



Menores en situación de vulnerabilidad y la institucionalización como medida de protección integral. Derechos Protegidos Vs. Derechos Vulnerados

Carrera: **ABOGACÍA**

Autor: **Claudia Diana Cochia**

D.N.I: **22321416**

Nro.de Legajo: **VABG10125**

Tutor: **MARTIN JUAREZ FERRER**

Corrientes, 27 de mayo de 2019

Índice del Trabajo Final de Graduación

1. Introducción.....	3
2. Argumentos.....	4
3. Hipótesis.....	5
4. Conceptos elementales en materia de menores... ..	6
4.1. Niñas, Niños y Adolescentes. El menor como sujeto de derecho.....	6
4.2. Principio Rector: El Interés Superior del Niño.....	7
4.3. Cambio de Paradigma. El Interés Superior del Niña y las Medidas de Protección Integral	8
5. Análisis de la Problemática.....	10
5.1. Medidas de Protección Integral y Medidas Excepcionales.....	10
5.2. Institucionalización por pobreza Vs. Derecho a no ser separado de sus padres.....	12
5.3. Derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta Vs. Medidas de Protección.....	14
5.4. El derecho a la libertad Vs. medidas de protección.....	15
5.5. Medidas de Protección Integral Vs. Derecho del niño a no ser separado de sus padres.....	15
5.6. Institucionalización prolongada y derechos vulnerados. Otras medidas de protección.....	16
5.7. Medidas de Protección integral: Derechos reparados Vs. derechos vulnerados.....	17
5.8. Institucionalización Vs. Protección de derechos fundamentales. Medidas de protección con la familia del menor.....	18
5.9. Función indelegable del Estado.....	19
6. Fallo en contra de la institucionalización.....	20
Sobre el Interés Superior del Niño, la Pobreza y el Derecho a crecer con su familia.....	20
7. Conclusión.....	22
8. Bibliografía.....	23

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad plantear el problema de la institucionalización de menores, particularmente los casos de separación de las niñas, niños y adolescentes, cuando los distintos órganos del Estado, amparados por la Ley 26.061, interpretan que los derechos de las personas menores de edad se ven vulnerados o amenazados en el seno de la familia.

Dicha institucionalización, es vista de dos maneras, como medida de protección integral del menor por un lado y como violatoria de algunos derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes por el otro.

Las distintas formas de interpretación que ha tenido la Ley 26061 particularmente los art.33 y 34, han provocado que órganos competentes ya sean administrativos o judiciales, apliquen la misma de manera contraria al espíritu de la ley, ya sea en casos que no estaban contemplados en la misma, o casos cuya solución era otra de acuerdo al principio general del interés superior del niño. También, ha traído como consecuencia la protección o restauración de algunos derechos, como la educación o la salud, pero bajo la resignación de otros derechos fundamentales como es el derecho a crecer con sus padres, o familia de origen, el derecho a la libertad, a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta.

Los artículos 33 y 34 de la mencionada Ley, se refieren a las medidas de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, a los casos en los que se deben aplicar dichas medidas y los pasos a seguir. Sin embargo su variada interpretación ha hecho que algunas decisiones de los órganos administrativos y judiciales en materia de institucionalización de menores hayan sido cuestionadas por violatoria de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Nos planteamos en concreto el problema que existe cuando entran en conflicto las medidas de protección que el Estado por ley debe aplicar valorando el Interés Superior del Niño, por un lado, contra el Derecho del Niño a ser escuchado, que su opinión sea tenida en cuenta, su derecho a crecer con su familia y su libertad, por el otro.

2. ARGUMENTOS

2.1- A favor de la institucionalización

El Estado tiene la obligación de intervenir cuando detecta a través de los órganos y mecanismos competentes, que un menor se encuentra en riesgo y sus derechos se ven vulnerados. Esa intervención se debe realizar siempre teniendo en cuenta y priorizando el Interés Superior de las Niñas, Niños y Adolescentes. Para ello se vale de medidas de Protección Integral.

Uno de éstas medidas de intervención del Estado es la institucionalización, es decir, disponer la separación del menor de sus padres, de su familia, de su hogar o familiar a cargo, cuando éstos los tengan abandonados, sometidos a maltratos físicos o psicológicos y vulneren sus derechos fundamentales. Dicha institucionalización, es una medida de carácter excepcional, y se la debe disponer cuando todas las demás hay fracasado.

2.2- En contra de la institucionalización

En numerosos casos de menores judicializados, se observa que la medida de protección de alojar a un menor en una institución, lejos de ser favorable al mismo, lo ha inmerso en una realidad que aunque distinta de la que provocó tal decisión, vulnera otros derechos fundamentales.

Aunque al menor institucionalizado se le garantiza la educación, la salud, y la vivienda mientras dure su internación, se ve vulnerado uno de sus derechos básicos e indispensables durante la etapa de crecimiento: el derecho a crecer con una familia que le brinde todo lo necesario para su sustento diario, afectivo, espiritual y moral.

De acuerdo a todo el plexo normativo que en materia de menores nos rigen, uno de los derechos que se les reconocen es el derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta. Esta acción de escuchar entonces, no se trata sólo de permitirle expresarse y que su opinión quede registrada durante una audiencia con el juez o el psicólogo forense, sino que su opinión sea tomada en cuenta a la hora de la decisión judicial. Este derecho se ve vulnerado cuando en un elevado porcentaje de casos los menores expresan su deseo de egresar y regresar a vivir con su familia de origen, pero la justicia de menores prolonga su estadía en las instituciones.

