos conceptos están contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte en los deberes de los hijos, el art. 671 establece en su inc. B que son deberes de los hijos cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior.

En el art 705, que reza sobre las disposiciones generales de aplicación. Este art. Innova al proponer en el capítulo una serie de principios que deben regir en los procesos de familias, siendo uno de ellos el interés superior del niño, niña y adolescente. En el art 706 se detallan los principios en lo que se debe regir los procesos de familia.

Por otro lado, el Código Civil y Comercial de la Nación, y en materia de vínculos de filiación, otorga tutela por un lado al reconocimiento filial que se constituya en el extranjero, siendo que el mismo debe ser reconocido en la República, de conformidad con los principios de orden público argentino, y especialmente con aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés

superior del niño. Como así también, en el art. 2637, el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero, será reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento; y a los efectos del control del orden público se tiene en cuenta "el interés superior del niño".

Además, en virtud de los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Siendo que, nuevamente, se debe adoptar la decisión que "redunde en beneficio del interés superior del niño".

Por su parte, en materia de "Responsabilidad Parental e Instituciones de Protección", en el art. 2639, se interpreta que la misma está regida por el derecho de residencia habitual del hijo en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera, se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes.

Por último, art. 2642, en el cual dispone que en materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad, que den lugar a pedidos de medidas destinadas a lograr la localización y restitución internacional, los jueces deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

## **5. CONCLUSIÓN**

Del breve análisis efectuado sobre el Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente en nuestro Código Civil y Comercial, podemos observar que este interés es el eje rector que los jueces deberán observar en sus resoluciones. Este interés superior debemos identificarlo como un aspecto trascendental en

la vida social, que va más allá de un derecho subjetivo, sino que se trata de un tema de Estado, materializándose en la actividad propia de los agentes vinculados a los sujetos de tutela. Este interés superior va más allá del propio derecho de familia, ya que trasciende a otras ramas del derecho.