

Ampliando derechos para los niños y las niñas, agilizando procedimientos para los “menores”



Carla Villalta
UBA - CONICET

En los últimos años la sanción de distintas normativas ha colocado al parentesco, a las relaciones familiares y a los derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes en el centro de diferentes debates. Tales normas, entre las que se cuentan la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo o la ley de identidad de género, han sido producto del activismo de distintos tipos de actores y si bien se han encontrado con la resistencia de otros tantos, lo cierto es que han remodelado la fisonomía del ordenamiento legal argentino de una manera casi impensada hace tan sólo una decena de años atrás. Con ellas, se introdujo una nueva retórica poblada de categorías novedosas para el derecho de familia, se legitimaron nuevos derechos, fueron incorporadas originales coordinadas para hacer inteligible el abordaje de conflictos diversos, y ello, entre otras cosas, ha propiciado las condiciones para avanzar en una reforma integral del antiguo Código Civil y Comercial de la Nación.

Si, como ha sido largamente planteado, el antiguo Código decimonónico reconocía como el sujeto tradicional del derecho privado al varón, blanco, propietario y heterosexual [Barrancos, 2000; Birgin, 2000; Harari y Pastorino, 2000; Cosse, 2006], la reforma impulsada amplía los trazos de ese sujeto ideal e incorpora definitivamente tanto a las mujeres como a los niños, niñas y adolescentes, así como a otros sujetos, cuyos derechos no habían tenido hasta el momento una recepción sistemática en el Código o bien habían sido conceptualizados básicamente como “incapaces” en comparación con aquel individuo modelizado del derecho civil. La nueva normativa introduce así, aunque con límites que resultan en gran parte de negociaciones y transacciones diversas, una serie de novedosas definiciones y de arreglos a los que presenta como producto de la internacionalización de la doctrina de los derechos humanos y de la adecuación a esa doctrina del derecho privado y particularmente del derecho civil, una de las ramas del derecho más ortodoxa y por consiguiente más reacia a identificarse con un enfoque de derechos humanos.

En este contexto, en relación con la infancia y la adolescencia, la reforma del Código Civil incorpora muchos de los derechos, postulados y nociones que, en los últimos años, distintos activistas del campo de las políticas de protección de la infancia fueron construyendo. Así, no sólo introduce los enunciados ya presentes en distintas leyes relativas a la niñez y la adolescencia promulgadas durante la última década –como la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y la Ley 26.579 de mayoría de edad civil a los dieciocho años– sino que también al reformular diversos institutos jurídicos y figuras legales, entre otros la patria potestad, la filiación y la tenencia, reconfigura ampliamente los atributos y las necesidades que

1. Ello se reflejaba en el concepto de "incapacidad" que era el principio que, desde la sanción del antiguo Código Civil (1869) y en particular a partir de la reforma introducida en el año 1968 por la Ley 17.711, regía para las personas menores de edad que eran —hasta el año 2009— quienes tenían menos de 21 años. Esta noción legal trajo aparejada necesariamente la de "representación", cuyo ejercicio principalmente detentaron los padres a partir de la figura legal de la "patria potestad", actualmente también reformada.

se consideraban típicas de la niñez. De modo que, si en el antiguo Código prevalecía una visión de niños y niñas —en tanto menores— dependientes e incapaces que necesariamente debían ser representados y tutelados por adultos específicos en virtud de su incompletitud y falta de competencia¹ —características que, preciso es recordar, trascienden el discurso jurídico puesto que remiten a los rasgos centrales de la definición moderna y occidental de infancia [Colángelo, 2005]—, la reforma impulsada opone a esas categorías el concepto de autonomía progresiva y el derecho del niño a ser oído [Herrera, 2011].

