

La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes

Grosman, Cecilia P.

Doctrina

Fuente: JA 2007 IV 1078 SJA 12/12/2007

"Tenía cinco años, la mirada perdida y unos pasitos vacilantes que lo conducían sin rumbo por las calles de San Miguel, en el verano de 1999. Un policía lo vio, solo y llorando, y lo entregó en un Juzgado de Menores de San Isidro, lejos del barrio. El juez lo vio, solo y llorando, y ordenó alojarlo en un pequeño hogar. Un año después lo trasladaron a otro, y luego a un tercero. Recién a mediados de 2002 la directora le preguntó si recordaba a algún familiar. Y contestó que sí, recordaba. A mamá, a papá, a un hermanito. Que lo daban por muerto, después de buscarlo por cielo y tierra" (*)

SUMARIO:

I. Introducción. II. Alcance de la responsabilidad del Estado. III. ¿Se ejerce la acción de daños y perjuicios contra el Estado en los casos de internaciones de niños o adolescentes que son ilegítimas?. IV. La magnitud del problema. V. Las hipótesis de institucionalización: a) Falta de recursos de los progenitores: 1. La situación social; 2. Qué dicen las normas; 3. La ideología institucional; 4. Ejemplos de la ideología que aún pervive en la acción institucional y fallos paradigmáticos en defensa de los derechos del niño; 5. Las facultades judiciales; 6. ¿Falta de recursos económicos por parte del Estado?; b) Cuando no se adoptan acciones que posibiliten modificar la disfunción familiar antes de decidir la institucionalización del niño; c) Cuando frente a la necesidad de apartar al niño o adolescente de su hogar se decide su internación, omitiéndose tomar en cuenta otras opciones más beneficiosas; d) Cuando no se respeta la temporalidad en los casos de integración del niño o adolescente a grupos convivenciales alternativos; e) Desnaturalización de los programas de guardas temporarias y demora en la entrega de guardas preadoptivas; f) Inadecuado control estatal de los establecimientos de internación. VI. Los obstáculos en el proceso para el logro de la desinstitucionalización de los niños y adolescentes. VII. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de responsabilidad civil en el campo de las relaciones familiares aludimos a aquellas conductas antijurídicas de uno de los miembros de la familia que ocasionan un daño a otro de sus integrantes, ya sea el cónyuge, el padre, la madre, el conviviente u otro componente del núcleo íntimo. Es decir, nuestra mirada se dirige a la responsabilidad individual. En esta oportunidad es nuestro interés centrar la atención en la responsabilidad del Estado, que puede ser sujeto pasivo de acciones resarcitorias cuando alguno de los integrantes de los poderes públicos, organismos o funcionarios del Estado realizan actos u omiten medidas capaces de lesionar al núcleo familiar o los derechos de alguno de sus miembros.

En este trabajo nos proponemos explorar los casos de institucionalización de niños y adolescentes que por diversas causas ingresan bajo la tutela estatal en virtud de medidas de disposición adoptadas por los jueces u órganos administrativos y la posible responsabilidad del Estado, con la consiguiente reparación de los daños provocados a los niños y sus familias, por las actuaciones impropias u omisiones de los funcionarios públicos que derivan en las llamadas "internaciones por razones asistenciales".

Resulta de interés esta reflexión teniendo en cuenta que la ley 26061 (LA 2005 D 4576) supone abrir un proceso de cambio en la protección de los derechos de niños y adolescentes que impone ensayar nuevos caminos que no los priven de sus derechos esenciales, como puede suceder frente a una institucionalización injustificada, decisión grave que implica su exclusión familiar y social.

Aun cuando la reparación de las pérdidas y deterioros de todo orden material, moral o psicológico que se irroga a niños y adolescentes en estos casos nunca podrá compensar el malogro de un proyecto de vida, de todos modos estos reclamos representan un mensaje que alerta a la sociedad sobre la necesidad de una gestión pública responsable y eficiente que asegure el efectivo cumplimiento de las normas constitucionales.

II. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Nadie ignora que si el niño permanece por años institucionalizado se le ocasionan quebrantos irremediables por la ausencia de figuras que cumplan, claramente, la función parental, circunstancia lesiva para la constitución apropiada de su aparato psíquico. Es bien sabido que los niños internados sufren retrasos madurativos y afectivos que bajan sus defensas y agravan su estado de salud y posibilidad de desarrollo. Sólo un dato a título ilustrativo. De acuerdo con la investigación realizada por Ana María Dubaniewicz en el Hospital Sbarra de La Plata, donde mayormente los jueces de dicha jurisdicción derivan a los bebés, sólo un 25% de los 120 niños relevados en el año 2002 ingresó por razones de enfermedad. De los 120 niños, 96 podían egresar, ya sea con apoyo a la familia o en guarda para adopción. Dice la profesional que en dicho hospital muere el 10% de los niños hospitalizados: "...se mueren de pena, tienen el síndrome de depresión anaclítica, entran en un ciclo de depresión, paulatinamente, por la falta de contacto materno" (1) .

A ello debemos sumar las condiciones de vida deficientes que tienen los niños, a menudo, en los lugares de internación. Basta con leer algún fragmento de la descripción aterradora de Ana María Dubaniewicz de la Casa de Admisión y Derivación Asistencial de la provincia de Buenos Aires (2) , en su visita del 10/5/2002. Allí relata las condiciones de hacinamiento y promiscuidad (habitaban 104 niños en un lugar previsto para 70), contracción de enfermedades transitorias o crónicas, falta de insumos para la alimentación, "niños que duermen en colchones en los pisos de mosaicos y comen apoyando sus elementos sobre cajones de verdulería por falta o rotura de mesas y sillas" (3) .

Por otra parte, la autora informa que la comunicación con el medio familiar es absolutamente limitada, casi siempre a través de llamados telefónicos. Las salidas son prácticamente inexistentes. Los niños internados reciben "visitas y permisos de salida sólo cinco o seis" (4) . Cuenta, asimismo, que muchas veces sufren maltrato, "con golpes y rodillazos por asistentes de minoridad". Estos ejemplos nos permiten tomar conciencia de los daños que pueden padecer estos niños o adolescentes durante su internación, de orden material, psicológico o moral.

Una internación inoportuna vulnera, de un lado, el derecho del niño a vivir en un ámbito familiar y, del otro, lesiona su derecho a la libertad personal. El art.

19 , ley 26061 expresa lo que debe entenderse por privación de la libertad personal en los siguientes términos: "...ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad", que comprende puntualiza la reglamentación de dicha norma "tanto a establecimientos gubernamentales como no gubernamentales".

Al respecto 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, ya sea por inercia, negligencia o ejercicio insuficiente, asume una responsabilidad por el perjuicio causado por dicho proceder ilegítimo. 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.

Asimismo, la responsabilidad no surge únicamente por acciones que vulneran directamente los derechos del niño, sino también cuando se abstiene de construir los mecanismos necesarios que aseguren el real ejercicio de tales derechos (5) . Esto sucede cuando se interna al niño por la falta de recursos de los padres, no se implementan disposiciones que posibiliten reparar la dinámica familiar antes de decidir su institucionalización, se omiten opciones más beneficiosas o se desnaturalizan los programas de guardas temporarias. En todos estos supuestos, que luego comentaremos con mayor detención, los actos u omisiones de los funcionarios públicos, como así también los de las instituciones o personas a quienes se delega su cuidado, dan lugar a la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del Derecho Público (6) . Siempre es preciso recordar que la discrecionalidad en las estrategias que se adopten en cada caso no significa arbitrariedad, pues nunca podrán desconocerse los criterios legales.

Por lo tanto, si bien la labor del Poder Judicial no es diseñar políticas públicas, tiene el deber de examinar frente al caso concreto si la medida dispuesta por el Poder Administrador se adecuó a las normas constitucionales y legales. Es decir, si se consideró la prioridad del interés superior del niño y la garantía de sus derechos fundamentales, tal como lo prescribe el art. 5 , ley 26061. Esta evaluación debe hacerse frente a la decisión de internar a un niño calificada hoy como una medida excepcional (art. 40 , ley 26061) . Si esta disposición no se ajusta a los criterios establecidos, no cabe duda de que puede ser declarada ilegítima y, en

consecuencia, ordenarse otras acciones que resulten pertinentes. Por citar un ejemplo, cuando una familia carece de recursos para su crianza y educación y se ordena la internación del niño por el riesgo que ello significa para su salud y desarrollo, la justicia se verá obligada a desestimar tal opción y ordenar a los órganos que correspondan se preste asistencia económica a la familia para superar el problema. El modo en que se cumplirá este mandato incumbe al Poder Administrador, pero el juez tiene la facultad de controlar si las acciones implementadas para cumplirlo son adecuadas (7) .

Respecto del tema de la responsabilidad estatal, es dable señalar que las normas del Código Civil nos dicen que el Estado es responsable por el daño de los agentes o funcionarios públicos al incumplir las obligaciones legales determinadas por la ley o hacerlo de manera irregular (art. 1112 , CCiv.). Cuando hablamos de "funcionario público" estamos aludiendo a todo el personal dependiente de los tres poderes del Estado, y la irregularidad a la cual se refiere el art. 1112 abarcaría cualquier actividad u omisión del Estado que cause perjuicios de carácter patrimonial (arts. 519 , 1068 y 1069 , CCiv.), como así también el daño moral (arts. 522 y 1078 , CCiv.) si se lesionan los sentimientos de la víctima, causándosele dolor, angustia o inseguridad.

