

Responsabilidad internacional del Estado en la “institucionalización” de niños, niñas y adolescentes desde el sistema interamericano de derechos humanos¹

Carolina Videtta²

Resumen

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha desarrollado ampliamente el concepto de *corpus juris* de los derechos de la niñez para establecer un marco de protección bajo los artículos 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, incluida la Convención de los Derechos del Niño. Estas normas revisten carácter vinculante para nuestro país, por lo que el presente trabajo procura analizar, teniendo en cuenta los estándares de protección o jurisprudencia generados por la Comisión y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la situación de la Argentina respecto de las medidas de protección destinadas a los niños, en especial, aquellas que implican la separación familiar -sea temporal o definitiva-, lo que importa una injerencia del Estado en la vida familiar y que puede acarrear responsabilidad internacional.

I. Introducción

El objetivo propuesto en el presente trabajo es reflexionar respecto de la responsabilidad internacional del Estado argentino en relación a las medidas de protección de niños, niñas y adolescentes a las que se refiere la Convención Americana de Derechos Humanos³ (en adelante, Convención o CIDH), en especial, aquellas que implican la separación familiar de un niño⁴ -sea temporal o definitiva-, lo que importa una injerencia del Estado en la vida familiar. Para ello, se tendrá particularmente en cuenta el análisis de los estándares de protección o jurisprudencia generados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte o Corte IDH).

Asimismo, se considerará la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que si bien no resulta vinculante para la Argentina, son antecedentes que proporcionan un material útil para guiar el desarrollo jurídico en la materia, destacando que entre los sistemas regionales líderes se ha creado una sinergia y coherencia.

En particular, abordaré los derechos del niño en el Sistema Interamericano para luego

¹ Artículo publicado en Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad del Estado II. Rubinzal- Culzoni, 2015.

² Abogada (UBA). Especialista en Derecho de Familia, con trabajo final en elaboración. Maestranda en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA).

³ Adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, 1969 y entrada en vigor 18 de julio de 1978.

⁴ Cuando hablamos de niños incluimos a niñas y adolescentes.

referirme específicamente a los casos de institucionalización de niños y adolescentes que por diversas causas ingresan bajo la tutela estatal en virtud de medidas de protección adoptadas por los jueces u órganos administrativos y la posible responsabilidad del Estado, por las actuaciones impropias u omisiones de los funcionarios públicos. Asimismo, desarrollaré las disposiciones de derecho interno que ha adoptado la Argentina respecto a la protección de los niños y adolescentes y cómo se relaciona con el derecho que cada uno de ellos tiene a la familia, además de referirme al Código Civil⁵ recientemente sancionado. Finalmente, aportaré algunas reflexiones sobre el tema que nos convoca.

II. Los derechos del niño en el Sistema Interamericano

El artículo 19 de la Convención Americana establece que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. De forma similar se pronuncia la Declaración Americana en su artículo VII el cual reconoce que “toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

Asimismo, debe tenerse en cuenta en este análisis la regla establecida en el artículo XVI del Protocolo de San Salvador que estipula: “Derecho de la Niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

En el sistema universal se encuentra una regla similar en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶, que establece que: “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

La Opinión Consultiva Nro. 17⁷ (en adelante, OC-17) ha sido clara en señalar que los niños “poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos (...) y tienen además

⁵ El 30 de septiembre de 2015 fue aprobado el Código Civil y Comercial de la Nación, cuya entrada en vigencia se produjo el 1ro de agosto pasado.

⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

⁷ Sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño del año 2002, párrafo 54.

derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”. Por consiguiente, el artículo 19 de la CADH debe entenderse como un derecho adicional y complementario que el tratado establece para los niños, quienes por su estado de desarrollo necesitan de protección especial.

Esta protección especial que reconoce el derecho internacional de los derechos humanos a los niños se fundamenta en su condición de personas en crecimiento y se justifica en base a las diferencias, respecto de las personas adultas, en cuanto a las posibilidades y los desafíos para el efectivo ejercicio y la plena vigencia de sus derechos.

La necesidad de adoptar medidas o cuidados especiales de protección proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños y adolescentes, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

Cabe destacar, que es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen los niños. Cada situación por la que atraviesa un niño vincula realidades diversas, obligándonos a contemplar cada historia en su propia unicidad y particularidad.

Asimismo, es importante reconocer el desarrollo, evolución y progresividad de la madurez de los niños y adolescentes y, por consiguiente, la necesidad de distinguir las diferentes etapas que observan los mismos. De esta manera, al analizar el alcance y contenidos del deber de protección especial, habrá que tomar en consideración que naturalmente esta condición de dependencia de los niños va evolucionando con el tiempo de acuerdo con el crecimiento, estadios de madurez y progresiva autonomía personal. Ello conlleva una correlativa adaptación del contenido de los deberes y responsabilidades de la familia, la comunidad y el Estado en relación a los niños, respetando su grado de desarrollo y autonomía progresiva para adoptar decisiones sobre sí mismo y sobre el ejercicio de sus derechos. Esta lógica es correlativa con la visión del niño como sujeto de derechos, que deben ser respetados y promovidos en su integralidad, dejándose así atrás la concepción del niño objeto de tutela.

La obligación de protección especial contenida en el artículo 19 de la CADH se vincula con el artículo 1.1 de la CADH⁸ en lo relativo a las obligaciones de respeto y garantía, y con el artículo 2⁹ de la CADH referido al deber de adoptar disposiciones de derecho interno de la índole

⁸ Art. 1: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.”

⁹ Art. 2: “Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por

que fueran necesarias y adecuadas para dar efectividad a este deber de protección especial a la niñez. Particularmente, me referiré más adelante a las disposiciones de derecho interno que ha adoptado la Argentina respecto a la protección de niños, niñas y adolescentes.

En ese sentido, en la primera sentencia en la que interpretó el artículo 19 de la Convención Americana, la Corte IDH estableció que (...) numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional (...) hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción¹⁰.

Al respecto, cabe señalar que el precedente Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la Calle) permitió, por primera vez, que la Corte IDH se pronunciara sobre el contenido del artículo 19 de la Convención Americana. La Corte al definir el contenido de las “medidas de protección”, estableció al respecto que, (...) Entre ellas [las medidas de protección] merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación¹¹.

