



PROYECTO DE INVESTIGACION APLICADA

EL INSTITUTO LEGAL DE LA ADOPCION

La vulneración de los intereses del niño durante el Proceso de
la Institucionalización en la Adopción

Carrera: Abogacía

Alumna: CABEZAS Claudia Alicia

N° de legajo: VABG39983

RESUMEN

TITULO DEL PROYECTO

La vulneración de los intereses del niño durante el Proceso de la Institucionalización en la Adopción

La presente investigación tiene como objetivo explicar la incidencia de la dimensión temporal en los procesos administrativos y judiciales en el instituto legal de la adopción. Dentro de este contexto temporal como incide de manera destituyente las decisiones jurisdiccionales cuando no se tiene en cuenta los efectos del fenómeno de la institucionalización en el menor. Teniendo como consecuencia, la vulneración del interés superior del N, N y A que resguarda la Convención de los Derechos de los Niños.

Nuestro actual esquema normativo postula la prevalencia del niño en su ámbito de origen y la subsidiariedad de la adopción, aquí la tutela judicial es también garantía constitucional vinculada a con el principio de eficacia del proceso. Aquí las medidas urgentes anticipatorias pueden constituir con delicada prudencia en su uso; herramientas útiles contra la esterilidad del tiempo de decisiones, donde el niño no permanece con su familia de origen pero tampoco en un espacio familiar alternativo, implicando una vulneración del derecho a vivir en familia y también del derecho a la identidad, forjado en sentido dinámico durante la primera infancia

Analizando el contexto del Proceso de adopción que regulaba la Ley 24.779, los principios fundamentales que establece la Ley 26.061, la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, la Ley 23.849, Convención sobre los Derechos del niño y la Constitución Nacional; se concluye que la dilación en los plazos temporales para la implementación de las acciones judiciales tendientes a la inserción familiar del menor, tiene como consecuencia el efecto de institucionalización del mismo, lo cual nos muestra una inobservancia sobre el principio del interés superior del niño de crecer en un ambiente familiar que debía proteger la norma legal y el cual se descuida en el Instituto de la Adopción.-

PALABRAS CLAVES

Adopción – Ley 26.061 – Convención sobre los Derechos del niño – Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente – Familia - Institucionalización.-

SUMMARY

TITLE OF THE PROJECT

The violation of the interests of the child during the Process of Institutionalization in Adoption

The present investigation has as objective to explain the incidence of the temporary dimension in the administrative and judicial processes in the legal institute of the adoption. Within this temporal context, as jurisdictional decisions affect when the effects of the phenomenon of institutionalization in the minor are not taken into account. Having as a consequence, the violation of the superior interest of the N, N and A that protects the Convention on the Rights of Children.

Our current normative scheme postulates the prevalence of the child in its area of origin and the subsidiarity of the adoption, here the judicial protection is also constitutional guarantee linked to the principle of effectiveness of the process. Here the urgent anticipatory measures can constitute with delicate prudence in their use; useful tools against the sterility of the time of decisions, where the child does not remain with his family of origin but also in an alternative family space, implying a violation of the right to live as a family and also of the right to identity, forged in a dynamic sense during early childhood

Analyzing the context of the Adoption Process regulated by Law 24.779, the fundamental principles established by Law 26.061, the Inter-American Convention on Human Rights, Law 23.849 Convention on the Rights of the Child and the National Constitution; It is concluded that the delay in the timelines for the implementation of judicial actions tending to the family insertion of the minor, has as a consequence the institutionalization effect of the same, which shows a non-observance of the principle of the child's best interest to grow in a family environment that had to protect the legal norm and which is neglected in the Institute of Adoption.-

KEYWORDS

Adoption - Law 26.061 - Convention on the Rights of the Child - Higher Interest of Children and Adolescents – Family – Institutionalization.-

INDICE

LA ADOPCION EN EL SISTEMA JURIDICO ARGENTINO	5
La Adopción en el Sistema Jurídica Argentino	5
Postura de Vélez Sarsfield.....	7
Ley 13252 reconocimiento de la adopción simple:	8
Reforma: principios de la nueva reglamentación	11
“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”	15
CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	15
El perjuicio de los intereses del niño dentro del proceso judicial de la adopción causa y consecuencias	20
“EL PROCEDIMIENTO DE LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL”	23
Estudio de los Principios Generales de la Adopción en el Código Civil y Comercial	23
El Objeto de la Adopción y su Consonancia con la ley 26.061.....	28
Análisis de los presupuestos para la decisión judicial	29
“LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO Y LA RAZONABILIDAD EN LA ADOPCION	33
Reglas del Procedimiento	33
La Razonabilidad como Punto de Partida del Orden Jurídico	36
“EL PROBLEMA DEL TIEMPO EXISTENCIAL EN LAS DECISIONES JURIDICAS”	40
La Garantía de un Plazo razonable sustentada en la CIDH	42
“LA INSTITUCIONALIZACION”	54
El Origen y los Efectos de la Institucionalización en el Niño	54
Situaciones que Motivan las Institucionalizaciones.....	60
Cuando la Mayoría de los Caminos Conducen a las Instituciones	62
Las Instituciones como Privación de Libertad	63
El Proceso de la Institucionalización en el Instituto de la Adopción	71
La Violación del Derecho del Niño a crecer en Familia o en una Comunidad.....	73
CONCLUSIONES FINALES:	81
BIBLIOGRAFIA.....	84

LA ADOPCION EN EL SISTEMA JURIDICO ARGENTINO

En el inicio del presente Trabajo de Investigación, abordaremos una línea de tiempo desde la concepción, desarrollo hasta las diversas contextualizaciones legales del instituto de la adopción, a fin de comprender los principios que norma las reglamentaciones vigentes. De esta manera podremos centrar el objetivo del presente trabajo de investigación persiguiendo responder a la cuestión que se plantea referente principio fundamental que se debe resguardar: “el interés superior de la niña, niño y adolescente”. El presente capítulo nos llevara a adentrarnos a las razones que cimientan la creación de las leyes que regulan el instituto de la adopción a fin de comprender, si en la actualidad, el objeto de razón es tomada en cuenta o no durante el proceso.-

La Adopción en el Sistema Jurídica Argentino

La evolución de la adopción desde el CODIGO CIVIL originario: análisis de las leyes 13.252 y 24.779

La legislación argentina reconoce la adopción recién a partir de 1943. El Código Civil sancionado y divulgado en 1869, que entra en vigencia el 1 de enero de 1871, la abandona, porque según explicaba Vélez Sarsfield en la nota de elevación del libro primero de su proyecto de Código Civil, no alegaba a nuestras costumbres, ni lo exigía ningún bien social, y solo se había practicado en contexto muy excepcional.

La Ley 13.252: en 1948 se sancionó antecedido por la disputa de varios proyectos que se habían sucedido durante más de quince año, el proyecto de ley de adopción que llevo el numero 13.252 dicha ley, reemplazando el silencio que sobre la establecimiento había mantenido el Código Civil, recibió en términos generales, la forma que hoy se conoce como adopción simple, es decir, aquella que creando un vínculo legal de familia entre adoptante, o adoptantes en el caso de los consortes que adoptan colectivamente, y adoptado o adoptados, limita el parentesco entre ellos. Esto, que eran acreditados hijos legítimos de aquellos no adquieran “vínculo familiar consanguíneos del adoptante, ni derechos dinásticos por representación” (art. 12)

Por ende, el art. 14 de la misma ley instaló que “los derechos y deberes que resulten del vínculo de sangre del adoptado no quedan suprimidos por la adopción, excepto los de la patria potestad que se trasladan al padre adoptante, si bien tenía la dirección de los bienes

del adoptado hubiese recibido de uno de los consortes, pre difunto, en cuyo caso el beneficio pertenecía al sobreviviente (art.15)

La ley 19.134: durante sus más de veinte años de vigencia, la ley 13.252 fue mostrando las virtudes del régimen adoptado, pero también las privaciones y defectos. La legitimación adoptiva y más tarde la adopción plena habían ganado la opinión pública, los congresos internacionales y las soluciones que mostraba, locuazmente, la legislación comparada. La ley 19.134 así incorporo nuestro derecho la adopción plena junto a la adopción simple. La adopción plena se había mostrado ya como un medio apto, en el plano preferentemente jurídico, de evitar la superposición infecunda de lazos paternos - filiales, y a través de ellos, familiares impidiendo muchas veces una fuente infinita de situaciones de conflicto.-

Hay que tener en cuenta que la ley 13.252, en muchos casos no compensaba requerimientos determinados. Como resultado, se asistió a la usual práctica de inscripciones de hijos ajenos como propios, y alrededor de esa apetencia hubo de montarse el abominable negocio de clínicas y parteras que comercializaban con criatura nacidas de madres solteras o que por múltiples circunstancias, además de ocultar su maternidad se prestaban a abandonar a su hijo en el momento mismo del nacimiento.

Tanto respecto de la adopción simple como de la adopción plena, la ley 13.252 fue un hito que mostro la necesidad de reformular una serie de condiciones por ella solicitadas como: la falta de herederos del adoptante, su edad, el término de guarda o tenencia previos a la demanda de adopción.

La ley 24.773: en la aplicación de la ley 19.134 se fueron observando defectos u omisiones que aconsejaban, cada vez más, encarar la tarea de su reforma.

Algunos aspectos podían parecer de orden menor, como ser el periodo de guarda previa a la adopción, o la edad mínima de quienes pretenden adoptar o la cantidad de años de casados de los cónyuges adoptantes, entre otros temas aún irresueltos. Otros aspectos aparecieron con real trascendencia.

Por una parte la ley resulto logrado por reformas al derecho de familia que se pasaron durante su vigencia. Así, por ejemplo, la leyes 23.264 de 1985, y la ley 23.515 de 1987, introdujeron reformas acordes con el sistema no discriminatorio de filiaciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y la incorporación del divorcio vincular. Así desapareció por ejemplo, la adopción del propio extramatrimonial.

Además, ciertas disposiciones de la ley 19.134 motivaron comentarios encontradas que se algunos casos produjeron, incluso, planteos de orden constitucional, así el relativo a la citación de los padres de sangre al proceso de adopción que en algunos casos se excluía (art. 11), y en otros se ponderaba el temperamento adoptado por el del juez o tribunal. (art.12)

Asimismo, la ley generó dificultades de aplicación al no preverse el modo de otorgar la guarda previa del menor después se adoptaría.

Esto provoco criterios administrativos, tanto en jurisdicción del Consejo Nacional del Menor, como en sus semejantes de las provincias, que colisionaban con el debido control judicial de guarda con miras a la futura adopción. Se fue afirmando así, la idea de que es conveniente establecer una suerte de guarda pre adoptiva, otorgada siempre judicialmente, que coloque al menor en lo que se da en llamar situación de pre adaptabilidad con la debida intervención de los padres biológicos que hubiesen reconocido al niño que se quiere adoptar en el futuro.

La convención sobre los Derechos del Niño reafirmo también, la necesidad de asegurar y proteger el derecho del niño a conocer su identidad biológica (art. 8°), lo cual exige que, aún en los supuestos de adopción plena, la ley garantiza tal derecho que la ley 19.134 no hizo explícito.

Es así que prácticamente desde 1984 se acontecieron diversos proyectos legislativos de reformas, a la ley 19.134. En general, todos ellos concordaron en mantener el doble régimen de adopción, plena y simple, pero tratando de adaptar requisitos o suplir deficiencias advertidas en la aplicación de aquella. Al cabo, podemos concluir en que, en general, se coincidió en las bondades del régimen de la adopción que, merced a la ley 24.779, se incorpora al Código Civil (conf. art. 1°), como Título IV, de la Sección Segunda del libro Primero (arts. 311 a 340), derogándose el art. 4050 del mismo Código (art. 4°).

Postura de Vélez Sarsfield

A nivel nacional, nuestro Código Civil de 1869 desconoce la adopción porque según Vélez Sarsfield, no responde a nuestros hábitos. Vélez declaró su disfavor sobre el instituto en su nota de acompañamiento al proyecto de Código Civil donde señala que “no reconoce adopción de clase alguna”.

Vélez tildaba de “inconveniente” al instituto de la adopción por considerar como no oportuno introducir en una familia a un individuo que la naturaleza no había puesto en ella.

Luego de ochenta años de sancionado el Código Civil, el estado argentino reconoce legislación en materia de adopción por primera vez en el año 1948.

Ley 13.252: reconocimiento de la adopción simple:

En 1948 la legislación argentina por primera vez y por medio de la sanción de la ley 13.252, reconoce la adopción simple. Esta ley surgió durante el gobierno del General Perón. Hasta ese entonces la entrega de niños se hacía en forma irregular y los requisitos eran impuestos al azar. Las entregas se arreglaban entre las personas que querían un niño y las instituciones que tenían niños para “colocar” para su protección. Entre ellas la institución más destacada fue la sociedad de beneficencia. Dicha institución hacía entrega de niños y niñas a diferentes familias a través de un acta y posteriormente por escritura pública. El acta solo contaba con el nombre del niño/a y posteriormente el domicilio en donde iba a ser alojado. (Facciuto, 2005, p.15).-

José Ingenieros, investigador y representante destacado del pensamiento positivista en argentina, efectuó un estudio sobre el tema. En el mismo concluyó que entre los niños a los cuales se les realizó un seguimiento directo, la vagancia y la delincuencia era moneda corriente en la niñez abandonada, los niños no estaban escolarizados y la sociedad los consideraba males sociales.

La repercusión de dicho informe y el crecimiento de la conflictividad social entre las clases dominantes de Argentina y las nuevas agrupaciones extranjeras de donde provenían los niños y las niñas que invadían los espacios públicos y que eran vistos como un “peligro potencial” por aquellas, hizo que posteriormente se sancionara la Ley N° 10.903 de Patronato de Menores, impulsada por el Dr. Luis Agote y promulgada en el año 1919. (Elías, 2004, p.57)

Dicha Ley acelera un progresivo cambio en la concepción de la infancia, la cual hasta el momento era vista como un objeto y desde entonces comienza a tomarse como sujeto de pleno derecho. El recurso que implementó la ley 10.903 fue la suspensión de los derechos de los padres al ejercicio de la patria potestad para ser delegada a la figura del juez quien tomaba las medidas, a su criterio consideradas necesarias para tutelar a aquellos que por

alguna cuestión entraban en la categoría de niños en abandono material o en peligro moral. Desde entonces se comenzó a derivar niños y niñas a organizaciones tales como institutos y reformatorios cuyos fines se suponía, consistían en la resocialización y la reeducación.

A partir de ese momento, el Estado interviene a través de organismos específicos de niñez en casos de necesidad de asistencia y el Poder Judicial interviene únicamente cuando se trata de problemas de naturaleza jurídica. Quedo consagrado así, el principio de subsidiariedad de la intervención del Estado en las relaciones filiales, dando lugar al nacimiento de un fuero especializado en la materia. (D`Antonio 1973, p80-81)

Los antecedentes internacionales que sirvieron de inspiración fueron: la creación del primer tribunal de menores en el Estado de Illinois (ley del 1 de julio de 1889) y los tribunales de Denver (1899) y Filadelfia (1901).-

Lamentablemente el devenir muestra que este cambio se dio primordialmente en relación a la legislación y no en el seno de la sociedad. Es decir, el cambio es fortalecido en la letra de la ley pero no se consolida simultáneamente en los usos y costumbres de la comunidad ya que año a año fue en incremento el número de niños en situación de abandono a condición de desamparo.

Hubo distintos proyectos de ley presentados para legitimar la entrega de niños, que surgen de las discusiones que se dieron en el seno de la Primera Conferencia Nacional sobre la Infancia Abandonada y Delincuente, efectuada en Buenos Aires en septiembre de 1993, la cual marcó un periodo evolutivo, desde la Sociedad de Beneficencia de 1823 y la labor del Patronato de la Infancia, para la protección de la minoridad abandonada. Y la segunda que se realizó en 1943. Pero fue en el año 1948, cuando se promulga la primera ley de adopción N° 13.252, por medio de la cual se legaliza la entrega y el niño pasa a tomar un lugar de relevancia no relacionado con la vagancia sino con los derechos.

Algunos de los aspectos que regulaba la ley N° 13.252 fueron los siguientes:

- Se establecía un vínculo legal con la familia adoptante que hasta aquel entonces no existía
- Cualquier chico/a hasta los 18 años podía ser adoptado a través de resolución jurídica.
- Debía haber una diferencia de 18 años entre adoptante y adoptado.
- No podían adoptar las personas menores de 40 años.

- Ninguna persona que estuviera casada podía adoptar sin el consentimiento del conyugue expresado en forma judicial y solicitada una convivencia de 8 años.-

Ley 24.779: reglamentación de la adopción en el Código Civil

El 1 de Abril de 1997, fue publicada la ley 24.779. La misma cambio el régimen de adopción metiendo su reglamentación dentro del artículo del Código Civil.

El régimen de adopción incorporado al Código Civil por dicha ley significo un gran avance con relación a la etapa previa al consentimiento de la adopción. Se comenzó a regular el proceso de guarda pre – adaptativa y a otorgar guarda durante seis meses, incorporo modificaciones en relación a los derechos del adoptado como por ejemplo el de conocer su realidad biológica y el de acceder al expediente de adopción.

Por medio de la ley 24.779, se ha establecido la incorporación en el Código Civil, en el título IV de la sección segunda, libro Primero, un capítulo sobre adopción, que imprimir en casi treinta artículos (311 a 340) modificaciones al sistema anterior, entre las cuales se destacan:

- Baja de las edades mínimas requerida para adoptar de 35 a 30 años
- Disminución del plazo de guarda de 1 año a 6 meses
- Descendimiento del plazo de matrimonio de 5 años a 3
- Planteo de creación de un Registro Único de Aspirantes a la Adopción
- Quietismo de la adopción conferida en el extranjero
- Acrecimiento del número de procesos para lograr la adopción, antes se requería solo el juicio de adopción, a partir de la vigencia de la ley 24.779 se necesitan dos procesos, el de guarda con fines de adopción y el de adopción.

Cabe destacar que el régimen propuesto por dicha norma, fue prácticamente una réplica de la anterior ley 19.134. Una de las novedades más interesantes que plasmo fue la del art. 318 el cual prohibió la entrega de menores en guarda mediante escritura pública o acto administrativo. Pero las expectativas generales por el retorno de la democracia y la ratificación por parte del estado argentino de la Convención de los Derechos del Niño no

se cumplieron ya que la reforma propuesta por al lay 24.779 no modifico sustanciales los postulados de la antigua norma.

Reforma: principios de la nueva reglamentación

Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994

El capítulo dedicado a la adopción, en el nuevo ordenamiento, trata de un nuevo modelo que se plantea escuchar al niño y respetarlo como sujeto de derechos. A modo de avance se puede decir que los cambios más significativos en la materia privilegian la restitución de los derechos de niños y adolescentes, establecen plazos concretos a la justicia y amplían la plataforma de adoptantes.

La figura de adopción se encuentra regulada en el nuevo Código en el Libro Segundo títulos “relaciones de familia”, que contiene el Título VI referido a “la adopción” y cuenta con el Capítulo 1 de “Disposiciones generales” donde encontramos el concepto en el artículo 594 y los principios generales en el artículo 595 más específicamente . Dicho título se encuentra conformado por seis capítulos, cada uno de los cuales se ocupa de las siguientes temáticas:

1. Disposiciones generales
2. Declaración judicial de la situación de adaptabilidad
3. Guarda con fines de adopción
4. Juicio de adopción
5. Tipos de adopción
6. Nulidad e inscripción

En su conjunto, los puntos mencionados reforman automáticamente la ley de adopción vigente hasta el momento, con una mirada totalmente distinta por cuanto hacen hincapié en el derecho del niño a tener una familia más que en el deseo de las parejas tener un bebe.