Quien contrae la obligación de prestar un servicio, ha dicho la Corte, lo debe hacer en condiciones adecuadas para alcanzar el fin para el que fue establecido, y resulta responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o irregular ejecución (8) . Naturalmente, deberá acreditarse en cada caso que la inobservancia o retardo ha ocasionado un daño a la persona en razón de no haberse adoptado las medidas tendientes a neutralizar la situación de riesgo (9) .

En el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio se establece expresamente que el Estado responde por los daños causados por el ejercicio irregular de la actividad de sus funcionarios o empleados mediante acciones u omisiones, sin que sea necesario identificar al autor (art. 1675). Al mismo tiempo, el art. 1677 dispone que los agentes públicos tienen responsabilidad directa por los daños producidos mediante acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de sus cargos.

Entre las conclusiones logradas en las XVII Jornadas de Derecho Civil de Santa Fe, del año 1999, se reafirma que el Estado es responsable por los daños derivados de sus actividades lícitas o ilícitas por parte de sus tres www.afamse.org.ar

poderes, y que la obligación de reparar comprende a los daños causados tanto por acción como por omisión.

III. ¿SE EJERCE LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONTRA EL ESTADO EN LOS CASOS DE INTERNACIONES DE NIÑOS O ADOLESCENTES QUE SON ILEGÍTIMAS?

En nuestro país prácticamente no existen antecedentes sobre demandas de daños y perjuicios contra el Estado por institucionalizaciones de niños o adolescentes, como así tampoco por oposición o impedir su reintegro a la familia sin fundamentos razonables, o sea, por retenciones ilegítimas.

Nos parece digno de mencionar un caso decidido por la Suprema Corte de la provincia de Mendoza (10) , aun cuando no se haya resuelto sobre la demanda principal. La plataforma fáctica planteada, de manera sintética, era la siguiente. Se presenta la madre de seis niños e inicia demanda, en representación de sus hijos, contra la Dirección Nacional de la Niñez y Adolescencia y el Estado provincial, reclamando daños derivados, por una parte, de la dilación en la restitución de los niños y, por la otra, por los perjuicios abuso deshonesto y violaciones reiteradas causados a dos de sus hijas por quien fue guardador de las niñas en virtud de un contrato celebrado con el gobierno provincial. Cuatro de los hijos habían sido entregados voluntariamente por la madre al tribunal en el año 1990 y los dos más pequeños en 1992, pues la progenitora no podía afrontar la crianza de los hijos, básicamente por falta de vivienda y recursos para alimentarlos.

Es una triste historia donde los niños pasan gran parte de su infancia en distintos institutos, incluso, algunos de ellos víctimas de abusos sexuales, con constantes pedidos de reintegro de la madre. De las expresiones de los distintos especialistas que intervinieron en el caso surge con toda claridad que percibían como única solución posible, frente a la miseria de la familia, la internación de los niños. Finalmente, después de largos años se hace lugar al reintegro de los cuatro hijos solicitado por la madre, apoyado por un informe de la Asesoría de Menores donde se señala "que los niños desean regresar y vivir con su madre y padrastro". Cabe destacar que los dos más pequeños ya habían sido devueltos.

Los demandados opusieron la excepción de prescripción, ya que habían transcurrido más de dos años desde los hechos denunciados (art. 4037 , CCiv.). El juez de primera instancia desestimó la excepción, sentencia que fue revocada por el tribunal de apelación. Tras dicho pronunciamiento la actora interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Mendoza, la cual se pronunció exclusivamente sobre si la acción de daños y perjuicios promovida se hallaba o no prescripta. Juzgó que debía rechazarse la prescripción opuesta pues la misma habría estado suspendida durante el tiempo en que los niños permanecieron internados, siendo de aplicación el art. 3973 , CCiv., norma que no sólo abarca las hipótesis de tutela o curatela, sino que contempla además "todos los supuestos en que el curso de la prescripción debe suspenderse por vínculos de potestad". "Aunque no exista declaración formal de suspensión de la patria potestad, se da el fundamento último del art. 3973 , CCiv.; mientras los niños estuvieron bajo la custodia real y efectiva del Estado había una relación personal tan especial que, mientras persistía, hacía irrazonable el ejercicio de las acciones por hechos atribuidos a ese mismo Estado". Si bien, se señala en el voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, los menores tenían representante legal, "...la acción se deduce, justamente, contra quien" ejerce "la tenencia", la "disposición del menor", la "tutela legal", en otros términos, quien ejerce parte del cúmulo de los poderes deberes sobre la persona de esos menores. El máximo tribunal provincial no hizo lugar, por lo tanto, a los recursos de inconstitucionalidad y casación deducidos y confirmó la decisión del a quo que desestimó la excepción de prescripción, ordenándose que la causa debía proseguir según su estado.

Ya en el ámbito del derecho comparado, vale la pena mencionar sobre este tema un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que determinó la responsabilidad del Estado a raíz de una intervención estatal desmedida e improcedente ("Affaire Haasse v. Allemagne", Requete 11047/02, 8/4/2004). En este caso la pareja Haasse, de Alemania, pidió la intervención de la Corte pues alegó que la suspensión de su autoridad parental con relación a sus cuatro hijos y los tres hijos nacidos del primer matrimonio de la mujer, como así también la prohibición de tener comunicación con los niños, significaba una violación al art. 8, Convención Europea de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a la vida familiar. Los hechos, relatados de manera muy sucinta, fueron los siguientes: a raíz de un pedido de la Sra. Haasse en febrero de 2001 a la Oficina de la Juventud de Munster, Alemania, solicitando consejo en materia educativa, intervino un experto e informó a dicha oficina que las carencias constatadas en el cuidado de los hijos y sus condiciones de vida afectaban gravemente el desenvolvimiento de las criaturas, a más de que su educación era extremadamente severa y los padres castigaban a sus

hijos. Por consiguiente, era necesario ubicar a los niños en un lugar seguro y evitar todo contacto con la pareja. La Oficina de la Juventud pidió, entonces, al tribunal de Munster se les retirasen los derechos parentales a los progenitores. El tribunal acogió el pedido, sin escuchar a los padres ni a los niños, ese mismo día, o sea, el 18/12/2001. Por lo tanto, se retiró a los niños de los distintos lugares en los cuales se encontraban: colegios, guardería u hogar, y se los ubicó en hogares de acogida. Igualmente, el tribunal prohibió a los padres toda comunicación con los hijos y que no se aproximaran a menos de 500 m del lugar de las residencia de los niños. El mismo día retiraron del hospital a la niña recién nacida, hija de la pareja, con sólo siete días de vida, e, igualmente, la colocaron en una familia de acogida. Después de numerosas apelaciones de los presentantes, sucesivas audiencias y nuevas pericias, se mantuvo dicha situación. El fallo la Corte Europea consideró que si bien las autoridades internas gozan de una gran latitud para apreciar la necesidad de tomar a su cargo al niño, en particular en los casos de urgencia, y que no es tarea de la Corte sustituir tales funciones, el tribunal debe tener la convicción de que en el caso existan circunstancias que justifiquen el retiro del niño. La Corte concluyó que la decisión adoptada por el tribunal de Munster violó el derecho a la vida familiar por las siguientes razones: a) sin justificación alguna no se permitió a los requirentes participar en el proceso judicial; b) los métodos utilizados para ejecutarla, en este caso, el acto draconiano consistente en retirar al recién nacido del lado de su madre; y c) la característica de las medidas, las que no se basaban en motivos pertinentes ni suficientes. Por otra parte, señaló que incumbe al Estado demandado probar que las autoridades han valorado con cuidado la incidencia que tendría su emplazamiento en hogares de acogida, como así también si han evaluado otras soluciones que podrían haber sido adoptadas antes de poner en ejecución una medida tan extrema. Juzgó, además, que las restricciones suplementarias que se ordenaron en cuanto al derecho de visita comportaban el riesgo de amputar las relaciones familiares entre el niño y sus padres, e insistió en que las autoridades públicas cuando recurren a medidas de urgencia en un dominio tan sensible como lo es la institucionalización de los niños, deben probar la inminencia de un peligro.

IV. LA MAGNITUD DEL PROBLEMA

De acuerdo con un informe de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia realizado con la cooperación de Unicef en el mes de julio de 2006 (11) denominado "Privados de su libertad. Situación de niños, niñas y adolescentes", el total de niños, niñas y adolescentes privados de su libertad ascendía a 19.579, de los cuales en su gran mayoría (17.063) lo eran www.afamse.org.ar

por causas asistenciales o de "protección" (87%), cuyo origen se debe, en su mayoría, a situaciones de carencia socioeconómica e internados por una medida judicial y/o administrativa. En la provincia de Buenos Aires el número de niños (12) internados alcanza a 8869, de los cuales el 93% (8291) lo son por causas asistenciales. Cabe presumir que las cifras son aun mayores que las indicadas, ya que en el mismo informe se advierte que muchos establecimientos no proporcionaron los datos completos y que sus registros no son confiables, pues no llevaban estadísticas sobre la cantidad de niños institucionalizados, sin contar con que en muchos casos se apreciaba resistencia a brindar esta información, especialmente cuando se trataba de causas en aras de una supuesta "protección".