Ahora bien, dentro de las medidas de derecho interno que los Estados Miembros deberán adoptar para cumplir con las obligaciones derivadas del artículo 19 de la CADH y del artículo VII de la DADH se encuentran, las de carácter general que tienen como destinatarios a todos los niños en su conjunto y están orientadas a promover y garantizar el disfrute efectivo de todos sus derechos; y, aquellas medidas de carácter específico dirigidas a determinados grupos de niños, que se establecen en función de las circunstancias particulares de vulnerabilidad en las que se encuentran estos niños y atendiendo a sus necesidades de protección especial.

Es menester destacar que, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte han desarrollado ampliamente el concepto de *corpus juris*¹² de

disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

¹⁰ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, 19/11/1999, párr. 146.

¹¹ Corte IDH “Niños de la Calle”, cit. punto 196.

¹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, las disposiciones comprendidas en las declaraciones sobre los Derechos del Niño de 1924 y 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing de 1985), las Reglas sobre Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio de 1990) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad de 1990). En lo relacionado con el género, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de Belém do Pará; y en lo que se refiere específicamente al derecho del niño a la familia, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guardad y el Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general. (*La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de derechos humanos (segunda edición)*, OEA/Ser.L/V/II.133 Doc.34, 29 octubre 2008,

derechos de la niñez para establecer un marco de protección bajo los artículos 19 CADH y VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que ya mencionamos y que como dijimos, integran los estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en materia de niñez, incluida la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN).

III. Estado de situación en Argentina

Es importante mencionar, en este punto, que las normas que integran el *corpus juris* protectorio revisten carácter vinculante para nuestro país, según las reglas del derecho internacional -art. 27, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados- e interno -art. 31, Constitución Nacional-; a ello se suma la supremacía constitucional atribuida a la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales -conf. art. 75 inc. 22 CN-; estos documentos junto con la Constitución, conforman el “bloque de constitucionalidad federal”¹³.

El *corpus juris* protectorio encabezado por la CDN provocó el desplazamiento de la tradicional visión del niño en “situación irregular” basada en la concepción del niño como incapaz, al que la familia y el Estado debían controlar y disciplinar, o en su caso, “proteger”, por la doctrina de “protección integral de derechos”, que parte de un fundamento claro: los niños son sujetos de derechos, son seres humanos completos, portadores de derechos y atributos que le son inherentes por su condición de persona, más aquellos que les corresponden por su condición de niños y cuentan por tanto con las mismas garantías de exigibilidad que los adultos, pero con un plus aún mayor dada la especificidad de encontrarse en una etapa de evolución y formación.

En el ámbito interno, la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes 26.061¹⁴, positivizó los postulados de la CDN.

El sistema de protección se asienta en tres principios, derechos en sí mismos, que regulan la relación entre los niños, el Estado y la familia, y establecen un límite a los que los adultos deciden sobre ellos. En este sentido, el art. 3 de la CDN sostiene que en todas las medidas concernientes a los niños y adolescentes “una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. El art. 5 contiene el principio de autonomía progresiva del niño, al establecer que los responsables legales deben impartirles dirección y orientación para que éstos ejerzan sus derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades”. Este principio, se encuentra sostenido e íntimamente relacionado con el contenido en el art. 12 mediante el cual se

párrafo 41).

¹³ Gil Domínguez, Andrés; Famá, M. Victoria y Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, t.I, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 13.

¹⁴ Fue sancionada el 28/9/05, promulgada de hecho el 21/10/05 y publicada en el Boletín Oficial el 26/10/05. A su vez ha sido reglamentada mediante Decreto Reglamentario 415 del 2006.

prescribe el derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado.

Por su parte, la ley 26.061 recepta estos principios¹⁵, al igual que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación¹⁶.

IV. Relación del artículo 19 de la CADH con el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a la vida familiar

Los diversos instrumentos de protección de derechos humanos, tanto regionales como internacionales, coinciden en que la familia debe ser considerada un “elemento natural y fundamental” de la sociedad.

El concepto de familia ha sufrido una notable evolución en el derecho internacional de los derechos humanos, desde una concepción más tradicional y restrictiva hacia nociones más abiertas y plurales. Debíó adaptarse a lo largo de los años a las diversas circunstancias, contextos y realidades sociales¹⁷.

Para interpretar los múltiples sentidos de la institución “familia” y asegurar su debida protección es fundamental tener en cuenta que la Corte IDH ha establecido, de forma coincidente con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹⁸.

La Convención Americana reconoce los derechos vinculados a la familia y a la vida familiar libre de injerencias ilegítimas en dos preceptos de su articulado, de modo diferenciado. Por un lado, la Convención Americana en el artículo 17.1 reconoce el derecho a la protección a la familia y el artículo 11.2 reconoce el derecho a una vida familiar libre de injerencias ilegítimas¹⁹. De la misma manera, el artículo VI de la Declaración reconoce el derecho a la familia y el artículo V reconoce la protección de la vida familiar contra ataques abusivos.

El reconocimiento del derecho a la familia y a desarrollar una vida familiar libre de

¹⁵ Ver al respecto artículos 3 y 24.

¹⁶ Ver al respecto artículos 23, 24, 26, 639.

¹⁷ Beloff, Mary, “Artículo 19”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 389.

¹⁸ Opinión Consultiva OC 16/99, de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114. En el mismo sentido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Casos Tyrer vs. United Kingdom judgment of 25 April 1978, Series A no. 26, párr. 31, entre otros.

¹⁹ De todos modos, en numerosas oportunidades la Corte IDH sostuvo que el derecho a la vida privada no es absoluto y que, por consiguiente, puede ser restringido siempre que esas injerencias no sean abusivas o arbitrarias; en otras palabras, deben estar previstas por la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, necesarios en una sociedad democrática (conf. Beloff, Mary, cit. p. 408).

injerencias ilegítimas se encuentra también reconocido en los artículos XV del Protocolo de San Salvador, 16.3 de la Declaración Universal, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y en los artículos 19 y 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por otro lado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁰, dispone en su art. 8: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”²¹.

Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, además de reconocer el derecho que los niños tienen de vivir con su familia. En este sentido, la Corte tiene dicho que el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia. En la OC-17, citando una decisión del TEDH, se ha dicho que el concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (conf. párr. 69). Además, “estima que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano” (conf. párr. 70).