A lo largo de los diferentes artículos del nuevo Código no sólo se puntualiza que las niñas, niños y adolescentes deben ser oídos sino también que su opinión debe ser tenida en cuenta "según su edad y grado de madurez", caracterizando a unos y otros como personas autónomas con capacidad progresiva. Por ello, en reemplazo de las categorías "menores impúberes" y "menores adultos" —distinción vigente en el viejo Código, realizada según hubiesen cumplido catorce años, que implicaba el paso de una "incapacidad de hecho absoluta" a una "relativa"—, en la reforma se postula que los niños y niñas son quienes no han cumplido 13 años, y los adolescentes aquellos que tienen entre 13 y 18 años. Si bien especifica la incapacidad de ejercicio de derechos para los primeros, quienes solo pueden ejercerlos a través de sus representantes legales, y considera que los adolescentes tienen aptitud para decidir por sí mismos respecto de algunas cuestiones (por ejemplo, tratamientos que no resulten invasivos ni comprometan su integridad física), lo novedoso es que postula que todos ellos tienen derecho a ser oídos en todo proceso judicial que les concierna, que tienen derecho a participar en las decisiones sobre su persona y, también, que tienen la facultad de contar con asistencia jurídica especializada e independiente de la de sus representantes legales. Cuestiones que han sido presentadas y ciertamente implican una ampliación de derechos para niñas, niños y adolescentes, en la medida en que aumentan las posibilidades de que ellos ejerzan por sí mismos determinados derechos, a los que antiguamente solo accedían mediante la representación de sus padres o tutores.

Por todo ello, aunque desde algunas posturas se plantea que, más allá de estos cambios, el nuevo Código aún sostiene una visión "adultocéntrica" en relación con la infancia y la adolescencia y que subyace todavía en él un principio de incapacidad, lo cierto es que las transformaciones que inaugura modifican notoriamente las coordenadas legales para definir la niñez. Además, esos cambios no sólo se encuentran inspirados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino también en la producción académica relativa a la infancia y la adolescencia que, tanto en nuestra región como en otros países, se ha incrementado vertiginosamente en los últimos años. Esta producción, además de haber sentado las bases para comprender a la infancia y la adolescencia como categorías sociales y constructos histórico-culturales, también ha llamado la atención respecto de la capacidad de agencia de los niños, las niñas y los adolescentes vistos tradicionalmente, al menos en las sociedades occidentales modernas, como seres básicamente "dependientes" [James y James, 2001; Jenks, 1996]. De esta manera, la reforma operada en el Código Civil, recogiendo mucha de esta producción, estipula otros lineamientos para definir y caracterizar a las niñas, niños y adolescentes, quienes ya no son definidos solo desde la "incapacidad" y la "dependencia", sino principalmente desde sus "capacidades" que van alcanzando progresivamente, y así son conceptualizados como "sujetos de derechos" con capacidad para participar activamente en determinadas situaciones y procesos de índole judicial o administrativa.

De esta manera, a partir de estos elementos, la reforma del Código crea una nueva categoría que, si bien se origina en la crítica a la estigmatización y cosificación que conllevaban las antiguas definiciones relativas a los menores y a su incapacidad —y por lo tanto se revela como mucho más promisoría ya que tiende a ampliar derechos— se

trata de un nuevo constructo que, en tanto tal, no sólo describe sino también prescribe y jerarquiza. De hecho, no deberíamos perder de vista que al ser un artefacto jurídico que sirve para delimitar atribuciones, deberes y obligaciones, es también una manera de imaginar conductas esperadas y esperables, de establecer límites y de fijar alcances y sentidos. En otras palabras, aún cuando la visión del niño o la niña como “sujeto de derechos” incorpora una serie de tópicos actualmente valorados como positivos —la autonomía, la responsabilidad, el consentimiento, entre otros— en tanto categoría jurídica también tiende a abstraer, aislar y ponderar algunos rasgos en detrimento de otros y a construir un sujeto ideal e idealizado.