Al respecto, es de advertir que no existe ningún registro nacional de chicos internados por causas asistenciales, no centralizándose la información de los distintos juzgados que deciden su internación en institutos oficiales u hogares de organizaciones civiles que cobran un subsidio por alojarlos (13) . Otras fuentes oficiales según la misma información publicada indican que hay 11.000 chicos internados por cuestiones asistenciales en la provincia de Buenos Aires y 1300 por causas penales. Sólo 36 menores de los 11.000 fueron separados de sus padres por violación o abuso, y veintidós por haber sido víctimas de maltrato en su casa (14) .

Entre los niños institucionalizados por causas asistenciales en la provincia de Buenos Aires, más de 5000 niños y adolescentes viven en los 241 hogares a cargo de ONGs que tienen convenio con la provincia, a los que deben sumarse otros 2700 niños y adolescentes que permanecen en hogares sin convenio, y otros 1800 con discapacidades o adicciones que viven en hospitales o comunidades privadas. Es decir que la provincia sólo aloja por sus medios a 1500 de los 11.000 chicos, o sea, a uno de cada diez (15) .

Otras voces denuncian un mayor número de niños institucionalizados. El Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CASACIDN) informa que de acuerdo con los cálculos gubernamentales alcanza a 25.000 la cantidad de niños y adolescentes institucionalizados. Por otra parte, en un trabajo que apareció en las páginas de internet de Periodismo Social (16) un periódico on line dedicado a la infancia y adolescencia Cecilia Médici, presidenta de la Asociación Vivir, estima que en el país hay casi 30.000 chicos en esa situación por causas penales y asistenciales.

V. LAS HIPÓTESIS DE INSTITUCIONALIZACIÓN

Veamos las diversas hipótesis de internaciones impropias, lesivas de los derechos de los niños y adolescentes, que pueden dar lugar a acciones reparatorias por los daños de orden moral y material que les ocasionan.

a) Falta de recursos de los progenitores

1. La situación social

El primer supuesto es cuando los padres o la madre sola, en la mayor parte de los casos, al no tener medios económicos para cuidar al hijo y faltarle contención familiar y social, lo coloca bajo la tutela estatal. La situación se agudiza cuando existen altos niveles de exclusión social y marginación que afecta a un elevado porcentaje de familias. En el año 2005, conforme a los datos del INDEC, sobre casi 9 millones de niños menores de 14 años, 5 millones son pobres, o sea, el 56,4%, proporción que supera el 70% en algunos lugares del país como Corrientes u otras provincias del Noreste (17) . En el año 2006 el INDEC hace saber que en la primera mitad del año, sobre un total de 10,2 millones de menores de 14 años, el 46,3% vive en hogares pobres, y de ellos, el 40% en familias indigentes, o sea que carecen de los ingresos suficientes para comprar alimentos, bienes y servicios básicos. Pese a que el número de niños pobres en comparación con la segunda mitad del año 2005 descendió, la reducción fue muy limitada no obstante el crecimiento económico del país. Por otra parte, sobre los veintiocho conglomerados que relevó el INDEC, la pobreza infantil aumentó en siete ciudades: Río Cuarto, Catamarca, Comodoro Rivadavia, Santa Rosa, Salta, Río Gallegos y Ciudad de Buenos Aires. En esta última la pobreza alcanza al 24%, y trepa en el Gran Buenos Aires al 48,3%. En Resistencia asciende al 70%, seguida de Corrientes, con el 66,2%. En suma, casi cinco de cada diez niños son pobres (18) .

En diversas investigaciones de campo se ha comprobado que los niños internados, en su gran mayoría, provienen de familias con carencias económicas. La psicóloga Ana María Dubaniewicz en su indagación afirma que el 80% de los chicos institucionalizados, son hijos de familias pobres, y

sólo el 10% representa a chicos de familias que no han querido hacerse cargo de ellos por distintos motivos (19) . Incluso, aun cuando muchas veces la causa de la institucionalización no responde a primera vista a cuestiones económicas, subyacen, a menudo, en las otras razones fundantes de la medida (20) .

2. Qué dicen las normas

Es indudable que las situaciones de pobreza si se resuelven apartando al niño de su familia son claramente ilegítimas, pues en estos casos el camino obligado es el apoyo estatal a los padres, tal como lo impone la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 18 y 27) .

En la opinión consultiva OC. 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se dice que "la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos", señalándose expresamente que "la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño respecto de su familia, y a la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención" (conf. párr. 76º).

En coincidencia con este criterio, en diversas legislaciones latinoamericanas, como así también en la ley nacional 26061 (art. 33) y en ordenamientos provinciales de nuestro país, se consigna expresamente que la falta de recursos materiales no constituye una causa de separación del niño o adolescente de su grupo familiar, y se impone al Estado la obligación de incluir a estas familias en programas de apoyo y promoción familiar.

La ley 26061 dispone que los organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de que en la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación se considere la prioridad del interés superior de los niños y adolescentes y la "asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen" (art. 5). Sigue diciendo la norma que "toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes". Por otra parte, el art. 7 , en su parte final, expresa que "Los organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente su responsabilidad...". Al mismo tiempo, el art.

29 consagra el principio de efectividad cuando afirma que "Los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". Puntualmente, con relación al tema que nos preocupa, dispone, entre las medidas de protección, "aquellas tendientes a que los niños, niñas y adolescentes permanezcan conviviendo en su grupo familiar" (art. 37 , inc. a). Igualmente, en el inc. e de la misma norma se establece el "cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa".

3. La ideología institucional

En el informe del Ministerio de Justicia ya mencionado se destaca que de acuerdo con las entrevistas realizadas a los informantes claves, la internación en las instituciones es concebida en la práctica como un recurso prioritario para abordar cualquier situación que involucre a los niños o adolescentes, tanto cuando son víctimas, causantes de un delito, o cuando se hallan en situación de pobreza o situación familiar que se evalúa como "desintegrada" o "disfuncional". Es decir, "la internación es percibida como un recurso válido dirigido a proteger al niño, y no como una acción violatoria de sus derechos fundamentales". La lógica que subsiste todavía en la Argentina es una "lógica de encierro" y "cierta tutela con sentido de coerción", es decir, "no aparece como medida de ultima ratio". En suma, el informe es lapidario: cuando se trata de niños institucionalizados por causas no penales se comprueba "que subsisten categorías como "situación de peligro", "riesgo social" o "abandono", "que enmascaran el hecho de que la intervención judicial y el consecuente encierro tiene por causa básicamente la situación de pobreza como la falta de políticas públicas para dar respuesta a estas situaciones".

El mismo informe denuncia "la carencia de programas, medidas alternativas a la institucionalización, servicios que posibiliten la revinculación del niño con su familia o la falta de política de subsidios".

4. Ejemplos de la ideología que aún pervive en la acción institucional y fallos paradigmáticos en defensa de los derechos del niño

Nos parece ilustrativo relatar algunos casos donde claramente la institucionalización del niño aparece como un remedio indispensable frente a la carencia de medios de los padres. Sin embargo, al mismo tiempo se percibe la saludable reacción de una orientación judicial que expresa su rechazo frente al camino elegido. Veamos algunas de estas decisiones.

i) La Suprema Corte de Buenos Aires (21) hizo lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley interpuesto por el asesor de menores y revocó el fallo del juez de 1ª instancia, confirmado por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, que había dejado sin efecto un subsidio judicial a una familia por no haber acreditado un monto de \$ 103 de dicho subsidio. Uno de los argumentos que invocaron los tribunales inferiores era que el rechazo del subsidio no coloca en desamparo a los menores porque la normativa contempla "la internación" otorgando su guarda a familias sustitutas. Frente a este argumento la Corte expresó que "subleva a la conciencia acudir a tal arbitrio cuando otras vías permiten evitar el inmenso perjuicio que inexorablemente sufrirían los niños con el desarraigo".

En el pronunciamiento se señala, asimismo, que "la internalización de un menor no puede manejarse como una alternativa apropiada de contención si el problema radica exclusivamente en lo económico; por el contrario, ante la problemática comprobada en la causa es necesaria su protección con medidas concretas para preservar el núcleo familiar" (22) .

ii) En otro caso el Juzgado de Menores n. 1 de la provincia de Corrientes (23) declaró la adoptabilidad de dos niñas, disponiéndose la búsqueda de matrimonios inscriptos en el Registro de Aspirantes a la Adopción en razón del "desamparo moral y material" en que se hallaban. Se dejaron sin efecto las visitas que tenían los padres biológicos en el lugar donde estaban internadas las niñas por disposición de dicho tribunal. Los padres interpusieron un recurso de apelación, que de acuerdo con la ley procesal en dicha provincia comprende el de nulidad. La Cámara declaró nula la sentencia por haberse decretado el estado de abandono y consecuente adoptabilidad de las menores, equivalente a la privación de la patria potestad de los padres, sin estar precedida de un proceso que asegure el principio constitucional de defensa en juicio. Igualmente, se fundó en que no se había cumplido el requisito de oír al niño, que debe ser escuchado cualquiera fuere

su edad. Asimismo, respecto de la desnutrición de las niñas (24) , consideró que "es el Estado, en este caso el Poder Ejecutivo provincial, quien debió proveer en su momento y debe proveer para el futuro los recursos materiales suficientes y la atención médica necesaria para que no se produzcan episodios como el que originó el presente proceso. Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes". En el fallo de la Cámara se critica el sistema por el cual "tal vez con una visión `asistencial represiva' que alimentaba la hoy derogada Ley de Patronato..." el "menor" ingresa al dispositivo judicial a partir de algún funcionario estatal que entiende, discrecionalmente, que se encuentra en una situación definida como de "peligro material o moral". Paradójicamente sigue diciendo la sentencia , "las deficiencias de las políticas sociales del Poder Ejecutivo colocan al niño, en lugar de colocar a los responsables de su formulación, en situación irregular. Ante la deficiencia de estas políticas sociales el Poder Judicial se arroga facultades del poder ausente". Al mismo tiempo el fallo señala que "Los organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones". La pregunta clara y terminante que se formula en el pronunciamiento es: "¿Se le pueden sacar los hijos a sus legítimos padres porque son pobres o tienen problemas de pareja en una familia claramente numerosa? No dudo, del análisis de las constancias de autos, que no. ¿Quién es el responsable de que se respeten los derechos consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales, derechos humanos constitucionalizados y, por ende, fundamentales de las menores? ¿Su actual familia, que no eligió vivir en la pobreza y marginalidad, pero que a pesar de todo ha demostrado su intención y voluntad de constituir un hogar? ¿O, por el contrario, es el Estado el que tiene la obligación legal de asistir a las menores en situación de riesgo?, ya sea económicamente o proporcionando a la familia la asistencia que requiere para seguir el camino como familia, en los términos del art. 5 , ley 26061" (25) . Mayor claridad y contundencia no se puede esperar.