Concepto y finalidad de adopción Arts. 594

Como se mencionó, el Código Civil y Comercial nos aporta una definición del instituto, en el art. 594 el cojijo sustituido no contenía norma que definiera a la adopción. Varias fueron las conceptualizaciones que se han dado en doctrina a lo largo del tiempo, pero todas concluían, por lo general, en concebirla como una institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación. Como se puede observar, su finalidad estaba dada por dar progenitores al menor de edad que carecía de ellos, o que aun teniéndolos no le ofrecían la atención, la protección o los cuidados que el menor requiere.

El actual ordenamiento además de considerar necesario definir al instituto en cuestión, tomando como segunda categoría filiatoria del mismo, ha generado un cambio en cuanto a su finalidad, ya que conforme a dicha concepción, la adopción tiene en miras el interés de los niños por sobre el de los adultos pretensos adoptantes. Ello, en conformidad también, con los principios contenidos en la Convención sobre los derechos del niño – art. 3°, 1°, 9°.1 y 21 y art, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los cuales estable que la “adopción debe tener un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor por sobre cualquier circunstancia.

Principio constitucionales sobre los que se basa la adopción

El artículo 595 contempla una serie de principio general sobre los cuales debe elaborarse el régimen de adopción. El código civil de Vélez no contenía expresamente dichos principios pero si mencionaba como pilares esenciales en la materia: el interés superior del niño receptado en la Convención sobre los Derechos del niño y la protección integral de niñas, niños y adolescentes establecida en la ley 26.06.

Roveda y Reina, (2015) indican: estos principios cumplen una doble función: por un lado como fuente del derecho, ya que se recurre a ellos para resolver cuestiones que no tiene solución en la ley o las costumbres, y por otro como elemento de interpretación porque permiten solucionar posibles contradicciones entre disposiciones concretas que ofrecen dudas (p.422).

La necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor es un objetivo primordial de la institución en cuestión.

Dicha convención ha importado un avance cualitativo en el reconocimiento del niño como sujeto de derechos y de la responsabilidad y compromiso que compete a los estados partes, en su condición de garantes de los derechos de la infancia. A tal fin los estados partes, entre ellos el nuestro, tuvieron la obligación de adecuar su legislación a los

postulados de ese instrumento y el deber de observar sus principios en todas y cada una de las decisiones judiciales, administrativas o de política legislativa, que adopten en relación a los niños y en las que debieron tener especial consideración, el superior interés del menor. En este sentido Bidart Campos (2002) señala “la Convención sobre los Derechos del Niño inviste jerarquía constitucional y de ella se deslizan parámetros interpretativos, que no son consejos ni recomendaciones, sino principios, valores y normas planamente dotados de juridicidad, obligatoriedad y aplicabilidad por parte de todos los operadores gubernamentales” (p.157)

En nuestro país, la ley 26.061 de Protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, reglamenta las disposiciones de la Convención y dispone en el artículo 1° que “los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.” Por ello y frente a posiciones encontradas, siempre deberá decidirse por resguardar el interés superior de los menores involucrados.

Continuado con el análisis del Código, la siguiente norma es la expresada en el artículo 596 referida al “derecho a conocer los orígenes”. Por ello y frente a posiciones encontradas, siempre deberá decidirse por resguardar el interés superior de los menores involucrados.

En tiempo pasado, cuando la adopción era vista más como un beneficio a favor de los adultos que no podían tener hijos, que como una forma de priorizar a los niños cuyas familias biológicas no tienen la posibilidad de darse condiciones de vida dignas, el adoptado carecía de la familia adoptiva solía ser un enorme signo de interrogación, detrás de un vallado infranqueable.

El código civil que perdió vigencia el 1° de agosto de 2015 exigía que el adoptado tuviera los 18 años cumplidos para poder acceder a los conocimientos de la identidad biológica. El código Civil y Comercial revoca este límite, habilitando a cualquier menor de edad a reclamar el conocimiento de su identidad. Es decir que este derecho sí estuvo regulado en el Código Civil de Vélez pero de manera limitada. En el nuevo cuerpo normativo, se amplía mejor y fortalece la ordenación del mismo. Permite el acceso al expediente de adopción y a toda fuente de información relativa al origen o historial no solo al adoptado mayor de edad sino también al menor. Además regula una acción autónoma de indagación de origen biológico con legitimación activa exclusiva a favor de adoptado. Si bien esta mejora flexibiliza el rigorismo de la ley, ya años anteriores la jurisprudencia 14 ha obrado en favor de este derecho haciendo lugar a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto

contra resolución que rechaza el pedido de la actora de conocer el paradero de sus hermanos de sangre dado en adopción, lo que permite ver como en casos concretos la decisión se aparta del excesivo ritualismo de la ley.

Estos principios ya regían de manera más o menos clara en los tratados internacionales y en las leyes internas, la decisión de incorporarlos al articulado del código cumple a la necesidad de reformar el compromiso argentino en su cumplimiento.

Conclusiones:

En el desarrollo del capítulo se observa que la ley sustenta el objetivo de privilegiar al interés superior del menor, como criterio para la resolución de cualquier conflicto jurídico en el cual se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes. Si existiera colisión entre los intereses de estos y un adulto, siempre deberán prevalecer los derechos y garantías de los niños. Esto constituye un principio constitucional y deberá ser aplicado con toda rigurosidad en todo procedimiento administrativo y/o judicial donde se encuentren en juego sus intereses. Por ultimo ratificando que se **entenderá** por interés superior del niño, niña o adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea, de los derechos y garantías que le ley protege.-

CAPITULO 2

“EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO”

Comprender el principio de legalidad que sustenta la protección del interés superior del niño, nos permitirá en la presente investigación, indagar sobre los antecedentes y el fundamento jurídico que regula el procedimiento de la adopción, describiendo los perjuicios sobre el interés superior del Niño, Niña y Adolescente que se presenta dentro del proceso judicial que converge en la adopción.-

Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño

Esta convención fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 44/25, de 20 de Noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de Septiembre de 1990, treinta días después de que fue depositado el vigésimo instrumentos de ratificación o adhesión, según lo establece el artículo 49.

Esta convención constituye el reconocimiento internacional de que la niñez, sector de la humanidad hasta entonces tratado como objeto, merecía una especial protección. La convención, y a diferencia de este, que establece todos los derechos para todos, plantea que hay grupo humano que tienen necesidades particulares y por ende requieren una protección diferencial; al ser también un acuerdo entre diferentes estados, la convención de igual forma es parte de la internacionalización de los derechos humanos. Al reconocer la especificidad se concretan y se profundiza la generalización y se avanza hacia la igualdad; la especificación refiere no solo a los titulares de los derechos que atienden sus particulares necesidades y condiciones.

La evolución histórica de los derechos de la niñez abarca tres etapas: la de su inexistencia, la de su incapacidad y la de capacidad. En la etapa de la inexistencia, los niños y niñas eran invisibles cultural y políticamente, no eran considerados sujetos de derechos. La niñez, como la entendemos ahora, no existía antes del siglo XVI.

En la etapa de la incapacidad, niños y niñas se ven como objetos de protección, incapaces de ejercer sus derechos. En el siglo XIX empezaron movimientos de reformar, encabezados por mujeres, que lograron visibilizar la situación de la niñez; sin embargo las primeras legislaciones sobre niñez se crearon para controlar y castigar a niños y niñas,

que eran sujetos pasivos de derecho. Los niños y niñas excluidos de la escuela y la familia, adquieren categoría de “menor” a docencia de niños y niñas con necesidades básicas satisfechas y se crearon cortes específicas, asentándose la categoría de “menor en situación irregular”, usada por vez primera durante el XI congreso Panamericano del Niño, en la Conferencia Internacional Especializada de la Organización de Estados Americanos. En general, estas leyes apologizaban condiciones de naturaleza estructural, daban un enorme poder discrecional al juez de menores y criminalizaban a niños y niñas pobres.

La etapa de la capacidad, en la que se reconoce a niños y niñas como seres humanos, se inicia justamente con la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño, en 1989, lo que se logró tras un largo proceso de consulta y análisis de la problemática de la niñez en el mundo en lo económico, político, jurídico y cultural. “la convención es el documento más importante que la humanidad organizada ha creado para proteger y procurar el desarrollo integral de uno de los segmentos de población más marginados y vulnerables, como lo es la niñez. Consiste en la recopilación o codificación de la dispersión normativa que existe en materia de Derechos Humanos de la infancia. Es el mínimo de derechos que un Estado debe garantizar a su niñez para asegurarle su pleno desarrollo, en condiciones de igualdad, dignidad y seguridad” (Rabanales, 2004).

Los artículos de la convención pueden agruparse en: principios rectores, derechos a la supervivencia y el desarrollo, derechos a la protección y derechos a la participación. La convención señala la igualdad y mutua relación entre estos derechos.

Los principios rectores de la convención incluyen la no discriminación, la adhesión al interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo, y el derecho la participación. Estos principios son la base para que todos y cada uno de los derechos se conviertan en realidades.

La convención fue suscripta por Guatemala y aprobada por el Congreso de la República, por medio del decreto 27-90, por lo que a partir de su publicación en el Diario Oficial, la misma entro en vigencia en todo el territorio nacional.

A continuación examinaremos el contenido de la convención, partiendo de que además de ser un instrumento jurídico constituye un esfuerzo de la humanidad para generar un cambio cultural respecto de la forma de entender la niñez y la adolescencia, basado en un propuesta ética y a la vez un reflejo de buena voluntad de los Estados parte de asumir el papel que le corresponde hacia este grupo de población, que es cada vez mayor en

América Latina y en Guatemala, respetando que la primera responsabilidad es de la familia.

El Comité Derechos del Niño, órgano que se encarga de la vigilia del cumplimiento de la Convención, ha formulado numerosas Observaciones Generales a los artículos que figuran en ella y por eso se parte de estas, pues son de gran utilidad para la comprensión de texto, así como de las observaciones de otros órganos de Naciones Unidas, como el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

A demás de funcionarios y funcionarias, seguramente la mayoría de lectores y lectoras es madre o padre. Por ello se invita a leer la convención desde esa doble mirada, con la cabeza y con el corazón con que la niñez merece que nos acerquemos a sus derechos.

Ley Nacional 26.061 `PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLECENTE

El estado argentino sanciono en Octubre de 2005 la Ley de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes (NNyA), ley 26.061 (reglamentada por los Decretos 415 y 416/06). Con la nueva ley se buscó adecuar la legislación interna del país a los parámetros establecidos en la convención sobre los derechos del niño y los demás instrumentos internacionales, derogando la normativa hasta ese momento vigente propia de la doctrina de la situación irregular.

La ley también implico el diseño de una incipiente adecuación institucional, a nivel nacional, provincial y municipal. Con el presente documento pretendemos dar cuenta de las falencias del sistema de protección de derechos a partir de diferentes proyectos, investigaciones y denuncias llevadas adelante en nuestro país. Entre ellos resaltamos la reciente experiencia del proyecto “Promoviendo la vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes” llevado a cabo por *Save the Children* - Colectivo de Derechos de Infancia y financiado con fondos de la Unión Europea. Tuvo como objetivo principal aportar al Fortalecimiento del Sistema Nacional de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niños, Niñas y Adolescentes a nivel local, provincial y nacional, siendo ejecutado entre los meses de septiembre de 2010 y Abril de 2012.

Como señalamos en la introducción, la adopción de la ley nacional 26.061 significó un importante paso hacia el reconocimiento de los Niños, Niñas y Adolescentes. Con lo cual ésta norma del Estado Argentino canceló una parte de la gran deuda que tenía con la infancia. No obstante, entre otras deudas, aun se ha modificado el régimen penal juvenil, a pesar de las numerosas impugnaciones que ha recibido en nuestro país como en el sistema regional e internacional de protección de los derechos humanos.

La ley 26.061 creó un Sistema de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, el cual se encuentra conformado “por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas , niños y adolescente y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los Derechos del niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado Argentino y el ordenamiento jurídico nacional, artículo 32 de la ley.

Este sistema de protección integral de derechos está reforzado por la creación de tres instituciones fundamentales: La Secretaría de Niñez Adolescencia y Familia (SENNAF), el Consejo Federal de la Infancia y el Defensor de los Derechos del Niño. Por lo tanto, el sistema de protección de derechos se puede desagregar en los siguientes niveles:

NACIONALES: organismo especiales en materia de derechos de infancia y adolescencia en el ámbito del poder ejecutivo nacional - SENNAF.

FEDERAL: es el órgano de articulación y concertación, para el diseño, planificación y efectivizarían de políticas públicas en todo el ámbito del territorio de la república argentina. Se denomina Consejo Federal de Niñez, Adolescente y Familia y está compuesto por representantes de los órganos de protección provincial de cada provincia.

PROVINCIAL: es el órgano de planificación y ejecución de las políticas de la niñez, cuya forma y jerarquía, determinará cada provincia y la ciudad autónoma de Buenos Aires, respetando las respectivas autonomías así como las instituciones preexistentes. Este órgano en los casos de provincias con legislaciones adecuadas a la ley número 26.061 se constituyen en Autoridades de Aplicación de esas leyes.

Las provincias podrán celebrar convenios dentro del marco jurídico vigente para municipios y comunas en las jurisdicciones provinciales, como asimismo implementar un organismo de seguimiento de programas de protección integral de los derechos de niñas,

niños y adolescentes en coordinación articulada con la organizaciones no gubernamentales de niñez, adolescentes y familia. (Tercer informe periódico del estado argentino ante el comité de derechos del niño de las NNUU.2008)

A más de 7 años de la creación del sistema de protección integral aún no se han establecido acabadamente los organismos administrativos locales que ejecutan las políticas de protección y controlan que las políticas sociales sean verdaderamente universales.

El estado de conformación de los organismos locales de protección de derechos es muy disímil y depende en general, de la voluntad política de las autoridades provinciales y municipales, lo que guarda también relación con las adecuaciones normativas provinciales.

Nos interesa especialmente, poner el foco en el funcionamiento del sistema local, donde la responsabilidad principal, recae en los gobiernos provinciales y municipales, no obstante la responsabilidad del gobierno nacional como señalaremos más adelante, que debe bregar por el funcionamiento del sistema.

No podemos dejar de señalar que la propia conformación federal de nuestro país plantea a veces diversas dificultades y obstáculos a la hora de lograr el cumplimiento cabal de las obligaciones que el Estado contrae en el ambiro internacional.

Si bien el proceso de reforma legislativa ya había comenzado en algunas provincias antes de la sanción de la ley nacional, (tal es el casos de Jujuy y de Neuquén), a partir del año 2005 se sucedieron reformas legislativas en la mayoría de las provincias argentinas, ya sea por medio de la sanción de una ley propia o mediante la adhesión a la ley nacional. A modo de ejemplo, se relata la situación jurídica y administrativa de 5 provincias en el anexo.

Más allá de los avances normativos y jurisprudenciales solo se lograran transformaciones sobre el modelo de la protección integral de derechos, si se concreta en todas las provincias la construcción de un sistema local de protección integral de la infancia. Se observa en general un proceso de muy lenta creación de organismo administrativos provinciales con competencia en materia, con un funcionamiento rudimentario, es decir, carente o deficiente de políticas sociales que difieran de los conocidos dispositivos de

albergue (Informe Fundación Sur, 2009), contrariando de esta manera la finalidad de la ley nacional.

El perjuicio de los intereses del niño dentro del proceso judicial de la adopción causa y consecuencias

La determinación del interés superior del niño en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos.-

Es importante poner de relieve que los jueces tengan claro que el Estado es responsable ante los menores tanto si los priva indebidamente de vivir en su familia de origen, como si priva a los niños de su derecho a vivir en una familia adoptiva por exagerar la búsqueda de la familia de origen y dejar pasar el tiempo de la niñez sin otorgarlos en adopción.

Sobre el tema cabe recordar que en el caso “Forneron”, la Argentina ha sido condenada a reparar a un padre biológico por que el Estado entregó a su hija en adopción sin su consentimiento y con su oposición, privando a la niña de vivir en su familia de origen (Corte Internacional de Derechos Humanos, 2012).

También hay que tener en cuenta en el que el estado es responsable por excederse en la búsqueda de la familia biológica y pasar años antes de dictar el estado de adoptabilidad, lo que es contrario al interés superior del niño al prácticamente impedirle la adopción. Es por eso que el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada debe hacerse en los plazos establecido por la ley y teniendo en cuenta el interés del niño.

En este sentido la corte Americana de Derechos Humano ha sostenido en vista de la importancia de los intereses en cuestión los procedimientos administrativos y judiciales que concierne la protección de derechos humano de persona menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionado con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados

con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Previsionales respecto del Paraguay, Asunto L.M. Considerando 16, 2011)

Conclusiones:

El principio del Interés Superior del Niño envuelve como un manto protector toda la legislación relacionada con niñas, niños y adolescentes. No emana solo de la Convención de los Derechos del Niño, tratado que integra el bloque de constitucionalidad a través del art. 75 inc 22 sino fundamentalmente del art. 3º de la Ley 26.061 de Protección Integral de los niños, niñas y adolescentes. La ley privilegia al interés superior como criterio para la resolución de cualquier conflicto jurídico en el cual se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes. Si existiera colisión entre los intereses de esos y un adulto, siempre prevalecerán los derechos y garantías de los niños. Se trata de un principio constitucional y deberá ser aplicado con toda rigurosidad en todo procedimiento administrativo y/o judicial donde se encuentren en juego sus intereses. En este sentido es clave distinguir y desentrañar las tres vertientes que encierra el principio del interés superior del niño, al decirse que se trata de: 1) un derecho sustantivo, afirmándose que “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños en concreto, genérico o a los niños en general. 2) un principio jurídico interpretativo fundamental, por el cual “si una disposición judicial admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo 3) una norma de procedimiento ya que “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además la justificación de la decisión en que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

CAPÍTULO 3:

“EL PROCEDIMIENTO DE LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL”

La adopción se encuentra regulada en el libro segundo título VI, capítulo 2 en los arts. 594 al 637 del C.C. y C. El derecho a vivir en una familia es un derecho fundamental de todo niño, niña o adolescente, pues es a partir de esa pertenencia que comienza su desarrollo. Es una institución que le otorga una familia a un niño, niña o adolescente, cuando por diversas razones esta familia no exista o no pueda hacerse cargo de su cuidado y contención. A partir de esta introducción nos adentraremos en un estudio profundo de su regulación en el precitado texto legal.-

Estudio de los Principios Generales de la Adopción en el Código Civil y Comercial

En el capítulo primero denominamos “Disposiciones generales” comienza, nada más y nada menos, conceptualizando el término “adopción” como una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. Es claro que al definir la adopción de este modo, el nuevo código, tiende a proteger el interés de los niños por sobre cualquier otra cosa, incluso por sobre el interés de los adultos involucrados.

La protección del interés superior del niño se ve reflejado en la enumeración de principios que realiza el artículo 595, principio que son la base rectora de este instituto y además son pauta de interpretación para resolver conflictos. Los principios enumerado son: el interés superior del niño; el respeto por el derecho a la identidad; el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; el derecho a conocer los orígenes y el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su

edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

En este orden de ideas, y en concordancia con el último principio enumerado, el nuevo código establece la obligatoriedad de requerir el consentimiento de los niños que tengan diez años o más, como así también se reconoce el derecho del adoptado con edad y grado de madurez suficiente, a conocer los datos relativos a su origen y poder acceder cuando lo requiera al expediente judicial y administrativo en el que se tramita su adopción y a otra información que conste en registro judicial o administrativo en el que se tramita su adopción ya que en estos documentos debe constar la mayor cantidad de datos de la identidad de la familia de origen y del niño, inclusive datos relacionados a enfermedades transmisibles. Previo a la reforma se debía cumplir con el requisito de tener 18 años de edad para poder ejercer este derecho. Asimismo se prevé que, si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes, según corresponda, para que preste colaboración.

