

ALTERNATIVAS DE CUIDADO Y DE CRIANZA

Dr. Ricardo C. Pérez Manrique¹

La presente mesa de trabajo nos interpela respecto de las posibles alternativas a aquellas situaciones de niños, niñas o adolescentes privados de su medio familiar.

Se puede decir que sin lugar a dudas es uno de los temas cruciales en el marco de los Derechos Humanos de la Infancia, que ha sido motivo de normativa internacional trascendente así como de decisiones de organismos especializados del sistema internacional de protección de derechos.

En el plano de lo estrictamente normativo, tanto la Convención de los Derechos del Niño como el derecho Interno han desarrollado las orientaciones a las cuales los estados deben atender ante situaciones de NNA privados de su medio familiar.

Convención de los Derechos del Niño.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de

¹ Ministro de la Suprema Corte de Justicia

menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

El artículo desarrolla las dos hipótesis en función de las cuales el NNA puede encontrarse en situación de no poder integrarse a su medio familiar:

1) cuando está temporal o permanentemente privado de su medio familiar, es decir aquellos casos en que el niño no puede acceder a su medio familiar: niños refugiados, migrantes, con padres privados de libertad y muchas hipótesis más del mismo tenor;

2) NNA cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, se trata de las hipótesis del artículo 19 de la CDN, se puede considerar que abarcan todos los casos en que el entorno familiar es nocivo para el desarrollo y el ejercicio de los derechos del NNA, a título de ejemplo:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, Incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender y según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la Identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Esos niños tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Es decir que la situación de vulneración de derechos en que se encuentran por la privación de su medio familiar requiere una protección "especial" es decir selectiva, mayor en intensidad a la de otros casos y que se debe desarrollar en el marco del debido proceso legal. Sobre el punto ver en extenso Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas; "Observación General N° 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia"

Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños: 2009

Estas Directrices, que integran el denominado "soft law" en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituyen orientaciones para aplicar, en el caso de la Convención de los Derechos del Niño, con relación al rol del Estado y su deber de protección, cuando un NNA está temporal o permanentemente privado de su medio familiar.

En síntesis establece lo siguiente:

PRINCIPIO DE NECESIDAD: SACAR A UN NIÑO DE SU FAMILIA DE ORIGEN DEBE SER MEDIDA DE ÚLTIMO RECURSO

EL PRINCIPIO DE CONVENIENCIA

En los casos que la acogida tutelada es un hecho necesario, y lo es en mejor interés del niño, las Directrices buscan asegurar que la elección del acogimiento y el periodo dedicado, son los apropiados en cada caso y promueven la estabilidad y la Permanencia.

Desinstitucionalización, la permanencia en instituciones debe ser por el menor tiempo posible pues el lugar del niño es un grupo familiar, ya sea el de origen de ello ser posible o un vínculo sustituto como puede ser familia de crianza, ampliada, adopción y otras.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

El Derecho Nacional en diversas normas desarrolla la situación de los NNA con relación a su familia en el artículo 12 del Código de la Niñez y Adolescencia:

Artículo 12. (Derecho al disfrute de sus padres y familia).- La vida familiar es el ámbito adecuado para el mejor logro de la protección integral.

Todo niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer junto a su familia y a no ser separado de ella por razones económicas.

Sólo puede ser separado de su familia cuando, en su interés superior y en el curso de un debido proceso, las autoridades determinen otra relación personal sustitutiva.

En los casos en que sobrevengan circunstancias especiales que determinen la separación del núcleo familiar, se respetará su derecho a mantener vínculos afectivos y contacto directo con uno o ambos padres, salvo si es contrario a su interés superior.

Si el niño o adolescente carece de familia, tiene derecho a crecer en el seno de otra familia o grupo de crianza, la que será seleccionada atendiendo a su bienestar.

Sólo en defecto de esta alternativa, se considerará el ingreso a un establecimiento público o privado. Se procurará que su estancia en el mismo sea transitoria.

En breve síntesis para respetar los espacios previstos, podemos decir que el derecho del NNA que se protege con el artículo es el derecho “al disfrute de su padres y familia, porque se entiende que la vida familiar es el mejor ámbito para el logro de la protección integral.

Esta concepción se encuentra desde el preámbulo de la CDN, en cuanto se afirma que hace a la esencia del desarrollo del ser humano NNA el convivir en el seno de un grupo familiar. Ello es así porque es el mejor ámbito en que se puede lograr la protección integral.

La creación de un subjetivismo consciente de los de los derechos propios y de las obligaciones, así como respetuoso del derecho de los demás: la solidaridad y socialización en perspectiva de derechos. En síntesis la construcción de ciudadanía responsable.

Por eso tiene derecho a vivir y a crecer junto a su familia y la garantía en términos normativos de que no podrá ser separada de ella por razones económicas.

Si la familia no contiene al NNA por razones económicas, no corresponde la separación sino el Estado debe aportar desde las políticas sociales el respaldo necesario para que el núcleo familiar se mantenga unido. De otra manera el NNA serían privados de sus derechos por una omisión del Estado.