La Corte, tanto en el Caso AtalaRiffo vs. Chile, como en el Caso Fornerón vs. Argentina²² se expidió respecto de temas controversiales relacionados con los conceptos y estereotipos tradicionales de la familia.

En el mencionado caso AtalaRiffo, la Corte, sostuvo que “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” a la vez que rechaza “una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir

²⁰ Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en el año 1953.

²¹ El concepto de familia, desde la perspectiva Europea, también comprende las relaciones afectivas o de facto independientemente del vínculo biológico. TEDH, “X., Y. y Z. v. Reino Unido”, 22/4/1997, (cit. por Fernández Silvia, Separación familiar y responsabilidad del Estado por decisiones administrativas y judiciales que causen daño a niños, niñas y adolescentes, RDF NRO 65, julio, 2014).

²² Corte IDH. “Fornerón e Hija vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, 27/4/2012.

un modelo específico de familia (la “familia tradicional”) (párrafos 142 y 145).

Por otro lado, el citado tribunal interamericano, en el Caso “Fornerón”, sostuvo que “[e]l disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia”(párr. 45).

Por su parte, la CDN realiza un reconocimiento similar al indicar en su preámbulo a la familia como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños. Adicionalmente, la CDN declara en diversas de sus disposiciones el derecho del niño a vivir con sus padres y a ser cuidado por ellos, así como el deber de los Estados de apoyar a la familia para que ésta pueda cumplir cabalmente con sus funciones²³.

La ya mencionada OC-17, se han pronunciado sobre el derecho a la protección a la familia reconocido en el artículo 17.1 de la CADH, en relación con el artículo 19 de la CADH. Es así, que ha dicho “En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños (...). Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”. En ese sentido, “el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (conf. párr. 66).

Las medidas de protección, reconocidas en el artículo 19, priorizan el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y cuidado de los niños, ya que tienen derecho a vivir con su familia, principalmente su familia biológica. Y por ende, es responsabilidad del Estado, crear un sistema de protección de derecho que fortalezca el núcleo familiar a fin de que puedan proporcionar el cuidado y la protección necesaria para su desarrollo integral.

Si bien la responsabilidad primaria por el bienestar de los niños y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen, quienes tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, estas, deben ser respetadas y garantizadas por los Estados. Al respecto, la CDN²⁴ señala que corresponde a los padres, o en su caso a los representantes legales, la responsabilidad primordial para la crianza y el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño, debiendo ser su preocupación fundamental el interés superior del niño y su bienestar. Sin embargo, es precisa en establecer la obligación de los Estados consistente en prestar el apoyo y la asistencia adecuada a los padres y a las familias en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales.

²³ En particular los artículos 3.2, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 18, 20, 21 y 27 de la CDN.

²⁴ Ver al respecto artículos 5, 14.2, 18 de la CDN.

No podemos dejar de mencionar, el tan mentado *interés superior del niño* y su relación con el derecho analizado. Al respecto, la CDN vincula la realización de los derechos y los intereses del niño con dos elementos, por un lado, con los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables legalmente del niño, y por otro, con la responsabilidad de los Estados de velar por la protección y el cuidado que sean necesarios para el bienestar del niño. En este punto, la realización del interés superior del niño debe considerarse a la luz de la autonomía progresiva de los niños en la toma de decisiones que le afecten y en el ejercicio de sus derechos²⁵.

Finalmente, es preciso mencionar que el derecho a la familia, tiene una directa vinculación con el derecho a la identidad y con el derecho al nombre de los niños, niñas y adolescentes, reconocido en el artículo 18 de la Convención Americana y en el artículo 8 de la CDN.

En relación al derecho a la identidad la Corte en el caso “Fornerón” ha indicado: “el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”²⁶.

Y, agrega: “(...) el hecho que en todos estos años M [nombre de la niña] no haya tenido contacto o vínculos con su familia de origen no le ha permitido crear las relaciones familiares que jurídicamente corresponden. Por ende, la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M, además de su derecho a la protección familiar”.

Finalmente, la ley 26.061 visualiza el derecho a la vida familiar como integrante del interés superior del niño (art. 3. c); incluyéndose -conf. art. 7, dec. 415- además de los progenitores, a las “personas vinculadas” al niño “(...) a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada (...), a otros miembros de la comunidad que representen para el niño (...), vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección”. Además, reconoce en su art.10 el derecho de los niños a la vida familiar y agrega que no puede estar sujeto a injerencias arbitrarias o ilegales.

²⁵ Comisión IDH- UNICEF-OEA- “Informe el derecho del niño y la niña a la familia”, OEA/Ser.LV/II, Doc. 54/13, 17 octubre 2013, párrafo 57.

²⁶ Corte IDH. “Fornerón”, cit., párr. 123.

Asimismo, en lo que respecta al derecho a la identidad, contempla el derecho al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares y, a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres (art.11).

V. La injerencia estatal en la vida familiar. Medidas de protección que implican la separación del niño, niña o adolescente de su familia

De acuerdo a lo establecido en el apartado anterior, en el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra reafirmado el derecho humano del niño a vivir y a permanecer con su familia de origen.

En relación con este derecho, la Corte IDH en el Caso “Fomerón” señaló que: (...) el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia (conf. párr. 45).

En caso de que la convivencia con su familia de origen no fuera posible, los niños tienen derecho a vivir y permanecer con su familia ampliada o referentes afectivos, interpretados en el sistema regional por la Corte IDH en la citada OC-17 como el conjunto de “todas las personas vinculadas por un parentesco cercano” (conf. párr. 70); y sólo de manera excepcional, con otra familia ajena a su núcleo de pertenencia a través de figuras jurídicas de inserción temporal o permanentes como la adopción, con el fin de dar cumplimiento a otro derecho humano específico como lo es el derecho a vivir en familia.

Se forma así el principio de no separación familiar del niño, aunado a las exigencias que una eventual decisión en contrario debe revestir para sortear el test de convencionalidad²⁷.

De esta manera, del deber especial de protección reconocido en el artículo 19 de la Convención se deriva, por consiguiente, la obligación de establecer medidas especiales de protección destinadas a los niños respecto de los cuales se determine que no cuentan con los cuidados parentales adecuados y que en aras a su interés superior, protección y bienestar, deban ser separados de forma transitoria de su núcleo familiar. En tales casos, la exigencia que se deriva de la Convención es que dichas medidas cumpla con el principio de legalidad y con las garantías procesales.