En cambio, está legitimado para iniciar una acción autónoma a los fines de acceder a los expedientes y conocer sus orígenes el “el adoptado adolescente” con asistencia letrada. En pos del fortalecimiento del derecho a conocer sus orígenes; el nuevo Código prevé manifiestamente que los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

El nuevo artículo 597 establece que pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental, antiguamente patria potestad. Así mismo, instituye que excepcionalmente puede ser adoptada la persona mayor de edad en dos casos: cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar o cuando hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobado, lo que el nuevo código denomina “adopción de integración”

Ahora bien en los siguientes artículos se determina las personas que pueden ser adoptantes y los requisitos que deben cumplimentar. Previo, el nuevo Código deja expresamente esclarecido que cualquier niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencia o por una unión personal. En el caso de las personas casadas o en unión convivencia es menester que la adopción

sea conjunta, excepto que el cónyuge o conviviente haya sido declarado incapaz o los cónyuges estén separados de hecho.

Entonces los requisitos que debe cumplir el/la adopción son:

El adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente. Se reduce de esta manera la diferencia de edad, ya que en el actual régimen se establece que la diferencia de edad debe ser de dieciocho años.

El adoptante debe tener veinticinco años de edad, aunque en los casos que se trate de una adopción conjunta, este requisito es exigible solo a uno de ellos y no a ambos integrantes de la pareja. Así las cosas, se redujo a cinco años la edad, ya que el código de Vélez Sarsfield prescribe que se debe tener treinta años de edad para del adoptante.

Residir permanentemente en el país por un periodo mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizada en el país;

El potencial adoptante debe estar inscripto en el registro de adoptantes.

Otra novedad que incorpora el nuevo Código es la habilitación para adoptar en forma conjunta a las personas divorciadas o que han cesado en la unión convivencia, para la cual establece que el juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño, principio rector del instituto.

El código reformado reconoce tres tipos de adopción: la plena; la adopción simple y la adopción de integración. Veamos que establece el nuevo código para cada caso.

En el primer lugar, establece que la “adopción plena” es aquella que confiere al adoptado la condición de hijo, adquiriendo los mismos derechos y obligaciones de todo hijo, y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, la única salvedad es la subsistencia de los impedimentos matrimoniales. Este tipo de adopción es irrevocable, tal cual el régimen vigente hasta ahora. Sin embargo, con la reforma de código, la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento si son admisibles pero solo a los fines de la adquisición de derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, no modificando ninguno de los otros efectos de la adopción.

El nuevo artículo 625 establece los casos en que debe ser otorgada la adopción plena, la cual, el principio, debe ser concedida cuando se trate de niños, niñas o adolescentes

huérfanos de padre y madre sin filiación establecida. Pero también admite la posibilidad de que se pueda otorgar cuando se haya declarado al niño en situación de adaptabilidad, cuando sea hijos de padres privados de la responsabilidad parental, antiguamente denominada patria potestad y cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar su hijo en adopción.

Una vez otorgada la adopción plena, el código instituye que el apellido del hijo será el del adoptante, si se tratase de una adopción unipersonal, en cambio, se aplicara las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales, si se tratase de una adopción conjunta. Un cambio importante, fundado en el derecho de identidad del adoptado, es que a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante. Asimismo, dispone el nuevo código que en todos los casos, si la adoptada cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar su opinión sobre el tema.

Sigue el nuevo Código definiendo la “adopción simple”. Conceptualizada la misma como aquella que confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculo jurídico con los parientes ni con el conyugue del adoptante, ergo, no se extinguen los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen y solo se transfiere a los adoptantes la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental. La reforma consagra expresamente el derecho de comunicación entre la familia de origen y el adoptado, excepto que el ejercicio de dicho derecho sea contrario al interés superior del niño. Asimismo puede reclamarle alimentos, en el caso que los adoptantes no puedan proveérselos.

En concordancia con los principios que rigen este instituto, en este tipo de adopción, mediante petición expresa el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o también sus adoptantes, pueden solicitar que se mantenga el apellido de origen, sea adicionalmente o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos.

Una vez otorgada la adopción simple, se admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación contra sus progenitores y el reconocimiento del adoptado, lo cual no debe alterar los efectos de la adopción. Asimismo, y tal cual se establece en el actual régimen, la adopción simple es revocable por haber incurrido el adoptado o el adoptante en causas de indignidad; por petición justificada del adoptado mayor de edad o inclusive, por acuerdos de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente. Decretada la revocación, esta extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro. Asumimos, se establece que el adoptado pierde el apellido de adopción, salvo que en pos de protección del derecho a la identidad el juez autorice su conservación.

Por último, el código reformado reconoce un nuevo tipo de adopción la “adopción de integración” es aquella que se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente. El principio rector es que este tipo de adopción siempre mantiene el vínculo filiatorio y sus efectos entre el adoptado tenga un solo vinculo filiar de origen, este se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena. En cambio, si el adoptado tiene doble vinculo filial de origen el juez otorgará la adopción plena o simple según las circunstancias del caso en particular, siempre prevaleciendo el interés superior del niño, de acuerdo a los principios rectores.

El que solicitare la adopción de integración esta eximido de cumplimentar la inscripción en el registro de adoptantes, como así tampoco se exige la declaración judicial de la situación de adoptabilidad del potencial adoptante, ni el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. Asimismo, los progenitores de origen tienen derecho a ser escuchados, excepto que medien causas graves que haga cesar el ejercicio de este derecho. De todos modos, el artículo 633 establece que este tipo de adopción es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple, sin importar que se haya otorgado con carácter de adopción plena o simple.

Es menester mencionar que, en las reglas generales de tipo de adopción, el nuevo código expresamente establece que el otorgamiento de la adopción plena o simple está sujeto a las circunstancias de cada caso en particular y fundamentalmente en pos del interés superior del niño. Asimismo, introduce la posibilidad de que a pedido de parte y por motivos fundados subsista el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, como así también se cree vinculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple, sin que ninguna de estas dos circunstancias extraordinarias modifique el régimen legal establecido para cada tipo en particular.

El juez también a pedido de parte, podrá convertir la adopción simple en plena. Asimismo, a partir del nuevo artículo 634 y en el mismo sentido que el artículo 337, se enumeran las nulidades absolutas y relativas con la salvedad que en las nulidades absoluta se agrega como causal la violación a la declaración judicial de la situación de adoptabilidad y la inscripción y aprobación en el registro de adoptantes; mientras que en la nulidad relativa solo incorpora la violación al derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, en concordancia con los principios consagrados en la reforma.

El Objeto de la Adopción y su Consonancia con la ley 26.061

El proceso de adopción encuentra la legitimidad en la finalidad de la ley que protege y garantiza el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Es importante analizar los puntos específicos de la Ley 26.061 a partir de los cuales se despliega los principios que protegen y resguardan los derechos así como la dignidad de la vida de los menores dentro del instituto legal de la adopción.

Análisis del inciso c) en base al objeto de la adopción.

En concordancia con el Código Civil y Comercial en el artículo 594 delimita el objetivo de la adopción expresando:... *“proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen”*.

La regulación legal de la adopción comporta la aplicación directa del derecho constitucional a la vida familiar. Ello en tanto los principios de derechos humanos de dicha reglamentación, se encuentran de manera primordial llamados a ser satisfechos en el ámbito de origen y de conformidad con la exigencia constitucional de garantizar al niño el derecho de conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, a la preservación de las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas, a la no separación de sus padres contra su voluntad de estos, excepto en interés superior del niño.

El instituto de la adopción nace para dar respuesta y satisfacción plena de los derechos del colectivo de personas que no hayan alcanzado la mayoría de edad, brindándole la posibilidad de acceder a una familia cuando se encuentren privados de ellas, cualquiera sea la circunstancia que los haya colocado en dicha situación. El niño aparece como sujeto con derechos vulnerados. Es solo en el seno familiar donde el menor puede desarrollar personalidad a través de la interacción socio-cultural orientada.

Análisis del inciso f) en base al objeto de la adopción.

El Protocolo de San Salvador (Ley 24.658) en su art. 15.3 establece que *se deberán ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad*.

El derecho a vivir con una familia biológica es parte del derecho a la identidad de un niño, solo ella podrá nutrirlo de su historia, de su génesis como ser humano, del resabio genético

que corre por las venas de esa familia y que tiene como fin transmitirse de generación en generación. Esa historia lo unirá con sus ascendientes y permitirá crear sólidos vínculos para fortalecer su personalidad.

Uno de los objetivos de la política de infancia es la contención de los niños en su núcleo familiar, y es allí donde el estado deberá a través de planes, programas de prevención, asistencia e inserción social respaldar ese objetivo.

En el caso Forneron e hija vs Argentina, CIDH resalta que el niño tiene derecho a vivir con su familia la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. (CIDH, párr.46, 47 y 50)

Análisis de los presupuestos para la decisión judicial

DECLARACION JUDICIAL DE LA SITUACION DE ADOPTABILIDAD

Supuestos:

Según el art. 607 del CC y C: “La declaración judicial 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 30 días, prorrogables por un plazo igual solo por razón fundada.
- b) Los padres tomaron la decisión libre e informada del niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida solo si se produce después de los 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 resultados en un plazo máximo de 180 días.

Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomo la decisión, debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente en un plazo de 24 hs.-

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada sin algún familiar, o referente afectivo del niño, niña o adolescente 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 en el plazo máximo de 90 días. (Código Civil y Comercial, art.607, inc. a, b y c).

Se incorpora al código civil y comercial disposiciones de la ley 26.061, cuya meta es la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina.

La ley 26.061 es una norma paraguas en materia de protección de la infancia, la misma consagra un piso mínimo de protección. Las leyes locales se encuentran habilitadas para ampliar ese piso mínimo pero nunca reducirlo. La misma la adaptaran según sus realidades sociales y fácticas. Si no se hubiera dictado una ley local, se aplicara en forma directa la ley 26.061.

En caso de conflicto entre la ley 26.061 y las legislaciones provinciales, se aplicara la que más derechos garantice, en consonancia con el principio "pro homine"

En que se sustenta la declaración de adoptabilidad:

En un acto fundado en derecho por las autoridades de aplicación que en CABA serán las defensorías zonales de niñas, niños y adolescentes, siendo la misma una decisión excepcional. Deberá contar con la necesaria participación del niño, niña o adolescente y su familia (en sentido amplio) en el proceso de adopción de la medida.

Que sucede en las provincias:

No se distinguen dos tipos de medidas. Son una especie dentro del género de medida de protección integral y las adapta el poder judicial.

Por ejemplo la ley 4109 de Rio Negro en su artículo 39 establece entre las medidas de protección especial de derecho, el albergue en entidades públicas o privadas en forma transitoria. El albergue será una medida transitoria y excepcional, aplicable en forma temporaria para su integración en núcleo familiares alternativos, no pudiendo implicar privación de la libertad.

La Constitución Nacional impone al Estado el deber de llevar adelante Políticas Publicas adecuadas a través de acciones positivas (art. 71, inc. 23 CN), ello implica que los organismos públicos deben aplicar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales a los fines de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y garantías reconocidos por el bloque de constitucionalidad federal.

Los principios de “efectividad” y “eficacia” son reconocidos constitucionalmente como “imperativos de actuación”, para operadores y “efectores” del sistema público y privado en el abordaje de las cuestiones y necesidades individuales y familiares en especial, las que provienen de las franjas más vulnerables de la sociedad; principio que se traduce en reglas de actuación contenidas directa o indirectamente en las leyes dictadas como consecuencia de aquellas normas fundamentales y que acarrearán responsabilidades a los estados y particulares aplicadores. (Opinión Consultiva N° 17/2002. CIDH. “El derecho de familia y los paradigmas actuales: “Efectividad”, “acceso a la justicia” y “desjudicialización”. Loyarte Dolores XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar. Disertaciones y Ponencias, Pag. 265)

El cuestionamiento reside en preguntarse si con este artículo se respeta estos principios. ¿Se respeta de esta manera el interés superior del niño o sobre el mismo encontramos el interés de los adultos a mantener un status de familia que ya no existe?

Conforme el Código para adoptar debe cumplirse las siguientes etapas, una administrativa, conforme art. 607 C.C. y C. y dos judiciales, a los fines de dar cumplimiento a los arts. 608 a 610 C.C. y C. y posteriormente del 612 al 614 C.C. y C.

Algunos autores consideran que existe una superposición de intervenciones de superabundancia de etapas y participación prácticamente de los mismos protagonistas, los mecanismos provistos por el Código en el pre adoptabilidad, guarda adoptiva y juicio de adopción constituye un dispendio jurisdiccional.

Conclusiones:

El cuestionamiento reside en preguntarse si con este artículo se respetan estos principios. ¿Se respeta de esta manera el interés superior del niño o sobre el mismo encontramos el interés de los adultos a mantener un status de familia que ya no existe?

Conforme el Código para adoptar debe cumplirse las siguientes etapas, una administrativa, conforme art. 607 C.C. y C. y dos judiciales, a los fines de dar cumplimiento a los arts. 608 a 610 C.C. y C. y posteriormente del 612 al 614 C.C. y C. Algunos autores consideran que existe una superposición de intervenciones de superabundancia de etapas y participación prácticamente de los mismos protagonistas, los mecanismos provistos por el Código en el pre-adoptabilidad, guarda adoptiva y juicio de adopción constituye un dispendio jurisdiccional.

CAPITULO 4

**“LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO Y LA RAZONABILIDAD EN LA
ADOPCION**

Es imprescindible poder abordar cada parte que constituyen las Reglas del Procedimiento jurídico de la Adopción, a fin de conocer los ejes fundamentales sobre los que se mueve el proceso de guarda con fines de adopción, teniendo en cuenta los principios de legalidad y la razonabilidad como fundamento de la declaración de situación de adoptabilidad. A través de la transparencia de la norma y los conceptos expuestos en el presente capítulo, se podrá profundizar el análisis de los factores que inciden en el curso del procedimiento.-

Reglas del Procedimiento

Como expresa el art. 609: “Se aplican al procedimiento para obtener la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, las siguientes reglas:

- tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales
- es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen y con el niño, niña o adolescentes cuya situación de adoptabilidad se tramita.
- la sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los 10 días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponde, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción”.

Como expresa el inc. A): “Tramita ante el Juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales”.

Aunque se trata de una materia reservada a los códigos de forma se ha establecido a los fines de dar claridad al proceso, que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad tramitara ante el mismo juez que intervino a los fines de ejercer el control de las medidas administrativas o que dicto las medidas excepcionales.

Esta regla cederá solo en el caso del art. 716 del CCyC que dispone que en los procesos de adopción, entre otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor tiene su centro de vida.

El art 615 atribuye competencia al mismo juez que dispuso la guarda con fines de adopción, que será el mismo que declaro la declaración de adoptabilidad.

Es importante que esté en manos de un mismo juzgado (juez, equipo interdisciplinario etc.), toda la historia procesal relacionada al niño, niña y adolescente, a los fines de poder tener un panorama no solo de su historia vital sino de su evolución en periodo de guarda.

Si ello no fueran así y cada etapa fueran atribuidas a un juez diferente, traería aparejado un verdadero caos judicial, y no se cumpliría con el principio procesal de celeridad, conculcando el interés superior del niño.

Dice el inc. b): del art. 609: “Es obligatorio la entrevista personal del juez con los padres, si existen y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adaptabilidad se tramita”.

Deben escucharse a todas las partes involucradas en el proceso de adopción.

Los progenitores de origen ya fueron citados para intervenir en el proceso con calidad de parte. Ello dependerá que se presenten o no con patrocinio jurídico al expediente.

En cuanto a este inciso no será necesario que se presenten con patrocinio letrado.

Solo la circunstancia excepcional de que el niño sea huérfano permitiría a no cumplir esta manda.

Dependerá de la edad y grado de madurez del niño sea huérfano permitiría a no cumplir esta manda.

Dependerá de la edad y grado de madurez del niño la necesidad de contar con la asistencia técnica los psicólogos, asistentes sociales, psicopedagogos etc.

Quedará en manos del juzgado la forma en que no se convierta en una experiencia traumática y quizás en muchas oportunidades debido a la corta edad de los niños, deberán recurrir a procedimientos lúdicos a los fines de poder lograr una entrevista agradable y rica a los fines de que el niño, niña o adolescentes pueda de esa forma expresar su parecer y sus verdaderos sentimientos ante un cambio tan fundamentales en su vida, como es la adopción.

Expresa el inc. c): del art. 609 : “La sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo en un plazo no mayor a los días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción”.

Debe darse intervención al Registro Único de Aspirantes a Guardas con fines de Adopción, creado por ley 25.854 y DEC. Ley 1328/09.

Al adherir la mayor parte de las provincias a la ley, todos los registros se encuentran conectados al nacional, evitando inscribirse en cada provincia.

El juez al resolver el estado de adoptabilidad del niño, requieren al Registro lo remita uno o más legajos. Para ellos fija un plazo el que no debe superar los 10 días, podrá acortarlos pero no extenderlos.

Esos legajos serán seleccionados por el organismo administrativo que corresponda a la jurisdicción y por el registro de adoptantes, una vez cumplida esta etapa, lo remitirán al Juez.

“El Juez que declaro la situación de adaptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptante. A estos fines, o para otras actividades que considere pertinente, convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también pueden comparecer de manera espontánea...”

Debe privilegiarse de la nómina remitida la ubicación cronológica de la inscripción, las preferencias de los pretensos adoptantes, y las circunstancias particulares de los niños niñas y adolescentes.

El juez debe evaluar todas esas situaciones en conjunto a los fines de seleccionar el pretense adoptante que calce a la medida con las necesidades del niño, niña o adolescente en cuestión. Deberá impregnarse de los datos, antecedentes del niño y también de la historia de los pretensos adoptantes que surgirá de los legajos remitidos.

Los registros tienen como misión la selección de los mejores pretensos adoptantes para el perfil y características del niño en particular.

La Razonabilidad como Punto de Partida del Orden Jurídico

Concepto Etimológicamente, razonabilidad o razonable proviene del latín racionabilidad, que significa arreglado, justo conforme a razón. Y si recurrimos al diccionario de la Real Academia Española, establece que la razón es la facultad de discurrir. Con todos estos elementos, decimos como primera idea, que el examen de razonabilidad es todo aquello que nuestra sana facultad de discurrir nos indica que es justo. Bidart Campos expresa que

el principio de razonabilidad derivado de los artículos 28 y 33 de nuestra Carta Magna importa, dentro de nuestro sistema constitucional, la exclusión de toda arbitrariedad o irracionalidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos. Ello quiere decir que existe un patrón, un criterio, un estándar jurídico, que obliga a dar a la ley y a los actos estatales de ella inmediata o mediatamente un contenido razonable, justo y valioso, de modo que alguien puede ser obligado a hacerlo que manda la ley o privado de hacer lo que la ley prohíbe, siempre que el contenido de aquella sea razonable, justo y válido (p.118-119). Por otra parte se considera que la alteración de un derecho por vía reglamentaria constituye un ejercicio irrazonable de esa potestad, ya que lo priva de su esencia (Sabsay, 1998). La cuestión radica en determinar cuándo se da esa situación. Padilla (1996) afirma que los derechos se limitan como única manera de poder vivir en sociedad, y las restricciones que dispongan en cuanto a su goce no deben exceder de lo indispensable para ese fin, esto es, hacer compatible la libertad de cada uno con la de los demás. Mientras se atiende a ese criterio, la limitación es “justa” y por ende “razonable”; en cuanto se lo deje de lado, surge el elemento irrazonable. La reglamentación de los derechos persigue fines, y para alcanzarlos se vale de medios que deben resultar proporcionales a aquel fin. Debe existir siempre una adecuada relación entre fines y medios, una equivalencia entre las finalidades que propongan una norma y los mecanismos, procedimientos o caminos que establezcan para llegar a ellas. Así tenemos que toda norma jurídica debe ser razonable y justa, tanto en su aspecto formal como material, para tener fuerza ordenadora y ejemplificada y ser cumplida por todos nosotros, sumado a que si además se pretende reglamentar un derecho, se debe desarrollar sobre la base de un fin social sin destruir ningún derecho de amparo en nuestra constitución, pero para llegar a esos fines los medios que se utilicen debe tener una razonable adecuación con ellos.