La ley limita el tiempo de estadía en estos hogares, el límite es de seis meses, sin embargo es más que frecuente observar que la mayoría de los menores institucionalizados se encuentran alojados durante años. Estos tiempos prolongados de institucionalización, vulneran gravemente el derecho de la persona menor de edad a recibir todo lo necesario para su desarrollo integral, dado que el tiempo que transcurre en las etapas de la niñez y la adolescencia ya no se puede recuperar. Por lo tanto son derechos vulnerados cuyas consecuencias negativas para la vida de la persona ya no se pueden reparar cuando la vida les ha transcurrido alojados en una institución lejos de una familia.

En el caso de los adolescentes y en materia de capacidad progresiva, ante el pedido del menor y de sus padres de salida transitoria, se vulnera el derecho a la libertad cuando los mismos no obtienen los permisos judiciales para salir temporalmente ya sea para la recreación o para visitar a su familia de origen. Variados son los motivos que dan origen a dicha lentitud de respuesta, que no es motivo de análisis en este trabajo, pero se puede mencionar una de ellas: la falta de recursos judiciales dada la gran cantidad de causas que habitualmente se encuentran radicadas en los juzgados de menores y que ocasionan que las decisiones judiciales lleguen demoradas si no es demasiado tarde.

El derecho de la persona menor de edad a ser escuchada y que su opinión sea tenida en cuenta, se ve vulnerada cuando ya siendo adolescente no se le concede el derecho a egresar con su familia o con personas que cumplen dicho rol, y sea por la falta de mecanismos que atiendan de manera rápida y efectiva esta realidad o por interpretar el juez que no están dadas las condiciones para su egreso.

3. HIPÓTESIS

3.1- Hipótesis 1

Si las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a crecer con una familia que le brinde el sustento diario material y afectivo necesarios todos en su conjunto para su desarrollo integral, y la institucionalización separa a los niños de sus padres o familia de origen, la institucionalización viola uno de sus derechos fundamentales.

3.2- Hipótesis 2

Si la institucionalización es una medida de protección integral de las niñas, niños y adolescentes que busca proteger sus derechos ante la violación o amenaza a los mismos, y si los padres o familia de origen no cumplen con su deber de proteger dichos derechos, la decisión por parte del Estado a través de sus órganos competentes de separar de los padres o familia de origen a la persona menor de edad, es una decisión que protege y/o repara sus derechos fundamentales violentados o amenazados.

4. CONCEPTOS ELEMENTALES EN MATERIA DE MENORES

4.1- Niñas, Niños y Adolescentes. El menor como sujeto de derecho

Para comenzar a hablar sobre el tema que nos ocupa, previamente debemos referirnos a una serie de conceptos. Para ello iniciamos definiendo al menor de edad: El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en su artículo 25 define como menor de edad a aquella persona que aún no han cumplido 18 años de edad, seguidamente denomina adolescente a aquellos menores que han cumplido 13 años.

De acuerdo al mencionado artículo 25, el límite de 13 años viene a dividir a los dos grupos: niños y niñas por un lado, y adolescentes por el otro. Dicha distinción es relevante por los efectos jurídicos que conlleva, ya que se presume que el menor adolescente alcanza cierto grado de madurez que lo habilitan para el ejercicio de sus derechos para determinados actos concretos. Un ejemplo de estos actos son los denominados tratamientos de salud no invasivos o que no implican riesgos para su vida y/o su salud como lo expresa seguidamente el C C y C en su artículo 26.

Con la sanción de la ley 26061 en nuestro país, se produjo un cambio de paradigma por el cual el menor de edad pasó de ser objeto a ser sujeto de derecho. Ser sujeto de derecho significa que una persona puede ejercerlos por sí misma, la excepción es la edad. Es así que los menores ejercen sus derechos mediante sus representantes legales.

4.2- Principio Rector: El Interés Superior del Niño

De acuerdo a la Ley 26061 de Niños, Niñas y Adolescentes, en su artículo 3 se define Interés Superior del Niño a la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en dicha ley, debiéndose respetar: 1) su condición de sujeto de derecho; 2) el derecho a ser oídos y que además su opinión sea tenida en cuenta; 3) el respeto a su desarrollo personal en los ambientes en los que se desenvuelve, esto es su medio familiar, social y cultural; 4) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; 5) su centro de vida.

Este principio rige en materia de responsabilidad parental (patria potestad en el viejo código), pautas a las que se ajustará el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Seguidamente los artículos 4 y 5 de la misma Ley, mencionan cómo se deben realizar las políticas públicas y lo concerniente a la responsabilidad gubernamental en relación al interés superior del niño, y establece: Las políticas públicas de la niñez y adolescencia se elaborarán de acuerdo a las siguientes pautas: a) Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; b) Descentralización de los organismos de aplicación y de los planes y programas específicos de las distintas políticas de protección de derechos, a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia; c) Gestión asociada de los organismos de gobierno en sus distintos niveles en coordinación con la sociedad civil, con capacitación y fiscalización permanente; d) Promoción de redes intersectoriales locales; e) Propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Sobre la responsabilidad gubernamental expresa: Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal. En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos

públicos que las garanticen. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes. Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La prioridad absoluta implica: 1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia; 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas; 3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas; 4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice; 5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales.