²⁷ Fernández, Silvia, Separación Familiar y responsabilidad... cit.

Al respecto, la Corte en su OC-17 ha manifestado que: "(...) el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal" (párr. 77).

La CDN, al respecto, en su art. 9 establece que: "1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (...) 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (...)"

Asimismo, en su artículo 20 establece de forma expresa el deber de los Estados de garantizar medidas especiales de protección y de cuidado alternativo para niños que no cuenten con los cuidados parentales adecuados.

Siguiendo en el ámbito del sistema universal de derechos humanos, se han establecido las *Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños*, al respecto, en su directriz 14, señalan lo siguiente en relación a las medidas de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores o de su familia: "la separación del niño de su propia familia debería considerarse como medida de último recurso y, en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible. Las decisiones relativas a la remoción de la guarda han de revisarse periódicamente, y el regreso del niño a la guarda y cuidado de sus padres, una vez que se hayan resuelto o hayan desaparecido las causas que originaron la separación, debería responder al interés superior del niño (...)"

Cabe señalar, que para que la injerencia en la vida familiar sea acorde con los parámetros de la Convención Americana, la separación procede sólo en circunstancias excepcionales, cuando existan razones determinantes para ello, y en función del interés superior del niño. Resulta fundamental atender a los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad de las medidas de protección que impliquen la separación del niño de sus progenitores en el caso concreto.

El TEDH ha afirmado que el objeto del artículo 8, CEDH, es proteger al individuo contra la

interferencia arbitraria de las autoridades públicas en su ámbito personal. Sin embargo, no viola esta regla la intervención estatal cuando “la salud o el desarrollo de un niño se encuentra comprometido o en peligro, sin exigir la prueba de un perjuicio real”²⁸.

Por su parte, la ley 26.061 impone el control judicial de legalidad de la medida adoptada por el órgano administrativo y la revisión periódica con el objetivo de hacer seguimiento a las condiciones del niño y su bienestar, así como para permitir la adecuada intervención sobre las circunstancias que posibiliten la reintegración del mismo a su familia de origen y a la guarda de sus progenitores, tan pronto como sea posible.

Por lo tanto, en aquellas situaciones en las cuales se acredite la imposibilidad del restablecimiento del vínculo del niño con sus progenitores o su familia ampliada, se adoptarán medidas especiales de protección de carácter permanente que faciliten una solución definitiva a la situación del niño, en atención a su interés superior, y en particular a su derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia. La figura jurídica de la adopción -ver el nuevo Código Civil Y Comercial²⁹- facilita una solución permanente en estos casos, aunque no para todos los niños y adolescentes. Sabido es que la adopción no es la figura para dar respuesta a muchas situaciones de adolescentes que carecen de vínculos familiares o afectivos fuertes o de referencia. De los más de 7.100 pretensos adoptantes inscriptos en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (DNRUA), que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de los Nación y que concentra la información del 80% de las provincias, adheridas a la red federal, sólo el 1, 25% está dispuesto a adoptar a un niño o niña mayor de 12 años, y el porcentaje se reduce a 0.19 si el adolescente tiene algún tipo de patología.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Informe el derecho del niño y la niña a la familia*³⁰, concluye en que, tanto a nivel internacional como nacional, el Estado tiene las siguientes obligaciones: 1) adoptar medidas destinadas a la protección de la familia que permitan y faciliten el adecuado ejercicio de los derechos y deberes parentales y prevengan así situaciones de desprotección de niños, niñas y adolescentes; 2) diseñar y aplicar medidas especiales de protección de carácter temporal que atiendan adecuadamente las necesidades de protección del niño cuando la familia, pese a haber recibido el apoyo apropiado, no pueda cumplir en forma adecuada con las obligaciones de cuidado, o cuando la permanencia en dicho ámbito sea contraria al interés superior del niño, debiéndose adoptar medidas de protección que impliquen la separación del niño de su familia y el acogimiento en una modalidad de cuidados alternativos; y 3)

²⁸TEDH, “Olsson v. Suecia”, 24/3/1988, (cit. por Fernández, Silvia, op. cit., p. 202)

²⁹El art. 595 establece como principios generales de la adopción “el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada” (art. 595. c), el respeto por el derecho a la identidad” (b); la adopción no procede “(...) si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste” (art. 607) (cit. por Fernández, Silvia, op. cit., p. 202).

³⁰Comisión IDH- UNICEF-OEA, cit.

las medidas de cuidado alternativo deben ser debidamente justificadas de acuerdo a la ley, tener un carácter transitorio y estar orientadas a la restitución de derechos, la recomposición de los vínculos familiares y la reintegración al medio familiar, tan pronto como ello sea posible, tomando en consideración el interés superior del niño y deben estar sujetas a revisión judicial.

VI. Responsabilidad del Estado

De acuerdo a los estándares que venimos analizando a lo largo de la obra, la responsabilidad estatal será considerada con exigencia acorde a la tutela de éstos derechos humanos. En los supuestos de medidas de acogimiento adoptadas por la Administración, el TEDH ha ejercido un control estricto, a fin de garantizar efectivamente derechos, verificando la necesidad y legitimidad de la medida. Analiza no sólo la abstención de injerencias indebidas, sino también la adopción de acciones tendientes a la reagrupación familiar³¹.

Asimismo, en los casos “Görgülü v. Germany”³², “Saleck Bardi v. España”³³ y en “R. M. S. C/ España”³⁴, el TEDH sostuvo que “para un padre y su hijo, estar juntos constituye un elemento fundamental de la vida familiar”. En el primer caso, el tribunal valoró negativamente la separación del niño de su familia adoptiva, pero consideró que las autoridades no habían examinado todas las soluciones posibles frente al ofrecimiento de custodia y disposición del padre biológico. La misma situación fue analizada en “R. M. S.”, donde el tribunal sostiene que las autoridades españolas no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para respetar el derecho de la demandante a vivir con su hija.

Frente a estas situaciones, adquiere relevancia la valoración del tiempo del despliegue de las medidas proactivas estatales. El TEDH ha afirmado que el respeto efectivo del derecho a la vida familiar implica que las futuras relaciones familiares de un niño no sean determinadas por el mero transcurso del tiempo.