Clases o Tipos de Razonabilidades

De acuerdo con las denominaciones utilizadas por Juan Francisco Linares (2002), la razonabilidad es la adecuación de sentido en que se deben encontrar todos los elementos de la acción para crear derechos: los motivos (circunstancias del caso), los fines, el sentido

común jurídico (el plexo de valores que lo integran y los medios (aptos para conseguir los fines propuestos). Si la razonabilidad de las leyes es la adecuación de todos sus factores con el sentido constitucional, esto significa que tanto las circunstancias del caso tenidas en cuenta por el legislador, como los medios elegidos y los fines propuestos, deben guardar una proporción entre sí (razonabilidad interna del acto) y, además, las leyes deben ajustarse al sentido constitucional formando por los motivos tenidos en cuenta por el constituyente, por los fines propuestos, por los valores jurídicos fundamentales y por los medios previstos (razonabilidad externa del acto). En consecuencia, la razonabilidad puede ser interna o externa, según que la adecuación entre los distintos elementos de la acción (relación medio-fin) se dé dentro de la ley o entres la ley y la constitución (Quiroga, 2001):

1. Razonabilidad interna de la ley: se da como razonabilidad técnica social cuando los motivos sociales determinante (de acuerdo con las circunstancias del caso) hacen que el legislador tome medidas (medios) proporcionadas al fin social propuesto. La razonabilidad técnica social es una simple relación de adecuación entre motivos, medios y fines, pero no implica necesariamente la justicia de la medida, esto forma parte de la razonabilidad jurídica.

2. Razonabilidad externa de la ley: es más compleja que la anterior, se da, en principio, como razonabilidad jurídica. El acto legislativo razonable internamente debe satisfacer el sentido común jurídico de la comunidad expresando en el plexo de valores que lo integran, valores que son recibidos de acuerdo con las modalidades de cada pueblo, por la Constitución del Estado.

Las razonabilidades jurídicas presentan las siguientes modalidades:

- Razonabilidades de la ponderación: se presenta en las leyes cuyas prestaciones guardan una relación de equivalencia con la sanción prevista para el caso de incumplimiento.
- Razonabilidad de la selección: se da en las leyes que respetan la igualdad, de forma tal que , frente a circunstancia equivalentes, la prestación y la sanción en la misma, y solo

cuando las circunstancias son diferentes es razonable que las prestaciones o las sanciones sean diferentes.

- Razonabilidad en los fines: se establece cuando los fines de la ley o las medidas dispuestas por ella no violan los fines previstos en la Constitución. Por ejemplo, no es razonable que una ley impositiva grave la propiedad en una proporción tal que implique la confiscación del bien, pues ello está expresamente prohibido en la Constitución Nacional.

Conclusiones:

El curso del proceso de adopción es un camino consciente de adaptación a las instituciones y a la ley, donde el previo análisis jurídico de cada situación que se presente para la posterior evaluación que conllevara el dictamen de la situación de adoptabilidad, nos muestra un esquema caótico entre los principios legales y la posición subjetiva que la razón debe ocupar a la hora de fundamentar una decisión.

La C.I.D del N.N y A. ha importado cualitativamente un progreso en el reconocimiento del niño como sujeto de derecho y de la responsabilidad así como en el compromiso que corresponde al estado en su condición de garante de los derechos de la infancia. Por lo cual no podemos alejar la observación dentro de las reglas del procedimiento que fueran descriptas, en la importancia que tuvo el estado en adecuar su legislación a los postulados del instrumento sostenido por la convención y en cada una de las decisiones judiciales, administrativas, políticas, y legislativas, que se toman en relación a los niños sobre todo en las que conciernen especialmente sobre el interés superior del menor.

La razonabilidad que arguye el objetivo dentro del marco legal en el instituto de la adopción sobre articulación que se llevara entre fines y medios para garantizar el desarrollo social y afectivo del menor; nos lleva a pensar como desde la nueva regulación vemos que van cambiando la valoración en la vida de familia. Se crean nuevos derechos y se reconocen otros que hasta entonces no se habían contemplado por la legislación. Esta reforma sustancial y adjetiva modificó gran cantidad de disposiciones del Código Civil. El fundamento fue encontrar formas y medios de protección de los derechos fundamentales en los integrantes de la familia, privilegiando siempre a las niñas, niños y adolescentes para un adecuado desarrollo en el seno de una familia.

“EL PROBLEMA DEL TIEMPO EXISTENCIAL EN LAS DECISIONES JURIDICAS”

En vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente los procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades. La mayor dilación en los procedimientos, podría determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses del menor.

Los tres factores temporales a través de las cuales se imparte la decisión judicial:

- 1.1 Plazos Temporales Legales del Código.
- 1.2 Tiempo que Impone el Principio Procesal Dispositivo
- 1.3 Tiempos en Base a la Dimensión Social y Pública de los fines de la Jurisdicción

El artículo 607, el Nuevo Código Civil y Comercial, asignando plazos determinados, establece: “La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:

- a) Un niño, niña o adolescentes no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte de organismos administrativos competentes en un plazo de TREINTA (30) días, prorrogables por un plazo igual solo por razón fundada;
- b) Los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. esta manifestación es válida solo 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 que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescentes 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 éste.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad mediante el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción. (Cod. Civ. y Com. Art. 607)

Respecto a los plazos de guarda, el artículo 316 del anterior Código Civil establecía “El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el juez. La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiera comprobado el abandono del mismo”.

El tiempo de la guarda tiene como finalidad comprobar la integración real que se produce entre la familia guardadora y el menor, es de vital importancia para la futura adopción (Medina, 1998)

El juez deberá hacer un seguimiento y acompañamiento necesario para comprobar esta integración física y psicológica. A su vez el regulará el plazo de guarda pre adoptiva teniendo en cuenta las consideraciones particulares que podrá otorgar entre seis meses y un año. También tiene la posibilidad de ampliarla en el caso que la misma hubiese sido otorgada por un plazo menor a un año (hasta el máximo del año) por circunstancias que estime sean de interés del menor.

Los guardadores podrán iniciar el juicio de adopción transcurridos los seis meses desde que se otorgó la guarda.

El juez cuenta con atribuciones para otorgar la guarda en el plazo que considere conveniente, la ley no dice nada acerca de si tiene atribuciones para prorrogarlo, la doctrina ha entendido que puede extenderla más allá del plazo legal ya que la finalidad de la misma es disipar dudas sobre la conveniencia de la adopción de un menor. Así mismo si logra una plena convicción sobre la idoneidad de los guardadores puede reducirlo a pedido de parte (Medina, 1998).

Vencido el plazo de guarda lo más natural es petitionar la adopción, si esta se ha solicitado durante la guarda el juez podrá dictar sentencia. Distinto es cuando vencido este plazo los guardadores no solicitaran la adopción. Este supuesto no está contemplado en la ley.

Medina 1998 al respecto opina que el juez deberá realizar un nuevo seguimiento de la familia guardadora para arribar una solución, que los mismos asuman la responsabilidad que asumieron cuando solicitaron la guarda o renuncien a la misma renunciando también a la adopción quedando el niño nuevamente en situación de ser dado en guarda, siendo esta última opción una alternativa extrema. No puede considerarse que la guarda cese, tampoco puede otorgarse de oficio la adopción; se deben poner en marcha los mecanismos tutelares para arribar a una conclusión.

Este periodo no debe ser tan largo, evitando así angustias y ansiedades que una prolongación desmedida puede generar, como también la incertidumbre acerca del otorgamiento de la adopción. (Fanzolato, 1998)

La Garantía de un Plazo razonable sustentada en la CIDH

Aun cuando la Constitución Nacional no contiene una norma expresa que garantice el derecho a obtener una resolución en un plazo razonable, el principio se enmarca dentro del derecho a la tutela judicial efectiva que surge de manera implícita de los arts. 18,43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Esta última norma eleva a la máxima jerarquía normativa a los tratados de derechos humanos, imponiendo a los distintos niveles del Estado a ajustar su normativa interna a los Tratados.

Desde la óptica convencional la Convención Americana sobre Derecho Humanos, (conocida como Pacto de San José de Costa Rica, suscripta en Costa Rica, Noviembre de 1969) en su artículo 8 regula las garantías judiciales en la sustanciación de todos los tipos de procesos. Establece la norma que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Además el principio ha sido objeto de regulación, especialmente en materia Penal en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombres – arts. XXIV y XXV -, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura –art. 8-, la Convención América sobre Desaparición Forzada de Personas –art. X y XI- , la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas Cruelles, Inhumanos o Degradante –art. 6, 12 Y 13 -, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –art. 9 y 14- y la Convención de los Derechos del Niño –art. 37 (Torricelli, 2015)

En esta tesitura, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 2° establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta, entre otras cosas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos. Asimismo, los autores del Código, en los “Fundamentos del Anteproyecto” han señalado que se han tomado muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto el nuevo Código innova profundamente al establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció su competencia en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (Caso Memoli Vs Argentina, 2013) y que la Corte IDH se ha extendido en diversas sentencias en contra de Argentina en relación al principio en estudio, analizaremos los elementos para determinar la razonabilidad del plazo.

En relación al tópico debe aclararse que “el plazo razonable” constituye un concepto abstracto e indeterminado (de creación jurisprudencial) que no se traduce en números fijos de días, semana, meses o años, porque de lo contrario sería un plazo legal. De allí que la Corte Interamericana de Derecho Humano bajo el influjo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció los siguientes criterios de análisis para determinar la razonabilidad del plazo.

A saber:

- a- Complejidad del asunto
- b- Actividad procesal del interesado
- c- Conducta de las autoridades judiciales (caso Genie Lacayo Vs Nicaragua, 1997, parr.77; caso Días Peña Vs Venezuela, 2012 párr. 49 y caso Furlana y Familia vs Argentina, 2012, párr. 152)
- d- Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

El estudio de dicho lineamiento exige como primer medida establecer el marco temporal del proceso. Al respecto refiere Susana Albánese (1998) que: “el punto de partida para la evaluación del plazo razonable” debe comenzar el día en que se acude a la jurisdicción competente” y también que: “...debe darse por concluido en el momento en que el

interesado es notificado de la sentencia definitiva; en este concepto quedan comprendidas todas las apelaciones que la legislación permita”.

La primera pauta para determinar si el proceso se ha diligenciado en tiempo propio la constituye la complejidad del asunto. La Corte Interamericana de Derecho Humano ha tenido en cuenta diversos criterios para determinar la complejidad de un proceso (caso Furlana y Familiares vs Argentina, párr. 156). Entre ellos, se encuentra la dificultad de la prueba (caso Genie Lacayo vs Nicaragua, 1997, párr. 78), la pluralidad de sujetos procesales (caso Acosta Calderón vs Ecuador, 2005, párr. 106; caso López Álvarez vs Honduras, 2006, párr. 133) o la cantidad de víctima (caso Vargas areco vs Paraguay, 2006, párr. 103 y caso Kawas Fernández vs Honduras, 2009 párr. 113), el tiempo transcurrido desde la violación (caso Heliodoro Portugal vs Panamá, 2008, párr. 150, y caso Radilla Pacheco vs México, 2009, párr. 245), las características del recurso consagradas en la legislación interna (caso Salvador Chiriboga vs Ecuador, 2008 párr. 83) y el contexto en el que ocurrió la violación (caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, 2006, párr. 184, caso de las Masacres de Ituango vs Colombia, 2006, párr., 293 y caso valle Jaramillo, párr. 156).

En segundo lugar la Corte Interamericana de Derecho Humano se refiere a la actividad procesal del interesado. El proceso civil en Argentina es eminentemente dispositivo. Predomina el señorío de la voluntad de las partes, quienes fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento. El juez, atento el principio de congruencia, debe fallar conforme a los límites fijados a la controversia por la voluntad de las mismas no pudiendo, tampoco, el Tribunal de Alzada modificar la sentencia impugnada si no ha mediado un recurso (prohibición de *reformatio in peius*)

Sin embargo, la CIDH ha flexibilizado este principio al entender que el estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no depende ya de manera exclusiva de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos (caso Salvador Chiriboga, párr. 83, y Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs Perú, párr. 76. Caso Furlan y Familiares vs Argentina, párr. 169).

El tercer elemento analiza la Conducta desplegada por las autoridades en el marco del proceso así como también otras autoridades estatales que pueden verse involucradas principalmente en el diligenciamiento de la prueba.

En el proceso civil el juez tiene el deber de dirigir el procedimiento, manteniendo la igualdad de las partes, procurando el cumplimiento de los plazos procesales, vigilando que la tramitación de la causa responda al principio de economía procesal evitando la paralización del proceso y decidiendo las causas en tiempo. El nuevo Código Civil y 26 Comercial como se dijo ha plasmado legislativamente las ideas activistas otorgándoles a los jueces, amplias facultades en la dirección del proceso. De allí que el análisis del impulso procesal efectuado por las partes en las distintas etapas del proceso se observa complementado con esta obligación judicial.

Por otra parte, cuando las instituciones estatales se ven involucradas en el proceso deben garantizar trámites eficientes para dar unas prontas respuestas a los requerimientos judiciales y actuar de manera expedita con el fin de garantizar la celeridad del proceso.

Por último, la CIDH ha sostenido que para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración de los procedimientos en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo (caso Valle Jaramillo y otros, párr. 155), considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia (Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs Paraguay, 2010, párr. 136). En este sentido, este Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultara necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve (caso Valle Jaramillo y otros párr. 155 y caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek, párr., 136, caso Furlan y Familiares vs Argentina, párr., 194).

A nivel local, la dilación de los procedimientos fue ponderadas por la CSJN Argentina a partir del caso “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA” en concordancia con la CIDH. Se expresó que:

“...el plazo razonable de duración del proceso al que se alude en el inciso 1 del art. 8, constituyente, entonces, una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión. Para ello, ante la ausencia de pautas temporales indicativas de esta duración razonable. Tanto la Corte Interamericana – cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (fallos: 318:514; 323:4130, entre otros) – como el tribunal Europeo de Derechos Humanos al expedirse sobre el punto 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que contiene una previsión similar han expuesto en diversos pronunciamientos ciertas pautas para su determinación y que pueden resumirse en:

- a- La complejidad del asunto
- b- La actividad procesal del interesado
- c- La conducta de las autoridades judiciales
- d- El análisis global del procedimiento.

La Importancia del Factor Tiempo en el Desarrollo de la Subjetividad del Niño

En general podemos afirmar que el proceso de adopción debería efectuarse lo antes posibles para eliminar factores de riesgo. A medida que el niño adoptado es mayor tiene a sus espaldas más cargas emocionales, en especial si ya ha estado vinculado a diferentes adultos o centros.

Adoptar un bebe supone la posibilidad de empezar el establecimiento temprano de vínculos afectivos y por tanto, minimizar riesgos importantes. El niño no es consciente de su situación y tendremos tiempo para explicarle.

Entre los 2 y 5 años, los niños ya han empezado a utilizar el lenguaje y grabar en su memoria emocional todos los acontecimientos que intuyen relevantes. Dependerá del afecto y las posibilidades de estimulación que hayan recibido su estado psicológico actual.

A estas edades los niños son, en su mayoría, conscientes de que inician una nueva vida. Muchos de ellos suelen reaccionar ante la consecución de unos padres de forma que quieren olvidar y borrar todo lo que tiene que ver con su pasado. De esta forma, si provienen de otros países, pueden evitar, al principio, el contacto con compatriotas u objetos que le recuerden al país de origen.

A medida que sube la edad de adopción la carga vital acumulada puede dificultar las relaciones con los nuevos padres ya que parte del dolor emocional acumulado puede expresarse y dirigirse contra ellos. Para este tipo de adopciones (niños de más de 7 u 8 años) puede ser aconsejable el seguimiento por parte de un profesional de la psicología infantil durante el proceso inicial de adaptación.

La carencia de estimulación afectiva en la primera infancia es una situación nefasta para el desarrollo social y emocional (también cognitivo, desde luego) pero la relación entre la falta de estimulación y la presencia de problemas afectivos no parece ser de causa-efecto, ya que, en ocasiones, los seres humanos damos respuestas asombrosas ante situaciones de estimulación tardía.

Diferentes estudios plantean que la adopción tardía (posterior a los 6 primeros meses de vida) es una experiencia altamente perjudicial para el desarrollo afectivo posterior de los

niños. En este sentido Singer, Brodzinsky y Ramsay (1985) describen en una investigación longitudinal de niños adoptados más tarde de los 6 o 7 meses, que mostraban evidencia de desajuste socioemocional. En el seguimiento, se observó la persistencia de problemas en el establecimiento de relaciones socioemocionales seguras con sus cuidadores y otras figuras significativa en sus vidas. Otras investigaciones realizadas en el contexto de la adopción internacional (Ames y Chisholm, 2001; Carter, Ames, y Morison, 1995 Maclean, 2003; Marcovitchel; 1997; O'Connor et al; 2003) muestran que los niños adoptados antes de cumplir un año no manifestaban problemas emocionales. Por otro lado, se ha descrito la posibilidad de presentar apego seguro en adopciones tardías, aunque el proceso de desarrollo de este vínculo es más lento y costoso en estos casos (Ames y Chisholm, 2001). Además de los problemas de vinculación afectiva, se ha encontrado evidencia de dificultades en la selección de amistades y muestras de afecto indiscriminadas (Chisholm, 1998), comportamiento que se incluyen como criterios diagnósticos del “trastorno reactivo de la vinculación”.

También se han descrito problemas de conducta y ansiedad relacionados con situaciones de adopción tardía (Habersaat et al. 2010). En el estudio realizado por Habersaat se describen dos momentos críticos en la adopción: entre los 6-12 meses (formación del vínculo) y después de los 24 meses (estabilización de vínculo). Si las experiencias durante estos periodos son negativas o de privación los problemas emocionales y cognitivos son difíciles de recuperar.

En contra de estos datos, Verissimo y Salvaterra (2006) realizaron una investigación en la que participaron 106 madres con sus hijos, adoptados entre las 3 semanas y los 47 meses de vida. Utilizando *The Attachment Behavior Q-Set* (AQS; Waters, 1995) se puso de manifiesto que la variable que mejor predecía la puntuación en esta escala era el comportamiento que la madre adoptiva tenía con su hijo. En esta línea, un estudio en el que participaron 32 niños que fueron adoptados tras el primer año de vida, puso de manifiesto que durante los 6 meses siguientes a la adopción el nivel de ansiedad disminuía y la seguridad del vínculo con los padres se fue incrementando de forma progresiva.

Resultados similares obtuvieron Feenney, Passmore y Peterson (2007) sobre la formación del vínculo que se inicia a los 6 meses, pero que puede ser pospuesto hasta el primer año de vida, si no se ha tenido oportunidad de establecer antes. Es más, las experiencias afectivas adecuadas, aunque tardías (hasta los 5 años de edad), pueden compensar la privación de los primeros meses de vida (Bowlby, 1988).