El tribunal ordena, por lo tanto: "a) el inmediato reintegro de las menores a sus padres biológicos; y b) librar oficio a la Secretaría de Desarrollo Humano, dependiente de la Secretaría General de la Gobernación de la provincia para que implemente un plan de asistencia integral a los niños indicados en el pto. 2 de la presente sentencia y a su familia biológica, en los términos de los arts. 5 y 7 , ley 26061, en forma inmediata, debiendo informar al tribunal en un plazo no mayor de treinta días las medidas adoptadas y bajo apercibimiento de ley".

iii) Por último veamos este caso (26) . Las actuaciones se habían iniciado como una prevención sobre la familia al haber tomado conocimiento el Juzgado de Menores de que un hijo de M. T. A. había nacido en el Hospital Aurelio Crespo, y que "se encontraría en situación de riesgo en razón de que la familia viviría en condiciones de extrema pobreza, no reuniendo la vivienda mínimas condiciones para la permanencia del niño...".

El informe de la trabajadora social realizado ese mismo día dijo que se encontraba ante un grupo familiar de alto riesgo, precisando claramente los indicadores que encontró como: "Desidia dejadez; necesidades básicas insatisfechas. Menor recién nacido que no recibe la alimentación necesaria para su sobrevivencia. Menores que darían la impresión de desnutridos. Falta de higiene ambiental. Menores sin la documentación correspondiente. Menor recién nacido no inscripto".

La jueza de menores otorga la guarda de la niña a un matrimonio. Los padres apelan y piden la restitución de su hija. La sustancia del agravio, entre otras consideraciones, radica en que el tribunal "ha considerado que los hijos de padres pobres deben ser separados de ellos y entregados en adopción a quienes puedan darle mejor vida, de donde ha partido el andamiaje judicial encargándose a una trabajadora social y psicóloga... realizaran una inspección ocular y/o una encuesta ambiental en casa de la familia donde el tribunal se había enterado [de] que había niños en peligro; que allí comenzó la tarea de internarlos en el Hospital Aurelio Crespo para que ellos sean asistidos a los fines de reponerse de una segura desnutrición que poseían debido a que los padres no pueden alimentarlos y viven en condiciones poco dignas; que nadie los ilustró acerca de cómo se debe planificar una familia y que es cierto que padecen de falta de trabajo en forma total viviendo de changas". Puntualizaron que "básicamente el auto apelado se apoya en ello y que nunca podrán tener lo que se le exige puesto que donde se encuentra su rancho es tierra de terceros, no tienen agua, no tienen luz eléctrica, no hay calle abierta, no tienen baño, pero que trabajan, que tienen derecho constitucional de tener una familia, de criar a sus hijos, de educarlos". Sostuvieron que "la jueza de menores debió intimar formalmente a los organismos correspondientes a que protejan a las familias cuyos hijos van a ser sacados del seno familiar".

La Cámara revocó el fallo de 1ª instancia con los siguientes argumentos: "Un niño no puede ser entregado en guarda, privándolo así de su derecho fundamental a la familia y a la identidad, si no consta una situación extrema que haya menoscabado sus derechos fundamentales para que proceda el retiro del menor del seno familiar". El proveído dijo la Cámara "que decide la guarda judicial de un menor no puede carecer de fundamento o ser éste tan escaso que lleve ínsita la arbitrariedad del acto jurisdiccional... La aplicación de criterios tutelares no tiene por qué contradecir la consideración del niño como un verdadero sujeto de derecho". Se destaca en el pronunciamiento de la Cámara que "no surge de las constancias de autos que la vida de la menor haya estado en estado de riesgo o peligro inminente de muerte, sometida a malos tratos o abusos sexuales, ni víctima de grave abandono moral o material". Por el contrario, la sentencia subraya una serie de elementos positivos a favor de los padres biológicos que constan en los informes elaborados por el "equipo técnico", afirmando que "la mención de la falta de condiciones materiales y económicas (léase pobreza) para su crianza y educación deslizadas en el acta de entrega de la menor en guarda no pueden ser considerados causa suficiente para privar a un niño de su derecho natural y fundamental a la familia y a la identidad consagrado por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por ley 23849 (LA 1990 C 2689), incorporada luego a la Constitución Nacional con la reforma de 1994 en el art. 75 , inc. 22". Por último, se declara la nulidad del fallo del inferior y se ordena la restitución inmediata de la niña a sus progenitores. Finaliza la sentencia de la Cámara con la siguiente recomendación: "A propósito de este caso deberían los organismos competentes arbitrar los medios a su alcance para evitar estas situaciones sociales, económicas y culturales, actuando de acuerdo con su propia competencia porque, siguiendo las palabras de Juan Pablo II ante la CEPAL en 1987 `Los pobres no pueden esperar`".

5. Las facultades judiciales

Frente a un escenario como el descrito, o sea, familias que carecen de recursos para criar a sus hijos y a las que el Poder Administrador no provee de los medios para que puedan cuidarlos, la opción legítima que les cabe a los jueces consiste en ordenar a los organismos estatales competentes su inclusión en los programas sociales, de acuerdo con lo previsto en la CDN (27) , que impone al Estado la prestación de asistencia apropiada a los padres (art. 18.2), proporcionándoles apoyo material, particularmente respecto de la nutrición, el vestuario y la vivienda (art. 27.3). En suma, es la

Constitución la que obliga al Poder Judicial a ordenar una acción positiva en amparo de los derechos conculcados.

Veamos algunos casos donde se ha seguido esta vía que previene la institucionalización de los niños por razones de pobreza.

i) En uno de los primeros fallos en los cuales se plantean las facultades judiciales frente a una situación de carencia económica de la familia para criar a sus hijos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso de una mujer que interpuso un recurso de amparo para que se le proveyera alimentación, atención de la salud y educación de sus ocho hijos, rechazó el amparo por mayoría, y uno de sus fundamentos esenciales fue que "no se podía transferir a las autoridades públicas el otorgamiento de una obligación que tiene su origen en el parentesco". Agregó el pronunciamiento, por otra parte, que "La demandante debe acudir al ámbito de administración de los planes asistenciales del Estado" (28) . Sin embargo, ya en dicha oportunidad la minoría consideró que "no era posible negar frente a un caso concreto el efectivo reconocimiento de los derechos humanos. Ello, por cuanto no se está requiriendo medidas de gobierno de alcance general, sino sólo aquellas que, a juicio de los peticionarios, darían satisfacción a sus derechos. Debe preservarse la efectiva operatividad de los derechos humanos constitucionalmente consagrados".

ii) La Corte Suprema, en su composición actual, ha tenido una respuesta distinta de la anterior frente a un problema similar. Se presenta un padre en representación de sus cinco hijos e inicia acción de amparo ante el Juzgado Federal n. 2 de La Plata versus el Estado Nacional, Ministerio de Salud y Acción Social, la provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, a fin de que se disponga el cese de las acciones y omisiones que hacen que sus hijos padezcan un grave estado de desnutrición, y que se lleven a cabo las medidas necesarias para superarlo, bajo el control directo y efectivo de la autoridades pertinentes. El juzgado se declara incompetente por ser partes el Estado Nacional y la provincia de Buenos Aires y ordena su remisión a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Corte decide: A) Hacer lugar a la medida cautelar y, en consecuencia, ordenar a la provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes que provea a los niños los alimentos necesarios para asegurar una dieta que cubra sus necesidades nutricionales básicas y se realicen controles sobre la evolución de la salud, en un plazo de cinco días (29) . En igual sentido se expidió el máximo tribunal federal en el fallo "Rodríguez, Karina V. v. Estado Nacional y otros" , del 7/3/2006 (30) .

iii) Recordamos, igualmente, el fallo del Superior Tribunal de Entre Ríos en que se hizo efectiva la responsabilidad del Estado poniendo a su cargo una prestación concreta para cubrir la alimentación de los niños, con intermediación de un supermercado que debía proveer la mercadería. El fallo fijó el plazo de treinta días como máximo para que se incorpore a la familia en algún programa laboral o alimentario (31). En uno de los votos se dijo que "ante el peligro real o inminente debe virilmente adoptar las medidas conducentes para revertir, en la medida de lo posible, el problema traído, ejercitando con toda su autoridad la potestad que la Constitución le confirió para preservar las libertades fundamentales de la población".