Para delimitar y fundar ese “niño/a sujeto de derechos” (Llobet, 2014) la reforma proyectada también modifica otras instituciones y nociones. Entre ellas, la que resulta fundamental es la de la “patria potestad” que, al ser incongruente —como se ha planteado desde hace tiempo— con un enfoque de derechos, es reemplazada por la categoría de “responsabilidad parental”. Esta nueva noción —se sostiene— lejos de connotar una estructura familiar jerárquica y verticalista en la que los hijos se encuentran bajo la potestad de los padres y son una suerte de propiedad de éstos, refiere a un principio de “democratización de la familia” en el que prevalecen los tópicos relativos al cuidado y la orientación de los padres en relación con los hijos. Asimismo, en el Código proyectado se eliminan definitivamente distintas atribuciones y obligaciones que caracterizaban normativamente a las relaciones paterno-filiales. Entre otras, se reemplaza la categoría de *tenencia* por la de “cuidado” y “plan de parentalidad”. Se elimina también el *deber de obediencia* de los hijos hacia sus padres y en lugar de tal deber se postula la existencia de obligaciones de “respeto, colaboración y cuidado”. A su vez, se erradica el *poder de corrección* de los padres en relación con sus hijos, un atributo que aún continuaba vigente más allá de la reforma que impidió la severidad en la corrección y eliminó la posibilidad de requerir a un juez “hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes” (art. 278, CC 1869)², tal como rigió desde la sanción del Código Civil hasta el año 1985.

Por todo ello, la reforma se inscribe en el movimiento de adecuación de las cláusulas del derecho civil a los estándares jurídicos internacionales y a la doctrina internacional de los derechos humanos e inaugura una nueva terminología y nuevas categorías de clasificación que aún cuando lejos están de poseer un poder mágico o una suerte de *maná* que modifique automáticamente la realidad, seguramente impactarán —como ya lo ha hecho la retórica de los derechos humanos— en las formas de conceptualizar y precisar tanto las facultades como las obligaciones de niñas, niños y adolescentes.

Ahora bien, en el mismo movimiento en que se amplían derechos para los niños, las niñas y los adolescentes, también se reforma la adopción de niños y se modifica sustancialmente el régimen vigente, en la tentativa de adecuarlo a un enfoque de derechos. Así, en sintonía con la noción de niña o niño como “sujeto de derechos”, se establece la obligatoriedad de escuchar al niño o niña en el proceso de su adopción, se postula que cuando sea mayor de 10 años es necesario que preste su consentimiento —reemplazando el criterio que rigió desde la sanción de la primera ley de adopción (1948) hasta el presente— y se estipulan procedimientos novedosos para garantizar a las personas adoptadas el acceso a “conocer sus orígenes”. Y en relación con la garantía de su “derecho a la identidad” se establece que la niña o el niño puede acceder cuando lo requiera al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y, también, que estos expedientes deben contener la mayor cantidad de datos sobre su familia de origen³. Asimismo, se elimina la referencia al “estado de abandono moral y material” como causa para la declaración del estado de adoptabilidad, y se suprime de esta forma una estigmatizante noción que, desde la sanción de la ley de Patronato de Menores en el año 1919, había sido utilizada como cláusula general para justificar la separación de los niños de su medio familiar cuando éste

2. Según la redacción del Código Civil original de 1869. Si bien otros artículos del antiguo Código relativos a la patria potestad fueron modificados durante el transcurso del siglo XX, este artículo que consagraba el poder de corrección paterno continuó vigente hasta la sanción de la Ley 23.264 en 1985, cuando se reformula su redacción y se eliminan esas atribuciones excesivas del padre. Sin embargo, esta ley mantuvo como facultad de los padres la de “corregir o hacer corregir” la conducta de sus hijos, y esa facultad debía ser ejercida “moderadamente”.

3. La referencia al expediente, legajo o registros administrativos resulta importante porque esos organismos públicos son los que intervienen en los tramos iniciales de los procesos por los cuales determinados niños o determinadas niñas devienen —al cabo de un tiempo variable en menores adoptables, en tanto en esos momentos se decide su no permanencia en el medio familiar de origen la institucionalización se trabaja o no la revinculación con la familia de origen. De allí que sea relevante contar con información suministrada por esos organismos. No obstante, no deja de resultar llamativo que el artículo del Código que fija esta obligación, expresamente detalle que esa información alcanza en especial a los datos relativos a “enfermedades transmisibles” (art. 596, Código Civil 2014).