Por lo tanto, la edad avanzada en el momento de la adopción parece constituir un factor de riesgo, sin embargo, no es un factor determinante y los datos, tanto teóricos como empíricos, apoyan la posibilidad de recuperación del desfase en el desarrollo emocional. En tanto que, encontrar los factores protectores en estos casos es, quizá, un asunto aún por definir.

La Conciencia de ser Adoptados

Según Brodzinsky (2007), durante los años preescolares, los niños que fueron adoptados de bebés suelen tener una visión neutra o positiva de la adopción, ya que durante esos años el concepto infantil de familia es el de “un grupo de personas que viven juntas y se quieren muchos”. Sin embargo, en algún momento, entre los 6 y 7 años, los niños descubren que una familia es un grupo de personas biológicamente relacionadas. Es entonces cuando el niño adoptado entiende las implicaciones de la historia de adopción, que hasta ese momento no producía inquietud alguna, “si ahora tiene esta familia es porque antes tuvo otra que le abandono”. No es extraño que en torno a estas edades los niños se muestren preocupados o tristes respecto a su historia, al hecho de ser adoptados y a sus orígenes.

En un estudio sobre adopción nacional (Palacios y Sánchez- Sandoval, 2005), se constató que los niños adoptados, a los 6-7 años de edad, manifiestan una mayor susceptibilidad emocional, mayor tendencia al retraimiento o la tristeza, que pueden estar relacionada con el descubrimiento de la pérdida. Y es que, a pesar de que la adopción es el camino para ofrecer una nueva familia a aquellos niños que han perdido la suya y esto sea una actividad de ganancia, la experiencia de pérdida es particularmente importante en la historia de los niños adoptados.

Una situación similar fue descrita en un estudio realizado por Mcwey (2004), quien encontró que en grupo de niños de 6 años institucionalizados (el 49% había estado en más de dos hogares de acogida) mostraban niveles más altos de ansiedad que un grupo control, debido, según la autora, a la percepción de abandono y ruptura del hogar que tienen estos niños. Lo interesante de este estudio es la muestra elegida. Los niños que participaron tenían dos factores de riesgos: por un lado la avanzada edad y por otro el haber sufrido varias situaciones de abandono y rechazo. Sin duda, el haber sido integrados en una familia para posteriormente ser devueltos al sistema general en los menores provoca una falta de seguridad en sí mismos y en la posibilidad de ser queridos y protegidos de forma incondicional; recordemos que estas percepciones son la base que

fundamenta el apego seguro. En estos niños la experiencia les ha demostrado que el afecto es transitorio e instrumental, por tanto, actúan en consecuencia.

Lee, OK-Seol, Sung y Miller (2010) estudiaron a un conjunto de 382 niños sur-coreanos de los cuales 152 fueron adoptados y 230 permanecieron en una institución. Establecieron como posibles factores de riesgo de padecer problemas de ansiedad o de conducta: la edad de adopción o institucionalización, el que los padres hubieran muerto o no, la ruptura del hogar familiar y la existencia de contacto con los padres biológicos cuando estos estaban vivos y los niños estaban en el mismo país. Los resultados mostraron que los niños cuyos padres habían fallecido manifiestan un mejor ajuste emocional. Esto se puede explicar porque integran la pérdida de forma más coherente, “no es que mi familia me haya abandonado, es que fallecieron”. Bajo esta explicación no pueden culparse o culpar a su familia del abandono, ya que, ha sido una situación impredecible.

Por otro lado, en este mismo estudio, no se hallaron diferencias significativas en los niveles de ansiedad mostrada por los niños que mantenían contacto con su familia biológica frente a los que no lo hacían.

La búsqueda de la familia biológica por parte de personas que han sido adoptadas, a pesar de que las familias adoptivas hayan satisfecho sus necesidades y exista una buena relación, marcada por el cariño, entre padres e hijos, es un hecho bastante frecuente. Las personas parecen necesitar saber por qué fueron abandonados. Es posible que detrás de esta necesidad existan vivencias y atribuciones internas de culpa que puedan estar dificultando el desarrollo afectivo correcto.

Las Experiencias de la Primera Infancia

Conocer la situación a la que han estado expuestos los niños antes de la adopción es complicado, especialmente en el caso de las adopciones internacionales. En nuestro país, para que la guarda y custodia de un menor quede a cargo de las autoridades pertinentes pueden deberse a una renuncia por parte de los padres o a una decisión judicial. En ambos casos (aunque especialmente en el segundo), debemos suponer que la situación de cuidados que ha recibido el menor no ha sido suficiente. Sufrir maltrato o negligencia de forma continua se ha relacionado con establecer vínculos afectivos desorganizados, ambivalentes o evitativos (Lyons-Ruth y Jacobvitz, 1999; Zeanah, 2000). Además, estos niños suelen padecer ansiedad, miedos, experimentación de situaciones traumáticas y/o fobias generalizadas.

En un estudio longitudinal realizado por Hodges, Steele, Hillman, Henderson y Kaniuk (2005) se puso de manifiesto que, desde el punto de vista de las representaciones internas, la percepción de seguridad afectiva no deja de aumentar con el paso del tiempo. Sin embargo, la inseguridad no presenta un decremento proporcional al incremento de la seguridad. Esto implica que los esfuerzos realizados por la familia adoptiva para que el niño se sienta protegido y seguro no tendrían los efectos esperados, debido a que las experiencias previas han dejado una huella demasiado profunda.

Fonagy et al (2002) plantea que una crianza insensible y prolongada en el tiempo, como es el caso de la institucionalización, en la que se experimenta internamente la falta de comprensión por sus cuidadores, puede dar lugar a un déficit en la percepción de las contingencias de las respuestas hacia los gestos de sus cuidadores que, a partir de los nueve meses de edad, se configura como un sistema capaz de detectar e interpretar las intenciones de los demás. Según estas investigaciones, el niño intentaría inhibir defensivamente su capacidad de mentalizar para evitar captar la hostilidad que le transmiten sus cuidadores.

En esta línea de investigación, Stern (1998) comprobó que la falta de respuestas contingentes a las necesidades infantiles hace que los niños tengan una forma anormal de comportarse ante los adultos, debido a las expectativas que tienen hacia ellos. Esta forma anormal de comportamiento puede repercutir en la personalidad de estas personas, que de hecho son más sensibles a padecer problemas disociativos y trastornos de personalidad del grupo B (Lyons –Ruth, 2005, 2006)

Otras Explicaciones Posibles

Las situaciones en las que se producen adopciones son muy heterogéneas, sin embargo, se ha descrito una circunstancia relativamente frecuente relacionada con la adopción, especialmente la de edades avanzadas. Cuando los niños adoptados han pasado tiempo institucionalizados, pueden haber aprendido esquemas de actuación y esquemas

afectivos inadecuados debido a la situación de múltiples cuidadores en la que han vivido. Estas actuaciones dejan perplejos a los padres, que se sienten frustrados en sus expectativas de brindar amor y cuidado a ese niños que los rechaza. Los padres se cuestionan su capacidad de ser padres, llegando a plantearse devolver al niño al sistema. La ambivalencia afectiva hacia ese hijo puede tornarse cada vez más evidente y el niño puede llegar a percibir la amenaza de abandono. Para evitar estas circunstancias, muchas comunidades autónomas obligan a los padres a realizar una serie de programas preparatorios para la adopción en los que, además de aprender sobre estilos educativos y pautas de crianza, aprenden que los sentimientos ambientales son frecuentes en los procesos de adopción.

En esta línea, Juffer y Hoksbergen (1997) diseñaron dos programas de intervención temprana para apoyar a las familias que habían adoptados a niños menores de 5 meses. Estos programas buscaban promover la respuesta sensitiva maternal, la relación de apego seguro madre-hijo y facilitar una conducta exploratoria en los niños. El primer grupo de intervención recibió un libro cuya finalidad era sensibilizar a los padres ante las demandas del bebe. El segundo grupo, además del libro, recibió 3 sesiones de videos en sus casas. Los resultados mostraron una mejora significativa del segundo grupo de intervención con respecto al primero y a un grupo control, en cuanto a las sensibilidades de la madre ante las respuestas de los niños y la mejora del comportamiento cooperativo entre ambos.

Otra circunstancia descrita es la separación de hermanos que han vivido la primera infancia juntos. Esto puede constituir un factor de riesgo para presentar conductas desadaptativas durante la adolescencia y dificultar la relación con los padres adoptivos (Leathers, 2005).

También se ha descrito como factor de riesgo el país de procedencia del niño adoptado. Por ejemplo Quarles y Brodie (1998) determinaron que el 33% de los niños procedentes de Rusia y de países de Europa del Este mostraban retraso en el desarrollo motor y el 16% sufrirían retraso en desarrollo cognitivo y del lenguaje, además, (Remkus, 1991) estos niños son más propensos a manifestar apego inseguro. Esto puede deberse a los diferentes sistemas de atención a los menores en desamparo que existen en estos países (ambientes poco estimulantes, pocos cuidadores, etcétera)

En función de su procedencia, los pequeños pueden presentar rasgos de desnutrición o enfermedades infecciosas (parasitosis intestinal, tuberculosis, hepatitis). Pero aunque menos evidentes, las patologías más graves suelen ser trastornos psicológicos asociados a la estancia en instituciones como orfanatos o residencias. Uno de cada tres niños que

han permanecido en este tipo de centro hasta los tres años sufre trastornos cognitivos (relacionados con la inteligencia). La misma proporción padece alteraciones afectivas (del vínculo), frente al 2% y 4%, respectivamente, de la población general o de los menores que han estado en orfanatos menos de seis meses, que apenas presentan secuelas, de acuerdo con un estudio británico con niños procedentes de Rumania publicado en 2003 en *Development and Psychopathology*:

El trastorno del vínculo es especialmente relevante: suele estar en el origen de otros comportamientos, ya sean problemas de atención, de autocontrol, del aprendizaje, dificultades al manejar las emociones o problemas de identidad en la adolescencia. Cuando el niño llora, la madre o el cuidador atiende sus necesidades: le da de comer, le duerme, le abriga...esto no sucede en un orfanato. No se atienden individualmente las necesidades fisiológicas o afectivas, sino de forma colectiva. No se aprende a establecer relaciones emocionales. El resultado es una adaptación a este medio hostil “en el que prima la desconfianza, la agresión, el rechazo y la evitación”, unos comportamientos que se pueden enquistar al llegar al nuevo entorno y que provocan incompreensión en la familia o el colegio.

Una fase clave en la vida de los niños adoptados es la adolescencia, que en ellos se suele adelantar a los 9 o 10 años, dos o tres antes de los que suele ser habitual. Es la etapa en la que se presentan los problemas relacionados con la definición de la identidad y el momento en el que se encuentran buena parte de los chavales adoptados durante los últimos años en España. Si no se han encauzado por entonces los trastornos más graves, la situación puede desembocar en situaciones de fuerte tensión familiar o el fracaso de la adopción en los casos limite.

Conclusiones:

El uso de la razonabilidad, juega un papel importante una vez más cuando se aborda el análisis de los plazos temporales en las decisiones jurídicas en el instituto de la adopción. Tomando en cuenta los tres factores temporales que son la base en la decisión judicial descritos en el inicio del desarrollo del presente capítulo, se destaca que sustancialmente el uso del juicio crítico se fundamenta en el marco de los dos primeros, dejando el tercero dentro

en un plano secundario, sin obviar su respectiva importancia, mas categorizándolo por la posición subjetiva que radical en su cuestión.

La significancia primordial que impulso la creación y aplicación estricta de las normas legales que regulan el Instituto legal, objeto de esta investigación, centro su relevancia en el desarrollo psico-social del niño que pueda encontrarse en una situación de riesgo (abandono, maltrato infantil, etc.) y en donde se deban esgrimir todos recursos, estrategias de asistencia y los mecanismos de supervisión legal a su protección y asistencia, con el objeto de asegurar su adecuado crecimiento en el seno de un familia donde pueda generarse un ambiente socio afectivo de aprendizaje que lo promueva a un proceso de socialización. Siendo una afección presente en esta cuestión, la adopción tardía, donde las consecuencias afectan la oportunidad de un desarrollo familiar tan necesario para normalizar problemas de conductas. El plazo de tiempo razonable es de íntegra importancia como centro del proceso de la adopción y no debe tomarse meramente como un complemento a cumplir, que pueda ser pasible de inobservancia.-

CAPÍTULO 6

“LA INSTITUCIONALIZACION”

Los lazos de amor y ayuda favorecen el desarrollo integral de una persona, por ello la Constitución y las leyes impone a la Familia, la obligación de proteger y ayudar al niño, niña o adolescente, con la finalidad de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales. Teniendo en cuenta lo expuesto, será el grupo familiar solamente quien le podrá proveer al menor el sostén afectivo y los recursos necesarios para su desarrollo personal, analizar el efecto que produce un internado a lo largo del desarrollo personal del niño, niña o adolescente nos permitirá comprender la vulneración al interés superior de la persona menor de edad, que generalmente se suscita en la mayoría de todos los casos en las cuales el factor temporal afecta el proceso de adopción.-

El Origen y los Efectos de la Institucionalización en el Niño

La infancia tutelada surgiría con la sanción de la ley 10.903, sin embargo, el concepto de tutelaje puede rastrearse en antiguísimas prácticas, en el caso de la Argentina desde la época colonial. Partiendo de ancestrales representaciones y mitos que ligaban lo femenino con lo demoníaco, en el antiguo Virreinato del Río de la Plata se implementaron las primeras institucionalizaciones. En dicha época con la finalidad de cauterizar los impulsos de una sexualidad femenina que amenazaba con desbordarse, se buscó construir un espacio perfectamente aislado del mundo circundante, un espacio cerrado, imposible de abandonar, aún después de la muerte. Así, se crea la Casa de Recogimiento para Huérfanas en 1692, aunque ya desde 1622, bajo la dirección de la iglesia católica, la Casa de Recogidas, brindaba amparo a jóvenes huérfanas. Alrededor de 1727, un grupo de vecinos de Buenos Aires, ante las muertes ocasionadas por diversas pestes, crea la Hermandad de la Santa Caridad de Nuestro Señor Jesucristo, como intento de dar una respuesta favorable a los desvalidos. En 1755 doña Teresa Bazan, abocada a la educación y asistencia de niñas huérfanas, formada en el Convento de las Catalinas de Córdoba, abre una nueva casa de recogimiento, el Colegio de Nuestra Señora de los Remedios cuya meta pedagógica era conocer y obrar el bien. En 1779, se funda en Buenos Aires la Casa de Niños Expósitos, durante la administración del Virrey Vértiz. El Síndico Procurador General Marcos José de Riglos, apelando a testimonios dramáticos de individuos que aseguraban haber sido testigos del hallazgo de cadáveres de niños

abandonados, restos de neonatos en las fauces de perros, cerdos y alimañas, fue uno de sus precursores. Se destinó para alojar a los niños un solar que había pertenecido a los jesuitas. La Casa de Niños Expósitos bautizaba a los niños, les ponía un nombre y como apellido un número de identificación. La creación de la Sociedad de Beneficencia, en 1823 durante el gobierno de Martín Rodríguez, siendo su ministro Bernardino Rivadavia, alejaba a la Iglesia de las cuestiones administrativas. Sin embargo, las notables mujeres de la sociedad porteña estaban inspiradas en la caridad cristiana. La Iglesia ha tenido históricamente un papel central en lo que respecta a la educación y formación de la infancia, poder hegemónico que comenzaría a debilitarse con el proceso de conformación de los Estados Nacionales en América Latina. La confrontación entre el modelo liberal de fines del Siglo XIX y el modelo hegemónico católico, acentuada a partir del lento proceso de secularización, no hacía más que confirmar el lugar en el que eran ubicados no solo los desviados, sino los considerados anormales: objetos de control para ambas instancias.

Foucault a través de su proyecto genealógico (contra historia) introduce el concepto de guerra para pensar la historia. La burguesía del siglo pasado pensará en términos civiles y problemas interiores a la sociedad. Se habla de los enemigos internos. El enemigo no es el extranjero ni el invasor sino el peligroso, aquel que posee la virtualidad de afectar al orden social. En este contexto, homogenizar parece ser la clave para la construcción de un nuevo país y en este sentido, quien tenga el poder para hacerlo, tendrá el control del país a través de un modelo legitimado. Es así como lo diferente es excluido pero controlado para que, de ese modo, se pueda garantizar un orden que permita gobernar.

Sin embargo, en lo que respecta a aquellos que han sido alternativamente nominados como niños huérfanos, abandonados, antisociales, débiles mentales, ha sido la Iglesia el actor que ha cobrado un papel fundamental. Resulta posible re-encontrarla en el origen de cada una de las instituciones que los han albergado, incluso en la actualidad. Formadora de niños institucionalizados, a través de su discurso moral, asistencialista y proteccionista, ha marcado, no sólo la subjetividad de estos niños, sino las construcciones colectivas que emergieran al respecto. Bajo nuevos formatos, el menor huérfano peligroso, continúa siendo un objeto a ser reformado y corregido, siendo el encierro el criterio de la reforma. Se crean con ese objetivo, diferentes instituciones asilares en nuestro país: Reapertura de la Casa de Niños Expósitos (1952); Asilo de la Pobreza y del Trabajo (1870) creado por la Sociedad de Beneficencia para la corrección de mujeres jóvenes y adultas; Colonia Nacional de Menores Varones (1915); Huérfanas Crescencia Boado de Garrigós (1925) creada por la Sociedad de Beneficencia; Colonia-Hogar Ortiz Basualdo y la Colonia Cayetano Zibecchi (1935), establecimientos agrícola-ganaderos

creados por el Patronato Nacional de Menores; Instituto José Sánchez Picado y la Colonia Nacional de Olivera (1937); Hogar Santa Rosa (1939) para la clasificación de niñas con problemas de conducta hoy Instituto Manuel Belgrano; Hogar Santa Rita (1942) hoy Carlos de Arenaza; Establecimiento Los Arenales (1943) hoy Instituto Nuestra Señora de Fátima.

Si bien algunos dependían de la Sociedad de Beneficencia, el Estado, bajo la figura del Patronato de Menores creado en 1931 bajo la dirección de una Comisión Honoraria designada por el Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, comienza a centrar su mirada en la infancia. Sin embargo, este papel tutelar del Estado ya había pasado a ser mediado por la figura del juez a partir de la sanción de la Ley 10.903. Del mismo modo, la reforma del Código Civil de 1919, legalizaba la intromisión del Estado en la vida privada, al contemplar que la patria potestad, como conjunto de obligaciones y derechos que poseía el padre, era susceptible de ser ejercida por el Estado ante el incumplimiento de aquel. Así, la legislación de menores habría generado un incremento en la población de las mencionadas instituciones. Casa de acogimiento para huérfanas, casa de expósitos, el torno, reformatorios, hogares, internados, orfanatos, instituto de menores, constituyen modos de nominar a la Infancia Tutelada, dando lugar a estereotipos que, funcionando como estigmas, se naturalizan como productos de procesos sociales.

Efectos en las Diferentes Esferas de Desarrollo del Niño:

La psiquiatría ha comprobado que un bebé falto de caricias y amor puede sufrir deficiencias, sobre todo psicológico y emocional.

A tenor de los resultados que nos aportan los estudios y las múltiples investigaciones en el ámbito de las neurociencias, parece claro que el maltrato durante la infancia interfiere en el desarrollo normal del niño dejando secuelas más o menos importantes a nivel estructural, anatómico y funcional en su cerebro, principalmente en aquellas zonas encargadas de la modulación de los estados afectivos y del control de impulsos.

En relación a los efectos de tipo estructural, se observan alteraciones en el desarrollo del hipocampo, la amígdala, el giro temporal superior, el cerebelo, el cuerpo calloso, el córtex prefrontal y el volumen cerebral y ventricular, que desembocarían en importantes secuelas funcionales a nivel cognitivo, conductual y en las relaciones sociales.