iv) En esta misma línea de pensamiento, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, con fecha 28/3/2006, por mayoría, confirmó el fallo del juez de primera instancia que hizo lugar al recurso de amparo interpuesto por una madre por sí y en representación de sus hijos menores de edad contra las autoridades públicas provinciales por omisión e incumplimiento de diversas normas de naturaleza constitucional. Expuso la actora que se hallaban lesionados sus derechos y los de sus hijos a la vida y a la salud por carecer de alimentos, medicamentos, vestimenta y vivienda. Reclamó que la provincia de Buenos Aires le provea los medios necesarios para la asistencia integral de los niños y pidió, asimismo, la provisión laboral para sí. El juez hizo lugar a la acción de amparo, aun cuando con distinto alcance a lo peticionado, y condenó al Estado provincial para que de manera inmediata proceda a través de sus dependencias, reparticiones u organismos pertinentes a proveer a la actora y a los niños la cobertura médica y tratamientos que se requieran, "dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias que posean los establecimientos asistenciales provinciales". Ordenó, asimismo, proveer de alimentos a la actora, ayuda económica de acuerdo con las normas provinciales que se citan y una beca a uno de los niños, a fin de que pueda insertarse en el sistema educativo. Es de interés mencionar brevemente algunos argumentos que se expresan en los votos de los jueces, apoyando la confirmación de la sentencia del a quo. De esta manera, el Dr. Spacarotel puntualiza que "no se trata de abordar el tratamiento de juicios generales de las actuaciones cuyo gobierno no le está encomendado...", sino, por el contrario, de analizar si en el caso sometido a juzgamiento ocurre "...un acto hecho u omisión de los poderes públicos que lesione, restrinja o altere con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos y garantías invocados por la peticionante". Al respecto, la Dra. Milanta insiste en su voto en que "lo resuelto en la causa no es otra cosa que someter a supervisión judicial la

vigencia y la observancia de las normas operativas y de los programas existentes para encausar la solución del problema de falta de medios de subsistencia de los amparistas, respetando la potestad de selección que el Poder Administrador le incumbiere entre las alternativas previstas, pero no de cualquier modo, sino de aquel que posibilite la mayor efectividad de la tutela de los derechos...".

En apoyo de esta postura el fallo cita el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde se sostiene que "las prestaciones sociales son disciplinadas por normas jurídicas, de modo que la revisión judicial se limita a verificar el cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas establecidas por aquellas normas, y en caso de incumplimiento, a ordenar su remedio, sin que esto importe violación alguna de la división de poderes" (32) .

iv) Asimismo, resulta oportuno mencionar el caso de una medida cautelar solicitada por un hombre que fue embestido por un automóvil y quedó cuadripléjico para que se cubran los gastos de rehabilitación de su salud y se fije el pago de una suma equivalente a una canasta básica para sí y su grupo familiar. La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en fallo del 12/7/2006, no hace lugar a la medida, pero dispone "que el Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires, por intermedio del organismo correspondiente, tome conocimiento de la situación integral y en caso de constatar la necesidad de acciones positivas, arbitre los medios de protección que garanticen la satisfacción de las necesidades básicas y de rehabilitación que el caso impone". Si bien no ordena acciones positivas, advierte a los organismos administrativos acerca de la necesidad de implementarlas en caso de ser necesario. En sus considerandos sienta la siguiente doctrina: "De acuerdo con la reforma constitucional el Estado asume un rol activo y debe realizar prestaciones de hacer. El Poder Judicial no debe tener funciones propias de las políticas sociales, quedando reservada la garantía ante el incumplimiento de los programas de inclusión. El Poder Judicial está facultado a impulsar la efectividad de los derechos sociales, protección de la familia, derecho de los niños, integración de la persona con discapacidad".

En suma, se percibe una mayor energía de la sociedad civil en presentar acciones de amparo dirigidas a que el Estado cumpla con el deber subsidiario de proporcionar alimentos a los niños (33) y, además, asistencia médica (34) .

6. ¿Falta de recursos económicos por parte del Estado?

Sagüés señala que el Estado sólo podría eludir su responsabilidad si demuestra que se encuentra en una situación de imposibilidad material o racional de cumplir la Constitución. No sería suficiente con sostener que "debe cumplir con tal derecho en la medida de lo posible". Para convertir al derecho escrito en un "derecho imposible" debería pasar la omisión por el control de constitucionalidad para determinar su grado de razonabilidad (35) . Si se nos dice que el Estado no tiene dinero para pagar tales ayudas y subsidios, podemos responder, con las palabras de Mosset Iturraspe, que el Estado debe "saber invertir o gastar", y si lo hace mal o equivocadamente hay una responsabilidad. Son las normas de la Constitución las orientadoras respecto de las necesidades que el Estado debe atender prioritariamente (36) , a más de la prelación que se asigna a los derechos de la infancia en la mayor parte de los textos legales, y entre ellos, el art. 5 , ley 26061, ya nombrado.

Recordemos, por otra parte, que entre los objetivos propuestos en la acción de la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia (decreto ley 416/2006, planilla anexa al art. 2) se menciona: "...m) Gestionar, juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, la obtención de recursos financieros nacionales e internacionales para la efectivización de las políticas públicas de niñez, adolescencia y familia; n) Efectivizar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia la transferencia de los fondos a los Estados provinciales para la financiación de dichas políticas; o) Organizar un sistema de información único y descentralizado que incluya indicadores para el monitoreo, evaluación y control de las políticas y programas de niñez, adolescencia y familia;... r) Asignar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia los recursos públicos para la formulación y ejecución de las políticas previstas en el Plan Nacional de Acción; s) Establecer en coordinación con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes".

El Estado no podría argumentar que no tiene disponibilidades financieras para apoyar a las familias, pues de la información recogida surge que se invierten cuantiosos fondos para mantener a los niños institucionalizados. De

esta manera, Dubaniewicz nos informa que de la Casa de Admisión de la provincia de Buenos Aires son derivados bebés, niños y adolescentes a alguno de los veintinueve institutos asistenciales de la provincia o a alguna de las 249 ONGs. Estas instituciones reciben aproximadamente \$ 500 por niño, y según la complejidad de la prestación que se realice, el monto por niño puede alcanzar a los \$ 2800 promedio, que incluye el subsidio que se otorga a la institución privada y los gastos que realiza la provincia en estructura edilicia, administración, equipos técnicos y de salud, docentes y otras erogaciones (37) .

Otra información periodística nos dice que el gobierno de la provincia de Buenos Aires en el año 2004 desembolsaba \$ 422 mensuales por chico a las ONG que asisten a niños y entre \$ 1500 y 3000 mensuales por cada chico discapacitado o adicto. Por año la provincia de Buenos Aires se agrega gasta \$ 28 millones en pagos a las instituciones privadas y 16 millones en los institutos propios: son 44 millones, a los que habría que sumar otros subsidios, apoyos y partidas especiales (38) .

En la Capital Federal, según la misma fuente periodística, habría 222 familias sustitutas contratadas por el ex Consejo Nacional del Menor y la Familia que tenían 831 niños bajo su cuidado. Las familias que se anotaban recibían un subsidio de \$ 400 pesos por chico, que se ampliaba a \$ 550 si tenían problemas de salud (39) .

Es fácil evaluar que estas inversiones sustentan un sistema que claramente contradice el derecho de los niños a vivir con su familia de origen. Si estas estimaciones son exactas, nunca podrá alegarse que no hay recursos materiales para solventar un apoyo económico a la familia y evitar la internación del niño.

Podemos concluir, pues, que si el Estado no proporciona apoyo a los padres ante su situación de desamparo y no implementa las políticas, programas y asistencia apropiadas a la familia (art. 5 , ley 26061), apartándose al niño de su hogar, es responsable por los daños y menoscabos que deriven de tales omisiones, pues de esta manera se vulnera el derecho del hijo a no ser separado de sus padres, su derecho a ser cuidado por ellos y preservar las relaciones familiares (arts. 7 , 8 y 9 , CDN. [LA 1994 B 1689]).

b) Cuando no se adoptan acciones que posibiliten modificar la disfunción familiar antes de decidir la institucionalización del niño

La segunda situación que puede plantearse es cuando frente a deficiencias en el ejercicio de la autoridad parental capaz de vulnerar los derechos del hijo, el Estado coloca al niño bajo la tutela estatal con la finalidad de protegerlo. En este supuesto puede darse también una responsabilidad del Estado si antes de decidir una acción tan extrema como es la institucionalización o su entrega a una familia cuidadora no se han intentado medidas que permitan superar la disfunción familiar sin retirar al niño de su hogar. Vale la pena mencionar la propia fundamentación del Subprograma de Acompañamiento para el Maternaje del Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del año 2003, donde se ponía como objetivo "reducir al mínimo los daños ocasionados en las familias por las intervenciones institucionales y que esta posibilidad in situ es importante tanto para el niño como para la familia, ya que el desarraigo del medio social y de los vínculos primarios produce desajustes y pérdida de la propia identidad y provoca una nueva crisis en el grupo familiar que se suma a las dificultades existentes" (40) . La separación producida por la institucionalización agregaba en su fundamentación "crea en los sujetos una inversión de la realidad social, en la que se ven desprovistos de un lugar de pertenencia...". De esta manera se proyectan en el programa medidas como operadores familiares para realizar el seguimiento de las familias en crisis o situación de riesgo social, brindar herramientas a las familias sobre estimulación temprana o incluirlas en redes sociales de contención.