³¹TEDH, “Olsson vs. Suecia”, 24/3/1988, (cit. por Fernández, Silvia, cit.).

³²TEDH, “Görgülü v. Germany”, 25/5/2004. Görgülü es un alemán de origen islámico. Tuvo relaciones con una mujer, con quien se iba a casar, pero luego ella desistió (mayo 1999). Tiempo después, le reveló que estaba embarazada. Un niño nació en agosto; ella lo entregó en adopción. En octubre de ese año él tomó conocimiento del nacimiento y de la entrega en adopción; inmediatamente, concurrió a la autoridad administrativa y peticionó la guarda. Rechazo de la demanda: la madre no lo ha reconocido como el padre biológico y él no tenía pruebas de serlo. Enero del año 2000, inició un juicio por filiación en el que acreditó su paternidad. El juez alemán fijó un régimen de visitas que se cumplía con dificultad; los contactos se vieron interrumpidos abruptamente, a pedido de los pretendidos adoptantes. En diciembre de 1999, Görgülü se casó por el rito islámico con una mujer alemana, que tiene un hijo de otra unión. Görgülü pidió que se le otorgara la guarda. El tribunal reconoció que tenía derecho a la guarda, porque es el padre biológico y ha acreditado aptitud (tiene una familia bien constituida), pero separar el niño de la familia que pretende la adopción podía ser traumático en razón de que el niño llevaba un año y diez meses con los pretendidos adoptantes. Con posterioridad, se verificaron siete intentos fallidos de visitas. Los pretendidos siguieron adelante con el juicio de adopción y se dictó sentencia, contra la oposición del padre genético. El TEDH concluyó que se partió de una premisa equivocada al dar más importancia a la relación del niño con sus padres adoptivos, sin considerar que la anulación total de la relación de un hijo con su padre únicamente puede justificarse en circunstancias excepcionales, que no se daban allí.

³³ TEDH, “Saleck Bardi v. España”, 24/5/2011.

³⁴ TEDH, “R. M. S. C/ España”, 18/6/3013.

Similar precedente es el caso “Fornerón”³⁵ ante la CIDH, que declaró responsable al Estado argentino por la violación de derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a los derechos del niño, consagrados en los arts. 8.1, 25.1 y 19 de la CADH. Asimismo, declaró responsable al Estado argentino por la violación al derecho a la protección a la familia en perjuicio del Sr. Fornerón y su hija, consagrado en el art. 17 CADH. Por último, declaró que el Estado argentino incumplió con su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno, establecidas en el art. 2 CADH. La Corte decidió que si bien los procesos internos que culminaron con la adopción violaron los derechos y garantías mencionadas, “no puede obviar lo excepcional de este caso, esto es, la circunstancia que se han desarrollado vínculos de la niña con sus padres adoptivos y con su entorno social en el cual ella se desenvuelve desde hace casi doce años” (párrafo 156). Fijó entre las medidas de reparación el establecimiento de una efectiva vinculación padre-hija, amplia, progresiva, con auxilio de expertos y, fundamentalmente, respetando la opinión de la niña.

También la Corte IDH, en el caso “AtalaRiffo”³⁶ ha declarado la responsabilidad estatal por violación al derecho a la vida familiar en razón de condición homosexual. Allí, la Corte dijo que la determinación del interés superior del niño en casos de custodia debe hacerse a partir de la evaluación de comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el desarrollo del niño, daños o riesgos reales, no especulativos ni imaginarios. No son admisibles presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres ni preferencias culturales sobre ciertos conceptos tradicionales de familia.

Como es sabido, los tratados, las convenciones y los pactos son fuente de derecho internacional. Cuando un país firma un tratado se obliga por él, de modo que, si los Estados no respetan las obligaciones y compromisos asumidos, pueden incurrir en responsabilidad internacional, la que eventualmente puede acarrear consecuencias muy serias³⁷.

³⁵La niña nació el 16/6/2000 en la provincia de Entre Ríos. Al día siguiente su madre, sin el consentimiento del padre, la entrega en guarda provisoria con fines de adopción a un matrimonio de la Ciudad de Buenos Aires, ante el Defensor de Pobres y Menores. Fornerón reconoció su paternidad el 18/7/2000. El 17/5/2001 el juez otorga la guarda al matrimonio. En 2001 Fornerón solicita un régimen de visitas (único encuentro en 2005). En 2005 se otorga la adopción simple al matrimonio, con la oposición del padre biológico.

³⁶En el proceso de custodia interpuesto por el padre de las niñas en contra de la progenitora, la justicia chilena reconoció la tuición al padre, por considerar que la orientación sexual de la madre y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres hijas. La Corte Suprema sostuvo que la madre había antepuesto sus propios intereses, postergando lo de sus hijas, al iniciar la convivencia con otra mujer, además sostuvo que por ello, sus hijas podía ser objeto de discriminación social y de una eventual confusión de roles sexuales ante la falta en el hogar de un padre de sexo masculino. La Corte IDH afirmó la existencia de trato discriminatorio y una interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de la Sra. Atala debido a su orientación sexual.

³⁷La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene desde hace tiempo (Caso Giroldi, sent. Del 7-4-1995, Fallos 318:554): “Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los

Igual responsabilidad le compete al Estado por la violación a los derechos humanos de los niños que se encuentran institucionalizados. El Estado no es sólo responsable por permitir o mantener un niño institucionalizado en contradicción con las directivas impuestas por normas constitucionales y locales, sino también por los abusos y por no ejercer el debido control en los lugares de institucionalización.

Al respecto, la Corte IDH condenó al Estado paraguayo al pago de indemnizaciones a niños y adolescentes internados en un lugar de detención denominado “Panchito López” por los malos tratos que padecieron en dicho lugar y a la realización de actos públicos de reconocimiento de su responsabilidad por los hechos ocurridos³⁸.

Las consecuencias de la institucionalización afectan al desarrollo de los niños en todas sus áreas, causando carencias a nivel afectivo, emocional y social. Las principales causas de ingreso de niños carentes de cuidado parental³⁹ son la violencia y el maltrato. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha constatado que en la práctica la pobreza sigue siendo el gran telón de fondo de las situaciones por la que los niños son separados de su familia⁴⁰. Muchos de ellos ingresan en edades muy tempranas, teniendo un recorrido institucional extenso, sin que puedan darse las condiciones de egreso, permaneciendo hasta la mayoría de edad.