En desarrollos posteriores (arts. 132 y 134 especialmente) queda claro que esta familia es la de origen, es decir aquella de la que el NNA ha nacido.

En cuanto a la separación de dicha familia dos requisitos son necesarios:

1) que ella sea dispuesta “en su interés superior” es decir para proteger derechos amenazados o vulnerados (arts. 117 inciso 1º CNA) se entiende por el entorno familiar;

2) que lo sea en el marco del debido proceso (art. 118 CNA) es decir decretado por un Juez imparcial, con respeto al derecho del NNA a ser escuchado, con intervención de un abogado propio, etc.

En esa circunstancia se deberá determinar una relación familiar sustitutiva, es decir decretada la separación, el principio es que el NNA debe ser derivado a otra relación familiar, que actúe en sustitución de la original – familia de acogida, sustituta u otras – mientras permanezca la separación.

Si el niño está como dice la CDN privado temporalmente de su medio familiar, se respetará su derecho a mantener vínculos afectivos y contacto directo con uno o ambos padres, salvo si es contrario a su interés superior. Es decir que el contacto y el relacionamiento con la familia de origen se mantienen como derechos del NNA, salvo que ello sea contrario a su interés superior.

En síntesis la separación provisional o temporal no impide los contactos y el relacionamiento con la familia de origen, salvo que ello sea contrario al su interés superior, es decir que vulnere o amenace sus derechos.

La segunda hipótesis es que la privación del medio familiar, sea permanente o que directamente no exista medio familiar de origen – progenitores fallecidos, no se ha podido ubicar familiares que estén dispuestos a hacerse cargo del NNA -, carece de familia como dice el Código.

En ese caso y con vocación de más largo plazo en función de la situación del NNA tiene derecho a crecer en el seno de otra familia o grupo de crianza, la que será seleccionada atendiendo a su bienestar.

Finalmente la tercera hipótesis, que actúa por defecto, es decir cuando otra solución de integración familiar no es posible, es la institucionalización.

Es obligación del Estado – sistema judicial y de protección de derechos administrativo INAU, políticas

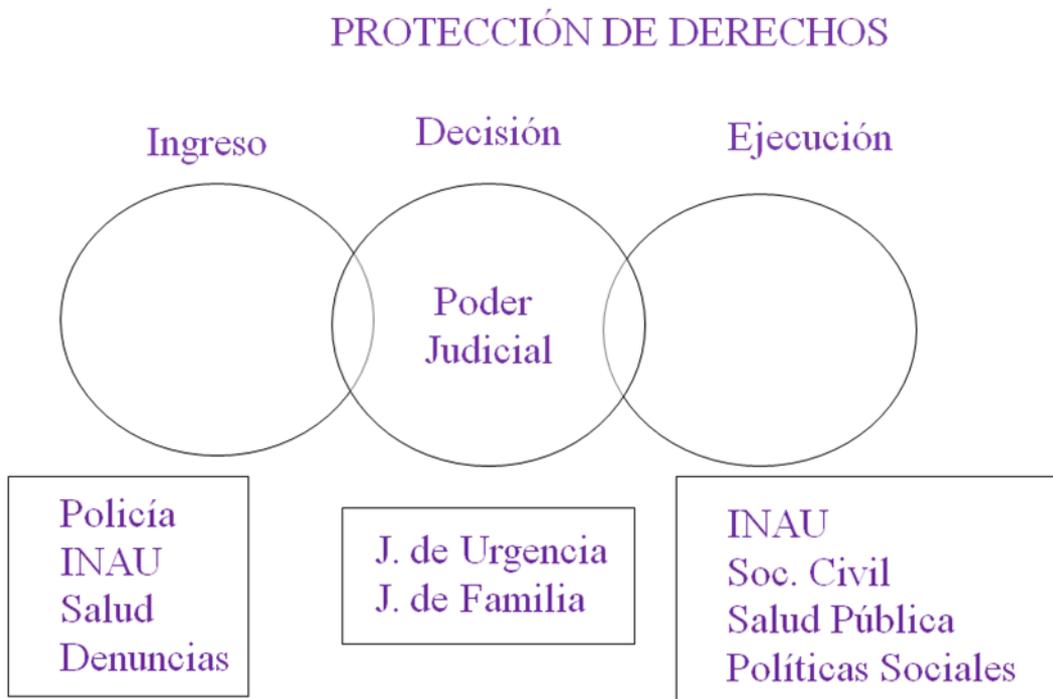
sociales, "procurar" que la institucionalización en establecimiento público o privado sean transitoria.

En la acepción de la Real academia Española procurar puede ser considerado en el caso como "*hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa*" o "*conseguir o adquirir algo*". Queda claro que el estado está obligado a la **desinstitucionalización** como política prioritaria.

Pero también debe ser política prioritaria **no institucionalizar** es decir hacer a través del diseño y gestión de alternativas, que no resulte necesario institucionalizar salvo circunstancias excepcionalísimas.