La ley nacional 26061 ha reemplazado las acciones fundadas en la idea de que se debe "salvar al niño del peligro" por una estrategia que busca fortalecer los propios recursos de la familia, criterio que aun cuando requiere mayor dedicación y control, es el más favorable para el desarrollo del niño. Con esta finalidad, el art. 37 prevé una serie de medidas de protección que deben implementarse, según los casos, como paso previo a las medidas excepcionales. El art. 35 expresamente establece que "se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes" (41) .

Naturalmente que es necesario tener cuidado de no aplicar mecánicamente la consigna y evaluar la situación de riesgo mediante diagnósticos serios por especialistas capacitados. Por ejemplo, en los casos de maltrato infantil la

probabilidad de que se repita la conducta abusiva depende de una serie de indicadores, entre los que podemos mencionar la historia y características del agresor, su disponibilidad para el cambio, su grado de afecto hacia el hijo, la presencia de factores desencadenantes como la droga, el alcohol o problemas psicológicos productores de descontrol. Por cierto que siempre debe tenerse presente que la primera alternativa en estos casos es "la exclusión del hogar de aquella persona que causare el daño" (art. 39 , ley 26061) (42) .

c) Cuando frente a la necesidad de apartar al niño o adolescente de su hogar se decide su internación, omitiéndose tomar en cuenta otras opciones más beneficiosas

De acuerdo con el mencionado decreto 416/2006 , cuando hablamos de familia no sólo comprendemos al "al grupo familiar de origen" sino también a la "familia ampliada", o incluso al "medio familiar comunitario", es decir, "otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección" (art. 7). De esta manera, se ha entendido que dentro de esta calificación podemos incluir al vecino, amigo, maestro u otras personas que tengan con el niño una relación interpersonal importante (43) .

Al mismo tiempo, el art. 41 , inc. a, ley 26061 establece que en el caso de tener que adoptar una medida excepcional, o sea, separar al niño de su familia, debe considerarse la "permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos", lo que implica "la búsqueda e individualización de personas vinculada a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes..." .

Por consiguiente, cuando los organismos del Estado se comprometen a asegurar políticas, programas y asistencia para que la familia pueda cumplir con su responsabilidad, el concepto familia debe ser comprendido en un sentido amplio y flexible (44) . Esto significa que también incurre en responsabilidad el Estado, con el consiguiente derecho a reclamar daños y perjuicios, si se ha omitido considerar la inserción del niño o adolescente en estos núcleos prestándoles la ayuda que fuere necesaria. Por cierto que no

debemos olvidar que, como consecuencia de la imprescindible participación activa del niño o adolescente en el proceso, debe ser informado no sólo de la naturaleza de la medida que se va a adoptar respecto de su persona (45) , sino que también implica su intervención en la definición de las alternativas de convivencia, debiendo tenerse en cuenta su pensamiento al momento de tomar la decisión.

d) Cuando no se respeta la temporalidad en los casos de integración del niño o adolescente a grupos convivenciales alternativos

El art. 41 , inc. b, ley 26061 establece, como una medida excepcional, la integración del niño o adolescente a "grupos convivenciales alternativos", que también reciben otras denominaciones como "familias acogedoras", "familias cuidadoras", "pequeños hogares" u "hogares de tránsito". Al respecto, dicho precepto puntualiza que estamos frente a una medida extrema que debe adoptarse de manera "subsidiaria y por el más breve lapso posible", "debiéndose propiciar a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario". Como vemos, se trata esencialmente de un sistema temporal que permite el cuidado del niño o adolescente hasta su reintegro al grupo familiar, y en caso de no ser posible, una vez agotadas todas las acciones destinadas a su retorno, definir una filiación adoptiva.

Por otra parte, el art. 39 reitera que estas medidas excepcionales "son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen". La reglamentación del mencionado precepto establece que el plazo "en ningún caso podrá exceder los 90 días de duración y deberá quedar claramente consignado al adoptarse la medida excepcional". Al mismo tiempo se preceptúa que "en aquellos casos en que persistan las causas que dieron origen a la medida excepcional, deberá fijarse un nuevo plazo de duración, mediante acto fundado, el que deberá ser notificado a todas las partes".

Por lo tanto, también incurren en responsabilidad el Estado y los funcionarios que omitan en su quehacer el cumplimiento de tales exigencias en cuanto al plazo máximo y la debida fundamentación de su extensión. Igualmente, es responsable por los daños ocasionados no sólo cuando la permanencia del niño en la internación excede el término fijado, sino también cuando para fijar la medida no se sigue el procedimiento establecido en la ley (art. 40 , ley

26061) y se incumple la notificación de la medida a la autoridad judicial en el término señalado.

e) Desnaturalización de los programas de guardas temporarias y demora en la entrega de guardas preadoptivas

Mantener al niño internado en una situación indefinida es otra situación que daría lugar a la responsabilidad del Estado y a la reparación por los daños ocasionados. Es decir, cuando estamos frente a un comportamiento institucional pasivo que no procure la reinserción del niño en su familia de origen ni tampoco promueva o agilice los procedimientos de adopción.

Esto significa que, a más de fijar un plazo preciso de la guarda temporaria del niño, deberán llevarse a cabo las acciones que se requieran para encaminar el retorno del niño a su hogar: diagnósticos especializados, seguimiento del caso, construcción de redes de apoyo y diversas estrategias destinadas a generar en la familia recursos propios que le permitan resolver sus dificultades de crianza.

Empero, lamentablemente, la experiencia ha demostrado que, hasta ahora, estos criterios se aplican poco y de manera errónea en la gestión institucional. De esta manera las guardas temporarias se prolongan en el tiempo, circunstancia que afecta doblemente al niño. Por una parte se lo mantiene institucionalizado. Por la otra se producen situaciones conflictivas cuando después de pasar varios años junto a la familia acogedora se pretende darlo en guarda preadoptiva.

Al respecto reproduzco algunas reflexiones elocuentes de Aída Kemelmajer de Carlucci en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza (46) que confirman las consecuencias perniciosas de esta actuación de los organismos del Estado. Señala "que los niños que ingresan en programas pensados para contención temporaria permanecen por tiempo indefinido junto a familias que crean vínculos muy distintos a los pensados para el sistema". Afirma con referencia al caso fallado que nada justificaba que no se hubiera entregado a los niños, a los pocos meses de estar en el programa, a una familia inscripta en el Registro de Adoptantes. Esta situación, subraya, provoca dos consecuencias: en el mejor de los casos, la familia cuidadora estrecha vínculos con el niño y piensa en adoptarlo. En el

peor de los casos, "se toma al niño como rehén, pues la salida supone la privación de un ingreso para el resto del grupo familiar". En lo institucional esto significa hacer lugar a la adopción "comenzada a través de una guarda lucrativa y de esta manera se debilita el sistema instrumentado desde el Poder Judicial...", "cuyo propósito es que a través de una celosa selección, el niño encuentre la mejor familia posible".

Distintas voces han criticado esta situación e insisten en la necesidad de fijar plazos para llegar a la decisión de restituir el niño a su familia o, en su defecto, declarar el estado de adoptabilidad (47) . Defienden el mismo criterio varios informantes claves entrevistados por Marisa Herrera en la investigación exploratoria (48) . Uno de ellos dice: "Fijar plazos legales para que los menores no sean `depositados' y `olvidados' en institutos, hogares sustitutos, amas externas, etc., y favorecer en el menor tiempo posible su reintegro a sus hogares de origen". En esta misma línea, otra entrevistada al preguntársele sobre los programas o instituciones de ubicaciones transitorias alega: "Observamos que se encuentran desbordados, sin la adecuada supervisión de profesionales y que los niños quedan mucho tiempo allí sin que los juzgados resuelvan su situación". Y agrega: "También pensamos que debería haber una selección más cuidada de quienes desempeñan dicha función ya que muchas veces los niños están expuestos a familias transitorias con dificultades psicológicas o familiares severas... es muy común que dichas familias luego de un tiempo y frente a la ausencia del Estado se `apropien' del niño dificultando una salida propicia y adecuada para el niño".

En suma, la ambigua e imprecisa permanencia del niño bajo las guardas temporales, la falta de actividad para posibilitar su retorno a la familia de origen y, en caso de no ser factible, el desinterés por promover la adopción del niño, la inadecuada selección de las familias guardadoras y el deficiente control de su actuación, con el riesgo de que se produzcan acciones que lesionen los derechos del niño o adolescente, constituyen todas ellas circunstancias pasibles de causar un menoscabo moral y material al niño o adolescente, al frustrarle un proyecto de vida basado en una vida familiar estable. Como ha afirmado María Ester Benchuya, jefa del Departamento de Adopciones del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, el niño debe tener una familia definitiva, un lugar suyo al cual pertenezca, donde tenga un estatuto de hijo (49) .

f) Inadecuado control estatal de los establecimientos de internación

www.afamse.org.ar

julio 2009

El informe del Ministerio de Justicia, varias veces citado, señala que en el año 2005 funcionaban para la internación de niños y adolescentes 91 establecimientos para causas penales, 642 para causas no penales y 18 para ambos tipos de causas. Este dato revela que el 84% de los establecimientos están destinados a niños o adolescentes internados por causas asistenciales. Es decir, se pone de manifiesto como destaca el documento que las respuestas desde las políticas públicas ante situaciones de carencia socioeconómica, o cuando el niño es víctima del abandono, abuso o se encuentra en una situación de riesgo, se orientan a la institucionalización de los niños o adolescentes antes que a otro tipo de acciones encaminadas al restablecimiento de sus derechos. Por otra parte, el documento señala que un alto porcentaje de establecimientos pertenece a la sociedad civil (54,6%), razón por la cual es indispensable una tarea de monitoreo, evaluación y fiscalización por parte de los Estados locales.