4.3- Cambio de Paradigma. El Interés Superior del Niña y las Medidas de Protección Integral

De acuerdo a lo que establece la ley 26061, debe entenderse por interés superior del niño a *“aquella máxima satisfacción integral y simultánea de derechos y garantías en ella reconocidos, debiéndose respetar su condición de sujeto de derecho, a ser oído, que su opinión sea tomada en cuenta, al pleno desarrollo en su medio familiar, social, cultural”*¹ (Maciel N.R.; Sierra de Desimoni M.E., De Bianchetti A. B., 2013,p.26)

Luego del cambio de paradigma que la Ley 26061 vino a instalar en materia de menores, y dentro del actual contexto normativo, se fue instalando paulatinamente tanto en el poder judicial como el ámbito administrativo el principio rector de todo trabajo con menores y que debe ser la guía o vara para medirlo, este es el “Interés Superior del Niño”; y además el concepto de “Protección Integral” que hace referencia a un trabajo en conjunto de los distintos poderes del estado y de las diferentes disciplinas que estudian y atienden la problemática en cuestión. Por éste motivo es imposible encarar un estudio sobre los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y la normativa vigente, sin hacer referencia a todo el contexto que los rodea, y a la realidad social, cultural y económica en la que los mismos se encuentran insertos, las normativas vigentes así lo establecen.

¹ Maciel N. R., Sierra de Desimoni M.E., De Bianchetti A.B. (2013). Niñez Vulnerable. Corrientes, Argentina: Mave Editora. p.26

El niño, de acuerdo a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la ley 26061, considerado sujeto de derecho, debe recibir una protección especial y es obligación del Estado velar para que dichos derechos no sean vulnerados y la protección debida sea efectivizada brindando todas las herramientas normativas y asistenciales necesarias para tal fin. Al respecto se menciona el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “García Méndez y Musa”, 2008, que en el considerando 3ro. afirma:

3°) que “La Convención, por ende, pone en evidencia un doble orden de consideraciones” “por un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a “proporcionar al niño una protección especial” ”todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la “protección especial” en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4).

Cuando hablamos del “Interés Superior del Niño”, debemos mencionar que dicho principio viene a actuar como un parámetro que nos permite decidir ante situaciones en la que existen conflictos de intereses, indicándonos que se debe optar por el interés superior del mismo por sobre cualquier otro. En otras palabras, podemos afirmar que el Interés Superior del Niño exige que a partir de los datos concretos que surgen de la causa (expediente), se debe discernir cuál es la decisión más acertada que permita el mejor desarrollo integral del niño. Al respecto la Corte Suprema de la Nación se expidió en el Caso “Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva S/Guarda pre adoptiva”, fallos 331:147, del dictamen de la Procuración General, al que remitió el Tribunal, y dijo:

Los menores, a más de la especial atención que merecen quienes están directamente obligados a sus cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de estos casos, incluyendo a la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar –en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la

preeminencia que el art.75, inc.22 de la Constitución Nacional les otorga.

5. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA.

5.1- Medidas de Protección Integral y Medidas Excepcionales

Antes de adentrarnos en la problemática que nos ocupa, es necesario precisar algunos de los alcances de la Ley 26061 en materia de medidas de protección de los derechos de la persona menor de edad.

El artículo 33 de la Ley 26061, define a las medidas de protección integral como aquellas emanadas de los órganos competentes locales ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de las niñas, niños o adolescentes. Dichas medidas tienen la finalidad de preservar restituir o reparar las consecuencias de los actos u omisiones violatorias de los derechos de los menores.

En el segundo párrafo del artículo 33, la ley aclara que las amenazas a los derechos puede provenir de cualquiera de los actores que integran el universo con el cual el menor interactúa: los padres, la familia, los representantes legales, el estado, la sociedad e incluso la conducta del mismo niño, niña o adolescente. Lo dicho precedentemente, advierte que también el estado a través de sus órganos competentes puede realizar acciones vinculadas a los menores que ponen en riesgo los derechos fundamentales de los mismos, ejemplo de ello son los prolongados alojamientos en hogares de tránsito separados de sus familias.

Además, dicho artículo en su tercer párrafo marca un criterio importante a tener en cuenta a la hora de evaluar las medidas de protección adecuadas: “la falta de recursos materiales de sus padres o de su familia ya sea circunstancial o permanente no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”.

La ley 26061 va conduciendo hacia diferentes instancias, mecanismos o medidas, todas con el mismo objetivo: el ejercicio integral de los derechos del niño ya sea con la promoción, prevención, la protección o la restitución de esos derechos cuando la realidad así lo demande.

Las medidas excepcionales son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes temporalmente deben ser privados de su medio familiar, con el objetivo de conservar,

recuperar o reparar los derechos de los mismos. Entre dichas medidas se encuentra la institucionalización, limitada en el tiempo: no más de 180 días, y sólo se pueden prolongar si persiste la situación que le dio origen, pero nunca de manera excesiva.