Algunas de estas secuelas son irreversibles y tienen consecuencias a corto y a largo plazo, especialmente si se producen durante la primera infancia cuando hay una mayor inmadurez neurológica y emocional. Por otro lado, las investigaciones enfocadas al

estudio de los trastornos del apego nos permiten también comprender la gravedad de las consecuencias del maltrato y del trauma, sea cual sea su formato.

Para los efectos de estas investigaciones, maltrato se refiere tanto a la falta de atención adecuada (negligencia, desnutrición o abandono), como los hechos que lesionan la salud física del menor (negligencia durante el embarazo, maltrato físico, abuso sexual, etc.), así como las acciones que atentan contra la salud mental (maltrato psicológico).

El descubrimiento de las estructuras y sistemas dañados como consecuencia del daño a los niños, es múltiple y no deja de aumentar. La conformación de redes neuronales desajustadas e hipertrofiadas como consecuencia de la vivencia de traumas; la descompensación de los niveles de cortisol como resultante de la exposición al estrés temprano; la alteración de equilibrios entre los neurotransmisores fruto de una mala interrelación entre cuidador-bebé; la alteración de las estructuras cerebrales resultantes de la desnutrición, etc.; son algunos ejemplos de los descubrimientos que la literatura científica aporta para constatar que el daño a los niños y niñas en los primeros momentos de sus vidas, altera la conformación de su sistema nervioso y afecta al funcionamiento posterior del mismo.

Ahora veamos cuáles son los efectos de la institucionalización en las diferentes esferas del desarrollo de un niño:

Desarrollo físico

En cuanto a la salud física, se suele presentar un retraso del crecimiento, trastornos nutricionales deficitarios (con comportamientos típicos asociados como pueden ser comer demasiado, acaparar y esconder alimentos, tragar sin masticar, malos modales al comer, rechazo de determinados alimentos por sus texturas y olores), enfermedades dermatológicas y trastornos dentales.

Esta es la esfera que por lo general presenta una más rápida recuperación en cuanto los niños se integran a una familia. Una vez en casa, la introducción de alimentos ricos en proteínas, calcio, hierro, zinc, flúor y vitaminas, junto con la mayor estimulación y el afecto que recibe el niño, suelen provocar una recuperación espectacular de los retrasos de crecimiento y una mejoría paulatina de los trastornos leves o moderados del desarrollo psicomotor.

La excesiva utilización de la institucionalización

La mayoría de los países de la región utiliza en forma desmedida la institucionalización de niños por razones de protección. Es difícil establecer el número de niños que viven en estas condiciones, dado la falta de datos de los estados respecto a las distintas instituciones encargadas. Una cifra aproximada podría superar los 240.000. Sin embargo, son varios los países que carecen de información precisa. Al no existir tampoco un criterio único de sistematización, se genera situaciones que complican la labor, como ejemplo de caso de los joven que cumplieron 18 años que son incluidos en los registros y la no estratificación entre edades, que no permite tener información detallada. Por consecuente, es difícil de determinar en todos los casos si hubo en los últimos años, avances o retrocesos en la cantidad de niños que son atendidos en estos centros que no existen un seguimiento de evaluación.

En mucho de los estados donde es posible realizar un seguimiento de un número de niños en las instituciones, es posible observar una importante cantidad de niños en ellas. Esto ha motivado al Comité de los Derechos del Niño a realizar múltiples observaciones a diversos países de la región (Bolivia: CRC/CBOL/COL/4,parr.45; El Salvador: CRC/15/Add.241, párr. 44; Guatemala: CRC/C/SKVICO/3-4, parr.44 Nicaragua: CRC/C/GTM/CI/3-4 párr. 58; Perú: CRC/NIC/CO/4 párr. 54); en algunos casos, tomando en consideración los esfuerzos realizados por las autoridades, pero recomendando la implementación de actividades de sensibilización pública sobre las repercusiones negativas de la institucionalización en el desarrollo de los niños.

En algunos casos, unos estados como Panamá (Comité de los derechos del Niño, observación N° 21; 2011) han reconocido explícitamente que las altas cifras de niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar e institucionalizados responde en gran medida a una legislación vigente enmarcada en un enfoque de la doctrina irregular o tutelar. Pero aun en el caso de países que han adecuado su normativa interna, reconociendo la excepcionalidad de la institucionalización como medida de protección, es posible encontrar un importante número de niños, niñas y adolescentes en dispositivos residenciales. Los procesos de adecuación normativas en muchos casos, aún deben ser complementados desde la perspectivas de las instituciones y sus prácticas.

Niños Menores de tres Años

Las investigaciones científicas han alertado sobre los perjuicios que tiene la privación de familia y la institucionalización en las etapas tempranas del desarrollo, circunstancias que afectan de por vida a los sujetos que la han padecido, dejando secuelas físicas y en la salud mental. (John Williamson and Aaron Greenberg, Families, Not Orphanages, p. 6, 2010). Sobre la base de dichos estudios, el derecho internacional ha establecido que salvo situaciones absolutamente excepcionales y en forma temporal, los niños y niñas menores de tres años no deberían estar en instituciones sino en modalidades de cuidados alternativos en el marco familiar. Comité de los Derechos del Niño, Directriz 22 “Modalidades alternativas de acogimiento”, 2010).

Los niños pequeños que han sido institucionalizados presentan un mayor retraso en su capacidad de establecer interacciones sociales, que los que han sido cuidados en un ámbito familiar. Los perjuicios a los que hacen referencia los informes incluyen una variedad de problemas médicos graves, diferencia en el crecimiento físico y cerebral, problemas cognitivos, problemas graves de expresión somática, retrasos en el desarrollo del lenguaje y de la comunicación, dificultades de integración, alteraciones sociales y de comportamiento.

También en este caso, la ausencia de información en general y desglosada por tramos de edades, dificulta la observación del fenómeno. Cuando ha sido posible acceder a la información se ha constatado una importante cantidad de niños pequeños en las instituciones de protección. En Argentina sobre un total de 14.675 niños en instituciones, 3.815 tendrían entre 0 y 5 años, lo que representa el 26 % de total. En Brasil habría 9.121 niños de 0 y 5 años, lo que representaría el 25% del total. La información referente a Guatemala y Panamá tienen en cuenta el tramo de 0 a 4 años, representando el 12% y el 17% del total respectivamente. Mientras, Chile y Uruguay presentan información que permite tener en cuenta el tramo de 0 a 3 años, que representarían el 8% del total en ambos casos.

El estado actual de los conocimientos sobre el impacto del cuidado institucional en el desarrollo infantil así como la normativa referida, deben conducir, con el fin de garantizar los derechos de los niños y niñas a crecer en un ámbito familiar, a que los estados de la región desarrollen acciones para poner fin a la internación de estas niñas y niños. Para esto, es necesario implementar una serie de reformas en los sistemas de protección, que de manera apropiada y respetuosa de las particularidades culturales de las familias, se encaminen a evitar que las internaciones continúen, acelerando el reintegro al ámbito familiar de los niños que hoy viven en instituciones.

Situaciones que Motivan las Institucionalizaciones

La internación de un niño en una institución de protección es una decisión, así como toda otra que implique la separación del mismo de su familia, que debe encontrarse motivada conforme la ley. A demás, se debe tratar de disposiciones objetivas, razonables, posibles, pertinentes y sujetas a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su necesidad, proporcionalidad e idoneidad, así como su legitimidad. (CIDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 2002; Comité de Derechos del Niño, Directriz 57, 2013). Entendidas de esta forma y en aplicación del interés superior del niño, las medidas de protección no deberían implicar límites, poco razonable a la libertad y comportamiento de niñas, niños y adolescentes, en comparación con otros de edad similar en su comunidad.

La gama de razones explicitadas en la legislación para justificar la institucionalización son variadas y de carácter muy amplio: tales como “vulneración de derechos” o “riesgo social”. Esta amplitud de las definiciones confiere una gran importancia a la actuación discrecional de las agencias que intervienen en la selección de los casos que serán abordados por los sistemas de protección, lo que puede dar lugar a prácticas discriminatorias. Sin embargo, en algunos casos, como en Nicaragua la legislación establece específicamente las diferentes situaciones que pueden dar lugar a la adopción de la medida de protección.¹ Pero no obstante la existencia de dicha normativas, conforme los registros oficiales de Nicaragua, existen ingresos referidos a otras causas distintas a las establecidas, llamando la atención la existencia de porcentajes muy importantes de intervenciones que establecen como motivo de ingreso las situaciones de pobreza (18,93%), la vagancia habitual (20,41%) y en forma genérica el riesgo (45,26%).(CCPR/C/NIC/3, p. 21, 2007).-

La información recabada muestra la existencia de distintos tipos de motivos, incluyéndose entre otras las siguientes situaciones:

a) Encontrarse en situación de pobreza

¹ Código de la niñez y la Adolescencia: art. 76: “el estado, las instituciones públicas o privadas, con la participación de la familia, comunidad y la escuela, brindaran atención y protección especial a las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en las siguientes situaciones a) cuando los tutores, abusen de la autoridad que le confiere la guarda y tutela de los menores o actúan con negligencia en las obligaciones que les imponen las leyes. B) cuando carezcan de familia c)cuadro de encuentren refugiados en nuestro país o sean víctimas de conflictos armados d) cuando se encuentren en centro de protección o abrigo e) cuando trabajen y sean explotados económicamente f) cuando sean adictos a algún tipo de sustancia sicotrópicas, tabaco alcohol , sustancias inhalantes o sean utilizados para tráfico de droga g)cuando sean abusados y explotados sexualmente h) cuando se encuentren en total desamparo y de ambulante en las calles sin protección familiar, i) cuando sufran algún tipo de maltrato físico o psíquico j) cuando padezcan de algún tipo de discapacidad k) cuando se trate de niñas y adolescentes embarazadas l) cualquier otra condición o circunstancia que requiera de protección especial.

- b) Haber sido víctima de violencia, maltrato, abuso, abuso sexual, explotación o trata.
- c) Encontrarse en condiciones que son calificadas de riesgo, abandono, rechazo familiar, orfandad parcial o total, o situación de calle.
- d) Tratar de niños migrantes irregulares, niños migrantes no acompañados o separados de sus familia.
- e) Frente a casos de niños que han sufrido desastres naturales.
- f) En el caso de conductas de los niños o niñas que vulneren derechos de otras personas.
- g) Por tratarse de niñas, niños o adolescentes con conductas de abuso de drogas o que requieren urgente tratamiento médico, incluso psiquiátricos.
- h) Casos en los que sus progenitores se encuentran privado de libertad, sufren padecimiento psíquico u otras enfermedades que les imposibilitan cuidarlos.

En muchos casos, estas situaciones se dan en forma acumulativa y no excluyente, por lo que es difícil determinar con precisión cuál ha sido la razón que ha motivado la internación. Así mismo, tal como será analizado más adelante, pese a que las situaciones que motivan la internación en algunos casos son específicas, la institucionalización como medida de protección no suelen funcionar como una respuesta adaptada a dichas situación.

La Pobreza como Motivo

Algunas legislaciones como las de Argentina y Brasil han establecido en su normativa que la ausencia de recursos materiales de los progenitores, de la familia, de los representantes legales o responsables de los niños, no pueden ser utilizada por las autoridades para motivar decisiones que impliquen la separación del niño de su familia o determinar su institucionalización. Es el caso por ejemplo de lo dispuesto en la legislación de Argentina (ley 26.061 art. 33), de Brasil (estatuto del niño y del adolescente: art. 23), Ecuador (código de la niñez y la adolescencia art. 221) o Nicaragua (código de la niñez y la adolescencia art. 22), entre otros estados de la región. Sin embargo, pese a la existencia de este tipo de normativas, existen informes que dan cuenta de que situaciones de pérdida de los cuidados parentales y de institucionalización encuentran su primera causa en la pobreza en muchos países de la región. La institucionalización de niños, niñas y adolescentes es vista, en la mayoría de casos, como una política adecuada de atención a la pobreza y muchas veces como una alternativa mejor que la familia (UNICEF-Comité sobre los derechos del niño; Presentación sobre el día de los derechos del niño de la discusión general sobre "Niños sin cuidado parental"; 2005).

En algunos estados, se han realizado investigaciones abordando el tema de los motivos de las institucionalizaciones. Por ejemplo en Brasil, se ha identificado que uno de los principales motivos de las institucionalizaciones eran las situaciones de pobreza (Sillva, 2003). Una situación similar ha sido informada en Uruguay, donde el 19% de las intervenciones del sistema de protección en el 2006 se originaron en situaciones de pobreza y de calle (Palummo Lantes, 2009). Es relevante señalar que la misma forma que los casos de violencia sexual, la situación de pobreza como causal de ingreso suelen ser más frecuente en el caso de las niñas (Martínez Ravanal, 2010).

La carencia de recursos materiales no puede ser fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño de su familia. Este tipo de circunstancias deben considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado

El Comité de los Derechos del Niño ha expresado su preocupación por el uso de la pobreza y la circunstancia de que niños se encuentren en situación de calle como motivo para la institucionalización en Paraná, Paraguay y el Salvador, entre otros países de la región (CRC/C/15/ADD 233, parr.35 y 36; CR/C/PRY/CO/3 parr.40; CRC/SLV/CO/3-4 parr.49). Los niños en situación de calle son víctimas de violaciones agravadas a sus derechos, tanto porque no gozan de condiciones mínimas de vida digna, como porque el estado, además de no asegurarles esas condiciones mínimas, los priva de su libertad de forma arbitraria o los separa de su familia por la única razón de encontrarse en situación de calle.

Cuando la Mayoría de los Caminos Conducen a las Instituciones

Otras de las causas de internación que ha sido posible constatar con la información relevada es el abandono de los niños por parte de sus familias. Este es un aspecto especialmente preocupante en el caso de los países que no han adaptado su legislación a los estándares internacionales y fundan la intervención de las autoridades en categorías como el “abandono moral o material” u otras categorías amplias que han dado lugar a prácticas abusivas. Los grupos de niños que, por diversas razones tienen un mayor riesgo de ser abandonados y terminar en las instituciones son varios. Es el caso de los que viven con VIH/SIDA en instituciones en superior al promedio general de la población, sin perjuicio de que es posible que el número de casos pueda ser aún mayor que el registrado.

Los niños con discapacidades también suelen ser víctimas de abandono, en especial en contexto de ausencia de medidas apropiadas de apoyo a sus familias y tienen una alta

probabilidad de ser institucionalizados por largos periodos de tiempo. El ingreso a la institución suelen ser el primer paso de un largo periplo en diferentes centros de cuidados residencial. Las situaciones de desastres naturales, las intervenciones hacia niños con conductas calificadas de incontrolables o desafiantes, o las intervenciones de “protección” hacia los niños que se encuentran por debajo de la edad mínima de responsabilidad para infringir leyes penales y desarrollaron una conducta prevista en dicha legislación, son solo algunas de las causas más recurrentes que tienen como consecuencia un incremento permanente de la cantidad de niños en instituciones de protección y cuidado en la región (Comité de los Derechos del Niño: Bahamas, CRC/C/15/Add.253, párr. 37; Belice, CRC/C/15/Add.252, párr. 42).

La Instituciones como Privación de Libertad

La legislación de varios de los países de la región suele disponer que estas medidas de protección no deban implicar privación de libertad, como sucede por ejemplo en Argentina, Nicaragua o Paraguay.

Sin embargo, los niños quedan sujetos a regímenes que implican privación de libertad, en instituciones que cuentan con medidas de seguridad y restringen la posibilidad de que los niños puedan disponer de su libertad ambulatoria.

En ocasiones, la institucionalización implica explícitamente la privación de libertad. En otras, la privación de libertad es presentada como una consecuencia de la adopción de la medida de protección y el funcionamiento de las normas institucionales. Algunas veces se justifican refiriéndose a que se trata de niños que representan un peligro para sí mismos.

Hay situaciones en que es posible determinar, dentro de parámetros razonables, que la colocación en instituciones de protección tiene como consecuencia la restricción temporal de la libertad de los niños, niñas y adolescentes (CIDH, Asamblea General-Res.46/119, Principio 11.11, 1991)

Pero la aplicación de este tipo de medidas debe ser cuidadosamente regulada por la legislación de los estados y respetar los principios y garantías establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos. El respeto de toda persona a la libertad y seguridad personal implica que las medidas de privación de libertad, incluso las que se desarrollan en el marco de la acción de instituciones de protección, terapéuticas, u

hospitalarias, solo puedan considerarse legítimas cuando las mismas se desarrollen en el marco de la legalidad- tanto en el aspecto material como formal – y no se trate de medidas arbitrarias. Los niños para quienes se deban tomar medidas de protección de derechos no deben ser sujetos de un tratamiento punitivo. Esto es especialmente importante en el caso de las intervenciones hacia niño, niñas y adolescentes con discapacidad mental y hacia quienes son sujetos a tratamientos residenciales por el consumo de sustancias psicoactivas.

La Selección de Situaciones

Los organismos institucionales y agencias que participan en la identificación de las situaciones que son abordadas por el sistema de protección y que pueden dar lugar a la institucionalización son múltiples. La mayoría de las veces no existe una unidad especializada para intervenir en estas circunstancias. En los distintos países es usual la actuación de las autoridades educativas, los servicios sociales, los profesionales vinculados a las instituciones de salud, funcionarios judiciales o administrativos, los propios particulares y las autoridades policiales, entre otros. No obstante dicha pluralidad, existe en muchos países una práctica consolidada de actuación de las autoridades policiales en la selección de los casos que serán luego objeto de medidas de protección, entre las cuales se encuentran la colocación en instituciones.

En Uruguay, por ejemplo, la legislación asigna a las fuentes policiales la tarea de identificar las situaciones de niños vulnerados en sus derechos o que vulneran derechos de otras personas. (Código de la niñez y la adolescencia, art. 126. Ley n° 18.315; 2008)

La consecuencia de ello ha sido la preeminencia de la actuación policial en la selección de casos que llegan al sistema de protección, que en el 2005 y 2006 ascendía al 53 de los casos, en el 2007 represento el 44% y en el 2008 alcanzó al 49%. (Palummo, 2010)

Es posible identificar de las fuerzas policiales en relación a esta temática comporta importante riesgos, para lo cual es necesario evitar prácticas que constituyen detenciones arbitrarias en el marco de operaciones sistemáticas de detención de niños que se encuentran en la calle. Asimismo, debería privilegiarse otras dependencias públicas a la hora de intervenir sobre los que no han sido víctima de delito. Sin perjuicio de ello, en los casos en los que deba intervenir la autoridad policial, es necesario que se den cumplimiento a una serie de estándares que tienen relación con la formación y la regulación de las modalidades de actuación de los funcionarios policiales. Varios países

han emprendido esfuerzos tendentes a una mayor especialización y profesionalización del personal policial, pero aún no se trata de algo generalizado, en una región en la cual el vínculo entre la infancia y las autoridades policiales ha dado lugar a graves situaciones desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

Igualdad y no Discriminación

La amplitud de las definiciones legales aplicables y el importante margen de discrecionalidad de las diferentes agencias que intervienen, en muchos casos, tiene un impacto negativo en lo que refiere a la selección de la población intervenida.