Una vez más debemos acudir a los datos que nos proporciona la investigación realizada por Marisa Herrera sobre niños y adolescentes institucionalizados. Se trata de 67 informes sociales o psicológicos que involucran a su vez a un total de 60 niños y/o jóvenes. La muestra está integrada por un total de ocho organizaciones que representan una diversidad de hogares y configuran un amplio espectro de modos de intervención (50) . De la lectura de tales informes se desprende que no quedan registrados datos relevantes, a tal punto que en muchos de ellos no se puede saber de manera precisa el tiempo durante el que los niños se encuentran en la institución.

Sobre este aspecto resulta importante tener presentes las directivas contenidas en el decreto 416/2006 , que regula la ley 26061 , cuando establece entre los objetivos a cumplir por la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia (planilla anexa al art. 2): "...h) Diseñar normas generales de funcionamiento y principios rectores que deberán cumplir las instituciones públicas o privadas de asistencia y protección de derechos de los sujetos de la ley 26061 ; i) Apoyar a las organizaciones no gubernamentales en la definición de sus objetivos institucionales hacia la promoción del ejercicio de derechos de las niñas, niños y adolescentes, y la prevención de su institucionalización;... l) Propiciar acciones de asistencia técnica y capacitación a organismos provinciales y municipales y agentes comunitarios participantes en servicios de atención directa o en el desarrollo de los procesos de transformación institucional".

Por lo tanto, el Estado incurre igualmente en responsabilidad si no ejerce un adecuado control de las instituciones para determinar si respetan las directivas legales. En estos casos no sólo son posibles de acciones resarcitorias las instituciones, por los perjuicios que han sufrido los niños o adolescentes internados, sino también los organismos del Estado por omitir el deber de vigilancia que garantice sus derechos humanos y desatender las exigencias impuestas por las normas que acabamos de citar. Otra cuestión a tener en cuenta como se ha subrayado es la obligación del Estado de evitar, en la medida de lo posible, la separación de los hermanos en los casos en que se adopta como medida excepcional el ingreso de los niños o adolescentes en hogares convivenciales o programas de acogimiento familiar.

VI. LOS OBSTÁCULOS EN EL PROCESO PARA EL LOGRO DE LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Desde distintos ámbitos se advierte que una variedad de intereses sectoriales, en especial los económicos, pueden trabar la intención de desmontar un sistema orientado hacia la institucionalización de los niños y adolescentes y crear otro nuevo que tenga como norte central respetar el derecho del niño a vivir en una familia, ya sea en la familia de origen o, si ello no es posible, en una familia adoptiva.

"Esta ley va a ser muy resistida. Hay una resistencia cultural, porque todos nacimos en nuestra actividad profesional con el Patronato" dice **Marcelo Jalil**, defensor de menores (51) . Al mismo tiempo aparece la preocupación de que "institutos, pequeños hogares, amas externas, ONGs de dudosa procedencia forman un sistema que factura, y desmantelarlo va a generar resistencias". Alejandro Molina ex defensor de menores ante las Cámaras Nacionales en lo Civil, Comercial y Laboral expresa de modo contundente: "Es imprescindible desarmar la estructura de instituciones, pero no es fácil: tienen mucho personal y hay intereses y hasta problemas gremiales de quienes ven peligrar su fuente de trabajo" (52) .

La nueva perspectiva en la protección de la infancia impone otras prácticas que requerirán tiempo y experimentación. Para neutralizar la posibles obstrucciones denunciadas no queda otro camino que una férrea vigilancia

del acatamiento a la ley, o sea, procurar la permanencia del niño en su familia de origen, o "dentro de la familia ampliada o con otros miembros de la comunidad ya vinculados con él". Sólo en casos excepcionales podrá recurrirse a otras formas de convivencia, como hogares convivenciales o programas de acogimiento familiar.

Por lo tanto, los jueces en esta nueva perspectiva tendrán una doble misión: por un lado, supervisar y evaluar con cuidado si procede la medida "excepcional" que decida el Poder Administrativo, o sea, la separación al niño de su núcleo familiar; por el otro, cuando frente al caso concreto los poderes políticos no den las respuestas necesarias tendientes a la asistencia de las familias en sus diversos contenidos, ordenar a los órganos que correspondan el respeto por la normativa constitucional e infraconstitucional. Las palabras de Mirta Ilundain (53) confirman esta prerrogativa: "...la justicia va a tener que exigir que el Poder Administrador dé respuestas con programas, servicios y recursos para que los chicos no queden en un estado de indefensión absoluto" (54) .

Por cierto, es indudable que el acogimiento temporal del niño por una familia puede ser imprescindible en determinados casos pero requiere un monitoreo y control constante que garantice al niño la vinculación con su grupo familiar, objetivo que implica poner en marcha de manera concomitante las acciones tendientes a reparar los aspectos conflictivos. En este sentido se ha reconocido la necesidad de una conveniente selección de la familia o institución acogedora que aspire a prestar un servicio a la comunidad, más que a lograr beneficios propios.

VII. CONCLUSIONES

El Estado es responsable por las acciones u omisiones de los funcionarios u organismos públicos y la condigna reparación por los daños y perjuicios ocasionados, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la causa de la institucionalización es la pobreza de los padres al no cumplir con los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño que impone al Estado la prestación de asistencia apropiada a los padres para poder criar y educar a sus hijos (arts. 18.2 y 27.3). En este sentido, razona Gabriel Lerner, director nacional de Derechos y Programas de la Secretaría www.afamse.org.ar

Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (CONNAF.), "...el cambio en marcha requiere, necesariamente, de fondos que aseguren que los programas sociales reemplacen el viejo recurso de la intervención judicial con derivación a un instituto" (55) .

b) Cuando en los casos de dificultades y deficiencias en la crianza del niño se toma la medida extrema de su institucionalización antes de agotar todos los recursos destinados a modificar la disfunción familiar sin separar al niño de su familia (arts. 9.1 y 18.2 , CDN.).

c) Cuando por omisiones, negligencias, inadecuados diagnósticos o falta de seguimiento de los casos, el acogimiento temporario del niño se prolonga indebidamente sin definir su situación definitiva, ya sea su reintegro a la familia biológica o su entrega en guarda preadoptiva.

En todos los casos deberán estar presentes los presupuestos de la responsabilidad: i) el daño; ii) la relación de causalidad entre el hecho y la consecuencia dañosa; iii) la antijuridicidad, o sea, la acción u omisión violatoria de un derecho; y iv) el factor de atribución.

Para finalizar, es preciso tener presente que es insuficiente resolver la responsabilidad del Estado mediante resarcimientos, sino que son indispensables acciones preventivas destinadas a la promoción y protección integral del niño, entre las que podemos mencionar (56) : a) políticas universales (trabajo, salud, educación, vivienda, debidamente planificadas y financiadas; b) diseño de estrategias de revinculación familiar específicas para cada caso concreto a partir de diagnósticos que evalúen de modo idóneo las potencialidades de la familia y los seguimientos que necesariamente requieren operadores capacitados; c) desarrollo de programas de carácter voluntario para jóvenes y adolescentes que fortalezcan su autonomía personal y los ayude a avanzar en la formación de sus proyectos de vida (57) ; d) coordinación institucional (58) ; e) creación de un banco de datos de carácter nacional con el registro obligatorio de todos los niños o adolescentes internados en institutos estatales o derivados a ONGs, amas externas o familias acogedoras, con información sobre el tiempo que residen en dichos lugares y las medidas adoptadas para el apoyo, asistencia o revinculación con su familia de origen o familia ampliada (59) ; y f) formación y actualización permanente de los jueces, funcionarios, técnicos y profesionales especializados en niñez, adolescencia y familia.

Termino con la certeza de que afirmar la responsabilidad del Estado y sus distintas consecuencias es una buena manera de proclamar el derecho de la ciudadanía a una gestión pública eficiente basada en el nuevo modelo de protección de la infancia y adolescencia. No es suficiente la creación normativa si no se concreta en políticas públicas y prácticas institucionales, pues de nada sirve recitar los derechos de los niños o adolescentes y los discursos encendidos en su defensa si a la hora de la acción no sólo se los olvida, sino que incluso se los priva desde el Estado de sus derechos fundamentales. Cuando los derechos humanos sólo se proclaman, comienzan a debilitarse y sólo se puede restaurar su fuerza por la acción de la justicia. Como decía Mosset Iturraspe, "el Estado no puede reclamar privilegios, sino que, por el contrario, su actividad debe ser ejemplar" (60) . Y yo me pregunto si será posible un amanecer en el cual los jueces y defensores no se sigan interrogando de este modo: "¿Qué hago con una familia de chicos desnutridos y una madre que no los puede contener, que sé que se me pueden morir? ¿Tengo que pedir recursos? Y si no los tienen o no los dan, ¿mandarlos a un hogar?" (61) . Creo que es posible un nuevo despertar si los poderes políticos cumplen con la palabra empeñada y acompañan a las familias y a la sociedad civil en este proceso de recuperación de los derechos humanos de niños y adolescentes desvalidos o en situaciones críticas. Como decía Andrés Rivera: "...futuro, esa palabra que cobija la fugaz nobleza de los sueños del hombre".