Además, como se mencionara en el párrafo anterior, dicha institucionalización o separación debe darse por un tiempo limitado y debe ser restituido a su familia tan pronto se den las condiciones adecuadas. A ésta altura nadie que se desempeñe en los ámbitos de decisiones que tengan que ver con el alojamiento de un menor en un hogar de tránsito, duda o desconoce sobre los daños que se le ocasiona cuando la estadía es excesivamente prolongada. Además de lo anteriormente dicho, el Estado es responsable por las consecuencias o daños que se le ocasione al menor con motivo de un alojamiento prologando en un hogar para menores. Al respecto, la Dra. Cecilia P. Grosman afirma:

Debemos tener presente que cuando el Estado no ejerce el debido control en los distintos ámbitos de su incumbencia, incluidos los casos de derivación a instituciones privadas... el Estado no sólo es responsable por permitir o mantener la internación de un niño o adolescente en contradicción con las directivas impuestas por normas de jerarquía superior y preceptos infraconstitucionales, sino también por los abusos y actos lesivos a sus derechos en los lugares de internación.²

Toda decisión sobre la separación del niño de su familia debe estar muy bien justificada y se debe realizar atendiendo a su interés superior y cuando no quedara más remedio, luego que el estado haya intentado ayudar a los padres para asegurar la protección del niño, de lo contrario significará un grave atentado hacia sus derechos fundamentales. La Corte Interamericana en el caso “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, se ha expedido afirmando: *187. En relación con el derecho a la familia la Corte ya ha establecido en su jurisprudencia que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana*³

Toda acción del estado a través de sus diferentes actores, debe estar orientada hacia la defensa

² Grosman,(2007)“La Responsabilidad del Estado en la Institucionalización de Niños y Adolescentes. Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infanto-Juvenil. Artículos Jurídicos. <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=458>.

³ Corte I.D.H. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes.2017

de los derechos del niño. Además, dichas acciones y/o medidas concretas deben asegurar al niño el ejercicio de sus derechos dentro de su ámbito familiar. En ese mismo sentido, recuerda la Corte en el caso “Contreras y otros Vs. El Salvador Fondo Reparaciones y Costas”, que el Estado debe adoptar medidas positivas al respecto:

190. Lo mismo se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto requiere que el Estado, como responsable del bien común, debe resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar⁴

5.2- Institucionalización por pobreza Vs. Derecho a no ser separado de sus padres

En los casos de pobreza extrema la ley establece que la misma no es motivo para separar a los niños de su familia, sin embargo la pobreza es en muchas ocasiones la causante de una gran cantidad de derechos vulnerados en los niños, esto se traduce en niños que no tienen garantizado el alimento diario, la asistencia a la escuela, la atención sanitaria correspondiente entre otros. Esta situación da origen a variadas interpretaciones por parte de los jueces a la hora de resolver sobre la institucionalización de menores o su restitución a su familia de origen.

La afirmación de que la condición de extrema pobreza no es motivo para separar a los padres de sus hijos, encuentra apoyo en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Nacional en el art.75 inc.22 que de ninguna manera acepta que la injusticia social sea castigada por el Estado mediante uno de sus brazos como es el poder judicial disponiendo la separación de los hijos de sus padres. Por el contrario, luego de la reforma de

⁴ Corte I.D.H. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes.2017

1994 queda establecido que el estado debe asumir medidas de acción positiva que garanticen el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución.

Como veníamos afirmando, la mayoría de los casos de menores en los que se dispone su alojamiento en un hogar de tránsito, provienen de hogares con alto grado de vulnerabilidad: pobreza, falta de escolarización, de atención médica, estado de abandono por parte de sus padres, etc. realidades que atacan los derechos del niño y su interés superior. Ante éstos hechos y en relación a la pobreza, la Convención sobre los Derechos del Niño ha establecido que la misma no es un motivo para la separación del menor de su familia de origen, y a tal efecto y en resguardo de sus derechos ha establecido un orden de prioridad antes de llegar a la institucionalización, todos ellos mencionados en los art. 3; 5 y 20. Se puede concluir éste párrafo mencionando que la normativa indica que se deben realizar todas las gestiones necesarias para que se respete el derecho del niño, niña y adolescente de vivir con su familia de origen o en su defecto con algún miembro de su familia ampliada.

El criterio establecido por la ley en relación a la pobreza como causa sin fundamento para decidir la separación de los hijos de sus padres o de los menores de sus familias, ha sido mencionado en algunos fallos de tribunales superiores como fundamento para admitir recursos presentados por representantes legales o padres que han reclamado la restitución de sus hijos.

En relación a los casos de institucionalización basados en la extrema pobreza, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes se ha expedido en el caso “XX Y XX Y XX S/ PREVENCIONAL” – STJ DE CORRIENTES – 12/12/2007, afirmando:

La Convención sobre los Derechos del Niño -arts. 7, 8 y 9, 1- y, por consiguiente, la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), no toleran que la injusticia social que emerge de la pobreza pueda ser castigada y sancionada por el propio Estado, mediante su Poder Judicial, y nada menos que con la inicua destrucción de la unidad familiar, a través del apartamiento, internación, o entrega a otras familias de los menores. “... La carencia de recursos materiales no puede ser fundamento para una decisión judicial de separar a un niño de su familia. Esta separación sólo se justifica cuando se constata el fracaso de las medidas que debe disponer el tribunal para mantener la unidad familiar.