En la región, es común que determinados grupos de niños reciban un trato discriminatorio y estigmatización, lo que conlleva la adopción de medidas de institucionalización. En algunos casos es consecuencia de la situación o de la condición de sus progenitores. En muchos otros, este trato discriminatorio se refleja a través de las características de las instituciones en las que los niños son ingresados. Un problema que ha sido identificado en varios estudios es el hecho de que los niños de comunidades minoritarias (tales como niños afro descendientes e indígenas) se encuentran sobre representados en las instituciones de protección y cuidado. El Comité de los Derechos del Niño ha afirmado que: en los estados partes en que haya una proporción excesiva de niños indígena entre los niños separados de su entorno familiar, se deberían adoptar, en consultas con las comunidades indígenas, medidas de política especialmente dirigidas a ellos para reducir el número de niños indígenas confiando a otros tipos de tutela y evitar que pierdan su identidad cultural. (Observación General N°11, Los niños indígenas y sus derechos; 2009)

Es preciso, en este contexto, eliminar todas las normas y prácticas que impliquen una diferencia de trato arbitraria o que sean discriminatoria contra las niñas, niños y adolescentes, así como también adoptar medidas especiales dirigidas a todos los grupos de niñas, niños y adolescentes con representación desproporcionadas en las instituciones de protección y cuidado.

Autoridades Intervinientes

En cuanto a las autoridades que adoptan las medidas de colocación en instituciones de protección, existen diferentes situaciones en la región. Algunos países prevén la intervención de los órganos judiciales con competencia en materia de infancia o familia.

Es el caso por ejemplo de Bolivia, Belice, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, República Dominicana y Uruguay.

También es posible identificar casos en los que las facultades para tomar este tipo de medidas se encuentran distribuidas en autoridades tanto judiciales como administrativas. A modo de ejemplo, en Costa Rica, son autoridades facultadas para ordenar la institucionalización tanto las judiciales como la autoridad administrativa rectora en derechos de niñez y adolescencia. Pero las medidas adoptadas de forma administrativa tienen un plazo máximo de seis meses y son revisables en la vía judicial.

Pasado dicho periodo, debe gestionarse una prórroga ante la autoridad judicial correspondiente o iniciarse el proceso judicial que sea pertinente.

Existen regulaciones similares en las que comparten competencia órganos administrativos y judiciales en Colombia, El Salvador, Granada y Venezuela. También en Argentina, las medidas son adoptadas por las autoridades administrativas, pero se exige control de legalidad por autoridad judicial. Las autoridades judiciales son notificaciones de la medida dentro de las 24 horas de adoptadas y deben pronunciarse en 72 horas. (Ley N° 26061, art.40)

Pese a la existencia de regulaciones específicas, algunos estudios dan cuenta de que no es posible en todos los casos determinar claramente cuál ha sido la autoridad que ha dispuesto el ingreso del niño a la misma. En Perú de acuerdo a un relevamiento realizado por la Defensoría del Pueblo, Informe Defensoría N° 150 y 153, se constató que pese a que la legislación prevé que la institucionalización es una medida de protección que debe ser dictada en el marco de un procedimiento de investigación tutelar de tipo administrativo, las visitas de supervisión permitieron advertir que muchos niños y adolescentes que residían en instituciones no contaban con una resolución que ordenara su permanencia en dichos centros. (El Derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en una familia, 2010; Niñas, Niños y Adolescentes en abandono, 2011).

En Guatemala, la decisión debe ser tomada por una autoridad judicial, lo que ha sido establecido como una garantía por la ley de protección integral de la niñez y adolescencia. Sin embargo, son muchos los casos de niñas y niños institucionalizados sin orden judicial, sino mediante un acuerdo escrito entre la institución y los padres del niño. (Solórzano, Justo; 2012)

Este tipo de circunstancias son especialmente graves. En todos los casos en los que son adoptadas medidas de institucionalización de niños, niñas y adolescentes, debe

desarrollarse un procedimiento administrativo o judicial con garantías de debido proceso. La legislación debería regular estos procesos, a efectos de que en todos los casos intervengan las autoridades competentes establecidas por la ley. En los casos en los que las decisiones sean adoptadas por autoridades administrativas, es conveniente que las legislaciones prevean la revisión judicial de las mismas, aunque en ocasiones en que la decisión de institucionalizar al niño no haya tenido como consecuencia la separación de su familia. (Convención sobre los Derechos de los Niños, Art.9.1, 1989)

Revisión Periódica

Las decisiones relativas a la colocación de niños, niñas y adolescentes en instituciones deben estar sujetas a revisión periódica por parte de las autoridades competentes, de forma de poder asegurar su carácter excepcional y temporal. Este criterio debe ser tenido en cuenta respecto de todo tipo de cuidado institucional y especialmente en el caso de niños, niñas y adolescentes con discapacidades. (CDN, Art.25, 1989; Observación General N° 9, Art.50, 2006)

Algunos estados han instaurado un conjunto de reglas para la revisión de las medidas de internación. Generalmente, se establece un plazo determinado a las medidas, previéndose la posibilidad de establecer prorrogas en casos excepcionales. En El Salvador, la legislación establece un mecanismo de revisión en el que intervienen las autoridades administrativas y judiciales. Las revisiones son trimestrales y, en primera instancia, corren por cuenta de administrativos que deciden si es necesario dar continuidad a este tipo de decisiones. De así considerarlo, hay un segundo nivel, en donde jueces especializados controlan dicha determinación. (Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia, arts.178 y 248)

En Guyana, la ley dispone que la situación de un niño retirado de su hogar y alojado en un hogar de guarda deba ser examinada cada seis meses para evaluar la necesidad de mantenerla. (CDN, CRC/C/GUY/2-4, 2012)

A pesar de lo anterior, en varios países los mecanismos de revisión no son observados de manera adecuada ni uniforme. Esto puede ocurrir por la inexistencia de un procedimiento específico y formal para la revisión de las medidas de institucionalización lo que sucede, en el caso de Uruguay (Código de la Niñez y Adolescencia: art. 128) Mientras que en otros casos, si bien existen procedimientos específicos, en la práctica los mismos no dan lugar a un sistema efectivo de revisión periódica. Es así que las

deficiencias de los sistemas de revisión periódica en la región han motivado al Comité de los Derechos del Niño a efectuar recomendaciones específicas a Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, entre otros, para que establezcan un mecanismo integral de examen periódico de los niños colocados en las instituciones, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 25 de la Convención de los Derechos del Niño.

La consecuencia de la inexistencia o deficiencia de los mecanismos de revisión periódica en muchos de los países de la región es la permanencia de los niños, niñas y adolescentes en las instituciones de cuidado y protección por periodos de tiempo muy prolongados. Según la información disponible, en la ciudad de Buenos Aires, en Argentina durante el año 2008 se relevó la situación de 351 niños que forman parte de la cantidad total de institucionalizados en esta ciudad. De esos 351 niños que forman parte del cantidad total de institucionalizados en esta ciudad. De esos 351 niños, el 40,1% llevaba alojado en la institución entre 1 y 2 años; el 38,2% llevaba entre 3 y 6 años en instituciones, y solo el 6,3 % del total relevado se encontraba en las instituciones por un periodo menor a 12 meses.

Conforme a la información proporcionada por Guyana, la estancia máxima que se registra en las instituciones de protección es de cinco años con un periodo medio de estancia de tres años. La principal dificultad que suelen manifestar los estados es la falta de recursos humanos y materiales para principal dificultad que suelen manifestar los estados es la falta de recursos humanos y materiales para poder darle un seguimiento a las medidas y acortar la permanencia de los niños en las instituciones.

Sin embargo, cabe señalar otros aspectos que colaboran para que las medidas de institucionalización sean de largo plazo. Entre las razones está el tiempo en que las autoridades deciden la situación jurídica del niño que es internado, así como la falta de incentivo por parte de las autoridades para que los niños institucionalizados tengan contactos con su familia y allegados. Como ya fue descrito, los principales perjudicados en todos estos casos, son los niños con discapacidad. El caso de Chile es muy ejemplificativo, pues mientras la permanencia promedio en los centros residenciales no excede los tres años en las distintas modalidades, en el caso de los niños con discapacidad, ese número se extiende a 9,2 años. (Palummo, J. La situación de niños, niñas y adolescentes en las instituciones de protección y cuidado de América Latina y el Caribe, pag.49, 2012)

Los estados deberían asegurar el carácter temporal de las institucionalizaciones estableciendo un mecanismo de revisión periódica que permita resolver su cese o sustitución, cuando se constate un cambio de circunstancia que incide en los fundamentos por los que fue establecida y se haya procurado una solución definitiva. El proceso de revisión periódica no debe ser meramente formal sino que debe incluir específicamente una evaluación técnica de la medida o tratamiento adoptado. Esto implica que en caso de establecerse cualquier cambio a las medidas como resultado del proceso de revisión, debe tomarse en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y asegurarse que el mismo se encuentra preparado para el cambio del entorno que se pudiera resolver. (Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Directriz 68)

Condiciones y derechos

La internación de niños en instituciones de protección deber ser el último recurso. En consecuencia, los sistemas de protección deberían preferir otras modalidades de cuidado a las de tipo residencial en instituciones. Pero en el caso excepcional de que no sea posible y que se deba adoptar una medida de institucionalización, los niños sujetos a dichas medidas tienen derechos a protección y asistencia especial por parte de los estados. Para garantizar dicha protección, es preciso determinar los criterios teóricos y prácticos de la actuación de las instituciones, sus objetivos y propuestas de la intervención y establecer estándares de acogimiento para garantizar la calidad y las condiciones propicias para el desarrollo del niño. (Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños: directrices 23 y 106)

A demás de contemplar el derecho de los propios niños, niñas y adolescentes que se encuentran en las instituciones a acceder en forma adaptada y comprensible a los contenidos de dichos documentos y en especial a las normas que regulan el funcionamiento de las instituciones.

La mayor parte de los países de la región enuncian los derechos de los niños de forma general, pero solo algunos los han regulado explícitamente para los niños que se encuentran en instituciones de protección y los estándares mínimos de calidad para dichos centros. (Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidados de los niños. Directriz 23)

Esto ha motivado que el Comité de los Derechos del Niños haya expresado su preocupación por la ausencia de una normativa que regule los cuidados mínimos en las instituciones. (CDN: examen de los informes presentados por los Estados Partes. Observaciones, finales, Brasil, CRC/C/15/Add.241, párr.44 Guyana, CRC/C/15/Add.224, párr. 35)

Especialmente en los casos de instituciones en las que se encuentren niños con discapacidad y haya recomendado evaluar la calidad de los servicios y las condiciones en las que se encuentran los niños en las instituciones así como aprobar normas claras que regulen su funcionamiento en varios países de la región. Una investigación realizada sobre diez estados del Caribe ha concluido que únicamente Belice, Jamaica, Granada, y Barbados habían aprobado normas jurídicas que rigen las instituciones de atención residencial.

No obstante, es importante destacar que algunos países como Brasil, Chile, Guyana o Perú han aprobado documentación de orientaciones técnicas que regulan los distintos aspectos de la atención que brindan las instituciones de protección de acuerdo a los estándares internacionales.

El Proceso de la Institucionalización en el Instituto de la Adopción

Las representaciones sociales, en tanto conocimientos del sentido común producidos colectivamente, adquieren la función de facilitar la comprensión de aquellas situaciones que, por irrumpir en lo cotidiano, se califican como extrañas, y de proveer las herramientas necesarias para interactuar en ese nuevo mundo a partir de su orientación pragmática. Sin embargo, identificar y describir pensamientos, prácticas y emociones que la infancia institucionalizada construye sobre su institucionalización, no significa dar cuenta de la producción y circulación de representaciones sociales. Tal intención requiere de un proceso de transformación denominado construcción del objeto de investigación.

Dicha construcción, en el marco de la Teoría de las Representaciones Sociales, supuso:

1. Enunciar con precisión el objeto de la representación, ya que las representaciones sociales son de algo, teniendo presente la relevancia social del mismo:

la institucionalización en hogares convivenciales de niños y niñas por causas asistenciales. Dicho objeto se situó en el marco de un escenario social de expulsión y ampliación de la pobreza, con una continua ampliación de la zona de vulnerabilidad y más específico de la población que se define según sus carencias. En este sentido, la institucionalización se define como un dispositivo de cuidado inscripto dentro del circuito asistencial jurídico-burocrático de protección.

2. Identificar los sujetos sobre cuyas manifestaciones discursivas (gráficas y verbales) y comporta mentales se estudiaran los contenidos y la estructura de la representación, ya que esas representaciones son de alguien: los protagonistas, niños y niñas institucionalizados, que desde la vivencia de experiencias concretas construyen ideas sobre el deber ser y lo deseable, no sólo para sí mismos, sino para la vida social. Este grupo se define objetivamente –es decir, como atributos externos- en función de encontrarse en situación de peligro de abandono moral y/o material o que requieren de la protección integral, a partir de haber experimentado situaciones de privación y deprivación a partir de fallas o faltas en las experiencias hogareñas. La vivencia, en el sentido de la experiencia, de la institucionalización se convierte para estos niños y niñas en una normal anormalidad social que produce impactos en su desarrollo emocional y social (Winnicott, 1998).

3. Explicitar el contexto socio-cultural para esclarecer la formación, mantenimiento y posible modificación de la representación social: la emergencia de nuevos discursos sobre el niño y su coexistencia con viejos modelos, colocó a la infancia en la agenda pública, dando lugar a la eventual problematización, o no, de los dispositivos jurídicos burocráticos de protección. La derogación declarativa de la Ley Agote a partir de la sanción de la Ley de Protección Integral, da lugar a la coexistencia y a la insistencia en nivel de las prácticas, de paradigmas opuestos en relación a la Infancia: el de la Situación Irregular y el de la Protección Integral. Esto generó las condiciones de posibilidad para la problematización, desde algunos sectores, de los dispositivos jurídicos-burocráticos de asistencia a la infancia, entre ellos la privación de la libertad como medida de protección.

Estar cuidado/estar encerrado, vivir en casa/vivir en un hogar, buena familia/mala familia. Es decir, si tienes una buena familia vivís en tu casa, y eso quiere decir que estás cuidado. Pero si tienes una mala familia vivís en el hogar, bajo la tutela de un juez, o sea, estás encerrado. Este saber pragmático construido por los niños, en tanto forma de comprender la realidad, surge apoyado en otros conocimientos sociales que son transmitidos durante los procesos de socialización, en este caso dentro de la institución convivencial,

específicamente en relación con la familia y las prácticas de cuidado. Se distinguen dos modelos de familia, y por lo tanto, modelos de infancias distintos: en el caso de la burguesía, de liberación protegida, y en las familias populares, de libertad vigilada, a partir de la implementación de técnicas pedagógicas que hacen retroceder al niño a espacios de mayor vigilancia. La infancia vigilada es producto de que la agenda judicial, la de menores en particular, tenga como clientela estable a personas pertenecientes a sectores más empobrecidos (Donzelot, 1977).

La existencia de una infancia protegida y otra vigilada se sostienen en la actualidad bajo nuevos ropajes, y aquí insiste bajo la forma los otros/nosotros en la representación social sobre la institucionalización. Esa dicotomía permite visualizar cómo la infancia se desliza entre dos polos, la niñez y la minoridad. La diferencia entre un niño y un menor está dada por el proceso de minorización, que a diferencia de la judicialización, no termina con la mayoría de edad tal como indica el orden jurídico. Es un proceso que no se limita a recibir y cuidar dentro de las llamadas instituciones de minoridad, sino también suscribir e instalar, desde las prácticas sociales, una subjetividad que transite por un surco predestinado.

Estos aspectos también se relacionan con la construcción de identidad, que se constituye como el producto de la pertenencia a determinado grupo y de la comparación que se hace entre el grupo de pertenencia y los grupos que le son ajenos: los que no pueden vivir con sus familias (entonces están en un hogar) y los que viven con sus familias. La construcción de la identidad es el producto de la comparación social, por lo tanto la valoración que se hace de la misma no depende únicamente del conocimiento que se tiene de los grupos a los que efectivamente se pertenece, sino de la valoración relativa que se hace del mismo al compararlo con otro grupo. Esta diferenciación es producto de la necesidad de las personas de otorgar significados a las situaciones de las que son parte. Esto puede observarse en el material presentado, en tanto que constituyen un intento de comprender la experiencia cotidiana de institucionalización, a partir de la visualización de ciertas diferencias.

La Violación del Derecho del Niño a crecer en Familia o en una Comunidad

Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Buenos Aires. Abril 2010. La vulneración integral de derechos de los niños institucionalizados en la Ciudad de Buenos Aires.

A partir del análisis de los datos relevados por el Ministerio Público Tutelar durante las visitas a instituciones de albergue, se observan sistemáticas vulneraciones a los derechos y garantías de los niños y niñas. Ello ocurre, entre otras causas que convergen, por falta de articulación de los distintos responsables institucionales, delegación sistemática de responsabilidades en las organizaciones no gubernamentales mercerizadas, inexistencia de una oferta programática de política pública que permita el trabajo serio y sostenido para la inmediata internación de los chicos, así como de fortalecimiento o vinculación familiar y la generación de planes de vidas autónomos en caso de tratarse de jóvenes.

A continuación exponemos una serie de situaciones que dan cuenta de la vulneración de algunos derechos fundamentales en particular:

a) Derecho a la convivencia socio familiar y posibilidades de egreso

Uno de los aspectos a trabajar con mayor prioridad cuando se trata de niños y niñas alojados en instituciones, es el restablecimiento de la convivencia familiar y el inmediato egreso de los niños y niñas de las instituciones. Sin embargo, el seguimiento del funcionamiento de los dispositivos de albergue da cuenta de que las acciones de los actores intervinientes en cada caso lejos están de poder cumplir con este objetivo.

Al respecto, se evidencia que:

- El Estado local no genera condiciones para favorecer el derecho a la revinculación familiar y comunitaria.
- El abordaje vincular queda liberado a las acciones que desarrollen las instituciones de albergue.
- Muchas de las instituciones enuncian que albergan niños, niñas y adolescentes en condiciones de egreso y/o autovalimiento, posibilidad que se ve obstruida debido al incumplimiento del Estado que omite actuar en forma oportuna y carece de recursos para el acompañamiento familiar, la generación de proyectos autónomos y el desarrollo de estrategias para la capacitación e inclusión laboral de los jóvenes institucionalizados.

- El derecho a la revinculación familiar y/o con referentes afectivos queda alarmantemente minimizada a la disposición de visitas, y en términos generales, por fuera de un plan de trabajo estratégico entre el Estado y las ONG convenidas.
- El alto porcentaje de instituciones convenidas y ubicadas en la Pcia. de Bs. As. Atento a las distancias geográficas entre éstas y las referencias familiares y sociales de niños, niñas y adolescentes, obstaculiza las posibilidades de revinculación y/o rearmado de lazos sociales, en virtud de la inexistencia de acciones estatales para costear, por ejemplo, los gastos de viáticos. En síntesis, la falta de medidas que, principalmente, debería llevar adelante el Poder Ejecutivo local, tendientes a favorecer la desinstitucionalización, no comportan solamente un incumplimiento de las normas legales, sino que contribuyen a reforzar las prácticas tutelares, pues implica disponer arbitrariamente de la vida de los sujetos, debilitando su estatus jurídico y social, cosificándolo y volviéndolo objeto de tutela, reeditando intervenciones características del patronato.

b) Derecho a la Salud

A partir del relevamiento de datos en el marco de las visitas institucionales, se ha podido observar:

- Reciente saturación del sistema de salud, principalmente vinculada a la dificultad para el acceso a turnos hospitalarios en tiempo y forma y a la demora en la provisión de medicamentos. Estas situaciones afectan notoriamente el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados.
- Alto porcentaje de instituciones de tipo convivencial, cuya población recibe medicación psiquiátrica. El 56% de las instituciones asume tener población medicada psiquiátricamente.
- Intervención insuficiente de programas especializados para el abordaje de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados con historias vinculadas a las violencias y abusos.

Respecto de las internaciones en dispositivos orientados a la atención de niños, niñas y jóvenes con afectación en su salud mental, se observa:

- Ausencia de control judicial y de supervisión y fiscalización sistemática de organismo especializado del GCBA que posea las aptitudes y recursos técnicos idóneos para controlar seriamente el abordaje de los niños (Dirección General Adjunta de Salud Mental).
- Demora para el otorgamiento de pensiones por discapacidad.