NOTAS:

(*) Savoia, Claudio, "Chicos internados: trama de intereses y denuncias", diario Clarín del 21/11/2004, supl. Zona.

(1) .

(2) Son niños enviados a esta Casa de Admisión por los Juzgados para su evaluación y posterior disposición (Dubaniewicz, Ana M., "La internación de menores como privación de libertad", Ed. Dunken, 2006, p. 16).

(3) El 2/9/1994 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado paraguayo al pago de indemnizaciones a niños y adolescentes internados en un lugar de detención denominado "Panchito López" por los malos tratos que padecieron en dicho lugar y a la realización de actos www.afamse.org.ar

públicos de reconocimiento de su responsabilidad por los hechos ocurridos. El texto completo del fallo y su comentario pueden verse en Justicia y Derechos del Niño, n. 7, Unicef, 2005, p. 117.

(4) Dubaniewicz, Ana M., "La internación de menores..." cit., p. 21 y ss.

(5) Burgués, Marisol B. y Lerner, Gabriel, "Alcances, límites y delimitaciones de la reglamentación de la ley 26061 . Desafíos pendientes", JA 2006 III 270.

(6) .

(7) Abramovich, Víctor, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política" [J 0003/012634], JA 2006 II 1177.

(8) Corte Sup., 4/5/1995, LL 1996 D 80.

(9) Resulta particularmente interesante la Constitución de Chubut (LA 1994 C 4034), que recoge la doctrina de los organismos internacionales al afirmar no sólo la responsabilidad del funcionario o magistrado que ordene, consienta o instigue la violación de los derechos humanos, sino también "cuando omita tomar medidas y recaudos tendientes a su preservación" (art. 22); igual criterio adopta la Constitución de Córdoba (LA 1988 A 799) (art. 25).

(10) Publicado en Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, Causa Justa, Fundación Derechos, n. 1, agosto de 2002, p. 65 y ss.

(11) La investigación se realizó entre agosto y septiembre de 2005.

(12) Cuando hablamos de niños incluimos a niñas y adolescentes.

(13) Savoia, Claudio, "Chicos internados..." cit.

(14) Íd.

(15) Ibíd.

(16) .

(17) Diario Clarín del 21/5/2005.

(18) Diario Clarín del 29/11/2006.

(19) .

(20) Ver al respecto los datos recogidos en una investigación de campo realizada por Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad en la adopción" (en prensa).

(21) Sup. Corte Bs. As., 23/12/2003, JA 2005 II 287 , con nota de Bacigalupo de Girard, María, Famá, María V. y Herrera, Marisa.

(22) Del voto del Dr. De Lázzari en el fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires del 23/12/2003.

(23) C. Civ. y Com. Corrientes, n. 4, 23/8/2006.

(24) En el caso las actuaciones se inician por un informe de especialistas del Hospital Pediátrico, en razón de la llegada a dicho centro de salud de las niñas en estado de desnutrición y supuesto abandono.

(25) "Art. 5. Responsabilidad gubernamental. 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".

(26) C. Civ. Com. Trab. y Familia Cruz del Eje, 14/6/2000, LL Córdoba 2001 331.

(27) Siglas de la Convención sobre los Derechos del Niño.

(28) Corte Sup., 12/3/2002, JA 2002 IV 466 .

(29) 30 amparos se piensan presentar a la Corte. El asunto llegó a los tribunales luego de que la Federación de Entidades de Fomento de Quilmes, junto con un pediatra y profesionales de un hospital de La Plata, realizaran un relevamiento en el barrio y revisaran a 208 chicos, muchos de los cuales se hallaban desnutridos. Los casos se agravaron cuando cerraron los comedores escolares de la zona (diario La Nación del 25/5/2006).

(30) Publicado en Supl. Administrativo 2006 11, con nota de D'Argenio, Inés A.; DJ del 9/8/2006, p. 1027, con nota de Solari, Néstor E.; Supl. Constitucional 2006 27, con nota de Durante, Alfredo L.; DJ del 25/10/2006, p. 541, con nota de Fastman, Lisandro E.

(31) RDF, n. 25, 9/4/2003.

(32) Fallo de fecha 21/6/2001. Argumento contenido en los votos de los magistrados Alicia Ruiz y Julio Maier.

(33) Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., 11/3/2003, LL 2003 F 311. En el caso se acogió la medida y se resolvió que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires reincorpore en forma inmediata al grupo familiar con seis hijos menores al programa "Vale Ciudad", del cual habían sido excluidos. Se constató desnutrición de los niños. Se fundó en los arts. 4.1 y 19 , CADH. y 10.3 , PIDESC.

(34) Juzg. Nac. Seguridad Social, n. 6, 15/11/2004, elDial del 24/11/2004.

(35) Sagüés, Néstor P., "Estado social de Derecho y `derechos imposibles", JA 2005 II 3 .

(36) Mosset Iturraspe, Jorge, "Visión iusprivatística de la responsabilidad del Estado", en Responsabilidad del Estado, Revista de Daños, 2000, n. 9.

(37) Dubaniewicz, Ana M., "La internación de menores..." cit., p. 27.

(38) Savoia, Claudio, "Chicos internados..." cit.

(39) Ver el informe en diario Clarín del 21/10/2005.

(40) Resolución del 30/12/2003 del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia sobre Acogimiento Familiar.

(41) Un proyecto de ley que modifica sustancialmente el fuero de familia y de menores de la provincia de Buenos Aires (expte. A 20/06 07) establece en su art. 7 que "La internación y cualquier otra medida que signifique el alojamiento del niño en una institución pública, semipública o privada, cualquiera sea el nombre que se le asigne a tal medida y aun cuando sea provisional tendrá el carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundado" (eIDial del 19/12/2006).

(42) Grosman, Cecilia P., "El maltrato infantil en la familia: el encuentro entre lo público y lo privado", en Cadoche, Sara N., "Violencia familiar", Ed. Rubinzal Culzoni, 2002, p. 165.

(43) Ferrari, Lucía L., "Niños separados de sus padres. Otros grupos familiares. La nueva Ley argentina de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes". Abogada del Programa de Acogimiento Familiar Transitorio de Segunda Infancia y Adolescencia de la Dirección Nacional de Derechos y de Programas para la Niñez Adolescencia y la Familia, en Psicoanálisis y el Hospital, n. 30, noviembre de 2006.

(44) Burgués, Marisol B. y Lerner, Gabriel, "Alcances, límites y delimitaciones..." cit.

(45) Ferrari, Lucía L., "Niños separados de sus padres..." cit.

(46) Causa 74037, 25/11/2002, en Causa Justa, Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, noviembre de 2003, Mendoza.

(47) Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad en la adopción", en prensa; Casnati, Tristán, comentario al fallo dictado por la Sup. Corte Just. Mendoza, 25/11/2002, "Primera Asesoría de Menores e Incapaces en jº 6072, `M. J., J. R., M. F., L. A. y M. J. p/medida tutelar s/incidente casación", revista Justa Causa, año 2, n. 3, noviembre de 2003, Fundación Derechos, Mendoza, p. 24 y ss.

(48) Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad en la adopción" cit.

(49) .

(50) La investigación forma parte de la obra; Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad en la adopción" cit.

(51) De la entrevista al defensor de menores Marcelo Jalil, en la columna de Periodismo Social, "El derecho a expresarse, uno de los que debe garantizar el Estado a los chicos", noviembre de 2005, .

(52) Savoia, Claudio, "Chicos internados..." cit.

(53) Jueza a cargo del Juzgado Civil n. 38 con competencia en familia.

(54) .

(55) .

(56) Para un mayor desarrollo del tema ver Herrera, Marisa, "El derecho a la identidad en la adopción" cit.

(57) Mencionamos el sistema "sostén" que depende de la Procuración de la provincia de Buenos Aires, que les presta asistencia jurídica, médica, psicológica, casa y comida y una beca que va de 150 a 480 pesos, según los casos, destinada a su capacitación. Se les pone a su lado un adulto para que pueda acompañar sus decisiones y puedan aprender a vivir solos y armar su proyecto de vida. El programa fue creado hace 18 años, y se incluyeron en el mismo hasta el momento 1500 jóvenes (diario Clarín del 8/1/2006).

(58) El Comité de los Derechos del Niño, en su sesión del 9/10/2002, recomendó a la Argentina mejorar la coordinación entre los diversos mecanismos e instituciones que se ocupan de promover y proteger los derechos del niño.

(59) Marisa Herrera, quien se ha ocupado de proyectar diversas propuestas sobre las acciones a emprender, informa en la obra ya mencionada que el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a la Argentina que mejore su sistema de reunión de datos para que incluya, desagregándolas, todas las esferas abarcadas por la Convención, utilizar los indicadores y datos para formular y evaluar políticas y programas destinados a aplicar la Convención y velar por su aplicación.

(60) Mosset Iturraspe, Jorge, "Visión iusprivatística..." cit., p. 12.

(61) Palabras del defensor de menores Marcelo Jalil, Periodismo Social, "El derecho a expresarse, uno de los que debe garantizar el Estado a los chicos", noviembre de 2005.

12/12/2007