En el mismo fallo, se hace referencia a la adhesión de la Provincia de Corrientes al principio y a la doctrina que promueve la *Protección Integral* de los niños, que va de la mano con su *Interés Superior* y que involucra al Estado y a sus actores vinculados a la atención del menor. Al respecto el Superior Tribunal dice:

Y la Constitución de la Provincia de Corrientes se ha adecuando a la llamada “doctrina de la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes”, declarando que el Estado debe promover medidas de acción positiva que remuevan los obstáculos de cualquier orden que limiten la efectiva y plena realización de sus derechos, entre los cuales designa a la familia como la que asegura prioritariamente la protección integral (art. 41).(Del voto del Dr. Guillermo Horacio Semhan)

5.3- Derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta Vs. Medidas de Protección

En todo proceso que involucre al niño, éste tiene derecho a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta. El Estado debe garantizarle éste derecho y a la vez realizar acciones concretas que contribuyan a que el menor reciba la formación adecuada acerca del ejercicio del mismo. Tanto es así, que la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva ha dicho:

99.1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.⁵

⁵ Comisión I.D.H. *Opinión Consultiva OC-17/02. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Resolución de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*

5.4- El derecho a la libertad Vs. medidas de protección

El artículo 36 menciona que en ningún caso las medidas a las que se refiere el art.33 de ésta ley podrán consistir en la privación de la libertad conforme lo establecido en el artículo 19.

Acaso no son violatorias de dicho derecho las medidas de los órganos administrativos y de los tribunales cuando deciden el alojamiento de los menores en instituciones de menores? Cómo se articula o se lleva a la práctica la conservación del derecho a no ser privado de la libertad por un lado, y a protegerlos cuando la amenaza proviene de la propia conducta del menor o de sus padres por el otro? En estos casos entran en colisión los derechos de la persona menor de edad a no ser privado de su libertad, con el deber del estado de brindarles protección cuando interpreta que su integridad física o espiritual se encuentra amenazada.

Qué ocurre cuando la justicia interpreta que el menor debe continuar institucionalizado porque su familia no puede hacerse cargo de su cuidado, pero el menor ejerciendo su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, solicita egresar con su familia de origen, pero su pedido es rechazado? Es lícito que se mantenga a los menores en un contexto de encierro aun cuando no tenga problemas con la ley sólo porque su familia no puede hacerse cargo? Es protectoria una medida judicial que decida mantener a un menor adolescente contra su voluntad en una institución porque su familia no lo puede contener, aún en contra de su voluntad? No es esto contrario al derecho de libertad del que habla la propia ley? Respondemos a estas preguntas afirmando lo que nos dice la ley, y esto es que la medida de protección no debe violar su derecho a libertad, pero a la vez habilita a los órganos del estado a intervenir cuando interpreta que algún derecho se ve amenazado. Se puede afirmar que la medida de protección viola su derecho a la libertad, pero a la vez restaura su derecho a recibir protección ante posibles peligros que por su edad y capacidad progresiva aún no puede evitar.

5.5- Medidas de Protección Integral Vs. Derecho del niño a no ser separado de sus padres.

En relación al ejercicio de los derechos de los niños, los mismos van ejerciéndolos de forma progresiva o gradual acorde al grado de crecimiento y/o desarrollo, por ésta razón durante su primera infancia los ejercen a través de los padres o familiares a cargo. Cuando se produce la separación de los niños de sus familias el ejercicio de tales derechos se ve vulnerado o

menoscabado. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido afirmando:

129. [...] En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.⁶

La Convención Internacional de los Derechos del Niño establece que los niños tienen derecho a conocer y ser cuidado por sus padres, y a no ser separados de los mismos salvo cuando se trata del interés superior del niño y para preservarlo. Nos encontramos frente al principio general que indica que en atención a los derechos del niño y para que éste crezca y alcance un desarrollo integral, lo más conveniente es que permanezca con sus padres. Pero cuando el interés superior del niño así lo demuestre, se debe tomar una medida diferente. Son casos en los que está en riesgo su desarrollo físico, psíquico, espiritual y moral.

5.6- Institucionalización prolongada y derechos vulnerados. Otras medidas de protección.

Qué ocurre cuando los niños ya están institucionalizados y se ha dictaminado que la familia de origen está imposibilitada de hacerse cargo de sus hijos ya sea transitoria o permanentemente? Existe alguna figura que la ley ha previsto para brindar a los niños la contención que los institutos de menores no pueden brindar, y que sean aplicables a los casos mencionados anteriormente? Existe una figura que a lo largo del país ha adoptado diferentes denominaciones, pero cuyo objetivo es el mismo, estamos hablando de las familias del corazón o familias sustitutas. Su función es transitoria en tanto y en cuanto se logre sanar la causa que motivo la separación de los niños de sus padres o de su familia o que el menor sea dado en adopción. Debemos aclarar que dicha figura se diferencia de la institución de la adopción, aunque se convierten en verdaderas familias para numerosos niños en situación de

⁶ Corte I.D.H. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes. 2017

vulnerabilidad e institucionalizados. Su régimen suele ser de fines de semanas o fechas especiales en las que los menores egresan transitoriamente de los institutos para tener la experiencia de vivir con una familia que los ayude a desarrollarse y les brinde contención. Esta figura también ha sido cuestionada, ya que se habla de una doble separación, primero de su familia de origen y luego de su familia sustituta, particularmente en los casos en los que por algún motivo la justicia dispone el cese de la misma o declara al niño en situación de adoptabilidad y es entregado a una tercera familia. Aún no se ha hallado otra solución, y esta medida transitoria de “familias sustitutas” o “familias del corazón” parecen ayudar a restablecer algunos de los derechos de los niños en materia de familia y desarrollo integral.