Al respecto, cabe mencionar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el ya mencionado *Informe el derecho del niño y la niña a la familia*, ha recomendado a los Estados que favorezcan un proceso de desinstitucionalización de los niños que se encuentran en estos tipos de establecimientos y fortalezcan otras modalidades de acogimiento alternativo más favorables y acordes con la protección de sus derechos, como el acogimiento familiar⁴¹.

Por su parte, la ley 26.061 prevé ante la amenaza o violación de derechos de niños, niñas y adolescentes, la aplicación de medidas de protección. Aquellas van desde lograr el fortalecimiento familiar, mediante medidas que la doctrina ha denominado “medidas ordinarias de

preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054). 12) Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.”

³⁸ El texto completo del fallo y su comentario pueden verse en Justicia y Derechos del Niño, n. 7, Unicef, 2005, p. 117.

³⁹ De acuerdo con las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, se entiende por “niños privados del cuidado parental” a: (...) todos los niños que durante la noche no estén al cuidado de uno de sus padres, por lo menos, cualesquiera que sean las razones y circunstancias de ese hecho (...). Directriz 29 a).

⁴⁰ Comisión IDH, UNICEF, OEA, cit., p. 2

⁴¹ El Acogimiento familiar, es definido por la Red Latinoamericana de Acogimiento Federal, como un tipo de cuidado basado en la familia, que incluye al niño para su cuidado, sin alterar significativamente la rutina familiar. La familia continúa con su dinámica y estructura cotidiana responsabilizándose, por el tiempo que sea necesario, por la protección integral del niño.

protección de derechos⁴²”, tendientes a mantener al niño con su familia a través de la implementación de algún programa de política social, hasta en situaciones excepcionales y siempre que se hayan realizado todas las acciones previas, separar al niño o adolescente de su núcleo familiar, a través de la implementación de medidas de tipo “excepcional”⁴³, las cuales son adoptadas por el órgano administrativo con un posterior control de legalidad por parte del poder judicial.

En un reciente informe realizado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires titulado “Estado de situación de las políticas públicas de la infancia y adolescencia en la CABA” surge que el mayor porcentaje (casi un cuarenta por ciento) de la actuación del órgano administrativo local -Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes- tiene que ver con “quejas e irregularidades detectadas por la institucionalización de chicos y chicas separados de su medio familiar”. Asimismo, el informe revela que dicho organismo presenta “criterios apresurados en adoptar medidas excepcionales de protección separando a los niños de su grupo familiar sin buscar alternativas en la familia ampliada o comunitaria.”⁴⁴

De esta manera, es el Estado a través de las actuaciones impropias u omisiones de los funcionarios públicos el que vulnera los derechos del niño si por la falta o insuficiencia de políticas públicas no ofrece las medidas de protección ordinarias previas, limitándose a instrumentar

⁴²Art. 37. MEDIDAS DE PROTECCION. Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas: a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternas o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; c) Asistencia integral a la embarazada; d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; g) Asistencia económica. La presente enunciación no es taxativa.

⁴³Art. 39 de la ley 26.061 —mediante un tipo jurídico abierto- regula las denominadas medidas excepcionales, que de modo restrictivo y bajo ciertas circunstancias especiales pueden dictar los organismos administrativos y cuyo elemento o particularidad reside en la separación de un niño de su grupo familiar de origen. El texto de los articulados de la ley referidos a las medidas excepcionales (arts. 39 a 41 inclusive) permite advertir la causa, el objeto y la naturaleza de este tipo de medidas. Las causas que posibilitan la adopción de estas medidas son aquellos supuestos fácticos donde los niños, niñas y adolescentes deberían estar temporal o permanentemente privados de su medio familiar. El objeto de ellas debe estar orientado a la cesación de la violación o amenaza de conculcación (por acción u omisión) de los derechos subjetivos y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, como así también, la reparación de los daños que pueden haberse impetrado. La naturaleza se relaciona con su limitación temporal, donde rige el concepto de que lo distinto a lo normal no puede ser permanente y por ende, su fin último es posibilitar que con la adopción de esta clase de medidas se pueda regresar a la normalidad. En otros términos, que estas medidas sólo pueden prolongarse siempre y cuando persistan las causas (excepcionales) que las justificaron. A su vez en este marco cabría distinguir tres tipos de situaciones fácticas que darían lugar a la separación de un niño de su familia: 1) aquellas que instan la separación transitoria, por lo cual y de conformidad con el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, se deberá focalizar la intervención hacia el reintegro o regreso del niño a su familia en un sentido amplio de conformidad con el art. 7 del dec. 415/2006, es decir, abarcativo de los progenitores, algún miembro de la familia ampliada o referente afectivo; b) aquellas situaciones excepcionalísimas que dan lugar a la decisión de separar en forma permanente al niño de su núcleo familiar (por ejemplo, situaciones de abuso sexual o abandono de un niño en la vía pública); y c) los supuestos fácticos donde ellas comienzan siendo advertidas como causa de separación transitoria, pero dicha provisionalidad se sostiene en el tiempo, culminándose en una separación permanente a través de la figura de la adopción (art. 311 y sgtes. Código Civil)” GIL DOMINGUEZ, Andrés, HERRERA Marisa y FAMA María Victoria en “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061 Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes” La Ley 2007-D, 876.

⁴⁴ Disponible en <http://defensoria.org.ar/wpnoticias/wp-content/uploads/2014/11/Infancia.pdf> (20/11/14)

directamente medidas excepcionales de separación.

VII. La dimensión del problema

De acuerdo con un informe de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia realizado con la cooperación de UNICEF, denominado *Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin Cuidados Parentales en la República Argentina*, hasta mediados de 2011, de los 40.117.096 habitantes de la República Argentina, 12.333.747 eran niños, niñas y adolescentes que constituían el 30,75% de la población. Sobre ese total, 14.675 eran niños sin cuidado parental⁴⁵, alojados en los distintos dispositivos de acogimiento, dependientes tanto del nivel nacional como en cada una de las jurisdicciones. Es decir, que 1 de cada 1000 niños se encontraba sin cuidado parental. Con respecto a la edad, la mayoría de la población se trata de adolescentes, entre 13 y 18 años (45%), mientras que el 29% tenía entre 6 y 12 años, y el 26% eran niños de entre 0 y 5 años. De la población de adolescentes, el 28% egresó de las instituciones por haber alcanzado la mayoría de edad, pero sólo el 7% egresó con un proyecto de vida autónomo, y el otro 20% sin haber podido lograr un proyecto propio, de preparación para la vida adulta que comienza a los 18 años⁴⁶.