no era considerado apto para su crianza y para decidir el eventual itinerario del niño o la niña hacia la adopción. Otra modificación que inaugura el nuevo Código es el establecimiento de tres tipos de adopción ya que, a los dos tipos vigentes hasta el momento —plena y simple—, se incorpora la “adopción integrativa” a fin de crear un lazo de filiación con el hijo o la hija del nuevo cónyuge. Además, inaugura la novedosa posibilidad de flexibilizar el régimen de la adopción plena —aquella por la cual se sustituye en forma total e irrevocable la filiación anterior del adoptado— y el régimen de la adopción simple —mediante la cual esa sustitución es parcial, pero el adoptado no ingresa por completo en la familia del adoptante—, combinando e integrando elementos de una en otra según el criterio del magistrado interviniente y habilitando así, al menos normativamente, la composición de diferentes arreglos familiares, en los que aún con una adopción plena los vínculos con la familia de origen no sean extinguidos por completo⁴.

4. Es también destacable que el nuevo régimen de adopción intenta apartarse de la imagen modélica de familia sobre la cual se asentaron las anteriores legislaciones de adopción, al admitir como adoptantes a una pareja de convivientes y también al suprimir la “acreditación de la imposibilidad de procrear” en los requisitos para ser adoptantes, habilitando así a las parejas del mismo sexo a adoptar.

5. Para un análisis de los argumentos elaborados por algunas asociaciones de familias adoptivas que en los últimos años peticionaron y reclamaron una reforma de la ley de adopción que fuera “pro-adopción” y para ello desplegaron un trabajo de cabildeo y activismo, ver Tarducci y Pena (2012).

6. Esto se justifica, en la fundamentación del Código, aludiendo que la finalidad del proceso judicial de guarda reside en la selección de los pretendidos adoptantes y su vinculación con la niña o el niño y, por lo tanto, es lógico que los progenitores ya no tengan participación en él (Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Infojus, 2012).

7. Vale recordar que a partir de la sanción de la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005) quienes se encuentran facultados para adoptar medidas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes son los organismos especializados en niñez y adolescencia dependientes del Poder Ejecutivo. Son ellos quienes pueden dictar una medida excepcional de protección de derechos, que implica la separación de los niños de su medio familiar, y el Poder Judicial en esos casos solo debe intervenir para realizar un control de legalidad de dicha medida. Estas medidas tienen un plazo determinado por la ley de 90 días, y solo pueden ser prorrogadas por acto fundado.

Sin embargo, cuando la reforma se hace eco del reclamo de agilización de los tiempos de la adopción —una demanda que, como puede observarse en la historia de las sucesivas reformas legales de la adopción, se ha convertido en una suerte de cliché que fue esgrimido cada vez que se quiso recortar la participación de la familia biológica en el proceso de adopción de sus niños [Villalta, 2010; 2012]— regula la declaración judicial del estado de adoptabilidad y además establece una serie de plazos para tal declaración⁵. De esta manera, se incorpora expresamente a la normativa un procedimiento que desde hace años es habitual en la práctica tribunalicia, pero que no se hallaba debidamente regulado ni reglamentado, y se circunscribe exclusivamente a ese proceso —previo al proceso de adjudicación judicial de la guarda para la adopción— la participación de la familia biológica de los niños. Así, para evitar que en el proceso de la adopción haya “interferencias” —que casualmente *siempre* protagonizan las familias de origen y que constituyen “dilaciones” que en general son calificadas como dañinas y nocivas para los niños y las niñas—, la participación de la familia biológica queda confinada a este procedimiento que es anterior al proceso judicial de la adopción. Y esto es porque una vez declarada la adoptabilidad del niño o la niña, los progenitores ya no tienen calidad de parte en el proceso en tanto esa declaración equivale a una sentencia de “privación de la responsabilidad parental”⁶. Esto es un nuevo vocabulario para nominar una acción que no es novedosa en materia de adopción: el desconocimiento y la destitución de la calidad legal de padres de los progenitores de los niños para, en su lugar, imponer otros padres. Un procedimiento que, pensado en los términos del planteo de Françoise-Romaine Ouellette (1995) en relación con la adopción plena, contribuye al proceso de “sanitarización” de la adopción, por el cual los progenitores y los adoptantes deben ser totalmente ignorantes uno del otro.