Esta realidad se da a lo largo de todo el país, como ejemplo se hace referencia al fallo de la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut en el caso “C., A. s/ Sumarísimo” — 07/07/2006 cuyo fallo confirma los principios que se viene desarrollando en el presente estudio:

La cruda realidad ha puesto en evidencia el fracaso del sistema de las llamadas “familias solidarias”. “..El plazo de permanencia de los chicos depende de su situación judicial (en general, están judicializados por abandono o por riesgo). Y como los jueces suelen tomarse años hasta definir su situación los males se multiplican: los niños se encariñan con sus ‘papás’ transitorios y la partida suma un nuevo desgarró a una vida ya herida...” El agujero negro asoma cuando todo el sistema de institucionalización estira los tiempos al punto de consumir la infancia entera.

5.7- Medidas de Protección integral: Derechos reparados Vs. derechos vulnerados

Hasta aquí nos preguntamos: Las medidas de protección integral cuando impliquen el alojamiento de los menores en hogares de tránsito, separándolos de sus familias, son violatorias de la gama de derechos que les reconoce todo el cuerpo normativo integrado por nuestra Constitución, la Convención sobre los derechos de Niñas, Niños y adolescentes y la Ley 26061? Se respeta el principio de que los niños crezcan con una familia que les brinde el sustento diario y afectivo necesario para su desarrollo integral? Se respeta su derecho a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta? La respuesta a estas preguntas es

afirmativa: al decidir la separación de los menores de sus padres o familia de origen, y al prolongar el tiempo del alojamiento de menores en una institución, los mencionados derechos fundamentales son vulnerados.

En artículo 34 especifica que la finalidad de las medidas de protección es la de preservar o restituir el disfrute, goce y ejercicio de sus derechos y la reparación de sus consecuencias. En base a ello, en la práctica con la institucionalización se alcanzan los objetivos de preservar, restituir o reparar? Respondiendo a la pregunta que precede, en la práctica se alcanzan algunos de sus objetivos pero en desmedro de otros. Un ejemplo de esto es que en las instituciones de menores se les brinda la posibilidad de recibir educación y asistencia médica, en estos casos se les restituye derechos constitucionales, pero es desmedro del derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde la contención afectiva, espiritual y moral necesarias para su desarrollo, derechos estos también constitucionales.

5.8- Institucionalización Vs. Protección de derechos fundamentales. Medidas de protección con la familia del menor

Para responder a la pregunta general sobre si las medidas de protección integral y su posible aplicación son violatorias de los derechos constitucionales de los menores, debemos analizar en qué casos se deben aplicar dichas medidas protectorias. Es preciso mencionar también, que con la sanción de la Ley 26061, se formula la tendencia a la no institucionalización de los menores y que dichas medidas sean tomadas cuando se han acotado todas las formas posibles de protección. Al analizar las decisiones de los órganos administrativos y las resoluciones judiciales en materia de institucionalización de menores, observamos dos grandes grupos, los menores en conflicto con la ley con causas penales, y un segundo grupo que congrega a los menores víctimas cuyos derechos y garantías constitucionales se encuentran violentados o amenazados. En este segundo grupo encontramos a menores en riesgo por estado de abandono por parte de sus padres y/o representantes legales. Dicho abandono se traduce en la falta de asistencia en materia de alimentos, salud, educación, seguridad y el afecto necesarios para su vida y su desarrollo integral.

La ley va indicando una serie de medidas previas a la institucionalización para los casos mencionados en el párrafo que antecede, con el objetivo de evitar la separación de la persona menor de edad del seno de su familia, y que sea esta la última opción. Entre las medidas previas, la justicia puede ordenar con carácter obligatorio, aquellas que ayuden a los padres a crear hábitos y desarrollar conductas orientadas a la atención de sus hijos, su sustento, cuidado y protección, es decir a cumplir con el deber que implica la responsabilidad parental. Entre dichos tratamientos se encuentran la asistencia psicológica, la asistencia médica, de educación y la ayuda asistencial todas, en un trabajo en conjunto con la familia de la persona menor de edad, para enseñar a los padres a ejercitar su rol, cumplir con sus deberes y ejercer sus derechos. Durante este tiempo de asistencia a la familia, los juzgados pueden requerir informes sobre el cumplimiento, los avances y los resultados generales de dichos tratamientos para evaluar la posibilidad de restituir a los menores con sus familias de origen y ponerle fin a la institucionalización.