El sistema nacional de protección de derechos

SISTEMA NACIONAL DE INTERVENCIÓN



A lo largo de de estas consideraciones, se ha aludido reiteradamente a la necesidad de coordinación y de actuación sistemática de todos los operadores.

En un sistema cada una de las partes actúa cumpliendo su rol y dentro del ámbito de sus competencias e interactúa a su vez con los demás integrantes del mismo.

Los NNA privados de su medio familiar están amenazados o vulnerados en sus derechos.

En consecuencia se pone en funcionamiento el sistema nacional de protección de derechos que consiste en:

A) **Módulo de ingreso:** su función es detectar la situación de amenaza o vulneración de derechos.

La situación puede ser denunciada por un tercero ante la policía, INAU u otras instituciones. Puede ser detectada en la escuela, por los operadores sanitarios y en otros ámbitos.

B) **Módulo de decisión:** el Poder Judicial en nuestro país, es el encargado de resolver estas situaciones con las garantías del debido proceso, actúa un Juez de Familia con competencia de urgencia (art. 66, 117 y 118 del CNA), aplica medidas de protección.

Las medidas de protección estarán dirigidas a garantizar y hacer efectivo el derecho establecido en el artículo 12 del CNA que se detallara más arriba.

C) **Módulo de ejecución:** finalmente actúa el módulo de ejecución de las medidas de protección, podrá ser INAU, políticas sociales, instituciones comunitarias u otras.

Aquí el desafío es ser eficientes y diseñar medidas de protección adecuadas al fin de asegurar al niño el derecho a mantenerse en su familia de origen y que, en caso de no ser posible, el tránsito hacia otro núcleo familiar garantice su interés superior, sea por decisión judicial y se aplique en el marco de un debido proceso legal.

D) **Relacionamiento:** en el esquema los círculos representativos de cada sistema tienen espacios comunes, que se relacionan con la necesidad de

comunicación y de mutuo intercambio para hacer efectiva la protección de los derechos de los NNA. Es el ámbito en el que mucho tenemos que hacer para mejorar el rendimiento del sistema en eficiencia y eficacia.

ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

A partir del encuadre normativo sintéticamente desarrollado, podemos formular algunas reflexiones referidas al tema en debate.

Qué lectura se puede realizar de la situación del país en términos del Derecho de la Infancia y la Adolescencia, de la situación nacional, ricamente desarrollada en todas las ponencias que se han presentado por diversos operadores del sistema administrativo de protección de derechos.

Es de destacar que las propuestas han sido todas proactivas, demuestran el interés y el compromiso de quienes las realizaron.

Algunas de ellas son verdaderamente destacadas, a las que no me referiré especialmente porque corresponde destacar el trabajo y el compromiso colectivos.

Diversos esfuerzos todos ellos de gran valor, pero insuficientes y de manera asistemática: la primera reflexión que me merece es destacar la realización de esfuerzos en todos los ámbitos, pese a que la situación sigue siendo deficitaria.

Es necesario coordinar políticas y mejorar la gestión no solo desde el Estado sino también desde la sociedad civil.

Hay que mejorar la coordinación de los siguientes actores, teniendo en cuenta la especificidad de su rol, así

sistemas administrativos, judiciales y sociedad civil deben mejorar sus respuestas a los derechos de los NNA.

El Consejo Nacional Asesor y Consultivo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes creado por el CNA e integrado por el Estado y la sociedad civil, parece un ámbito adecuado y hasta ahora desaprovechado para desarrollar coordinaciones y acciones en común de todos los actores.

Los esfuerzos siguen realizándose a impulsos individuales o por sectores dentro de instituciones macro como es INAU o Poder Judicial.

Es conveniente desarrollar instancias de debate y de acumulación de masa crítica de experiencias y conocimientos, como el presente encuentro para crecer en eficiencia y eficacia en las respuestas a la privación familiar de NNA.

El NNA queda entrampado en un complejo de adultos decisores que actúan de manera no descoordinada.

Si hiciéramos el ejercicio de tomar un expediente cualquiera en que se resuelve la situación de NNA amenazados o vulnerados en sus derechos, veríamos un continuo de situaciones no deseadas.

Descoordinación entre los distintos actores, dificultades o directamente falta de diálogo entre las instituciones. Demoras en informes, demoras en adopción de decisiones. El NNA queda relegado a veces a un expediente en la sede judicial y a un problema insoluble, que eterniza las soluciones provisionales como puede ser la institucionalización.

Los lineamientos de política general deben estar fundados en el principio de necesidad y de conveniencia:

Necesidad: sacar a un niño de su familia de origen debe ser medida de último recurso.

Conveniencia buscar asegurar que la elección del acogimiento y el periodo dedicado, son los apropiados en cada caso y promueven la estabilidad y la permanencia.

Trabajando el niño en perspectiva de los vínculos afectivos y de cuidado, hemos dicho que el elemento fundante del concepto de FAMILIA es el AFECTO, el vínculo satisfactorio que protege, ayuda y permite crecer libremente.

La separación de un NNA debe realizarse solamente por decisión judicial en el marco del debido proceso.