Además, aunque expresamente establece que si algún familiar o referente afectivo ofrece asumir la guarda o tutela del niño o la niña, éste no puede ser declarado adoptable, postula plazos perentorios para esa declaración. Por un lado, fija en 30 días el plazo para declarar la adoptabilidad de los niños que no tengan filiación establecida, siendo ese el lapso para que el organismo administrativo de protección de derechos⁷ realice la búsqueda de los familiares del niño o la niña, lapso que puede prorrogar únicamente por otros 30 días. Por otro lado, establece que si en 180 días no se revirtieron los motivos que llevaron a separar a un niño o una niña de su medio familiar, esto es, si no se modificaron las causas que condujeron al organismo administrativo de protección de derechos a dictar una medida excepcional e institucionalizar al niño o la niña, ese mismo organismo administrativo debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad y comunicar esa decisión al juez. De este modo, en pos de agilizar y acortar los tiempos en los cuales se tramitan las adopciones, se estipulan rígidos plazos para realizar el “trabajo de revinculación familiar” de los niños y niñas que son objeto de una medida excepcional. Por lo tanto, en menos de

seis meses esas familias biológicas –que generalmente son madres sobre las que pesa ya la sospecha de no ser aptas para poder tener a su hija o hijo consigo– deben demostrar su voluntad de cambio, sus aptitudes para asumir la crianza de su hijo o hija, su transformación y su capacidad para “organizarse” [Ciordia y Villalta, 2012]. Todo esto en un contexto en el que la desigualdad social, más allá de la mejoría de algunos indicadores sociales, resulta persistente y constante para determinados estratos sociales, y en el que la institucionalidad creada para hacer efectivas las medidas de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes se caracteriza por su precariedad y por su limitado repertorio institucional de recursos para trabajar en aquellas situaciones en las que los niños y las niñas deben ser separados transitoriamente de su medio familiar. De tal manera, en un escenario en el cual la opción parece recortarse en términos de institucionalización o adopción, recreando –al decir de Claudia Fonseca (2002)– la política de “esto o lo otro”, y signado por el loable aunque a veces paradójico tópico de la “desinstitucionalización”, el nuevo Código postula plazos en los que muy difícilmente la revinculación familiar vaya a ser lograda, en tanto las razones por las cuales se dictan medidas de separación de las niñas y los niños de su medio familiar muy difícilmente puedan ser revertidas en seis meses.

Por lo tanto, si bien la reforma prevista amplía derechos para los niños, niñas y adolescentes, introduce novedosos conceptos para el derecho de familia y procura armonizar el Código con los estándares internacionales de derechos humanos, también rigidiza y acorta los tiempos en los que debe definirse la adoptabilidad de esos niños y niñas provenientes en su inmensa mayoría de los sectores más vulnerables y vulnerabilizados de la población. De este modo, contribuye a delinear a la adopción como la “mejor opción” para esas niñas y niños, y en lugar de contribuir a ensanchar las alternativas de cuidado institucional o de instrumentar figuras que posibiliten proveer sostenes o apoyos a las familias biológicas que no quieran desprenderse de manera definitiva de sus niños y niñas, la reforma del Código fija plazos perentorios para convertir a los “menores” en *niños adoptables*.