5.9- Función indelegable del Estado

Remarcando la labor constante de evaluación sobre la situación del menor y la conveniencia o no de la continuidad de su institucionalización, el tribunal de la Cámara Nacional se expidió en el fallo de fecha 17/6/2009 de la C. Nac. A. Crim. Correc., Sala VI, C., “M. E. E. S/ Egreso-Libertad”, cuyo extracto del Fallo se transcribe:

Corresponde a los magistrados del fuero de menores disponer y controlar, no sólo su procedencia [de la internación] en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como, la vigencia de su necesidad y razonabilidad..." "...destacando dos aspectos: a).- Que existen casos en los que no existe otra opción que mantener una internación precisamente en procura de la efectiva protección del menor, b).- Que debe reclamarse de los organismos públicos el cumplimiento en esta ciudad de la ley nacional nro. 26.061 y la local nro. 114 pues la ineficacia hasta hoy demostrada al efecto, conspira contra la Carta Magna, los compromisos asumidos por los Tratados Internacionales específicos, la reinserción de los menores y obligan a los jueces a adoptar un rol que no les compete.

Luego de un análisis de la normativa vigente y de los principios rectores de protección del menor, cabe destacar la función indelegable del estado de velar por la efectiva implementación del sistema de protección. En ese sentido es motivo de análisis y profundización las acciones positivas del Estado y su efectiva cumplimentación por parte de sus diferentes actores.

6. FALLO EN CONTRA DE LA INSTITUCIONALIZACIÓN

Sobre el Interés Superior del Niño, la Pobreza y el Derecho a crecer con su familia

Mencionaremos un caso en concreto, el mismo tuvo lugar en la provincia de Corrientes. Se trata de un grupo familiar formado por los padres y sus tres hijas. El progenitor es quien trabaja para proveer el sustento diario, reparando bicicleta de lo que recauda \$ 250 y además \$ 400 adquiridos como beneficiario de un subsidio estatal. De acuerdo al informe socio ambiental elaborado por el Cuerpo Social Forense, las necesidades son apenas cubiertas.

A continuación transcribiremos textualmente algunos extractos del fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, aún a riesgo de considerarse excesiva su transcripción, por ser el texto original muy clarificador y necesario para el tema que nos ocupa.

En el fallo «xx Y xx Y xx s/ PREVENCIÓNAL» – STJ DE CORRIENTES – 12/12/2007, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, más precisamente en el voto del dr. Guillermo Horacio Sheman, sostuvo: «La carencia de recursos materiales no puede ser fundamento para una decisión judicial de separar a un niño de su familia. Esta separación sólo se justifica cuando se constata el fracaso de las medidas que debe disponer el tribunal para mantener la unidad familiar.»«Recordemos que el art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño comienza expresando: «Los Estados partes (y entonces, la República Argentina) velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.» (Del voto del Dr. Guillermo Horacio Semhan)

Más adelante el mismo fallo se expone sobre las medidas de acción positiva que el Estado tiene la obligación de realizar, y en dicha materia dice: «Y la Constitución de la Provincia de

Corrientes se ha adecuando a la llamada «doctrina de la protección integral de los derechos de los niños y adolescentes», declarando que el Estado debe promover medidas de acción positiva que remuevan los obstáculos de cualquier orden que limiten la efectiva y plena realización de sus derechos, entre los cuales designa a la familia como la que asegura prioritariamente su protección integral (art. 41). Con lo cual recepta la idea de que las carencias de recursos socioeconómicos por sí solos no ameritan la separación del niño de su familia de origen sino, antes bien, el cumplimiento por el Estado Provincial del deber de proveer los recursos necesarios para la atención de la problemática, como asimismo para el tratamiento, recuperación e inserción social de los afectados (art. 40).» (Del voto del Dr. Guillermo Horacio Semhan)

Y para concluir, en relación sobre el interés superior del niño y el deseo de la familia de resguardarlo en sus derechos, expresa: «No podemos ignorar entonces, estas particularidades del caso: 1. G. S. y E. B. han levantado la voz recurriendo, contra la decisión de la juez de menores de ser separados de sus hijas. Y ese su deseo también se aprecia en el informe que los médicos psiquiatras del Cuerpo Médico Forense elevaron al Superior Tribunal, expresando que el impacto emocional que produjo y produce el reintegro de las menores a su hogar ha sido y es positivo, pues los progenitores «se muestran empeñosos y deseosos de poder llevar adelante la situación de la crianza de las mismas y se sienten reivindicados en sus derechos». (fs. 442) 2. El interés superior de las niñas no aparece en pugna con la voluntad de sus padres, pues éstos quieren y pueden hacerse cargo de sus hijas, no con sus magros recursos económicos, pero sí si el Estado les brinda el plan de asistencia dispuesto por la Cámara «a quo» y, además, se cumplen con las medidas sugeridas tanto por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario y el Cuerpo Médico Forense en sus dictámenes de fs. 439/440 vta. y 442.» (Del voto del Dr. Guillermo Horacio Semhan)

7. CONCLUSIÓN

Luego de todo lo estudiado y analizado, podemos concluir que nuestro cuerpo normativo contempla una serie de medidas de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que los órganos judiciales y administrativos deben aplicar, medidas que deben ser conducidas por los principios generales del Interés Superior del Niño y su Protección

Integral. Dicho mecanismo requiere un estudio profundo que contemple los diferentes aspectos de la realidad del menor, sus derechos y garantías constitucionales, integrando las diferentes disciplinas que intervienen habitualmente en el trabajo con menores.