Es de tener en cuenta que el objetivo declarado para esta modalidad consiste en: “la atención de niños que presentan autonomía y maduración psicofísica acorde a su edad, que les permite desarrollar una vida cotidiana socialmente integrada”. Cabe destacar que en los recursos humanos profesionales exigidos, por la Dirección General de Niñez y Adolescencia a este tipo de modalidad, no se encuentra la disciplina de psiquiatra. A diferencia de los objetivos declarados para la modalidad de atención especializada a saber:“(…) es una prestación que contempla la atención de niños, niñas y adolescentes, que requieran mayor contención profesional relativa a su salud mental (…) y que contemplen la administración de medicación específica si fuera necesario” (Lineamientos de la Dirección General de Niñez y Adolescencia; 2008).

En el caso de las comunidades terapéuticas, se subraya:

- Ausencia de la Coordinación de Políticas Sociales en Adicciones en la supervisión y control de tratamientos en estos dispositivos convenidos por la Dirección General de Niñez y Adolescencia.

c) Derecho a la Educación

Respecto del acceso a la oportuna y adecuada educación, hemos vislumbrado distintos tipos de dificultades que obstaculizan el acceso a este derecho en el caso de muchos de los niños alojados en instituciones subsidiadas por el GCBA:

- Se presentan altos niveles de no escolarización de niños y adolescentes institucionalizados, especialmente para la franja etaria de jardín maternal y población púber-adolescente.
- Graves demoras para la inserción escolar de la población institucionalizada, una vez iniciado el ciclo lectivo.
- Grave afectación de las posibilidades educativas para la población en tratamiento de adicciones, en tanto el desarrollo de dichas oportunidades depende en gran medida del logro de convenios entre cada comunidad terapéutica y el área de educación correspondiente.
- Casi nula incidencia de la institucionalidad local para la resolución efectiva de los obstáculos en materia educativa. Las instituciones de albergue aseguran que la resolución de las dificultades vinculadas al derecho a la educación depende de su accionar unilateral.

d) El acceso a la asistencia de un abogado como garantía mínima de procedimiento

Se observa una sistemática violación a la garantía dispuesta en el art. 27, inc. c), de la ley 26.061: el acceso a la asistencia de un abogado. Tan sólo el 12% de los niños, niñas y adolescentes institucionalizados tienen abogado designado.

- Todas las instituciones reconocen la prácticamente nula presencia de abogado del niño, entendida en los términos del Art. 27, inc. c), de la ley 26.061.
- Un alto porcentaje de instituciones de albergue refieren que desconocen la existencia de la figura del abogado del niño.
- Se observa un alto porcentaje de niños/as y jóvenes institucionalizados que, teniendo abogado del niño designado, no reciben visitas del mismo.

Derechos de los niños que se vulneran al vivir en una institución

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por todos los países de Latinoamérica, enumera los derechos con los que cuentan todos los niños, sin distinción alguna. Sin embargo, los niños que están en riesgo de perder el cuidado parental y aquéllos que ya lo han perdido sufren sistemáticas violaciones a todos sus derechos. No sólo la falta de cumplimiento del derecho fundamental a vivir en familia sino de otros igual de fundamentales.

Derecho a la convivencia familiar y comunitaria

Este es, sin duda, el derecho fundamental, pues es a partir de vivir en familia que se deben cumplir todos los otros derechos fundamentales, como recibir educación, alimentación, vestimenta, lograr el desarrollo de la autonomía, entre otros. Y la falta de familia es consecuencia de situaciones de vulnerabilidad extrema. Es cierto que muchas veces se los encierra a falta de otras opciones pero esto no es adecuado para nadie.

Al no vivir en una familia, los niños ven vulnerados otros derechos que no están enunciados en ninguna ley, pero que son básicos para un desarrollo saludable:

Derecho a no sentir miedo o en caso de sentirlo, tener quien lo acompañe. Derecho a no sentirse “distintos” y a que no sientan lástima por ellos. Derecho a recibir asistencia médica idónea o cualquier otra que hiciera falta, derecho a amar porque lo siente. Derecho a ser mirado, derecho a elegir/derecho a decir “esto no me gusta” y ser respetado en sus gustos,

derecho a tener proyectos y que su vida no se circunscriba solamente a la escuela y la institución que lo aloja. Derecho a la propiedad, Derecho a ser escuchado cuando vuelve con un problema de la escuela, a buscar ayuda y ser defendido Derecho a conocer el valor del dinero, del esfuerzo, etc. Derecho a vivir en un mundo real Derecho a no conformarse Derecho a discutir ideas Derecho a festejar Derecho a la alegría Derecho a la individualidad Derecho a ser HIJO, nieto, sobrino, primo, hermano Derecho a confiar en los adultos y a creer en la justicia

Derecho a la no discriminación

Es común denominador de la mayoría de los niños privados del cuidado parental, que se encuentran viviendo en instituciones o en situación de calle, sufrir discriminación en diversos ámbitos como la escuela, los centros de salud y la comunidad en general.

La vulneración de este derecho está rodeada de prejuicios que influyen en el trato que reciben los niños sin familia. En el caso de aquéllos que viven en instituciones, se produce el aislamiento y la falta de integración. Todavía hay muchas instituciones que proveen salud, educación y recreación “intramuros”. Esto crea una fuerte dependencia del niño hacia la organización/institución, la que se ve caracterizada por un marcado aislamiento. Se puede sintetizar la situación en relación al derecho a la no discriminación de niños en Latinoamérica en:

- Existe un trato desigual y estigmatizante de la infancia callejera e institucionalizada. Se omite a esta población del sistema educativo y de salud, de espacios de recreación, cultura y participación. - Existe una discriminación tutelar, como una constante en las instituciones gubernamentales y no gubernamentales. La infancia discriminada es reconocida como objeto de atención, sin capacidad de escucha o participación. En los procesos de adopción se presenta todo tipo de discriminación: por discapacidad, defectos físicos, rasgos indígenas, o simplemente por ser mayor de tres años.

Derecho a la identidad

El derecho a la identidad es vulnerado en muchos de los niños privados de familia. Tiene distintas dimensiones: el resguardo de la historia, el respeto por los orígenes, la preservación de la cultura, el poder contar con documentos identificatorios. Los centros

destinados al alojamiento de niños y niñas, muchas veces se encuentran ubicados lejos de su lugar de origen. Ello provoca que la inclusión en las instituciones implique un cambio de colegio, de amigos, de barrio y estar alejados, entonces, de su familia y comunidad. De este modo, la reconstrucción de los lazos familiares se dificulta, lo que perpetúa la permanencia de los niños en las instituciones y genera la pérdida de su historicidad en familia y comunidad. Es extrema también la vulneración de este derecho a niños y niñas que ingresan sin el debido registro oficial, hecho agravado por ser indocumentados.

Derecho a la libertad

La regla 11.b de las Reglas de Beijín, un instrumento de las Naciones Unidas que establece lineamientos para el resguardo de derechos de niños y niñas, define que la inclusión en establecimientos de los que no puedan salir por propia voluntad es “privación de libertad”. Es aplicable este criterio a muchas de las instituciones en las que viven niños que han padecido privaciones por maltrato, pobreza, orfandad, estar en la calle. Entran a estos lugares de modo involuntario, no tienen otros ámbitos donde vivir, sus redes familiares están fracturadas y carecen de autonomía y recursos que les permitan hacer algo propio.

Derecho a la participación

La conclusión generalizada de los expertos de los 13 países latinoamericanos estudiados en los informes de RELAF es que la opinión de los niños no es tomada en cuenta. No se construyen para los niños privados de familia espacios ni canales de participación ciudadana conforme a las leyes internacionales vigentes. De este modo, no son escuchados por los organismos competentes cuando se toman decisiones sobre su situación. Lo mismo sucede en las instituciones donde viven. En algunas ocasiones se les da el espacio para ser escuchados, pero luego, sus opiniones no son tomadas en cuenta. Esto produce que no se vean a sí mismos como sujetos con capacidades y opinión propia, lo que muchas veces provoca que no denuncien situaciones de vulneración de derechos debido a miedo, desconocimiento, baja autoestima o inseguridad.

Derecho a la salud y derecho a la educación

La falta de cuidados parentales afecta negativamente el acceso a la educación y la salud de los niños. A aquellos que están privados del cuidado de alguno de sus padres, se les dificulta la asistencia sostenida a la escuela y la atención de su salud. Por ejemplo, hay situaciones en las que los niños no reciben prácticas médicas si las personas que los acompañan no son sus padres biológicos. No son tomados en cuenta, para estas circunstancias, los lazos de parentesco que pueden tener otras personas como tíos, abuelos, etc. Asimismo, las obras sociales, en su gran mayoría, no permiten la inscripción de niños, niñas y adolescentes que no posean un vínculo biológico con el titular del beneficio. Sólo en algunas, ésta es posible acreditando el vínculo a través de la guarda judicial, lo que lleva a judicializar los vínculos de cuidado en lugar de contar con mecanismos más ágiles para los casos en los que hay recursos de seguridad social.

Conclusiones:

Retomando desde un marco histórico la Constitución Argentina de 1994 incorporó los derechos de la infancia establecidos por la Convención de los Derechos del Niño y reconoció a todos los ciudadanos derechos políticos, económicos y sociales. La concreción de prácticas adoptivas por fuera de toda legislación reinstala a la niñez como valor-mercancía. Esto muestra el rostro de los países pobres y el beneficio de países centrales en especial en cuanto a la adopción de niños del interior del país por parte de adoptantes de clase media y alta. El desacuerdo con la Convención de los Derechos del Niño es patente, ya que en ella se señala que deben resguardarse los intereses de los menores y que la adopción no debe vulnerar su identidad comunitaria, cultural y social. Al ratificar la Convención mediante la ley 23.849, de septiembre de 1990, la Argentina planteo algunas restricciones conocidas como la reserva Argentina a la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales fueron adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La ley de adopción (ley 24.779) se sanciono el 28 de febrero de 1997 y se promulgo el 26 de marzo de 1997. En síntesis, la adopción debe ser considerada como una institución que resguarde los derechos de los niños y no como un recurso estratégico que tienda ampliar la aparente inacción del Estado en materia de políticas infantiles.

CONCLUSIONES FINALES:

Si observamos la evolución de la legislación adoptiva, vemos que: por un lado se disminuye tanto los requisitos objetivos que se requieren a los adoptantes como a los plazos de guarda, con fines de adopción, al tiempo que se aumentan el número de procesos judiciales para lograr la adopción y se agregan procesos administrativos.

Estos cambios legislativos no han dado ningún resultado positivo en orden de la eficacia práctica, porque año a año crecen tanto los niños en situación de abandono, como las personas que desean adoptar y no lo logran. Así, ni la disminución de condiciones relacionadas con la edad y el estado civil de las partes ni el aumento de trámites judiciales y administrativos que se obliga a realizar a las personas adoptantes, en condiciones de desamparo, ni han contribuido a lograr su interés superior de vivir en una familiar. Llama la atención que no se haya previsto ningún tipo de apelación o revisión judicial para la decisión administrativa de denegar el estado de adoptabilidad en un menor huérfano o sin filiación acreditada cuando un referente afectivo ofrezca asumir la guarda del niño. Se cree que esta decisión debe ser revisada por el Juez porque priva al niño o niña de un emplazamiento definitivo en una familia.

En materia de adopción la actual reforma Código Civil y Comercial, continúa con la tradición Argentina de por un lado de disminuir tanto los requisitos objetivos que se requieren a los adoptantes, como el plazo de guarda con fines de adopción, al tiempo que aumenta los números de procesos judiciales para logra la adopción y agrega procesos administrativos. Objetivamente no parece con este procedimental y administrativos se vaya a dar celeridad ni eficacia al instituto. Las únicas esperanzas residen en que al aplicar las normas los operadores de derechos hagan primar el principio del interés superior del niño y optimice los resultados para bien de toda la comunidad y en especial de todos aquellos que tienen el corazón abierto a ser padres y dar acogida amorosa a quienes tienen la necesidad imperiosa de una familia para desarrollarse.

La trama de la adopción no se agota en una ley o en una verdad develada o en firmes determinaciones parentales respecto de lo que es mejor para el niño. Detrás de las preocupaciones conscientes, existe un ámbito rico en procesos emocionales en el que la adopción cobra nuevos significados.

La permanencia de los niños en las instituciones les causa perjuicios, afecta su desarrollo, produce daños permanentes, pudiendo afectar su desempeño cognitivo y su condición física, además de exponerlos al riesgo de ser víctimas de violencia, abuso y explotación. La evidencia empírica y los estudios científicos son terminantes al exponer los efectos de la institucionalización en los niños, especialmente en el caso de los más pequeños y los niños con discapacidades, ya que requieren rehabilitación, terapia física u otros tratamientos especiales.

Los niños, temporal o permanente privados de su medio familiar, así como aquellos cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tienen derechos a recibir protección y asistencia especial, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el presente informe se ha abordado la forma que debería tomar esta protección y asistencia conforme a la normativa internacional de los derechos humanos.

En este sentido, se ha identificado como uno de los principios más importantes el de la excepcionalidad y temporalidad de la institucionalización. De acuerdo a la información relevada, la utilización desmedida de la institucionalización de niños como medida de protección es un problema en la región. Pero las dificultades que se han identificado son múltiples y variadas y no refieren únicamente al desconocimiento de dicho principio.

Desde una perspectiva normativa, si bien en la mayoría de los casos han existido reformas de la legislación interna dirigidas a recibir los estándares fijados en las normas internacionales de derechos humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, aún es posible identificar aspectos que deberían ser abordados por los países a través de reformas normativas. En muchos casos ha sido posible identificar la existencia de normas dirigidas al fortalecimiento de las familias, la promoción de formas alternativas al cuidado institucional, entre otro tipo de medidas orientadas a reducir el uso excesivo de la colocación en instituciones. Incluso las nuevas leyes aprobadas reconocen el principio de que la institucionalización debe ser una medida de último recurso y establecen limitaciones temporales a la internación.

Sin embargo, en muchos de estos casos, se ha observado una importante brecha entre la norma y las prácticas institucionales. Por lo que, aún en los casos en los que se han desarrollado procesos de adecuación normativa, deben adoptarse medidas complementarias orientadas a la adaptación de las instituciones dirigidas al cumplimiento de la normativa.

La adopción como institución se enfrenta en la actualidad con una importante falta de recursos legales, económicos y humanos que redundan en quienes trabajan en ella. Así la labor se convierte en el producto del esfuerzo voluntario de todos aquellos que se han sensibilizado frente a estos niños y padres que desean formar una familia.

En un extremo están los padres adoptantes, quienes una vez cumplidos todos los requisitos son sometidos a una espera desesperante (en algunos casos, los plazos judiciales para la llegada del hijo se prolongan hasta diez años). En el otro extremo se encuentran los niños institucionalizados. Estos niños que han sido separados de su familia biológica por haber padecido diversas situaciones (violencia, abuso, maltrato, abandono, negligencia, etc.) y puestos a disposición del juez hasta que se determine su condición de adoptabilidad. Durante este largo tiempo, el niño institucionalizado aprende a caminar, a hablar y a sonreír a un empleado/a de un Instituto, lejos de un ámbito contenedor que le propicie un desarrollo personal armónico, vulnerando de una forma u otra el derecho de crecer en un ámbito familiar.

Por más eficaz que sea una institución en cuanto al tratamiento y la asistencia, nunca puede sustituir el apego seguro que todo niño necesita, el apego con figuras estables, relacionadas con el amor, los límites y el esfuerzo diario implicados en el crecimiento y desarrollo de una familia.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE, SUSANA. (1998), "Plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales. En Abregu, M. Y Courtis, C.
- BIDART CAMPOS, GERMAN, (s.f) Derechos Constitucionales, Ediar, t.II, ps. 118/119
- *BOGGIANO, ANTONIO (1988) Derecho Internacional Privado. Depalma Bs As, T.m.pag. 82*
- BOWLBY J. (1969/82). Attachment and loss: vol.1 attachment (2° ed, 1982) New York: basic books.
- BOWLBY J. (1988). Secure Base Clinical Applications of Attachment Theory. London: Routledge.
- BOWLBY, J (2007). Seminario sobre post-adopción. Gerencia de servicios sociales, Valladolid. documento no público.
- *CÁRDENAS, Eduardo José. "hogares de tránsito y guarda para adopción ¿compartmentos comunicados o estancos?" publicado en: LA LEY 2005-A, 1010-DJ 2004-3, 1153. Cita Online: AR/DOC/2705/2004*

- Código Civil y Comercial. Ley 26.994 Libro Segundo - Título IV
- Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial " Alberto"

- Constitución Nacional Argentina
- Decreto Reglamentario 415/06
- DERECHO INTERNACIONAL, PRIVADO ROMERO DEL PRADO, VÍCTOR
- *DONZELOT, J. (1998) la policía de las familias. valencia: pre-textos (ed. original 1977)*

- FEENEY. J.A. Passmore. N.L. y Peterson. C.C. (2007) Adoption, attachment, and relationship concerns: A study of adult adoptees. Personal Relationships, 14,129-147
- *GOLDSCHMIDT, WERNER, (1958) Derecho Internacional Privado. Depalma Bs As, pag. 347*
- *HUALDE, SÁNCHEZ, José Javier (1979). La adopción del hijo natural reconocido, Pamplona: Aranzadi*

- Ley de Adopción N° 24.779
- Ley N° 23849. Aprobación de la Convención de los Derechos del Niño.
- Ley N° 26.061. Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley 18.315

- Lineamientos de la Dirección General de Niñez y Adolescencia.
- LINARES, Juan Francisco (2002) "Razonabilidad de las leyes". Astrea 2da edición actualizada.
- MARTINEZ RAVANAL, VICTOR, (2010) informe final, caracterizado del perfil de niños, niñas y adolescentes, atendidos por los centros residenciales de SENAME, Santiago de Chile , p 40
- MEDINA, G. (1998), la adopción, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores.
- NAJURIETA, MARÍA SUSANA, (1984). La adopción en derecho internacional privado. Prudentina juris. Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales de la pontificia universidad católica argentina. nro. xiv-dic. pág. 76.
- PADILLA, (1996) Lecciones sobre derechos humanos y garantías, Abeledo Perrot,
- PALUMMO LANTES, JAVIER M. (coord.) (2010) Justicia Penal Juvenil
- QUIROGA Lavie Benedetti- Cenicacelaya, Derecho Constitucional Argentino, t.II, Rubinzal Culzoni, 2001.
- *REPRESENTACIONES. INVESTIGACIÓN PSICOLÓGICA SOCIAL. PETRÓPOLIS, RJ: VOZES.PP 215- 250.*
- SABSAY, DANIEL Y ONAINDIA, JOSÉ MIGUEL (1998). La Constitución de los argentinos, Errepar,.14
- SILLVA, ENID ROCHA ANDRADE (coord.) (2003) o directo a convivencia familiar los albergos para criadas e adolescentes no Brasil, IPEA/CONANDA, Brasil.
- SINGER, BRODZINSKY Y RAMSAY (1985) Mother – Infant attachment in Adoptive Families. Child Development 56, 1543-1551
- TORICELLI, M. (2015) El Plazo Razonable. En Silvia B. Palacio de Caeiro, Tratados de Derechos Humanos y sus influencia en el Derecho Argentino, Tomo III (p.2428) Buenos Aires: la ley
- VICO, CARLOS M. (1967) Curso de Derecho Internacional Privado
- WINNICOTT, D. (1998) De privación y delincuencia. Buenos aires: Paidós
- ZANNONI, Eduardo, (1981) Derecho de familia, Astrea. bs. as. t. ii, pág. 616.