Al respecto, es menester advertir que no existe un registro nacional de niños institucionalizados, que tenga información en cuanto a la cantidad de niños alojados en dispositivos convivenciales, motivos de pertinencia, duración de las medidas adoptadas, cantidad de renovaciones, egresos, por lo que su control a nivel general resulta dificultoso. Tampoco contamos con datos estadísticos actualizados a nivel nacional ni local.

En cuanto a las causas de la “institucionalización” de los niños, la falta de recursos de los progenitores sigue siendo el principal motivo, esto surge de diversas investigaciones de campo que se han llevado a cabo. Al respecto el Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CASACIDN) en el tercer informe que presentó ante el Comité de Expertos de Naciones Unidas destacó que “es alarmante que en la mayoría de las provincias e incluso en la Ciudad de Buenos Aires, la internación de personas menores de edad con sus derechos amenazados vulnerados, particularmente niños pobres, sea utilizada como primera medida de protección”. Asimismo, cita una de las investigaciones realizada por la Asociación Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales (ANDHES) que indica que, en la mayoría de las provincias de la región del Noroeste argentino, la institucionalización sigue siendo usada en forma generalizada y la principal causa que la motiva es la situación de pobreza de los niños. También, en la región del Noreste argentino,

⁴⁵ Casi la mitad de esos NNA (49%) residía en la provincia de Buenos Aires y Capital Federal; la región del NEA representaba un 17%; Centro del país 15%; Cuyo 8%; la Patagonia 6% y el NOA un 5%.

⁴⁶ UNICEF Argentina, *Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin Cuidados Parentales en la República Argentina*. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, 2012, p. 22 y ss.

el 95% de las personas menores de edad institucionalizadas han sido privadas de sus cuidados parentales debido al contexto de pobreza en el que viven. Del mismo modo ocurre en la Región de Patagonia⁴⁷.

IX. La protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes y la responsabilidad parental

Tanto las medidas de protección de tipo “ordinarias” como aquellas “excepcionales”, implican por parte del Estado una injerencia en la responsabilidad parental de los progenitores de los niños a las que están dirigidas. Que será de menor o mayor intensidad, dependiendo del tipo de medida del que se trate.

En las medidas de tipo ordinaria la intervención estatal es de menor intensidad, ya que está dirigida a favorecer un ejercicio funcional de la responsabilidad parental. Se trata de brindar políticas públicas de carácter instrumental para remover los obstáculos que pudieran presentar los padres en la crianza de sus hijos. Mientras que la intervención del Estado en las medidas de tipo excepcional es de mayor intensidad, ya que implica separar a un niño de su núcleo familiar, y por ende, desplaza la guarda y custodia de sus hijos, provocando el desmembramiento de la responsabilidad parental que titularizan⁴⁸. Este tipo de medida, como decíamos, requiere del debido control judicial de legalidad. Durante el tiempo que dure tal medida, se debe continuar el trabajo de fortalecimiento familiar hasta agotar toda posibilidad de mantener al niño en el ámbito de su familia de origen. La ley 26.061 establece para estas medidas un plazo de duración de noventa días, renovable por otro plazo igual, por razones fundadas. Es decir, un límite máximo de ciento ochenta días. Vencido tal plazo, en sede judicial corresponde decidir qué institución jurídica protege mejor los derechos del niño en juego (tutela, adopción).

Cabe destacar que, si bien la protección de derechos de los niños tiene como objetivo primordial el de fortalecer los vínculos familiares en la familia de origen, el límite a este tipo de actuación está dado por dos variantes: 1) la situación de vulneración de derechos y las posibilidades de su reversión, y 2) el tiempo que ello demande.

El factor tiempo, como vimos, tiene una incidencia fundamental en toda intervención en la que se intente resolver la vida de un niño y su familia. La indefinición de situaciones que ameritan tomar resoluciones en los tiempos apropiados repercute en contra de su interés superior, que es

⁴⁷ Disponible
[http://www.casacidn.org.ar/media/uploads/cyclope_old/adjuntos/TercerInforme_CASACIDN_2009\(ONU\).pdf](http://www.casacidn.org.ar/media/uploads/cyclope_old/adjuntos/TercerInforme_CASACIDN_2009(ONU).pdf)
(20/11/14)

⁴⁸ Pellegrini, María Victoria, *Intersecciones entre dos sistemas normativos: la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el derecho a la familia* en Reflexiones pragmáticas sobre Derecho de Familia, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, El Salvador, 2013.

vivir en un medio familiar en el cual pueda desarrollarse. Asimismo, la dilación en los procedimientos puede llevar a situaciones de hecho irreversibles o irremediables en perjuicio del interés de los niños y sus padres biológicos. Al respecto la Corte tiene dicho en el caso “Fornerón” que *“se han desarrollado vínculos de la niña con sus padres adoptivos y con su entorno social en el cual ella se desenvuelve desde hace casi doce años”*; cabe tomar nota de lo señalado por los peritos que tomaron parte de las audiencias públicas en el sentido de que *“la niña ha desarrollado relaciones afectivas en su actual entorno social y familiar del cual no puede ser apartada repentinamente y, por otra parte, que los vínculos de la niña con el padre biológico y su entorno no pueden establecerse inmediatamente”* y que se *“desaconsejó una restitución luego de once años”*.

X. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Respecto a la responsabilidad parental, el Código Civil y Comercial de la Nación introduce diversas alternativas. En primer lugar, son los propios progenitores del niño quienes podrán decidir delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en otra persona, pariente o tercero idóneo, quien deberá prestar su consentimiento, todo con intervención judicial –a los fines de evitar “entregas” privadas, que pudieran implicar tanto situaciones de compra venta de niños como consolidación de situaciones fácticas para acceder luego a la adopción- y por un plazo máximo de un año, renovable por razones fundadas por otro año más. A través de esta figura los padres delegan el ejercicio de la responsabilidad parental, pero mantienen su titularidad⁴⁹.