Las decisiones judiciales y administrativas del Estado, conllevan el riesgo de proteger unos derechos y vulnerar otros. Le tocará a los jueces evaluar cada caso en particular y tomar la decisión que integre de manera más amplia o lo más completa posible, el respeto, la protección y reparación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad.

Aunque por el momento la solución al problema planteado no sea el de la tan anhelada protección integral de los derechos y garantías constitucionales de las niñas, niños y adolescentes, se siguen realizando acciones positivas tendientes a dicha protección integral, enfatizo la palabra tendiente porque es la que define más claramente una situación que aún no ha llegado al objetivo final o estado ideal. Como sociedad nos debemos el continuar realizando estudios jurídicos e interdisciplinarios en materia de menores y de sus derechos, planteándonos posibles soluciones. Dicho estudio debe ser encarado con la urgencia necesaria, ya que el tiempo en la persona menor de edad no puede esperar y algunos derechos vulnerados ya no se pueden reparar.

Por el momento, siguiendo el principio del Interés Superior del Niño y su Protección Integral, estamos en una suerte de encontrar el mal menor en una sociedad que aún no ha logrado resolver uno de los problemas más sensibles como es el caso de los menores cuyos derechos se encuentran vulnerados.

BIBLIOGRAFÍA

1. Legislación

- Constitución Nacional, art.75 inc.22,23,y 24
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23849 por Argentina
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas 1948)
- Declaración Americana sobre Derechos Humanos , ratificada por Argentina por Ley 23054
- Ley 26061 (2005) República Argentina
- Ley 5773 (2007) Provincia de Corrientes, República Argentina
- Ley Orgánica del Ministerio Público (D-L 21/00 Art.39), Prov. de Corrientes

2. Jurisprudencia

- C. Nac. A. Crim. Correc., Sala VI, C., “M. E. E. S/ Egreso-Libertad” (2009)
- Cám. de Apelaciones del Noroeste de Chubut, “C., A. s/ Sumarísimo”, (2006)
- Cám. de Ap.- Sala I C y C, "A.J.Y.A. J. G. S/ Decl. de Estado de Abandono y Guarda para Futura Adopción” – Expte.5421/F Juz. Fam. Gualeguaychú, (2016)
- Comisión I.D.H. Opinión Consultiva OC-17/2002, De 28 De Agosto de 2002, Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. (2002)*
- Corte I. D. H. “De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. (2009)
- Corte I. D. H. “Contreras y otros Vs. El Salvador Fondo Reparaciones y Costas”. (2011)
- Corte I. D.H. “Villagrán C/Estado de Guatemala” conocido como “los niños de la calle” (1999)
- Corte Suprema de la Nación, caso “Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva S/Guarda pre adoptiva”, fallos 331:147 (2008)
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “García Méndez y Musa” (2008)
- Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes. (2017)

- Juz. Fam.Nº1,Tandil, “C.A. y Á.M.Á.S/ Protección y Guarda de Personas”
Nro.83.Sent.Civ. (2011)
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes “xx Y xx Y xx s/
Prevenional” . (2007)

Doctrina

- Belluscio, A.(2006).Manual de derecho de familia.(8° Ed.).Bs.As.: Astrea
- Bossert, G. y Zannoni, E.(2007). Manual de derecho de familia. Bs As: Astrea.
- Burgués, M. y Lemer, G. (2006). Alcances, límites y delimitaciones de la
reglamentación de la ley 26.061. Desafíos pendientes.
- Fleitas Ortiz de Rosas, A. y Roveda E. (2011). Manual de Derecho de Familia.
- Garcia Mendez, E.; Hazan, L. (2006) “Protección Integral de Derechos de Niñas,
Niños y Adolescentes”, Editorial del Puerto.
- Grosman, C. P. “La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y
adolescentes”.
- Lloveras N. (2009). El Interés Superior del Niño: Visión jurisprudencial y aportes
doctrinarios. Directora: Tagle de Ferreyra, G. Córdoba.
- Lloveras, N. y Salomón, M. (2009). El derecho de familia desde la Constitución
Nacional. Buenos Aires: Universidad.
- Maciel N. R., Sierra de Desimoni M.E., De Bianchetti A.B. (2013). Niñez
Vulnerable. Corrientes, Argentina: Mave Editora.
- Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires. Secretaría Civil y Comercial.
(2014) “Cuadernos de Doctrina Legal Número 2. Niñez: temas trascendentes”. La
Plata.
- Sanz Caballero, S. (2017) “El Interés Superior del Niño en la Jurisprudencia
Internacional”. Editorial Aranzadi.
- Tagle de Ferreyra G.(2009).El Interés Superior del Niño. Córdoba: Multigraf

3. Marco Metodológico

- Arias, F. G. (2012) “El proyecto de investigación. Metodología científica”. (6ta. Ed.)
- Dei, H. D. (2008) “La Tesis. Cómo orientarse en su investigación”. (3ra. Ed.)
Prometeo libros.
- Durán Martínez, R.; Gonçalves, A.; Sánchez, M. E. (2013) “Guía didáctica para la

Elaboración de un Trabajo Académico”.

- Maletta, H. (2009) “Epistemología Aplicada: Metodología y técnica de la producción científica”.
- Universidad Garsilaso De la Vega. (2014) “Introducción a la Investigación Cualitativa” Katayama. Fondo Editorial.