Es una reforma promisoriosa que estipula que se deben agotar todas las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada antes de que el niño sea encaminado a la adopción. Pero que, a la vez y en nombre del “interés superior del niño” y de sus derechos que se estima pueden ser “vulnerados” si el trabajo con la familia de origen se extiende en el tiempo, vuelve cuanto menos ilusoria la posibilidad de que esos niños y niñas no sean una vez más “menores” transferidos a otras familias. De tal manera, aún cuando la reforma efectivamente amplíe el ejercicio de derechos, conceptualice a niñas, niños y adolescentes como sujetos con autonomía progresiva, e incluso incorpore distintos y prometedores cambios al instituto de la adopción, al intentar zanjar el interrogante de “¿hasta dónde trabajar con la familia de origen sin que ello implique vulnerar los derechos del niño o la niña?”, recrea subrepticamente uno de los estereotipos más potentes en el campo de la adopción: aquel que indica que determinados niñas y niños de los sectores que históricamente han sido subalternizados, tienen sus derechos vulnerados –no por la situación de desprotección social en la que pueden encontrarse sus familias– sino por sus propias familias de origen.

Bibliografía

- » Barrancos, Dora (2000). “Inferioridad jurídica y encierro doméstico”, en Gil Lozano, Fernanda; Pita, Valeria e Ini, María Gabriela (Comps.) *Historia de las mujeres en la Argentina, Siglo XX*, Tomo 1 (pp. 111-129), Buenos Aires, Taurus.
- » Birgin, Haydée (2000). “Introducción”, en Birgin, H. (Comp.) *El género en el derecho y el derecho en el género*, Buenos Aires, Biblos.
- » Colángelo, Adelaida (2005). “La mirada antropológica sobre la infancia. Reflexiones y perspectivas de abordaje”. [en línea] Ponencia disponible en: www.me.gov.ar/curriform/publica/oei_20031128/ponencia_colangelo.pdf
- » Cosse, Isabella (2006). *Estigmas de nacimiento. Peronismo y orden familiar. 1946-1955*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- » Fonseca, Claudia (2002). “Inequality near and far: adoption as seen from the Brazilian favelas”, *Law & Society Review*, 36 (2), pp. 184-191.
- » Harari, Sofía y Pastorino, Gabriela (2000). “Acerca del género y el derecho”. En Birgin, H. (Comp.) *El género en el derecho y el derecho en el género*, pp. 121-147, Buenos Aires, Biblos.
- » Herrera, Marisa (2011). “La democratización de las relaciones de familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes”, *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, año 4, vol. 1, pp.17-56.
- » James, Allison y James, Adrian (2001). “Childhood: Toward a Theory of Continuity and Change”, *The Annals of the American Academy, AAPS*, 575, May.
- » Jenks, Chris (1996). *Childhood*, London and New York, Routledge.
- » Llobet, Valeria (2014). “La producción de la categoría “niño-sujeto-de-derechos” y el discurso *psi* en las políticas sociales en Argentina. Una reflexión sobre el proceso de transición institucional”. En Llobet, V. (Comp.) *Pensar la infancia desde América Latina. Un estado de la cuestión*, pp. 209-235, Buenos Aires, CLACSO.
- » Ouellette, Françoise-Romaine (1995). “La part du don dans l’adoption”, *Anthropologie et Sociétés*, Vol. 19 (1-2), pp. 157-174.
- » Tarducci, Mónica y Pena, Mariela (2012). “Cuando lo público no llega a ser político. Reflexiones sobre un grupo de ‘padres’ adoptivos en Internet”, *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, año 2, núm. 4, pp. 143-153.
- » Villalta, Carla (2010). “Imitar a la naturaleza. La adopción de niños en los años ’60: entre ficciones legales y prácticas consuetudinarias”. En Cosse, Isabella, Felitti, Karina y Manzano, Valeria (Comps.) *Los ’60 de otra manera: vida cotidiana, género y sexualidades en la Argentina*, pp. 89-129, Buenos Aires, Prometeo.
- » Villalta, Carla y Ciordia, Carolina (2012). “Procedimientos judiciales y administrativos de adopción de niños. Confrontación de sentidos en la configuración de un ‘medio familiar adecuado’”, *Revista Etnográfica*, vol. 16 (3), pp. 435-460.

Material documental

- » *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. 1a ed. Buenos Aires: Infojus, 2012.
- » *Código Civil y Comercial de la Nación*. 1ª ed. Buenos Aires: Infojus, 2014.
- » *Código Civil de la República Argentina y leyes complementarias*. Buenos Aires: Del País, 2013.