Pero también podrá ser el juez quien decida la conveniencia de esta delegación, que implica sin dudas una interferencia fuerte en la responsabilidad parental, pues provoca su desmembramiento. Así, está previsto que en casos especialmente graves (por ejemplo maltrato) el juez puede otorgar la guarda a un tercero, también por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro año más⁵⁰.

Ahora bien, si la decisión de los progenitores es que su hijo o hija sea dado en adopción, podrán manifestarlo judicialmente, contando con asesoramiento técnico respecto a las consecuencias que ello implica –“decisión libre e informada”- y procederá entonces la declaración

⁴⁹ Art. 643. Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o tercero idóneo. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de UN (1) año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

⁵⁰ Art. 657. Otorgamiento de la guarda a un tercero. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un tercero, pariente o no, por un plazo de UN (1) año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

judicial de la situación de adoptabilidad (inc. b del art. 607)⁵¹. En todos los casos dicha manifestación sólo será válida si se produce después de los cuarenta y cinco (45) días de producido el nacimiento, en respeto al estado puerperal.

Y también ante el fracaso de todas las medidas excepcionales que se hubieran instrumentados, transcurrido el plazo máximo de ciento ochenta (180) días, el órgano administrativo debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad del niño, con la obligación de comunicar su dictamen al juez que intervino en el control de legalidad de las medidas excepcionales en un plazo perentorio de veinticuatro (24) hs. (inc. c del art. 607).

XI. Consideraciones finales

En nuestro país prácticamente no existen antecedentes sobre demandas contra el Estado por institucionalizaciones de niños o adolescentes, como así tampoco por oposición o impedir su reintegro a la familia sin fundamentos razonables, o sea, por retenciones ilegítimas. Seguramente esto se relacione con el acceso a la justicia de los progenitores, debido a que como señalamos la principal causa de las medidas de tipo “excepcional” es la situación de extrema vulnerabilidad social en la que se encuentran los niños y su grupo familiar.

Quienes abogamos por la protección de la infancia y la adolescencia no podemos dejar de advertir esto y de exigirle al Estado como principal garante de las obligaciones internacionalmente asumidas, que cumpla.

El año pasado celebramos los 25 años de la aprobación de la CDN. Aquel 20 de noviembre de 1989 marcó un hito en la protección de la infancia y la adolescencia. En nuestro país se plasmó en grandes logros, sin embargo, aún resta mucho por hacer. Escasean diseños institucionales sólidos, capacitados y confiables que desplieguen políticas públicas ciertas y serias destinadas a la infancia, adolescencia y sus familias, en especial, aquellas que aborden de manera integral la cuestión tan compleja de niños sin cuidados parentales.

⁵¹Art. 607. Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de TREINTA (30) días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los CUARENTA Y CINCO (45) días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de CIENTO OCHENTA (180) días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas quemotivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad mediante el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción.

Se requiere de políticas de promoción y prevención que favorezcan la disminución de medidas que causen la separación de los niños, niñas y adolescentes de su familia y su comunidad. Así como estrategias de vinculación familiar específicas, operadores capacitados, además de un control serio por parte del Estado de los niños que se encuentren institucionalizados.

Respecto a los adolescentes sin cuidados parentales, cabe señalar que hoy el régimen actual carece de abordajes “especiales” para un grupo etario que si bien es menor de edad, tiene particularidades propias, máxime cuando se encuentran alojados en dispositivos convivenciales. Es que es sabido que la adopción no es la figura para dar respuesta a muchas situaciones de adolescentes que carecen de vínculos familiares o afectivos fuertes o de referencia.

Si bien queda mucho camino por recorrer, visualizar los obstáculos que aún hoy quedan sortear, constituye, a mi entender, un transitar necesario. Para evitar, así, no solo que el estado argentino no incurra en responsabilidad internacional, al decir de Cecilia Grosman por su acción u omisión⁵², sino y sobre todo, para garantizarles a nuestro niños, niñas y adolescentes el pleno y armonioso desarrollo de sus personalidades para una vida independiente en sociedad.

Bibliografía:

- ✦ BELOFF Mary, “Artículo 19”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, en STEINER, Cristián, Uribe patricia, Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- ✦ COMISIÓN INT. DERECHOS HUMANOS- UNICEF-OEA, Informe el derecho del niño y la niña a la familia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54/13, 17 octubre 2013.
- ✦ CORTE I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999.
- ✦ CORTE I.D.H., Sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002.
- ✦ CIDH. *La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de derechos humanos (segunda edición)*, OEA/Ser.L/V/II.133 Doc.34, 29 octubre 2008.
- ✦ FERNÁNDEZ, Silvia E. “*La infancia como escenario universal y sus falacias. “Niños” y “menores”: simbolizaciones sociales subyacentes, replicadas en la mayor edad. Algunas –necesarias- aplicaciones del principio de paternalismo justificado*”. Revista de Derecho de Familia nro. 56, AbeledoPerrot, septiembre 2012.

⁵²Fernández, Silvia E. “*La infancia como escenario universal y sus falacias. “Niños” y “menores”: simbolizaciones sociales subyacentes, replicadas en la mayor edad. Algunas –necesarias- aplicaciones del principio de paternalismo justificado*”. Revista de Derecho de Familia nro. 56, AbeledoPerrot, septiembre 2012.

- ✦ FERNÁNDEZ, Silvia E., “*Separación familiar y responsabilidad del Estado por decisiones administrativas y judiciales que causen daño a niños, niñas y adolescentes*”. Revista de Derecho de Familia. 65, Abeledo Perrot, julio 2014.
- ✦ GIL DOMINGUEZ, Andrés, HERRERA Marisa y FAMA María Victoria en “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061 Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes” La Ley 2007-D, 876.
- ✦ GIL DOMINGUEZ, Andrés, HERRERA Marisa y FAMA María Victoria, Derecho Constitucional de Familia, t.I, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- ✦ PELLEGRINI, Maria Victoria, *Intersecciones entre dos sistemas normativos: la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y el derecho a la familia* en Reflexiones pragmáticas sobre Derecho de Familia, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, El Salvador, 2013.
- ✦ UNICEF Argentina, Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin Cuidados Parentales en la República Argentina. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, 2012.
- ✦ UNICEF Argentina, Justicia y Derechos del Niño, n. 7, 2005.
- ✦ www.cidh.org
- ✦ www.nuevocodigocivil.com